



.....OMISSIS.....

Oggetto

Affidamento dei lavori di sostituzione edilizia dell'edificio scolasticoOMISSIS..... –art. 1, comma 2, lett. b), d.l. 76/2020 conv. in l.n. 120/2020 - procedura negoziata - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0114-2024

FUNZ CONS 45/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 28 maggio 2024, acquisita al prot. Aut. n. 60506, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 18 settembre 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Con il quesito proposto si chiede all'Autorità di esprimere avviso in ordine alle modalità di selezione delle imprese da invitare alla procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b), d.l. 76/2020 conv. in l. n. 120/2020, con particolare riguardo all'obbligo di selezionare imprese qualificate per tutte le categorie e classifiche dei lavori oggetto di affidamento e alla possibilità di applicare, ai tali fini, il criterio della vicinanza geografica, nei termini indicati nell'istanza.

Al fine di esprimere avviso sulle questioni poste, si osserva preliminarmente che l'art. 3, comma 1, lett. uu) del d.lgs. 50/2016 definisce le procedure negoziate come le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. Per i contratti di importo superiore alla soglia di rilevanza eurolunitaria, il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara è consentito nei soli casi tassativamente indicati dall'art. 63 del d.lgs. 50/2016. Con riferimento, invece, alle procedure sotto soglia, l'art. 36 del Codice detta una disciplina speciale che prevede la possibilità di utilizzo della procedura negoziata per tutti gli affidamenti di lavori, servizi o forniture non superiori a determinati importi.

Come noto, il d.l. 76/2020, conv. con mod. in L. 120/2020, "al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19" (art. 1, comma 1), ha introdotto una disciplina derogatoria delle disposizioni codicistiche relative ai contratti sotto soglia, innalzando gli importi degli affidamenti entro i quali è consentito il ricorso alla procedura negoziata.

Elemento comune all'art. 36 del Codice e all'art. 1, comma 2, lett. b) e c) del d.l. 70/2020, conv. in L. 120/2020, è la espressa previsione della modalità di selezione degli operatori economici da consultare/invitare alla procedura (in numero diversificato in ragione degli importi): le stazioni appaltanti, infatti, procedono all'individuazione degli stessi o in base a indagini di mercato (preordinate a conoscere gli operatori interessati a partecipare alla procedura selettiva) o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti (in tal senso parere di precontenzioso n. 176/2023).

Il citato art. 1, comma 2, lett. b) della l. 120/2020, richiamato nell'istanza, dispone quindi che le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture, di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del d.lgs. 50/2016, mediante «procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 139.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016. Le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, la cui pubblicazione nel caso di cui alla lettera a) non è obbligatoria per affidamenti inferiori ad euro 40.000, contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati».

Per lo svolgimento delle modalità selettive degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata, nei termini indicati dalle norme sopra citate, utili indicazioni sono contenute nelle Linee guida n. 4 (applicabili *ratione temporis*), preordinate a garantire (tra l'altro) il rispetto dei criteri di trasparenza e imparzialità che regolano l'affidamento dei contratti pubblici.

Con particolare riguardo alla costituzione dell'elenco di operatori economici, in tale documento è stato quindi osservato che (paragrafi 5.1.6 e seguenti) che "Gli elenchi sono costituiti a seguito di avviso pubblico, nel quale è rappresentata la volontà della stazione appaltante di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare. L'avviso di costituzione di un elenco di operatori economici è reso conoscibile mediante pubblicazione sul profilo del committente nella sezione "amministrazione trasparente" sotto la sezione "bandi e contratti", o altre forme di pubblicità. Il predetto avviso indica i requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici che gli operatori economici devono possedere, la modalità di selezione degli operatori economici da invitare, le categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco e gli eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo. L'operatore economico può richiedere l'iscrizione limitata ad una o più fasce di importo ovvero a singole categorie. La dichiarazione del possesso dei requisiti può essere facilitata tramite la predisposizione di formulari standard da parte dell'amministrazione allegati all'avviso pubblico, eventualmente facendo ricorso al DGUE. L'eventuale possesso dell'attestato di qualificazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell'affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti. 5.1.7 L'iscrizione degli operatori economici interessati provvisti dei requisiti richiesti è consentita senza limitazioni temporali. L'operatore economico attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in

conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. L'operatore economico è tenuto a informare tempestivamente la stazione appaltante rispetto alle eventuali variazioni intervenute nel possesso dei requisiti secondo le modalità fissate dalla stessa. 5.1.8 La stazione appaltante procede alla valutazione delle istanze di iscrizione nel termine di trenta giorni dalla ricezione dell'istanza, fatta salva la previsione di un maggiore termine, non superiore a novanta giorni, in funzione della numerosità delle istanze pervenute. [...]».

Nelle linee guida n. 4 è stato quindi evidenziato che «Gli operatori economici invitati posseggono i requisiti generali di moralità di cui l'articolo 80 del Decreto Legislativo 50/2016 ed i requisiti speciali richiesti dall'avviso. L'eventuale possesso dell'attestato di qualificazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell'affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale» (par. 4 e 5). Inoltre con riguardo ai lavori di importo fino a 1 milione, da affidare ai sensi dell'art. 36, comma 1, lett. c), quale procedura che ricalca quella contemplata nella lett. b) della norma, è stato ulteriormente evidenziato che per gli operatori economici da invitare alla procedura negoziata «I requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale sono comprovati dall'attestato di qualificazione SOA per categoria e classifica da definire in ragione dei lavori oggetto dell'affidamento» (par. 6).

Pertanto, in risposta al primo quesito, secondo i chiarimenti offerti dall'Autorità nelle linee guida n. 4, può osservarsi che la stazione appaltante, nell'avviso pubblico di costituzione dell'elenco degli operatori economici, è tenuta ad indicare le modalità di selezione degli operatori economici da invitare e i requisiti che gli stessi devono possedere in relazione all'oggetto dell'affidamento. In ogni caso, sussiste la necessità che i predetti operatori economici siano in possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, nei termini sopra indicati.

Quanto al quesito relativo al criterio di selezione degli operatori economici, sulla base della "dislocazione territoriale", l'art. 1, comma 2, lett. b) della l. 120/2020, prevede al riguardo che gli operatori economici da selezionare per la procedura negoziata, devono essere individuati *"nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici"*.

Come osservato dall'Autorità, quella dettata dall'art. 1 della l. 120/2020, è una disposizione emergenziale (come tale derogatoria dell'art. 36 del codice dei contratti), applicabile per un limitato periodo di tempo e giustificata dall'esigenza di far fronte ad una congiuntura economica resa particolarmente difficile dalla pandemia da COVID-19 (delibera n. 837/2021).

Dunque, la natura emergenziale e derogatoria del Decreto Semplificazioni, può «giustificare temporaneamente la valorizzazione della presenza di imprese del territorio nel quale eseguire l'appalto, evitando al contempo la concentrazione territoriale degli inviti ed affidamenti che potrebbero determinare una chiusura del mercato in contrasto con i principi comunitari di parità di trattamento e di non discriminazione richiamati dallo stesso disposto di cui all'art. 1 del D.L. 76/2020. La locuzione "diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate" peraltro consente margini di discrezionalità alle Stazioni appaltanti nella scelta dell'estensione del perimetro territoriale entro cui circoscrivere gli inviti; pertanto, trattandosi di norma a carattere derogatorio dovrebbe intendersi come una restrizione finalizzata all'esigenza di limitare al minimo indispensabile gli spostamenti nel periodo emergenziale che tuttavia deve essere motivata» (Atto del Presidente del 12.5.2023-Fasc. 5705/2022).

L'Autorità ha aggiunto a quanto sopra che «Il rischio della concentrazione territoriale degli inviti - e dunque della chiusura del mercato in contrasto con i principi comunitari di parità di

trattamento e di non discriminazione richiamati dallo stesso disposto di cui all'art. 1 del D.L. 76/2020 - comporta che il criterio della diversa dislocazione territoriale non possa essere strumentalmente utilizzato al solo fine di favorire le imprese del territorio. Infatti "introducendo limitazioni di tipo territoriale [potrebbero] prodursi "gli stessi effetti discriminatori che con consolidato orientamento, la giurisprudenza e l'ANAC censurano in quanto lesivi dei principi di uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza" (nota a firma Presidente prot. ANAC n. 63825 del 3.8.2022)» (Atto del Presidente del 12.5.2023 cit.).

Anche il MIT con riguardo alla previsione in esame, ha avuto modo di osservare (tra l'altro) che la disposizione in esame è «una norma a carattere derogatorio la cui applicazione è limitata ad un periodo temporale circoscritto (...). Conseguentemente, si ritiene che il criterio in esame non possa essere strumentalmente utilizzato al solo fine di favorire le imprese del territorio. Alla luce di quanto sopra, si ritiene quindi che la stazione appaltante, motivando e nel rispetto della trasparenza, potrà delimitare l'ambito territoriale degli operatori da invitare in base alla sede legale e/o operativa dell'impresa, da valutarsi in maniera proporzionale al valore dell'affidamento, tenuto conto del luogo di esecuzione e dell'oggetto dell'appalto. Si ricordi tuttavia che, al contempo, la stazione appaltante dovrà evitare la concentrazione territoriale degli inviti, che potrebbe dar luogo ad una chiusura del mercato, in contrasto con i principi comunitari di parità di trattamento e di non discriminazione richiamati dallo stesso disposto di cui all'art. 1 del D.L. 76/2020, i quali vietano ogni discriminazione dei concorrenti in base all'elemento territoriale. In conclusione, la stazione appaltante dovrà individuare anche un numero di invitati con sede al di fuori del territorio di competenza, tenendo conto sia delle dimensioni che della rilevanza del mercato di riferimento del medesimo territorio, nonché dell'oggetto dell'appalto» (parere MIT n. 790/2020).

Il criterio della diversa dislocazione territoriale lascia quindi «una ampia discrezionalità alla stazione appaltante di scegliere il perimetro ritenuto sufficientemente ampio rispetto al luogo dei lavori. Detto criterio dunque assegna alle stazioni appaltanti il compito di individuare motivando un equilibrio nella modalità di diversificazione territoriale che dovrà garantire il rispetto del principio comunitario di non discriminazione» (Atto del Presidente del 12.5.2023 cit.).

Per quanto sopra, in risposta al quesito posto, può affermarsi che limitare la partecipazione alla procedura negoziata ai soli operatori aventi sede legale in un dato territorio, è riferibile ad una scelta discrezionale della Stazione appaltante; tale scelta, tuttavia, in base ai principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa sanciti dall'art. 97 Cost., deve essere specificamente motivata dalla stessa stazione appaltante, nei termini sopra indicati, rispettare il principio di proporzionalità ed evitare la concentrazione territoriale degli inviti, che potrebbe dar luogo ad una chiusura del mercato.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia