



Autorità Nazionale Anticorruzione

Linee guida

Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici

Relazione AIR

Sommario

Premessa.....	2
1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità	2
2. Il quadro normativo di riferimento.....	2
3. La procedura di consultazione pubblica	3
4. Le scelte di fondo effettuate	3
5. Principali osservazioni pervenute.....	4
1. Oggetto e ambito di applicazione	4
2. Principi comuni	5
3. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000,00 euro..	6
4. La procedura negoziata per l'affidamento di contratti di lavori di importo pari o superiore a 40.000,00 euro e inferiore a 150.000,00 euro e per l'affidamento di contratti di servizi e forniture di importo superiore a 40.000,00 euro e inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'art. 35.....	9
5. La procedura negoziata per l'affidamento di contratti di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000,00 euro e inferiore a 1.000.000,00 euro	13

Premessa

Il presente documento, redatto in base all'art. 8 del Regolamento recante «Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)» (di seguito, "Regolamento AIR") descrive il contesto normativo, le motivazioni, gli obiettivi e le fasi del procedimento che hanno condotto all'adozione delle Linee guida recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni», dando evidenza delle ragioni che hanno guidato l'Autorità nell'adozione di alcune scelte di fondo, soprattutto con riferimento alle osservazioni più significative formulate in sede di consultazione.

1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

Le Linee guida sono state redatte ai sensi dell'art. 36, comma 7, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito "Codice"), che affida all'ANAC la definizione delle modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti nelle attività relative ai contratti di importo inferiore alla soglia di rilevanza europea e migliorare la qualità delle procedure, delle indagini di mercato nonché la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici.

2. Il quadro normativo di riferimento

L'art. 36 del Codice dispone che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, comma 1, nonché nel rispetto del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. La norma riconosce alle stazioni appaltanti la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie per gli affidamenti in esame ovvero di procedere secondo le seguenti modalità:

- a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta;
- b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente;
- c) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata di cui all'articolo 63 con consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.;
- d) per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie.

3. La procedura di consultazione pubblica

L'Autorità ha posto in consultazione pubblica il documento recante «Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici», con modalità aperta, mediante pubblicazione sul proprio sito istituzionale in data 6.5.2016, assegnando un termine di 15 giorni per l'invio dei contributi. Nel corso della consultazione pubblica sono pervenuti n. 131 contributi da parte di pubbliche amministrazioni e società pubbliche, associazioni di categoria, ordini professionali, operatori economici e liberi professionisti.

4. Le scelte di fondo effettuate

Nel predisporre le Linee guida l'Autorità ha innanzi tutto tenuto presente il dettato dell'art. 36, comma 7, del Codice, che espressamente delimita il potere di regolazione assegnatole in materia e, pertanto, non ha ritenuto di accogliere tutte quelle osservazioni che, pur esprimendo delle considerazioni rilevanti sul nuovo Codice, esulano, tuttavia, dall'oggetto delle Linee guida, come definito dal legislatore.

In secondo luogo l'Autorità nel valutare i contributi ricevuti alla luce del diritto vivente ha operato un bilanciamento tra i principi di semplificazione, razionalizzazione e recepimento degli strumenti di flessibilità previsti dalle direttive comunitarie idi cui all'art. 1, lett. e), f) l. 11/2016 disciplina in esame ed i principi di cui all'art 30, comma 1, del Codice, richiamati dal successivo art. 36, comma 1 nonché

quelli posti a fondamento dell'azione amministrativa di cui alla l. 241/1990. Conseguentemente, l'Autorità, da un lato, ha richiamato le stazioni appaltanti al rispetto degli obblighi di legge in materia di trasparenza, pubblicità e motivazione degli atti adottati, e, dall'altro, ha diversificato la procedura di scelta del contraente in considerazione del valore dell'affidamento, prevedendo una disciplina più snella là dove tale valore sia più basso.

Peraltro il rispetto dei predetti obblighi è determinante non solo ai fini di assicurare nel mercato dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie comunitarie il rispetto dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, come raccomandato dalla stessa Commissione europea con Comunicazione 2006/C 179/02, ma anche per la prevenzione della corruzione.

5. Principali osservazioni pervenute

1. Oggetto e ambito di applicazione

Osservazioni

Con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione è stato chiesto di precisare se le Linee guida si applicano anche agli appalti sotto soglia, che presentano un interesse transfrontaliero; ai servizi di cui all'art. 140 e ss. del Codice nonché agli appalti affidati dalle società a partecipazione pubblica e dalle società di diritto privato che non sono amministrazioni aggiudicatrici e che operano nei settori ordinari in virtù di diritti speciali loro attribuiti a seguito di affidamento diretto.

È stato, inoltre, richiesto di coordinare la disciplina prevista all'art. 36 del Codice con gli obblighi di centralizzazione e aggregazione previsti dall'art. 37 del Codice e la qualificazione delle stazioni appaltanti prevista dall'art. 38 del Codice. Infine è stato chiesto di specificare se, nel caso di procedure svolte attraverso il MEPA, si ritengono soddisfatte le prescrizioni delle Linee guida che impongono indagini di mercato, verifica dei requisiti, sedute pubbliche.

È stato richiesto, altresì, di inserire la previsione della necessità di verificare caso per caso a cura della stazione appaltante se l'appalto sotto soglia abbia comunque un interesse transfrontaliero con conseguente applicazione della disciplina dettata dal diritto comunitario.

E' stato, infine, osservato che il ricorso alle procedure aperte, previsto discrezionalmente ai sensi del par. 1, punto 1.4, deve essere effettuato dando conto delle ragioni che hanno indotto le stazioni appaltanti a preferirlo.

Opzione scelta

Considerato che l'art. 36 del Codice fa riferimento al comma 1 genericamente all'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie, senza recare alcuna esclusione in relazioni a particolari tipologie di servizi, mentre il successivo comma 8 pone una limitazione soggettiva per imprese pubbliche e dei soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121 del Codice, e che l'art. 114 del Codice prevede che agli appalti nei settori speciali si applica, in quanto compatibile l'art. 36, l'Autorità ha precisato che le disposizioni di cui all'art. 36 del

Codice e le Linee guida si applicano alle stazioni appaltanti, ad eccezione delle imprese pubbliche e dei soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121 del Codice per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi e degli appalti aggiudicati: a) nei settori ordinari, ivi inclusi i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e i servizi sociali e gli altri servizi specifici elencati all'allegato IX; c) nei settori speciali, in quanto compatibile. La stessa, inoltre, ha indicato che restano fermi gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto (di cui all'art. 3, comma 1, lett. cccc) del Codice) e di negoziazione (di cui all'art. 3, comma 1, lett. dddd) del Codice), anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa nonché la normativa sulla qualificazione delle stazioni appaltanti e sulla centralizzazione e aggregazione della committenza. Infine, ha precisato, che per l'affidamento di appalti e concessioni di interesse transfrontaliero certo le stazioni appaltanti adottano procedure di gara adeguate e ricorrono a idonei mezzi di pubblicità atti a garantire in maniera effettiva e efficace l'apertura del mercato alle imprese estere.

Considerato che l'art. 36, comma 2, del Codice dispone «fermo restando quanto previsto dagli artt. 37 e 38», relativi rispettivamente alle aggregazioni e centrali di committenza alla qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, che saranno oggetto di apposito atto dell'ANAC, l'Autorità non ha ritenuto opportuno anticipare in queste Linee guida determinazioni che saranno prese successivamente.

2. Principi comuni

Osservazioni

Molti partecipanti alla consultazione hanno chiesto chiarimenti sull'applicazione di specifiche norme agli appalti sotto soglia, con particolare riferimento all'art. 29 e al coordinamento con gli obblighi di pubblicazione previsti da altre disposizioni (es. art. 1, comma 32, legge 190/2012), all'art. 97 - Offerte anormalmente basse, all'art. 93 - Garanzie per la partecipazione alla procedura che sembrerebbero sproporzionate, del Codice e all'obbligo di procedere a sedute pubbliche e di utilizzare il DGUE di cui all'art. 85 del "Codice".

Alcuni operatori hanno chiesto chiarimenti in relazione al rapporto tra l'art. 36 e la procedura di cui all'art. 63, in particolare, hanno chiesto di chiarire:

- se la fattispecie dell'art. 36 co. 2 lett. c) aggiunga un'ulteriore fattispecie a quelle previste nell'art. 63 commi 1-5, prevedendo l'invito di 10 operatori economici invece che 5;
- se tale rinvio è da riferire all'art. 63, comma 6, posto che i commi 1-5 individuano casistiche specifiche, senza alcun riferimento a valori economici;
- se anche per l'art. 36, comma 2, lett. b) si possa ipotizzare un rinvio implicito all'art. 63, comma 6;
- se la "procedura negoziata" indicata all'art. 36, comma 2, lett. b) sia unicamente quella prevista dall'art. 63 e quindi se possa applicarsi solo in presenza dei presupposti ivi previsti;
- se il comma 9 dell'art. 36 del Codice, per la parte in cui richiama espressamente tra le procedure ordinarie anche quella di cui all'art. 63 del Codice si riferisca anche alle procedure negoziate di cui al comma 2, lettere b) e c) del medesimo articolo.

Opzione scelta

Considerata la lettera dell'art. 29 del Codice, in virtù della quale tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture e lavori devono essere pubblicati e aggiornati, l'Autorità ha precisato che tutti gli atti della procedura sono soggetti agli obblighi di trasparenza previsti dall'art. 29 del Codice, l'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione dei soggetti che hanno effettivamente proposto offerte e di quelli invitati (art. 36, comma 2, lett. b) e c) del Codice). L'Autorità, inoltre, in virtù dell'art. 97, secondo cui, da un lato (comma 6), la stazione appaltante può in ogni caso valutare la congruità di un'offerta che appare anomala e, dall'altro (comma 8), al ricorrere dei presupposti ivi espressamente previsti, può procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale, ha precisato che e che se la stazione appaltante intende avvalersi della facoltà di cui all'art. 97, comma 8, del Codice invita un numero di concorrenti superiore a quello minimo fissato dall'art. 36 del Codice.

Stante la disciplina dettagliata dell'art. 93 del Codice l'Autorità non ha ritenuto di dover ulteriormente disciplinare tale aspetto. Infine, con riferimento all'utilizzo del DGUE l'Autorità ha precisato che 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.

Quanto ai rapporti tra gli artt. 36 e 63, l'Autorità, stante quanto chiaramente disposto dall'art. 63 in riferimento al proprio ambito di applicazione non ha ritenuto di dover fornire ulteriori precisazioni. Si osserva, infatti, che la procedura di cui all'art. 63 ha natura eccezionale, così come già disposto dal d.lgs. 163/2006 per la procedura negoziata senza pubblicazione del bando, pertanto la stessa può essere utilizzata soltanto al ricorrere dei presupposti previsti dal legislatore. Potrebbe accadere che questi ultimi si verificano con riferimento ad un affidamento di valore inferiore alle soglie di cui all'art. 35, in tal caso la stazione appaltante può utilizzare la procedura negoziata in conformità all'art. 63. Viceversa in assenza dei suddetti presupposti, se il valore dell'affidamento, è inferiore alle soglie di cui all'art. 35, la stazione appaltante utilizza la procedura negoziata in conformità all'art. 36.

3. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000,00 euro

A. Avvio della procedura

Molti partecipanti hanno proposto soluzioni volte alla semplificazione della procedura soprattutto con riguardo ai micro affidamenti, suggerendo di demandare la regolamentazione degli affidamenti diretti a regolamenti interni e di prevedere, in luogo della determina a contrarre e della determina di aggiudicazione, l'adozione di un unico provvedimento, riassuntivo ed esplicativo del procedimento informale all'esito del quale è stato individuato il contraente. Alcuni, inoltre, hanno evidenziato che la locuzione "deliberazione" a contrarre dovrebbe essere sostituita con "determinazione" a contrarre in virtù di quanto previsto dal d.lgs. 267/2000.

Opzione scelta

L'Autorità ha condiviso quest'ultima osservazione unitamente all'esigenza di avere per gli affidamenti in parola una disciplina più snella, senza però rinunciare al rispetto degli obblighi di trasparenza e motivazione disposti dalla legislazione vigente. Conseguentemente, stante la possibilità di ricorrere in tal caso all'affidamento diretto prevista dall'art. 36, comma 2, lett. a) del codice, le Linee guida hanno:

- a) rimesso alla discrezionalità della singola stazione appaltante, la facoltà di svolgere una preliminare indagine, semplicemente esplorativa del mercato, volta a identificare le soluzioni presenti sul mercato per soddisfare i propri fabbisogni e la platea dei potenziali affidatari;
- b) previsto che la procedura ha inizio di regola con la determina a contrarre, ovvero con atto a essa equivalente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante; fissato il contenuto minimo che quest'ultima deve avere, prevedendo, tuttavia che lo stesso, in determinate situazioni, potrebbe essere semplificato;
- c) ricordato la necessità di motivare adeguatamente la scelta dell'aggiudicatario con particolare riferimento alla rispondenza della stessa all'interesse pubblico che la stazione appaltante intende soddisfare ed all'economicità dell'affidamento. Al riguardo l'Autorità, in accoglimento delle osservazioni ricevute, ha ritenuto opportuno graduare il predetto obbligo motivazionale in riferimento sia al valore dell'affidamento sia all'eventuale adozione da parte della stazione appaltante di un apposito regolamento per l'acquisizione di lavori, beni e servizi redatto nel rispetto dei principi contenuti nel Codice.

B. Criteri di selezione

Con riferimento ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale è stato proposto di:

- a) non richiedere l'esibizione del CCIAA a seguito delle modifiche apportate dalla legge di stabilità 2012 al DPR 445/2000 e di utilizzare al paragrafo 4 la formulazione "affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro" anziché "affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro";
- b) eliminare la richiesta di esperienze maturate nello specifico settore, in quanto potrebbe costituire una barriera all'accesso per le imprese di nuova costituzione e pertanto propongono di prevedere tale requisito solo al fine dell'attribuzione di un punteggio aggiuntivo oppure di prevedere, in alternativa, un'adeguata copertura assicurativa o il possesso di certificazioni standard;
- c) individuare specificatamente i requisiti, senza lasciarli alla discrezionalità delle stazioni appaltanti;
- d) di utilizzare criteri oggettivi di selezione, di rapida verifica, quali l'inserimento in elenchi di imprese qualificate con criterio di selezione a rotazione;
- e) di attingere direttamente dalle white list della Prefettura di appartenenza per le attività previste nell'art. 1 comma 53 della Legge 190/2012.

Opzione scelta

In parziale accoglimento delle osservazioni formulate l'Autorità ha riformulato il predetto paragrafo, prevedendo non più l'esibizione del certificato camerale, ma, eventualmente, l'attestazione dell'iscrizione al registro della camera di commercio; ha, inoltre, disciplinato un regime "peculiare" per consentire la partecipazione anche di imprese di nuova costituzione. L'Autorità, stante la possibilità di ricorrere all'affidamento diretto e l'autonomia organizzativa riconosciuta alle stazioni appaltanti dall'ordinamento, non ha ritenuto opportuno individuare specifici requisiti, ma ha rimandato tale scelta alla discrezionalità dell'amministrazione procedente. Né ha ritenuto possibile utilizzare, ai fini della scelta del contraente, le white list delle Prefetture in quanto le stesse si riferiscono esclusivamente ad alcuni settori merceologici e tale iscrizione, inoltre, è su base volontaria.

C. Scelta del contraente e obbligo di motivazione

Alcuni operatori hanno proposto di specificare che l'indagine "semplicemente esplorativa" ai fini del successivo affidamento diretto debba essere svolta in maniera rigorosamente informale e non tracciabile, senza alcuna formalizzazione della relativa procedura altrimenti verrebbe a coincidere con la procedura negoziata e specificare se deve essere effettuata prima della determina a contrarre o successivamente alla stessa. Altri soggetti intervenuti hanno proposto una soluzione alternativa all'indagine di mercato per gli acquisti al di fuori del MePA, rappresentata dalla possibilità che la stazione appaltante ad inizio anno, per macrosettori e metaprodotto dei quali si conosce orientativamente il fabbisogno (su dati triennio Precedente), effettui una ricognizione valida per tutto l'anno nella quale si siano invitati almeno tre operatori e che il servizio in via di massima sia affidato al miglior sconto proposto e valido per l'intero anno.

In merito alla valutazione dei preventivi è stato chiesto se questi debbano vertere esclusivamente su fattori economici, tenendo conto che nel successivo paragrafo si fa riferimento alle "eventuali caratteristiche migliorative ed alla convenienza del prezzo in relazione alla qualità della prestazione.

In ordine all'obbligo di motivazione del ricorso all'affidamento diretto, è stato evidenziato che l'imposizione di un onere motivazionale specifico in sede di ciascun acquisto sia incompatibile con il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa e con i principi di economicità, efficacia, efficienza e proporzionalità che ne costituiscono il corollario, anche in considerazione del fatto che il legislatore non richiede specifici obblighi motivazionali. Altri operatori hanno richiesto di prevedere, per gli appalti di servizio ad alta intensità di manodopera, che l'affidamento diretto sia motivato in relazione alla congruità del prezzo rispetto all'oggetto del servizio e tenuto conto dell'incidenza del costo del lavoro. Nel caso di conferma dell'affidamento all'operatore uscente, la motivazione dovrebbe riguardare anche il grado di soddisfazione maturato nel precedente rapporto contrattuale, la competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento.

Opzione scelta

In accoglimento dell'osservazione presentata e tenuto conto di quanto disposto dall'art. 36, comma 2, lett.a) che - a differenza di quanto disposto dalle lettere b) e c) - non richiede lo svolgimento di indagini di mercato, ha rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante la scelta, ove lo ritenga necessario, di svolgere una mera indagine esplorativa, senza imporre l'osservanza di alcuna formalità. Il ricorso alla soluzione alternativa prospettata da alcuni non è sembrato idoneo a contemperare i principi di cui all'art. 30 del Codice con le esigenze di flessibilità e snellezza della procedura e pertanto tale soluzione non è stata inserita nelle Linee guida.

L'Autorità non ha condiviso le osservazioni che ritengono eccessivo l'obbligo di motivare in relazione alla procedura seguita e al contraente scelto in quanto quest'ultimo è funzionale ad assicurare il rispetto dei principi di economicità, efficacia, correttezza trasparenza e proporzionalità sanciti dall'art. 30, comma 1, del Codice ed espressamente richiamati dal successivo art. 36, comma 1. Inoltre occorre ricordare che lo stesso è sancito in via generale dall'art. 3 della l. 241/1990.

L'Autorità, infine, ha precisato che il confronto tra due o più preventivi può essere utilizzato per adempiere correttamente all'obbligo di motivare la scelta del concorrente con riferimento sia al profilo dell'economicità dell'affidamento sia del rispetto dei principi di concorrenza.

D. Stipula contratto e pubblicazione

Alcuni stakeholders hanno suggerito di rinviare alle normali pratiche commerciali, le quali ammettono l'accettazione mediante esecuzione, o di chiarire se strumenti semplificati quali gli "ordinativi" possano

rappresentare una forma di contratto concluso “mediante corrispondenza secondo l’uso del commercio” ed essere utilizzati per approvvigionamenti di importo e complessità minore, in presenza di condizioni generali di contratto accettate dai fornitori.

Altri hanno chiesto di chiarire se:

- per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro la stipula del contratto con la suddetta modalità sia esclusiva o sia ammessa anche la scrittura privata;
- per gli affidamenti avvenuti a seguito dell’esperimento delle procedure negoziate la stipula del contratto debba avvenire esclusivamente mediante scrittura privata o possa avvenire anche in forma pubblica amministrativa a cura dell’ufficiale rogante della stazione appaltante
- per gli affidamenti di importo inferiore ad € 40.000, nel caso in cui l’amministrazione decida di effettuare una procedura aperta o negoziata, sia comunque possibile stipulare il contratto mediante corrispondenza o se occorre, in base alla procedura di gara scelta, procedere necessariamente con atto pubblico o scrittura privata.

Opzione scelta

L’Autorità ha ritenuto sufficiente a chiarire i dubbi sopra avanzati richiamare la disposizione dell’art. 32, comma 14, del Codice e prevedere conseguentemente che la stipula del contratto per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro avviene mediante corrispondenza secondo l’uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere. Le parti possono effettuare lo scambio mediante posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli Stati membri.

4. La procedura negoziata per l’affidamento di contratti di lavori di importo pari o superiore a 40.000,00 euro e inferiore a 150.000,00 euro e per l’affidamento di contratti di servizi e forniture di importo superiore a 40.000,00 euro e inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all’art. 35

Con riferimento alla determina a contrarre, è stato chiesto di chiarire se i contenuti debbano essere quelli indicati nel documento ANAC “Decreto o Determina a contrarre (aggiornamento al 26 gennaio 2011) e se la stessa debba essere pubblicata dopo l’aggiudicazione del contratto, dopo il termine per la ricezione delle offerte, oppure prima dell’avvio della procedura. Sul punto è stato segnalato che la pubblicazione della determina a contrarre prima della scadenza per la presentazione delle offerte potrebbe quindi risultare in violazione dell’art. 53 del codice. Nell’ottica di semplificazione, è stato suggerito di prevedere che la determina a contrarre possa coincidere con la medesima determina di affidamento, prevedendo altresì che lo stesso atto dia conto delle motivazioni che hanno indotto all’adozione di tale procedura, oppure di prevedere la possibilità di prescindere dalla stessa qualora il provvedimento che approva la programmazione dei servizi e delle forniture o dei lavori o i relativi aggiornamenti abbiano previsto l’acquisizione del bene, servizio, opera in relazione al quale la stazione appaltante effettua l’indagine di mercato.

Opzione scelta

L'Autorità ha precisato che la determina a contrarre o il documento a essa equivalente costituiscono, di regola, l'atto con cui ha inizio la procedura. Il contenuto è descritto al punto 3.1.2 delle Linee guida, solo in casi particolari è possibile far coincidere la determina a contrarre con quella di affidamento.

A. L'indagine di mercato e l'elenco dei fornitori

Al fine di garantire la massima partecipazione del mercato e in un'ottica di contrazione dei tempi di acquisto, alcuni stakeholders hanno chiesto di prevedere una procedura in un unico step mediante pubblicazione sul sito della SA direttamente di una Lettera di invito aperto a tutti gli OE interessati in possesso dei requisiti, senza procedere ad una previa indagine di mercato con successivo invito solo agli operatori che hanno manifestato interesse. Secondo altri operatori, per la soglia fino a 150 mila euro, occorrerebbe consentire la procedura negoziata con invito a tutti gli operatori economici aventi sede in ambito provinciale, o quantomeno ad un numero molto più ampio (20/25 operatori) senza la necessaria predisposizione di elenchi o indagini di mercato. Ciò fatte salve le esigenze di post informazioni sui soggetti invitati ed aggiudicatari.

In merito alla tempistica di svolgimento delle indagini di mercato, alcuni operatori hanno espresso l'avviso secondo cui tali indagini devono essere svolte a valle dell'attività di programmazione ed essere espletate in esecuzione della determina a contrarre, alla luce della già avvenuta specificazione dei dettagli della commessa.

In ordine alla definizione del numero di operatori economici da invitare, è stata sottolineata la necessità di operare un concreto bilanciamento con il principio di proporzionalità, verificando, inoltre, che l'ampliamento della platea dei candidati sia effettivamente compatibile con la celerità connessa alle procedure negoziate. Altri operatori hanno chiesto di evidenziare che il numero di cinque operatori è un numero minimo e che sarebbe da preferire la consultazione di almeno dieci operatori economici, al fine di consentire l'applicazione dell'art. 97 comma 8. Secondo altri, negli affidamenti da 40 mila euro a 150 mila euro occorrerebbe invitare almeno 15 operatori economici.

Alcuni operatori hanno chiesto di precisare la differenza tra la "preliminare indagine esplorativa del mercato" per gli affidamenti diretti (art. 36, comma 2, lettera a) e le indagini di mercato finalizzate ad individuare gli operatori economici, per affidamenti di cui all'art. 36, comma 2, lettere b) e c).

Con riferimento alla pubblicazione degli elenchi degli operatori economici è stato segnalato che la relativa pubblicazione può dar luogo a potenziali accordi tra operatori inseriti negli elenchi e contrastare con il differimento di accesso agli atti e di divieto di comunicazione di informazioni a terzi previsti dall'art. 53, comma 2, lettera b, e comma 3, del Codice. Per evitare cartelli tra operatori economici, si potrebbe pubblicare l'elenco fornitori con la sola indicazione delle macro categorie, lavori servizi e forniture. Alcuni operatori hanno chiesto di prevedere, tra le cause di esclusione dagli elenchi, il mancato riscontro a fronte dell'inoltro di 3 inviti di partecipazione al confronto competitivo formulati dalla SA nel corso dell'anno e di descrivere l'iter per la cancellazione degli Operatori Economici dall'Albo, da attivarsi previa comunicazione dell'avvio del procedimento da parte della SA, al fronte del quale l'Operatore potrà formulare in un termine fisso (ad es. 15 gg.) controdeduzioni/osservazioni sulle quali la SA si pronuncerà definitivamente.

Riguardo alla comprova dei requisiti minimi è stato richiesto di specificare che la richiesta dell'attestazione del possesso dei requisiti deve avvenire al momento della presentazione delle candidature e di dettagliare o esemplificare le corrette modalità di selezione degli operatori economici da invitare sulla base dei requisiti posseduti.

Alcuni operatori hanno espresso la loro preferenza per gli elenchi aperti, altri, al fine di evitare iscrizioni a “a orologeria” per la singola gara, hanno chiesto di prevedere iscrizioni aperte limitatamente a determinate fasce temporali.

Alcuni operatori hanno chiesto di specificare che non è possibile ricorrere all'avvalimento dei requisiti speciali per l'iscrizione negli elenchi.

Riguardo ai tempi di valutazione delle istanze di iscrizione agli elenchi, alcuni operatori hanno proposto di prevedere la possibilità di superare i 30 giorni dal ricevimento, garantendo tuttavia che tutte le nuove istanze siano valutate in tempo utile al loro inserimento in occasione della data prevista per l'aggiornamento dell'elenco.

Opzione scelta

L'Autorità non ha condiviso le suddette osservazioni in quanto contrastano con quanto disposto dall'art. 36, comma 2, lett. b) e c) che espressamente richiede per l'individuazione dei soggetti da invitare lo svolgimento di indagini di mercato o l'utilizzo di appositi elenchi e fissa in cinque o dieci il numero minimo di tali operatori. Conseguentemente l'Autorità non ha apportato al documento le modifiche richieste, ma ha indicato l'opportunità che le stazioni appaltanti si dotino preliminarmente di un regolamento in cui siano disciplinate le modalità di conduzione delle indagini di mercato e precisato che le stazioni appaltanti possono invitare il numero di operatori che ritengono più confacente alle proprie esigenze – indicandolo nella determina a contrarre o nell'atto equivalente -, purché superiore al minimo previsto dall'art. 36 del Codice. Ciò al fine di assicurare il massimo confronto concorrenziale e di potersi anche avvalere della facoltà di cui all'art. 97, comma 8, del Codice, in materia di esclusione automatica delle offerte .

L'Autorità precisa che la consultazione preliminare di mercato, oltre a essere facoltativa, a differenza dell'indagine di mercato per il sottosoglia, è finalizzata a individuare le migliori modalità di soddisfacimento dei fabbisogni delle stazioni appaltanti, indipendentemente dagli importi posti a base di gara, e non dei soggetti che li possano garantire.

L'Autorità ha ritenuto di confermare la pubblicità degli elenchi al fine di garantire la trasparenza dell'operato della stazione appaltante, per evitare un “abuso” dell'iscrizione ha disposto che possono essere esclusi dagli elenchi quegli operatori economici che non presentano offerte a seguito di tre inviti nel biennio. Al fine di assicurare la più ampia partecipazione, ha precisato, inoltre, che l'iscrizione negli elenchi è consentita senza cadenze temporali ed ha ritenuto opportuno indicare che la stazione appaltante procede alla valutazione delle istanze di iscrizione entro il termine ordinario di trenta giorni, mutuandolo dall'art. 2 l. 241/1990.

L'Autorità, al fine di non alterare il corretto confronto concorrenziale, ha ritenuto che i requisiti generali e speciali debbano essere posseduti dall'operatore economico sin dal momento in cui chiede l'iscrizione nell'elenco e pertanto deve attestarli mediante dichiarazione sostitutiva di cui al d.p.r. n.445/2000.

B. Il confronto competitivo

I. Selezione degli operatori economici

È stato chiesto di specificare i criteri da adottarsi nella rotazione degli affidamenti al fine di tener conto del valore, della natura e della distribuzione temporale degli stessi; di chiarire se debbano essere esclusi

dagli inviti l'operatore aggiudicatario e/o gli operatori già precedentemente invitati in un'altra procedura di affidamento; di fornire indicazioni più precise sulla rotazione nel caso in cui siano coinvolte nella procedura centrali di committenza, soggetti aggregatori o forme di aggregazione tra comuni.

In merito al sorteggio alcuni operatori si sono manifestati contrari a quello in forma pubblica in quanto consentirebbe ai partecipanti di conoscersi prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Sugeriscono, quindi, che le operazioni di sorteggio si effettuino con modalità diverse, ad esempio in modalità telematica o con sorteggio non aperto al pubblico. Altri stakeholders hanno evidenziato che il sorteggio non garantisce la libera concorrenza, la non discriminazione, la trasparenza, la proporzionalità, il principio di rotazione, l'effettiva partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, quindi è preferibile il ricorso agli elenchi con il principio della rotazione.

Sono stati chiesti chiarimenti sull'applicabilità alle procedure sotto soglia delle disposizioni sulla verifica dell'anomalia. In particolare, alcuni operatori ritengono che per appalti sotto i 150 mila euro debba essere previsto il ricorso al meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale, con il metodo "antiturbativa" di cui all'art. 97 del codice (in linea con la Legge Delega, art. 1, lett. d); altri, invece, ritengono che alle procedure previste dall'art. 36, lett. a e b non si applichi il subprocedimento per la verifica dell'anomalia di cui all'art. 97, salvo che per quelle offerte che, in base ad elementi specifici, appaiano anormalmente basse.

Alcuni operatori hanno chiesto di eliminare la verifica dei requisiti su tutti gli aggiudicatari, reintroducendo la verifica c.d. "a campione" sul solo aggiudicatario. È stato chiesto di precisare in cosa consistono le modalità di verifica semplificate del possesso dei requisiti, autocertificati dall'operatore economico nel corso della procedura, secondo le modalità di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 36.

È stata segnalata l'assenza di previsione di un tempo minimo per la ricezione delle offerte in caso di procedura negoziata di cui all'art. 36 comma 2 lett. b). Inoltre, è stato evidenziato che la trasmissione dell'offerta via Pec o posta ex art. 75 comma 3 non si coniuga con il disposto dell'art. 37 che prevede si debba fare ricorso agli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza e solo in mancanza di questi ultimi si possa fare ricorso alle procedure ordinarie.

Per quanto concerne il criterio di aggiudicazione al prezzo più basso, è stato evidenziato che non è richiamata la lett. b del comma 4 dell'art. 95 e che non è disciplinata l'aggiudicazione al "massimo ribasso sull'importo a base di gara". In funzione delle offerte anomale previste all'art. 97, è stato richiesto di prevedere nel Bando di gara una soglia limite di offerta al cui superamento occorre giustificare preventivamente tutti i prezzi previsti per l'esecuzione dell'opera. La percentuale massima da prevedere non dovrebbe superare il range 10-15% anche per consentire adeguate coperture assicurative fidejussorie per la buona esecuzione delle opere.

Opzione scelta

L'Autorità in accoglimento delle osservazioni formulate ha chiarito come applicare il principio di rotazione e come effettuare il sorteggio, precisando che, al fine di garantire la trasparenza dell'operato delle stazioni appaltanti, queste devono pubblicizzare la data ed il luogo in cui sarà effettuato il sorteggio e, contemporaneamente, al fine di evitare eventuali cartelli e/o alterazioni della leale concorrenza, che i nominativi degli operatori economici selezionati tramite sorteggio non vengano resi noti, né siano accessibili, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte. L'Autorità ha, inoltre, espressamente richiamato la facoltà di avvalersi dell'esclusione automatica delle offerte anomale di cui all'art. 97, comma 8, del Codice.

L'Autorità non ha condiviso la proposta di eliminare la verifica sull'aggiudicatario in quanto contrastante con le previsioni dell'art. 36, comma 5 e 6, del Codice, che la prevedono, e pertanto ha ritenuto necessario richiamare le predette disposizioni.

L'Autorità non ha accolto le predette osservazioni in quanto i termini di ricezione delle offerte ed i criteri di aggiudicazione sono fissati dal dlgs. 50/2016 e, pertanto, le Linee guida non possono regolare tali aspetti.

II. Stipula contratto e pubblicazione

Alcuni operatori hanno suggerito di eliminare la previsione della pubblicazione degli esiti delle indagini di mercato, posto che la disciplina vigente è già sufficientemente esaustiva in materia di adempimenti pubblicitari. Altri operatori hanno espresso dubbi in ordine alla previsione secondo cui la pubblicazione dell'esito dell'indagine di mercato possa precedere la pubblicazione dell'elenco dei soggetti invitati, ciò che non consentirebbe di garantire la segretezza dei nominativi degli operatori economici selezionati.

Altri hanno chiesto se la stipula del contratto mediante corrispondenza commerciale possa essere utilizzata anche per procedure negoziate di importo superiore a 40.000,00 euro.

Opzione scelta

L'Autorità concorda con la necessità che la pubblicazione degli esiti delle indagini di mercato avvenga contestualmente alla pubblicazione dei soggetti invitati.

L'Autorità ha chiarito che ai sensi dell'art. 32, comma 14, del Codice la stipula del contratto avviene, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata

5. La procedura negoziata per l'affidamento di contratti di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000,00 euro e inferiore a 1.000.000,00 euro

Alcuni operatori hanno richiesto di specificare anche con esempi, quali sono i “meccanismi idonei a garantire la trasparenza della procedura e la parità di trattamento degli operatori economici” al fine di uniformare i comportamenti delle stazioni appaltanti ed evitare un proliferare di meccanismi diversificati.

Altre richieste hanno riguardato la previsione: dell'esclusione automatica delle offerte; di adeguati principi di rotazione; del favor per l'utilizzo di elenchi aperti di operatori qualificati, e puntuale motivazione dell'utilizzo di un'indagine di mercato; dell'invito ad almeno 20 (o 30) operatori economici; dell'obbligo di motivazione del ricorso all'offerta economicamente più vantaggiosa; di un espresso richiamo ai CAM di riferimento, che, con il collegato ambientale sono da considerarsi a tutti gli effetti obbligatori.

Altri hanno chiesto se per i lavori di importo superiore a 150.000 euro, gli operatori possano qualificarsi dimostrando il possesso della qualificazione SOA.

Opzione scelta

L'Autorità ha precisato che in questo caso il possesso dei requisiti speciali è comprovato dall'attestato di qualificazione SOA (art. 84 Codice) per categoria e classifica da definire in ragione dei lavori oggetto del contratto.

L'Autorità ha ritenuto di non dovere effettuare ulteriori chiarimenti in ordine alle altre osservazioni presentate in quanto le stesse sono sostanzialmente simili a quelle già considerate nei precedenti paragrafi.