

INDICAZIONI OPERATIVE INERENTI LA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DEL BAN- DO DI GARA NEI CONTRATTI DI IMPORTO INFERIORE ALLA SOGLIA COMUNITARIA DOPO LE MODIFICHE IN- TRODOTTE DALLA LEGGE 12.7.2011, N. 106

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

Determinazione n. 8 del 14.12.2011 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture: indicazioni per gli appalti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Determination No. 8 of 14.12.2011 the Supervisory Authority for Public Contracts of Works, Services and Supplies: directions for public contracts in amounts below the EU threshold.

Sommario: - Premessa. - 1. Gli appalti di lavori pubblici di importo inferiore ad un milione di euro. - 1.1 Il limite di importo. - 1.2 Gli operatori economici da invitare. - 1.3 I principi comunitari: in particolare, la pubblicità. - 1.4 Subappalto e subcontratto. - 1.5 L'obbligo di motivazione. - 2. Affidamenti diretti. - 3. Le modifiche alla procedura negoziata ex artt. 56 e 57 del Codice.- 4. La procedura negoziata per i lavori sui beni culturali.

Premessa.

Facendo seguito alla determinazione n. 2 del 6.4.2011 con cui sono state delineate le linee guida per l'esecuzione della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, l'Autorità affronta, nella determinazione in commento, le novità più significative apportate con l'introduzione del d.l. n. 70 del 2011 (di seguito, decreto Sviluppo), poi convertito con l. n. 106 del 2011.

1. Gli appalti di lavori pubblici di importo inferiore ad un milione di euro.

1.1 Il limite di importo.

Una delle innovazioni più rilevanti riguarda proprio la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara espletata per l'affidamento dei contratti di lavori pubblici sotto soglia di cui all'art. 122 del d. lgs. n. 163 del 2006 (di seguito, Codice). In particolare, a seguito dell'abrogazione del comma 7 bis e con l'introduzione del nuovo co. 7 della norma citata, è stata innalzata la soglia massima stabilita per l'espletamento della procedura ex art. 57, co. 6, del Codice da

500.000 euro ad un milione di euro.

Lo scopo di tale allargamento, chiarisce l'Autorità, deve rinvenirsi nell'esigenza di semplificare ed alleggerire le procedure di affidamento dei contratti pubblici e, d'altronde, è bilanciato con l'aumento del numero minimo di operatori economici che devono essere invitati, come a breve si dirà.

In relazione alla nuova soglia fissata dal legislatore, l'Autorità ricorda il divieto di artificioso frazionamento sancito all'art. 29, co. 4, del Codice, la cui violazione, peraltro, secondo la più recente giurisprudenza, costituisce un indice sintomatico del c.d. *danno alla concorrenza*.

1.2 Gli operatori economici da invitare.

La nuova formulazione del co. 7 citato richiede un diverso numero minimo di operatori economici da invitare a seconda dell'importo del lavoro da affidare: per i contratti di valore pari o superiore a 500.000 euro e fino ad un milione, l'invito deve essere rivolto ad almeno dieci soggetti; per lavori di importo inferiore a 500.000 euro, invece, è

sufficiente l'invito presentato a cinque operatori economici.

Si osservi, innanzitutto, come la disposizione in parola abbia esteso l'obbligo dell'invito a cinque soggetti anche per i contratti di valore inferiore a 100.000 euro, per i quali nulla era disposto nella vigenza dell'abrogato co. 7 *bis*.

Inoltre, la norma in disamina deroga alla disposizione generale dell'art. 57, co. 6, che impone l'invito di soli tre operatori economici, avendo innalzato, per quel che riguarda i contratti di lavori pubblici sotto soglia, il numero minimo richiesto.

L'Autorità affronta un particolare aspetto problematico inerente il meccanismo dell'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia; come noto, tale facoltà non è esercitabile quando il numero di offerte ammesse è inferiore a dieci, ai sensi dell'art. 122, co. 9, del Codice nonché dell'art. 121, co. 8, del d.P.R. n. 207 del 2010 (di seguito, Regolamento).

Ne consegue che la stazione appaltante che affidi, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, un lavoro per un importo inferiore a 500.000 euro, ben potrà invitare solo cinque operatori economici ma, se vorrà eventualmente avvalersi della facoltà di esclusione automatica, dovrà opportunamente invitare un numero maggiore di soggetti, in modo che, anche nel caso in cui alcuni di questi presentino un'offerta in modo scorretto o non la presentino affatto, sia comunque raggiunto il numero minimo di dieci offerte richiesto dalla legge.

1.3 I principi comunitari: in particolare, la pubblicità.

In riferimento ai principi generali, l'Autorità evidenzia come il nuovo co. 7 dell'art. 122 cit., nel disciplinare la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per l'affidamento di lavori sotto soglia, richiami espressamente il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e chiarisce, altresì, come il rispetto del principio di rotazione, non espressamente menzionato, sia comunque invocabile in virtù del rinvio gene-

rale all'art. 57, co. 6, del Codice.

In particolare, l'Autorità si sofferma sulla portata pratica del principio di pubblicità, e splicitazione del principio della trasparenza.

Nella procedura in disamina non è previsto per le stazioni appaltanti alcun obbligo di pubblicità preventiva, mentre particolari nuove prescrizioni sono intervenute relativamente all'avviso di post-informazione sull'esito della procedura. Tale avviso, obbligatorio per appalti di qualsiasi importo, viene predisposto secondo lo schema di cui all'allegato IX A, quinto punto (*Avviso relativo agli appalti aggiudicati*) del Codice e deve contenere, in particolare, l'indicazione dei soggetti invitati; inoltre l'avviso deve essere trasmesso per la pubblicazione entro dieci giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva. La pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura deve essere effettuata sul profilo del committente, ove istituito, e, non oltre due giorni lavorativi dopo, sul sito informatico del Ministero delle Infrastrutture di cui al d.m. Il.pp. 6.4.2001, n. 20 nonché sul sito informatico presso l'Osservatorio.

L'avviso relativo all'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro deve essere pubblicato, inoltre, sulla G.U. della Repubblica italiana – serie speciale relativa ai contratti pubblici e, non oltre cinque giorni lavorativi dopo, per estratto, a scelta della stazione appaltante, su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno uno dei quotidiani a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i lavori. Invece, l'avviso relativo all'affidamento di lavori di importo inferiore a 500.000 euro deve essere pubblicato nell'Albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori e nell'albo della stazione appaltante.

Tale disciplina è derogatoria rispetto alla disposizione di cui all'art. 65, co. 1, del Codice.

1.4 Subappalto e subcontracto.

Mentre le disposizioni sin qui commentate sono state introdotte con il d. l. n. 70 del 2011 e, quindi, si applicano solo alle procedure i cui inviti sono stati diramati dopo il 14.5.2011 (data di entrata in vigore del decreto legge cit.), la legge di conversione n. 106

del 2011 ha successivamente introdotto un'ulteriore disposizione dell'art. 122, co. 7, cit. relativa all'affidamento di lavori sotto soglia tramite subappalto o subcontratto; tale ultima disposizione è applicabile dal 13.7.2011 (data di entrata in vigore della legge di conversione cit.).

Il disposto in parola prevede che i lavori affidati secondo la procedura negoziata in disamina e relativi alla categoria prevalente possono essere affidati a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20% dell'importo della medesima categoria. Tale limite, rileva l'Autorità, è maggiore e speciale rispetto a quello generale fissato al 30% dall'art. 170, co. 1, del Regolamento che, quindi, nella procedura negoziata in oggetto, è derogato.

Per le categorie specialistiche di cui all'art. 37, co. 11, del Codice, restano ferme le disposizioni ivi previste. Ciò significa, specifica l'Autorità, che nel caso siano presenti tali categorie di importo singolarmente superiore al 15% dell'importo totale dell'appalto, le stesse possono essere subappaltate nei limiti del 30%.

Per quanto concerne gli appalti di importo pari o inferiore a 150.000 euro, agli stessi non si applicano le disposizioni in materia di categorie generali e specializzate, di categorie a qualificazione obbligatoria, di categorie a qualificazione non obbligatoria, di divieto di subappalto e, di conseguenza, di obbligo di prevedere nei bandi di gara le categorie scorparabili. Ciò in quanto gli appalti non sono soggetti alle disposizioni sul sistema unico di qualificazione. Le stazioni appaltanti, nella predisposizione dei bandi di gara relativi ad appalti di lavori di importo inferiore a 150.000 euro, riportano l'indicazione delle categorie, ai soli fini dell'individuazione del rapporto di analogia tra i lavori eseguiti dal concorrente e quelli da affidare. In questi casi, pertanto, i concorrenti (soggetti singoli o associazioni orizzontali) partecipano alle relative gare se in possesso degli speciali requisiti previsti dalle norme (art. 90 del Regolamento); rimane, quindi, fermo che gli aggiudicatari possono eseguire direttamente tutte le lavorazioni previste nell'appalto ed hanno la facoltà di subappaltarne il 30%.

1.5 L'obbligo di motivazione.

L'autorità ritiene, poi, che la delibera a contrarre, deve essere motivata la scelta di procedere all'affidamento tramite la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, non essendo sufficiente la sterile ripetizione dei presupposti indicati negli artt. 56 e 57 del Codice.

2. Affidamenti diretti.

Un ulteriore ambito, oggetto di recente modifica da parte del Decreto Sviluppo, è quello relativo alla procedura di affidamento diretto. Infatti, è stata innalzata la soglia al di sotto della quale è consentito l'affidamento diretto di servizi e forniture, da 20.000 euro a 40.000 euro (cfr. art. 125, co. 11, del Codice).

A tal proposito, l'Autorità affronta un peculiare aspetto problematico.

L'art. 267 del Regolamento, contenuto nella parte relativa ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, dispone che per tali servizi l'affidamento diretto è consentito, secondo le modalità di cui all'art. 125, co. 11, del Codice, per importi inferiori a 20.000 euro. La disposizione riporta la soglia vigente prima della modifica apportata dal legislatore del 2011. Ebbene, l'Autorità risolve tale mancato coordinamento di norme affermando la necessità di interpretare la disposizione regolamentare alla luce della norma di rango primario contenuta nel Codice, con la conseguenza che anche per i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria l'affidamento diretto deve ritenersi ammesso per importi inferiori a 40.000 euro.

3. Le modifiche alla procedura negoziata ex artt. 56 e 57 del Codice.

Le recenti modifiche hanno riguardato anche gli artt. 56 e 57 del Codice, eliminando il limite di un milione di euro prima previsto per l'affidamento di lavori mediante procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara *ex art. 56, co.1, lett. a)*, nonché per l'affidamento di lavori mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara *ex art. 57, co. 2, lett. a)*.

L'Autorità analizza poi i vari passaggi della procedura negoziata di cui all'art. 56 del

Codice, che possono così riassumersi:

- 1) pubblicazione del bando, contenente gli elementi essenziali del contratto che si intende aggiudicare;
- 2) richieste di invito avanzate dalle imprese interessate;
- 3) inoltro degli inviti ai diversi operatori economici da parte della stazione appaltante;
- 4) presentazione delle offerte;
- 5) aggiudicazione del contratto secondo il criterio stabilito nel bando.

Nel caso di gara deserta o di offerte irregolari non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Le stazioni appaltanti possono omettere la pubblicazione del bando di gara se invitano alla procedura negoziata tutti i concorrenti in possesso dei requisiti di cui agli artt. da 34 a 45 del Codice che, nella procedura precedente, hanno presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima.

La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara *ex art. 57* del Codice è, invece, assoggettata a regole procedurali minime, quali l'obbligo di motivazione, il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione.

Tra le ipotesi in cui è consentito ricorrere a tale procedura vi è il caso in cui, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Orbene, tale fattispecie, chiarisce l'Autorità, è diversa da quella disciplinata all'art. 56, co. 1, lett. a), posto che presuppone

di applicabilità di quest'ultima disposizione è che vi siano state offerte presentate in gara ma che tutte siano state irregolari o inammissibili, avuto riguardo, rispettivamente, ai requisiti prescritti per le offerte (requisiti di forma e di validità delle stesse, posti a tutela della *par condicio* dei concorrenti) e per gli offerenti; presupposto di applicabilità, invece, dell'art. 57, co.2, lett. a), è che non sia stata presentata alcuna offerta o che tutte le offerte presentate siano state giudicate inappropriate, intendendosi per tali le offerte formalmente valide ma irrilevanti sul piano economico, assimilate dal legislatore alle offerte non presentate.

4. La procedura negoziata per i lavori sui beni culturali.

Infine, il legislatore è intervenuto anche in materia specifica di lavori sui beni culturali, innalzando la soglia massima al di sotto della quale è consentito l'affidamento mediante procedura negoziata da 500.000 euro a un milione di euro (cfr. art. 204 del Codice).

Le specificità di tale procedura rispetto a quella di cui all'art. 122, co. 7, del Codice sono così riassumibili:

- 1) l'invito deve essere rivolto ad un numero minimo di almeno quindici operatori economici;
- 2) la lettera di invito deve essere trasmessa all'Osservatorio, che ne dà pubblicità sul proprio sito informatico;
- 3) l'elenco degli operatori economici invitati deve essere trasmesso all'Osservatorio.

«.....GA.....»