Alla Provincia autonoma di
BOLZANO
Ufficio 11.5 - Appalti

Prot. AG5/2010

25 Marzo 2010

Oggetto: *procedure negoziate di cui agli articoli 122, commi 7 e 7bis e 125 del D.Lgs. n. 163/2006 - richiesta di parere*

In esito a quanto richiesto con nota n. 718207 del 16 dicembre 2009. Si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 24-25 marzo 2010 ha approvato le seguenti considerazioni.

Al fine di rendere il richiesto parere sembra opportuno richiamare, in via preliminare, l'art. 121 (disciplina comune applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di importo inferiore alla soglia comunitaria), comma 1 del Codice che, con riferimento ai contratti sotto soglia, precisa che agli stessi " (...) *si applicano oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV e della parte V, anche le disposizioni della parte II, in quanto non derogate dalle norme del presente titolo* ".

Il Codice estende, dunque, ai contratti sotto soglia la disciplina dettata per quelli di valore superiore, ad eccezione di alcune deroghe espressamente indicate nelle singole disposizioni di riferimento.

Tali deroghe sono contemplate anche nell'art. 122 (disciplina specifica per i contratti di *lavori pubblici* sotto soglia), oggetto della richiesta di parere afferente, in particolare, ai commi 7 e 7 bis della medesima disposizione, di seguito riportati.

Ai sensi dell'art. 122, comma 7, del Codice " *1 a procedura negoziata è ammessa, **oltre che nei casi di cui agli articoli 56 e 57, anche per lavori di importo complessivo non superiore a centomila euro** ", mentre a norma del successivo comma 7 bis " *I lavori di importo complessivo pari o superiore a 100.000 euro e inferiore a 500.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, **nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tale numero** " (comma introdotto dall'art. 1, co. 10-quinquies, della L. n. 201/2008) .**

La norma individua, dunque, una ulteriore circostanza - rispetto a quelle contemplate nell'art. 57, comma 6, del Codice, legittimante il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, legata al valore dell'appalto.

Con riferimento poi allo svolgimento della procedura, l'art. 57, comma 6, del Codice - al quale rinvia l'art. 122 - prescrive che " *o ve possibile, la stazione appaltante **individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato** , nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e **seleziona almeno tre operatori economici** , se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono **contemporaneamente invitati a presentare le offerte** oggetto della negoziazione, **con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta**. La stazione appaltante sceglie *l'operatore economico che ha **offerto le condizioni più vantaggiose** , secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando* ".*

Ai fini dell'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata il citato art. 57, comma 6, fa dunque riferimento **all'indagine di mercato** (*recte* informazioni desunte dal mercato). Si tratta, invero, di un'espressione generica che sembra lasciare alla stazione appaltante un notevole margine di discrezionalità; tuttavia occorre osservare che tutte le disposizioni in argomento richiamano il rispetto dei principi comunitari di *trasparenza e parità di trattamento* e, pertanto, è in relazione a tali principi che la suddetta espressione deve essere interpretata.

Si ritiene, cioè, che l'indagine di mercato deve essere utilizzata dalla stazione appaltante *esclusivamente* per l'acquisizione di *informazioni* sull'assetto del mercato e, dunque, sull'esistenza o meno di operatori economici idonei per lo svolgimento del contratto, ma non assume alcuna valenza in termini di "impegno a contrarre" da parte dell'amministrazione.

Tale fase è, dunque, prodromica all'espletamento della procedura negoziata ex art. 57, comma 6, la quale pur "semplificata" rispetto alle altre procedure contemplate nel Codice, è comunque soggetta ai principi sopra richiamati; principi che devono informare *tutta* l'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

L'applicazione di tali principi si traduce, dunque, nell'obbligo di motivazione da parte della stazione appaltante, in relazione al ricorso alla procedura in esame - previsto dalla norma come "facoltà" ("i lavori *possono* essere affidati ...") - in luogo di quelle "ordinarie", quale esplicitazione del principio di trasparenza; motivazione da riportare nella determinazione a contrarre.

L'obbligo di motivazione, peraltro, è espressamente previsto dallo stesso art. 57, comma 1, del

Codice, laddove dispone che *“ I e stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle ipotesi seguenti, dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre ”*.

L'amministrazione è poi tenuta all'espletamento di un confronto concorrenziale, pur con struttura semplificata, che garantisca una scelta del contraente rispettosa dei principi di trasparenza e di *par condicio*, secondo lo schema prefigurato nella norma di riferimento: invito dei candidati a presentare offerta mediante lettera contenente chiare indicazioni in ordine alle modalità di valutazione delle offerte ed ai termini di aggiudicazione; individuazione dell'operatore economico che ha offerto le condizioni migliori (secondo i criteri del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa), previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando; aggiudicazione e stipula del contratto.

La negoziazione implica, dunque, una valutazione comparativa delle offerte, la cui indizione comporta comunque il rispetto dei principi tipici della gare, come richiamati negli articoli in esame. E' quanto afferma anche il giudice amministrativo secondo il quale *“ l'informalità della gara non può dar luogo ad arbitri, dovendo comunque la scelta del contraente rispondere a criteri di logicità ed attenersi a principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento ”* (Consiglio di Stato n. 5095/2008).

A ciò si aggiunga che nel nuovo schema di regolamento attuativo, l'art. 10, comma 1, lett. h) stabilisce che il responsabile del procedimento *“ propone alla amministrazione aggiudicatrice i sistemi di affidamento dei lavori; nel caso di procedura negoziata senza pubblicazione di bando promuove la gara informale e garantisce la pubblicità dei relativi atti ”*; la disposizione richiama, dunque, anche il principio di pubblicità degli atti di gara, che si traduce, nel caso in esame, nell'obbligo di pubblicazione degli esiti della procedura negoziata sull'albo pretorio della stazione appaltante (art. 122, comma 5, ultimo periodo, Codice), *non del bando a monte trattandosi di procedura senza previa pubblicazione dello stesso*.

Da quanto sopra deriva, dunque, che ai fini dell'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata in esame la stazione appaltante svolge una preliminare fase di indagine di mercato, nel senso esplicito - previa determinazione a contrarre che espliciti le motivazioni della procedura prescelta - seguita dalla negoziazione improntata al rispetto dei principi tipici delle gare e dalla pubblicità degli esiti della stessa.

Il combinato disposto dell'art. 122, commi 7 e 7 bis con l'art. 57, comma 6 del Codice non consente, invece, a tali fini, di costituire ed utilizzare elenchi o albi di imprese dai quali attingere per i singoli affidamenti. Una simile possibilità, infatti, non solo non è prevista in tali disposizioni, ma in linea generale non è ammessa per i contratti pubblici di lavori, come precisato nell'art. 40, comma 5, del Codice, ai sensi del quale *“ è vietata, per l'affidamento di lavori pubblici, l'utilizzazione degli elenchi predisposti dai soggetti di cui all'articolo 32, salvo quanto disposto per la procedura ristretta semplificata e per gli affidamenti in economia ”*.

L'unica eccezione a tale divieto riguarda, dunque, (oltre a quanto disposto per la procedura ristretta semplificata) gli affidamenti in economia.

Secondo quanto disposto dall'art. 125, comma 8, infatti, *“ per lavori di importo pari superiore a 40.000 euro e fino a 200.000 euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario [**che ai sensi del comma 4 è una procedura negoziata**] avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa **consultazione** di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, **individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante(...)** ”*.

La norma contempla, dunque, la possibilità per le stazioni appaltanti di individuare mediante indagini di mercato gli operatori economici con i quali addivenire a contrattazione e successiva stipula del contratto o, in alternativa, di istituire elenchi di imprese in possesso dei prescritti requisiti di idoneità morale e professionale, da aggiornare con cadenza almeno annuale. Resta fermo anche nello svolgimento delle procedure disciplinate dall'art. 125 in esame, in quanto dirette all'affidamento di contratti pubblici, il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, come peraltro espressamente indicato nello stesso art. 125, comma 14, ai sensi del quale *“ i procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati, nel rispetto del presente articolo, nonché dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice, dal regolamento ”*.

Anche per tali tipologie di affidamento valgono, dunque, le considerazioni sopra espresse con particolare riferimento all'obbligo di motivazione della procedura prescelta (come peraltro desumibile dal comma 6 dell'art. 125, contemplante una previa valutazione della stazione appaltante in ordine ai lavori eseguibili in economia), alla valenza dell'indagine di mercato quale fase prodromica al negoziato ed alle modalità di esperimento di quest'ultimo nel rispetto dei principi tipici della gare nel senso esplicito.

E', infine, da escludere l'affidamento *diretto* dei contratti pubblici in esame, in quanto non espressamente previsto dalle norme di riferimento ed inoltre contrario ai principi comunitari sopra richiamati.

L'unica eccezione ammessa dal Codice, con riferimento agli appalti di lavori, riguarda i contratti di valore inferiore a 40.000 euro (art. 125, comma 8, ultimo periodo) (per servizi e forniture per contratti di valore inferiore a 20.000 euro; art. 125, comma 11), per i quali è consentito l'affidamento diretto a cura del responsabile del procedimento. Eccezione che, comunque, non esime l'Amministrazione e, per essa, il RUP dalla adeguata ed esauriente motivazione in ordine ai presupposti di fatto legittimanti il ricorso ad un simile sistema di affidamento.

Firmato:

Avv. Giuseppe Busia