

Determinazione n. 2 del 6 aprile 2011

Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, con particolare riferimento all'ipotesi di cui all'articolo 122, comma 7-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163

(pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.106 del 9 maggio 2011)

Premessa

L'analisi degli affidamenti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria, svolta dall'Autorità negli anni 2008-2009, ha evidenziato un deciso aumento dell'utilizzo delle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara.

A titolo esemplificativo, si possono citare i dati relativi agli affidamenti dei contratti pubblici di lavori nei settori ordinari, da cui emerge che, nell'anno 2009, si è registrato il ricorso alla procedura negoziata senza bando nel 33,4% degli affidamenti, mentre, nell'anno 2008, il ricorso alle procedure negoziate con e senza bando ammontava al 16,8% degli affidamenti.

Il confronto percentuale tra il 2008 e il 2009, per tipologia di stazione appaltante, in relazione all'utilizzo delle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando, evidenzia l'incremento del ricorso a tale procedura soprattutto nel segmento compreso tra 150.000 e 500.000 euro; in questo caso l'aumento registrato è stato del 327%.

Il *trend* descritto è confermato anche dall'analisi dei dati relativi all'anno 2010.

Il fenomeno appare accentuato con riferimento ai lavori pubblici: ciò è dovuto alle modifiche apportate al sistema dalla legge 22 dicembre 2008, n. 201 che, novellando l'articolo 122 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (di seguito, Codice), ha innalzato la soglia fissata per l'utilizzo della procedura

negoziata senza bando portandola da 100.000 euro a 500.000 euro.

A seguito del predetto ampliamento della possibilità di avvalersi della procedura negoziata, sono emerse alcune problematiche peculiari, in particolare:

- la sussistenza o meno dell'obbligo di motivazione nell'attivazione della procedura negoziata senza bando;
- le regole applicabili a siffatta procedura;
- i criteri di selezione delle imprese.

Data la frequenza del ricorso alla procedura negoziata, considerato che sono pervenute numerose richieste di chiarimenti sulle operazioni da effettuare, l'Autorità ha esperito una procedura di consultazione pubblica degli operatori del settore e delle amministrazioni interessate al fine di valutare la necessità di chiarimenti su tali affidamenti. Il documento di consultazione e le osservazioni presentate sono consultabili all'indirizzo: www.avcp.it/portal/public/classic/Comunicazione/.

Nell'ambito della consultazione e dell'esame delle osservazioni presentate, sono emerse difficoltà operative circa la gestione della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando per i lavori pubblici fino a 500.000 euro (art. 122, comma 7-bis del Codice), con particolare riferimento alla conduzione dell'indagine di mercato e della gara informale (articolo 57, comma 6 del Codice). La presente determinazione contiene quindi alcune linee guida per la gestione di tale procedura.

1. La procedura negoziata nel Codice dei contratti pubblici: il quadro normativo

Si ritiene anzitutto utile ricostruire il quadro generale delle procedure semplificate a disposizione delle stazioni appaltanti negli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Il legislatore ha riunito in un unico testo normativo (il Codice) le disposizioni concernenti i contratti di lavori, servizi e forniture, assoggettando ogni appalto alla medesima disciplina generale. Nel contempo ha adottato, per le procedure di scelta del contraente, la tripartizione comunitaria distinguendole in procedure aperte, ristrette e negoziate. Per i contratti di importo superiore alla soglia comunitaria,

l'articolo 54 del Codice dispone che le gare siano aggiudicate in via ordinaria utilizzando le procedure ristrette e aperte, mentre il ricorso alle procedure negoziate, come previsto dalla direttiva 18/2004/CE, risulta limitato ad ipotesi tassativamente previste. In particolare, l'articolo 56 disciplina i casi in cui è possibile impiegare la procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara; l'articolo 57, invece, elenca le condizioni in presenza delle quali risulta legittimo il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando.

Sotto il profilo procedimentale, va osservato che, mentre le direttive precedenti si limitavano a stabilire i casi in cui era ammessa la procedura negoziata senza ulteriori specificazioni sulle modalità di svolgimento, la direttiva 2004/18/CE introduce talune regole sui criteri di selezione delle offerte al fine di garantire la *“par condicio”* dei concorrenti. Si è assistito, pertanto, ad una *“procedimentalizzazione comunitaria”* della procedura negoziata, non più limitata alla sola pubblicazione del bando di gara.

Per quanto riguarda gli appalti sotto soglia comunitaria, il legislatore italiano ha scelto di assicurare un livello di tutela sostanziale superiore rispetto a quello imposto dalle direttive comunitarie, estendendo anche agli appalti sotto soglia le disposizioni applicate agli appalti sopra soglia ad eccezione di alcune limitate deroghe. Obiettivo della disciplina differenziata è prevedere per i contratti di minore rilevanza economica — attraverso una semplificazione delle procedure di scelta del contraente, una maggiore flessibilità degli istituti giuridici ed una contrazione dei tempi richiesti dalle singole modalità di affidamento — procedimenti più snelli, pur sempre rigorosi.

Agli appalti sotto soglia è dedicato il titolo secondo della parte seconda del Codice che consta di cinque articoli: dal 121 al 125.

Dal raffronto tra la disciplina degli appalti sopra soglia e sotto soglia, emergono, quali tratti distintivi, semplificazioni relative alla pubblicità, alle comunicazioni ed agli avvisi, ai termini ed alle offerte anomale (possibilità di applicare l'esclusione automatica).

Occorre, poi, tenere presente che per gli appalti sotto soglia, fino agli importi previsti dal Codice, è ammissibile, a determinate condizioni, il ricorso al cottimo fiduciario che il Codice definisce procedura negoziata (si veda oltre).

Volendo sintetizzare le ipotesi di ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, previste dal Codice per i contratti sottosoglia, si osserva che, nel settore dei lavori, è ammissibile, in linea generale, la procedura in esame nei seguenti casi:

- a) lavori di importo inferiore a 100.000 euro (articolo 122, comma 7);
- b) lavori di importo pari o superiore a 100.000 euro ed inferiore a 500.000 euro, secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6 (articolo 122, comma 7-bis);
- c) lavori relativi ad opere di urbanizzazione primaria e secondaria [articolo 32, comma 1, lettera g)] di importo inferiore alla soglia comunitaria (articolo 122, comma 8);
- d) lavori di importo complessivo non superiore a 500.000 euro concernenti i beni mobili e immobili e interventi sugli elementi architettonici e sulle superfici decorate di beni del patrimonio culturale (articolo 204, comma 1).

Per gli appalti di servizi e forniture, è, invece, sempre prescritto il rispetto delle condizioni comunitarie di cui agli articoli 56 e 57 del Codice, fatte salve le semplificazioni previste dall'articolo 124, in relazione alle forme di pubblicità ed ai termini per l'invio delle offerte.

Una disciplina speciale riguarda gli affidamenti degli appalti di servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria anche integrata, di importo fino a 100.000 euro, esaminati nella determinazione n. 5 del 2010 alla quale si rinvia per i necessari approfondimenti.

Si rammenta, poi, che, per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario, la legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria per il 2007) ha disposto, all'articolo 1, comma 450, che dal primo luglio 2007 le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione. Al riguardo, l'articolo 328 del d.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010, Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice (nel prosieguo, Regolamento), prevede che le stazioni appaltanti possono effettuare acquisti di beni e servizi sotto soglia: a) attraverso un confronto concorrenziale delle offerte pubblicate all'interno del mercato elettronico o delle offerte ricevute sulla base di una richiesta di offerta rivolta ai fornitori abilitati; b) in

applicazione delle procedure di acquisto in economia.

1.1 Gli affidamenti in economia

Alle ipotesi sopra delineate si aggiungono, come si è prima ricordato, gli affidamenti degli appalti tramite cottimo fiduciario che il Codice assimila ad una procedura negoziata. Tali affidamenti devono avvenire mediante procedure negoziate (cfr. articolo 3, comma 40 del Codice, articolo 125, comma 1, lettera b) e comma 4).

Per i lavori, il ricorso al cottimo fiduciario è ammesso fino a 200.000 euro, mentre, per i servizi e le forniture, la soglia coincide con quella comunitaria, quindi, con l'importo di 125.000 euro per i servizi e le forniture aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali, con l'importo di 193.000 euro nei restanti casi. Dunque, per i servizi e le forniture sotto soglia, la semplificazione conduce alle procedure in economia, posto che, come detto sopra, la procedura negoziata "*ordinaria*" è utilizzabile solo nei casi previsti dagli articoli 56 e 57 del Codice.

L'acquisizione di lavori, servizi e forniture può essere gestita in economia solo se l'amministrazione competente provvede ad una previa individuazione e regolamentazione dei tipi di lavori, servizi e forniture per le quali può essere adottato detto sistema. Si evidenzia che, se l'individuazione da parte delle stazioni appaltanti dei servizi e delle forniture da affidare in economia è libera e risponde, pertanto, alle specifiche esigenze di carattere organizzativo delle stesse, quella relativa ai lavori è invece limitata all'ambito delle categorie generali indicate dall'articolo 125, comma 6, del Codice ed essenzialmente riconducibili ad ipotesi legate all'urgenza, all'imprevedibilità ed al modesto valore della manutenzione o della riparazione di opere od impianti.

In generale, i procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia per i servizi e forniture sono disciplinati, oltre che dalla norma quadro dell'articolo 125, dal Regolamento, "*nel rispetto dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal codice*" (articolo 125, comma 14). Si sottolinea, inoltre, che figura centrale del sistema dell'acquisizione di lavori, servizi e forniture in economia è il responsabile unico del procedimento.

Per quanto riguarda le modalità procedurali per l'affidamento dei cottimi, è stabilita la regola che la procedura negoziata avvenga tra *almeno* cinque operatori, salva la possibilità di affidamento diretto per

gli appalti di servizi e forniture di importo inferiore a 20.000 euro. E' previsto, poi, che le amministrazioni, per l'individuazione dei soggetti da invitare alle procedure informali, istituiscano albi di operatori economici, soggetti ad aggiornamento almeno annuale, con iscrizione aperta agli operatori in possesso dei requisiti di qualificazione (comma 12 dell'articolo 125).

Si ribadisce che l'affidamento operato tramite cottimo fiduciario, nonostante il carattere semplificato, rimane una procedura negoziata, pertanto soggiace all'osservanza dei principi posti dal Codice in tema di affidamento dei contratti. Si richiama quanto disposto in argomento dall'articolo 331 del Regolamento, secondo cui le stazioni appaltanti devono assicurare, comunque, che le procedure in economia avvengano nel rispetto del principio della massima trasparenza, temperando altresì l'efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici. Inoltre, è stabilito che l'esito degli affidamenti mediante cottimo fiduciario sia soggetto ad avviso di *post*-informazione mediante pubblicazione sul profilo del committente.

Per lavori di importo inferiore a 40.000 euro e per servizi e forniture di importo inferiore a 20.000 euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile unico del procedimento.

1.2 La disciplina dei settori speciali

Parzialmente diversa è la disciplina della procedura negoziata nei settori speciali: essa è caratterizzata dalla sostanziale indifferenza per il legislatore, sia comunitario sia nazionale, nei confronti delle procedure di scelta del contraente, il che si traduce in un'equivalenza tra procedure aperte e ristrette, da un lato, e procedura negoziata con pubblicazione del bando di gara, dall'altro. Le ragioni della valenza "*ordinaria*" attribuita alla procedura negoziata previa pubblicazione del bando vanno ricercate nelle peculiarità tecniche dei servizi, ricompresi nei settori cosiddetti speciali, che il ricorso a tale forma di scelta del contraente consente di valorizzare. Invece, la possibilità di utilizzare la procedura negoziata senza pubblicazione del bando è limitata alle ipotesi tassativamente indicate nell'articolo 221 del Codice.

Per quanto riguarda i contratti sotto soglia, il Codice, all'articolo 238, distingue l'ambito di applicazione secondo un criterio soggettivo, nel senso che la disciplina applicabile viene differenziata

in base alla figura soggettiva tenuta ad affidare il contratto. Sono , infatti, previste regole specifiche a seconda che il committente sia amministrazione aggiudicatrice ovvero impresa pubblica o soggetto titolare di diritti speciali ed esclusivi.

I contratti in economia sono ammessi fino agli importi previsti dall'articolo 125 del Codice.

Per i servizi e le forniture in economia, l'articolo 125, comma 9, richiama il valore delle soglie di cui all'articolo 28 del Codice, applicabile, invero, ai soli settori ordinari. Dunque, nonostante il richiamo all'articolo 28, si ritiene che il limite di importo entro il quale ammettere gli affidamenti in economia, per servizi e forniture nei settori speciali, sia da intendersi riferito al valore delle soglie stabilito per i settori speciali dall'articolo 215 del Codice. Tale conclusione risulta in linea con il quadro normativo fornito dal Codice nel suo complesso che, in attuazione del criterio di semplificazione delle procedure di affidamento dei contratti "sotto soglia", ha previsto, tra le misure di semplificazione, la possibilità di acquisizione di servizi e forniture in economia fino all'importo corrispondente alle soglie di rilevanza comunitaria. Inoltre, il Regolamento, nell'articolo 341, fa espresso riferimento ai "contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'articolo 215 del codice".

A differenza delle amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche ed i titolari di diritti speciali ed esclusivi, per gli appalti rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 208 a 213 del Codice, applicano la disciplina stabilita dai propri regolamenti, disciplina che deve comunque essere conforme ai principi dettati dal Trattato CE a tutela della concorrenza.

2 L'utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per gli appalti di lavori pubblici con particolare riferimento all'articolo 122, comma 7-bis, del d.lgs. 163/2006

2.1 Inquadramento generale

Sulla base del quadro normativo sopra delineato e dei dati rilevati dall'Osservatorio emerge che, per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, la fattispecie più rilevante che necessita di indicazioni operative riguarda gli affidamenti di lavori di importo inferiore a 500.000 euro, posto che per i servizi e le forniture la procedura negoziata senza bando si identifica sostanzialmente con le

procedure in economia.

Il decreto-legge 23 ottobre 2008, n. 162, convertito con legge 22 dicembre 2008, n. 201, ha previsto all'articolo 1, comma 10-*quinquies* l'inserimento del comma 7-*bis* all'articolo 122 del Codice, che dispone come segue: *“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”*.

Il legislatore ha ritenuto opportuno, quindi, differenziare la procedura di cui al comma 7-*bis* dell'articolo 122 da quella prevista al comma 7 del medesimo articolo, dettando per la prima alcune regole peculiari di svolgimento.

Per quanto riguarda gli appalti di importo inferiore a 100.000 euro — qualora non sussistano particolari ragioni d'urgenza nell'esecuzione dei lavori — appare preferibile il ricorso all'articolo 57, comma 6 e, quindi, l'invito rivolto ad *almeno* tre operatori economici, osservando i principi comunitari di trasparenza, concorrenza, rotazione, rispetto ad un affidamento diretto. Ad ogni modo, anche per questo caso vale quanto si dirà successivamente circa la motivazione e l'obbligo di pubblicazione dell'esito della procedura di gara.

L'articolo 122, comma 7-*bis*, rinvia alla procedura di cui all'articolo 57, comma 6 del Codice dettata per le procedure negoziate in genere, prevedendo, però, che la stazione appaltante inviti non tre, ma *almeno* cinque operatori economici.

Il procedimento da seguire per affidare gli appalti di lavori pubblici mediante procedura negoziata deve anzitutto essere individuato alla luce dei principi indicati dallo stesso articolo 122 del Codice; inoltre, attraverso il rinvio all'articolo 57, comma 6, risultano richiamati anche i principi di concorrenza e rotazione che formano parte integrante di tale procedura. Anche in assenza del richiamo espresso, l'operatività dei citati canoni sarebbe stata comunque assicurata dal riferimento generalizzato ai principi istitutivi del Trattato, contenuto nell'articolo 2 del Codice.

2.2 Analisi dei principi generali

L'esame dei citati principi consente di individuare preliminarmente le regole generali imprescindibili che devono essere rispettate nel corso dell'affidamento.

Quanto alla parità di trattamento ed al divieto di discriminazione, essi sono direttamente riconducibili al principio di imparzialità, sancito dall'articolo 97 della Costituzione. Esso esprime in negativo il dovere dell'amministrazione di effettuare favoritismi tra i soggetti coinvolti dall'ambito della propria azione volta al perseguimento di interessi pubblici. Nel settore dei contratti pubblici, il principio si traduce nell'esigenza di evitare ingiustificate disparità in sede di valutazione delle offerte e comporta, come necessario corollario, il dovere in capo alla stazione appaltante di predeterminare i criteri di valutazione delle offerte che possono essere quello del prezzo più basso o quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Dal principio di non discriminazione scaturisce, in particolare, il divieto di effettuare la selezione dei concorrenti privilegiando coloro che esercitano prevalentemente la loro attività nello stesso ambito territoriale in cui devono essere svolte le prestazioni.

In riferimento al principio di parità di trattamento, in particolare, occorre evidenziare che lo stesso vieta non solo le discriminazioni palesi, a motivo della cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le medesime conseguenze (cfr. sentenza Corte di Giustizia CE 3.6.1992, causa C-360/89). Quindi, allo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra gli operatori economici che partecipano ad un appalto pubblico, la stazione appaltante deve far sì che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità per la formulazione delle loro offerte e che queste siano soggette ad uguali condizioni per ciascun competitore (sentenza Corte di Giustizia CE 29.4.2004, causa C-496/99). Ne discende l'obbligo di svolgere la procedura concorsuale senza consentire ad alcuno dei partecipanti di godere di informazioni privilegiate o di condizioni vantaggiose in sede di presentazione dell'offerta. In questo senso, va ribadito che tutti gli operatori economici che prendono parte alla selezione devono essere invitati contemporaneamente a presentare le loro offerte e che le lettere di invito devono contenere le medesime informazioni in relazione alla prestazione richiesta.

La trasparenza, secondo quanto puntualizzato dall'insegnamento della Corte di Giustizia della

Comunità europea, “*consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l’apertura degli appalti [...] alla concorrenza, nonché il controllo sull’imparzialità delle procedure di aggiudicazione*” (Corte di Giustizia CE, 7.12.2000, causa C-324/98 cd. Teleaustria c. Telekom Austria).

Si sottolinea a riguardo, come più volte evidenziato da questa Autorità, che è stata rilevata carenza di pubblicità sia sotto il profilo dei tempi esigui previsti per la pubblicazione degli avvisi, sia in relazione ai mezzi utilizzati per mettere in atto la pubblicità, ritenuti non congrui rispetto al valore dell’appalto. Il principio di trasparenza comporta, inoltre, che la scelta dell’affidatario debba essere resa nota: occorre, quindi, pubblicare l’esito della selezione.

Il principio di proporzionalità richiede il rispetto dell’equilibrio tra obiettivi perseguiti e mezzi utilizzati, assicurando il minore sacrificio possibile degli interessi privati confliggenti con quello pubblico. Ne discende che la stazione appaltante non può imporre obblighi e restrizioni in misura superiore a quella strettamente necessaria per il raggiungimento dello scopo; in altri termini, per la legittimità dell’atto, occorre effettuare una ricognizione sull’assenza di altri strumenti idonei a conseguire l’obiettivo prefissato con minore pregiudizio per i soggetti coinvolti. In base al principio di proporzionalità, la richiesta del possesso di requisiti minimi per la partecipazione alla procedura negoziata deve essere strettamente connessa alla tipologia ed all’importo della prestazione richiesta: la fissazione di requisiti non proporzionali allo specifico appalto potrebbe comportare il pericolo di un’indebita restrizione della concorrenza.

La tutela della libera concorrenza, a sua volta, può considerarsi come un principio cardine in materia di disciplina dei contratti pubblici; esso intende assicurare a ciascun potenziale concorrente le stesse possibilità di partecipazione alle procedure di gara e l’imparzialità della relativa azione amministrativa. Affinché il citato principio possa trovare concreta applicazione e non risolversi in una mera enunciazione, occorre garantire il rispetto della “*par condicio*” nei confronti di tutti i concorrenti in ordine alla valutazione comparativa dei requisiti da essi posseduti ed alla verifica dell’assenza di clausole che producano un effetto preclusivo all’accesso dei potenziali concorrenti alle gare.

Il criterio di rotazione ha come finalità quella di evitare che la stazione appaltante possa consolidare rapporti solo con alcune imprese venendo meno così al rispetto del principio di concorrenza.

2.3 L'obbligo di motivazione

Altra questione generale e preliminare riguarda la sussistenza o meno dell'obbligo di motivare la procedura prescelta dalla stazione appaltante per l'individuazione del contraente.

La procedura negoziata prevista dall'articolo 122, comma 7-*bis* è legittimata dal legislatore sulla base dell'importo. Tuttavia le norme di cui all'articolo 122 del Codice soggiacciono comunque all'applicazione dei principi generali del diritto amministrativo: la stazione appaltante nella delibera a contrarre fornisce una spiegazione delle ragioni che l'hanno indotta a preferire tale procedura, atteso che il dettato normativo (cfr. articolo 122, comma 7-*bis*) esprime a riguardo una possibilità, non certo un obbligo di utilizzo della procedura negoziata. Ciò non significa che la motivazione deve far riferimento alla sussistenza delle circostanze esplicitate dal legislatore negli articoli 56 e 57 del Codice: se si verificasse una di quelle situazioni, infatti, il ricorso alla negoziata sarebbe giustificato *ex se* dagli articoli 56 e 57, mentre è chiaro che l'articolo 122, comma 7-*bis* si riferisce a presupposti diversi.

2.4 Il procedimento

Tenendo conto delle indicazioni desumibili dai principi sopra richiamati, occorre, poi, delineare concretamente la corretta procedura che l'amministrazione deve seguire per selezionare il contraente.

A riguardo, l'articolo 57, comma 6, del Codice prescrive che *“ove 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”*.

L'articolo prevede, quindi, che la stazione appaltante, allo scopo di individuare gli operatori economici da invitare, compia, in primo luogo, due operazioni connesse fra di loro: a) definire, desumendole dal mercato, le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa che gli operatori devono possedere per eseguire la prestazione; b) individuare gli operatori economici in possesso di tali requisiti. La norma dispone che le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, richieste dalla stazione appaltante, coincidano con quelle necessarie per partecipare alle procedure aperte e ristrette, per i lavori, in particolare, occorre far riferimento al possesso della qualificazione SOA.

In secondo luogo, è richiesto alla stazione appaltante di selezionare, dal gruppo degli operatori economici individuati come sopra descritto, almeno cinque soggetti da invitare a presentare un'offerta. Il termine utilizzato dall'articolo in esame, "*seleziona*", pone il problema di definire la procedura per individuare i soggetti da invitare, nel caso in cui siano presenti sul mercato più operatori economici in possesso delle qualificazioni necessarie o prescritte.

La procedura delineata dal combinato disposto dell'articolo 122, comma 7-bis e dell'articolo 57, comma 6, del Codice si articola in due fasi:

- a) individuazione dei soggetti da invitare al confronto, mediante informazioni desunte dal mercato (indagine o sondaggio di mercato e selezione degli operatori da invitare a presentare offerta);
- b) analisi e valutazione delle offerte presentate dagli operatori economici invitati (gara informale o ufficiosa).

Le due fasi sono distinte: l'indagine di mercato è preordinata esclusivamente a conoscere l'assetto del mercato, quindi i possibili potenziali offerenti ed il tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare, senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale; la gara informale implica, invece, anche una valutazione comparativa delle offerte, comportando per la stazione appaltante, indipendentemente dalle eventuali regole stabilite in via di autolimitazione, l'obbligo dell'osservanza dei principi di "*par condicio*" e trasparenza nelle lettere di invito.

La norma dispone, poi, che i soggetti selezionati vengano invitati a formulare un'offerta: la relativa lettera di invito deve contenere le informazioni sugli elementi essenziali della prestazione e sul criterio di valutazione dell'offerta. E', quindi, posto in capo alla stazione appaltante l'obbligo di definire,

specificamente e preventivamente, i criteri di selezione ed i livelli minimi di capacità richiesti, nonché di individuare gli operatori cui inviare la lettera di invito a presentare l'offerta.

Il procedimento può essere così schematizzato:

- 1) determina a contrarre
- 2) ricerca di mercato
- 3) selezione degli operatori da invitare
- 4) invio lettere d'invito
- 5) presentazione delle offerte
- 6) scelta del miglior contraente, sulla base dei criteri di valutazione dell'offerta indicati nella lettera di invito

2.5 Le modalità di effettuazione dell'indagine di mercato

Non esiste una definizione normativa di "*indagine di mercato*", pertanto, per quanto riguarda le modalità di svolgimento, occorre stabilire se la stessa debba essere effettuata previo avviso o con altre modalità, quali ad esempio, nel caso dei lavori, la consultazione sul sito dell'Autorità dell'elenco delle imprese in possesso di idonea qualificazione in relazione all'affidamento, sempre tenendo presente i criteri generali (es. rotazione).

Sulla base del richiamato principio di trasparenza che è parte integrante della procedura, si ritiene anzitutto che in linea di massima la stazione appaltante non possa individuare i cinque operatori richiesti come minimo dall'articolo 122, comma 7-*bis* del Codice, nonché dall'articolo 125 del Codice, per gli affidamenti di lavori, servizi e forniture, effettuati tramite cottimo fiduciario, con modalità "*chiuse*" rispetto al mercato.

Tale principio, tuttavia, non impone sempre e necessariamente ai committenti forme di pubblicità preventiva della procedura (negoziata senza bando), che comunque è in facoltà degli stessi adottare; tale scelta diventa una necessità in relazione all'importo ed alla tipologia dell'appalto: indicazioni in tal senso possono desumersi anche dalla Comunicazione della Commissione europea 2006/C 179/02, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "*appalti pubblici*", la quale, rifacendosi ad una consolidata giurisprudenza

della Corte di Giustizia della Comunità europea, afferma che: “*i principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione comportano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza.*”

La stazione appaltante deve in ogni caso esplicitare nella determina a contrarre i criteri che saranno utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare; in caso di avviso preventivo detti criteri devono essere specificati nello stesso. A titolo indicativo possono essere utilizzati come criteri, per esempio, le esperienze contrattuali registrate dalla stazione appaltante nei confronti dell'impresa richiedente l'invito o da invitare, purché venga rispettato il principio della rotazione (cfr. TAR Molise, Sez. I – sent. 6 novembre 2009, n. 700), l'idoneità operativa delle imprese rispetto al luogo di esecuzione dei lavori ed anche il sorteggio pubblico.

Il principio di trasparenza impone, però, di fornire, a chi vi abbia interesse e ne faccia richiesta, informazioni sulla procedura, sì da consentire la presentazione di eventuali richieste di invito alla gara informale. Parimenti, ai fini del rispetto dei principi di trasparenza e di rotazione, si considera necessaria la pubblicazione del cosiddetto avviso di *post*-informazione, contenente i dati dei soggetti aggiudicatari degli affidamenti.

In caso di pubblicazione di avviso preventivo, vanno preferiti quegli strumenti che consentono di adeguare la pubblicità all'importanza dell'appalto per il mercato interno, utilizzando come parametri il valore effettivo della commessa e la sua “*appetibilità*” per i potenziali concorrenti. Quanto ai contenuti dell'avviso, lo stesso deve indicare, come minimo, una succinta descrizione degli elementi essenziali dell'appalto e della procedura di aggiudicazione che si intende seguire, accompagnata da un invito a prender contatto, se interessati, con la stazione appaltante.

La determinazione delle misure di pubblicità adeguate a veicolare l'informazione presso il mercato di riferimento può essere facilmente parametrata o comparata a quella definita dall'articolo 122, comma 5, penultimo periodo del Codice per le procedure ordinarie (aperte e ristrette) per l'aggiudicazione di appalti pubblici di lavori il cui importo non sia superiore a 500.000 euro; tale disposizione, infatti, prevede che la stazione appaltante informi i potenziali competitori con la pubblicazione del bando di gara all'albo pretorio della stessa e del comune nel quale devono essere eseguiti i lavori.

Altro mezzo che si può considerare adatto allo scopo è la pubblicazione dell'avviso sul sito *internet* della stazione appaltante.

Le stazioni appaltanti possono comunque impostare forme di verifica della disponibilità degli operatori economici con riferimento a più appalti aggiudicabili entro un determinato periodo (indagini di mercato periodiche), al fine di ottimizzare le tempistiche di svolgimento delle gare informali e le procedure di riscontro dei requisiti.

Altro strumento di cui l'amministrazione può valersi, allo scopo di effettuare indagini di mercato non riferite ad un singolo affidamento, è rappresentato dalla predisposizione di "*elenchi aperti di operatori economici*". Sul punto, pare opportuno effettuare alcune precisazioni.

L'articolo 40, comma 5, del Codice pone un divieto per l'affidamento di lavori pubblici, dell'utilizzo di elenchi predisposti dalla stazione appaltante, salvo il caso degli affidamenti in economia o dell'applicabilità della "*procedura ristretta semplificata*". Tale divieto è stato introdotto dalla legge 19 febbraio 1994, n. 109, al fine di impedire il ricorso ai cosiddetti "*albi speciali e di fiducia*" delle stazioni appaltanti costituiti senza alcuna forma di pubblicità e mediante i quali si ricorreva ad affidamenti diretti non conformi.

Diverso appare il caso di elenchi di operatori economici costituiti mediante bando pubblico al quale tutti i soggetti possono accedere e che costituiscono nient'altro che una forma di "*indagine di mercato*" cumulativa per più affidamenti.

Gi elenchi a cui si fa riferimento devono presentare caratteristiche tali, da renderli compatibili con la normativa nazionale e comunitaria: gli elenchi in commento devono, quindi, essere aperti al mercato.

Pertanto, in primo luogo, occorre pubblicizzare adeguatamente la volontà dell'amministrazione di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare mediante la pubblicazione di un avviso reso conoscibile secondo modalità idonee quali la pubblicazione sul profilo di committente e sui siti informatici previsti dall'articolo 66, comma 7 del Codice (sito Ministero Infrastrutture e sito Osservatorio); in secondo luogo, occorre consentire a tutti gli operatori interessati, in possesso dei requisiti richiesti, di iscriversi nell'elenco senza limitazioni temporali; in terzo luogo è necessario prevedere dei meccanismi volti ad assicurare l'aggiornamento periodico, almeno semestrale, degli elenchi. Inoltre, occorre prevedere i criteri per la selezione delle imprese da

invitare.

A riguardo, può prendersi a modello la disciplina degli elenchi previsti dall'articolo 267 del Regolamento per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura il cui valore economico sia inferiore a 100.000 euro; tale articolo dispone che la stazione appaltante per l'individuazione dei soggetti da invitare alla gara può avvalersi di un apposito elenco, in ogni caso rispettando il criterio di rotazione. Inoltre, risultano indicate nell'articolo in commento le forme di pubblicità che l'avviso dell'istituzione dell'elenco deve avere ed il contenuto minimo dell'avviso stesso, tra cui figurano anche le modalità di individuazione degli operatori economici da invitare. Va sottolineato, infine che, per i lavori, l'elenco deve essere costruito sulla base delle categorie generali e specializzate del sistema di qualificazione e in base alla domanda di iscrizione nell'elenco degli operatori economici (con idoneità individuale, con idoneità plurisoggettiva o con sede in altri Stati membri dell'Unione Europea) corredate dall'attestazione/i di qualificazione o in modo che con semplici procedure informatiche si possa disporre della lista degli operatori economici in possesso delle qualificazioni e classifiche necessarie per l'esecuzione dei lavori.

2.6 Lo svolgimento della gara informale

Per quanto riguarda lo svolgimento della gara informale, essendo il valore di riferimento inferiore alla soglia comunitaria, risulta applicabile l'articolo 122, comma 6, lett. d) del Codice, il quale stabilisce che, per le procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando, il termine per la ricezione delle offerte viene stabilito dalle stazioni appaltanti nel rispetto del comma 1 dell'articolo 70 (secondo cui le stazioni appaltanti, nel fissare i termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione, tengono conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte) termine che, ove non vi siano specifiche ragioni di urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni dalla data di invio dell'invito.

Peraltro è opportuno rilevare come la gara informale, proprio perché procedura selettiva organizzata nel rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario, debba essere sviluppata seguendo gli *standard* operativi comuni per lo svolgimento delle operazioni di gara.

L'articolo 57, comma 6, prevede che gli operatori economici selezionati vengano contemporaneamente

invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta.

La lettera di invito alla gara informale deve riportare i contenuti tipici del bando di cui all'articolo 64 e all'allegato IXA del Codice. La forma prescelta è rimessa alla stazione appaltante. Deve essere, fra l'altro, precisato, ove non specificato nell'avviso di costituzione dell'elenco, che verrà applicato il principio di rotazione (regolante la gestione dei futuri percorsi selettivi in forma derogatoria, secondo quanto espressamente previsto dall'articolo 57, comma 6 del Codice dei contratti pubblici) e che, pertanto, il soggetto che risulterà affidatario dei lavori non sarà invitato alle gare indette successivamente con la stessa procedura o a gare con procedure in economia nell'arco di un certo periodo di tempo.

L'individuazione delle imprese cui inviare le lettere di invito deve avvenire secondo i criteri generali stabiliti nella determina a contrarre o nell'eventuale avviso preventivo.

Per quanto riguarda la verifica delle offerte anomale, si ritiene che in ogni caso trovi applicazione il principio di cui all'articolo 86, comma 3 del Codice, con cui l'amministrazione può tutelarsi valutando la congruità di ogni offerta che, sulla base di elementi specifici, appaia anormalmente bassa; anche tale elemento va citato nella lettera di invito.

In termini operativi, la lettera di invito deve quindi contenere i seguenti elementi:

- a) l'oggetto della prestazione, le relative caratteristiche tecniche e il suo importo;
- b) i requisiti speciali economico-finanziari e tecnico-organizzativi che occorre possedere per partecipare alla gara; o nel caso di operatore economico selezionato da un elenco, la conferma del possesso dei requisiti speciali in base ai quali è stato inserito nell'elenco;
- c) le garanzie richieste;
- d) il termine di presentazione dell'offerta ed il periodo di validità della stessa;
- e) l'indicazione del termine per l'esecuzione della prestazione;
- f) il criterio di aggiudicazione prescelto;
- g) gli elementi di valutazione, nel caso si utilizzi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- h) nel caso del prezzo più basso, l'eventuale utilizzo dell'esclusione automatica; si rammenta che se la stazione appaltante intenda far ricorso a tale metodo, occorre invitare un numero di operatori economici che faccia presumere che le offerte ammesse saranno almeno dieci.
- i) le modalità di comprova del possesso dei requisiti;
- j) l'eventuale clausola che preveda di procedere all'aggiudicazione anche nel caso di presentazione di un'unica offerta valida;
- k) la misura delle penali;
- l) la facoltà di applicare l'articolo 86, comma 3 del Codice;
- m) l'indicazione dei termini di pagamento secondo quanto previsto dal Regolamento;
- n) lo schema di contratto ed il capitolato tecnico (se predisposti).

Si rammenta inoltre che, come già ricordato sopra, dal combinato disposto dei commi 3 e 5 dell'articolo 122 si evince che va sempre assolto l'obbligo di pubblicità degli esiti della gara con le medesime modalità previste per l'eventuale avviso.

Inoltre, prima della stipula del contratto con l'aggiudicatario, occorre procedere alla verifica del possesso dei requisiti generali e speciali.

Infine, anche per le procedure negoziate, il contratto non può essere stipulato prima di 35 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione. Tuttavia, è possibile procedere all'esecuzione d'urgenza ai sensi dell'articolo 11, comma 9 del Codice. Si segnala un recente orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui la violazione della clausola (e del principio) di *standstill*, ex articolo 11, comma 10 del Codice, in sé considerata e cioè senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, non comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o l'inefficacia del contratto (cfr. TAR Calabria, Sez. I, 20 ottobre 2010, n. 942).

3. Considerazioni conclusive

Volendo trarre alcune conclusioni dal quadro sopra delineato, la stazione appaltante, sulla base dei criteri individuati, può conciliare il rispetto dei principi comunitari e del principio di economicità con le esigenze di celerità e semplificazione proprie delle procedure negoziate senza bando, in relazione

all'importo dei contratti.

L'utilizzo di sistemi elettronici e telematici di negoziazione potrebbe contemperare le esigenze di semplificazione sottese all'utilizzo delle procedure negoziate con la garanzia della parità di condizioni dei partecipanti nel rispetto del principio di trasparenza e di economicità (cfr. al riguardo quanto previsto dal Regolamento).

I principi e le indicazioni operative esposte nei precedenti paragrafi con riferimento all'affidamento di lavori ai sensi dell'articolo 57, comma 6, sono applicabili, con gli opportuni adattamenti, anche agli altri casi di affidamento di lavori pubblici mediante procedura negoziata senza bando previsti dal Codice.

Per quanto attiene agli appalti di servizi e forniture, come già affermato, la procedura negoziata consiste sostanzialmente nell'utilizzo del cottimo fiduciario nei casi previsti dall'articolo 125 e dai regolamenti delle amministrazioni, ferma restando la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando nei casi tassativamente indicati dall'articolo 57 del Codice e con le semplificazioni previste dall'articolo 124 con riguardo ai termini. Per tale procedura può farsi comunque riferimento alle indicazioni sopra illustrate circa l'articolo 57, comma 6.

E' infine opportuno effettuare, oltre a quanto già osservato in precedenza, alcune precisazioni circa il cottimo fiduciario, stante la riscontrata rilevanza e frequenza dell'utilizzo di tale strumento soprattutto nei servizi e forniture.

In passato è stato sostenuto che il cottimo fiduciario non fosse un procedimento di scelta del contraente, né un contratto, ma una particolare modalità di retribuire una prestazione ricompresa in un contratto di lavoro subordinato o autonomo — stipulato attraverso una libera contrattazione della Pubblica Amministrazione con soggetti privati — commisurata alla quantità della prestazione prodotta anziché al tempo impiegato a produrla.

Tale interpretazione non appare conforme a quanto previsto dal Codice che ha definito il cottimo quale procedura negoziata (articolo 3, comma 40) e dal Regolamento. Peraltro, la definizione di cottimo fiduciario quale procedura negoziata era già contenuta nel d.P.R. 554/99.

Il cottimo fiduciario non può ricondursi ad una semplice attività negoziale di diritto privato priva di rilevanza pubblicistica, le regole procedurali anche minime che l'amministrazione osserva per

concludere il cottimo implicano il rispetto dei principi generali di imparzialità, correttezza, buona fede, logicità e coerenza della motivazione. (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4295). Il cottimo fiduciario è, quindi, un contratto con contenuto semplificato affidato mediante procedura negoziata, la cui disciplina deve essere rinvenuta, oltre che nell'articolo 125, anche all'interno del Codice. Ciò consente, fra l'altro, di non ritenere corretta una prassi applicativa dell'istituto che dia luogo a distorsioni anti-concorrenziali, in chiara violazione della disciplina codicistica e dei suoi principi.

Infine, l'articolo 331 del Regolamento prevede che le stazioni appaltanti assicurino comunque che le procedure in economia avvengano nel rispetto del principio della massima trasparenza, contemperando altresì l'efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici. Inoltre, è stabilito che l'esito degli affidamenti mediante cottimo fiduciario sia soggetto ad avviso di *post*-informazione mediante pubblicazione sul profilo del committente.

Sulla base di quanto sopra considerato

IL CONSIGLIO

Adotta la presente determinazione.

Il Relatore

Giuseppe Borgia

Il Presidente

Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 21 aprile 2011

Il Segretario: Maria Esposito