

APPALTI

L'indagine di mercato nelle Linee Guida ANAC n.4

Tra aggiornamenti, semplificazione e nuovi obblighi.

Marco Terrei¹

SOMMARIO: **1** Premessa; **2)** L'indagine di mercato nel "vecchio" Codice dei Contratti d.lgs 163/2006; **3)** Il nuovo Codice dei Contratti d.lgs 50/2016; **4)** Principi generali e comuni; **4.1)** La Direttiva 2014/24/UE; **4.2)** Linee Guida non vincolanti ; **4.3)** La motivazione; **4.4)** Il ricorso alle procedure ordinarie; **5)** ; La Procedura; **5.1)** La determina a contrarre; **5.2)** L'avviso e la pubblicità; **5.3)** Modalità di selezione dei concorrenti da invitare; **5.3.1)** L'invito dell'operatore uscente; **6)** Indagine di mercato vs consultazione preliminare; **7)** Osservazioni conclusive;

1. Premessa.

Da qualche giorno sono state approvate e pubblicate sulla GU le Linee Guida n. 4 dell'ANAC. In realtà proprio nuove non sono visto che si tratta piuttosto del loro adattamento, imposto dalla pubblicazione del D.lgs 56/2017 definito "correttivo" al Codice dei Contratti D.lgs 50/2016.

¹ Dottore Magistrale in Scienze Politiche Internazionali e della Pubblica Amministrazione, consulente nella materia degli appalti e cultore del diritto amministrativo.

La loro pubblicazione suggerisce una rilettura di tale istituto che verrà effettuata a mo' di manuale operativo durante il quale verranno indicate tutte le modifiche introdotte.

2. **L'indagine di mercato nel “vecchio” Codice degli Appalti (D.lgs 163/2006).**

Previsto all'art. 125, comma 8 del D.lgs 163/2006 questo aveva la seguente struttura; “ *Per lavori di importo pari superiore a 40.000 euro e fino a 200.000 euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per lavori di importo inferiore a quarantamila euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento”.*

Evidentemente, il legislatore aveva dotato la PA di uno strumento semplice e veloce per poter effettuare affidamenti di importi modici compresi tra 40.000 e 200.000 euro. Tale procedura, tuttavia, al fine di rispettare i principi di *trasparenza, rotazione, parità di trattamento* prevedeva che, in assenza di un elenco dei fornitori, la stazione appaltante poteva evitare una procedura aperta - lunga complessa e dispendiosa - pubblicando un avviso attraverso il quale avrebbe sondato il mercato.

Riferendosi proprio all'indagine di mercato sosteneva l'ANAC ²“*Si tratta, invero, di un'espressione generica che sembra lasciare alla stazione appaltante un notevole margine di discrezionalità; tuttavia occorre osservare che tutte le disposizioni in argomento richiamano il rispetto dei principi comunitari di trasparenza e parità di trattamento e, pertanto, è in relazione a tali principi che la suddetta espressione deve essere interpretata.*

Si ritiene, cioè, che l'indagine di mercato dev'essere utilizzata dalla stazione appaltante esclusivamente per l'acquisizione di informazioni sull'assetto del mercato e, dunque, sull'esistenza o meno di operatori

² Richiesta di parere Prot. N. AG5/2010 ANAC

economici idonei per lo svolgimento del contratto, ma non assume alcuna valenza in termini di “impegno a contrarre” da parte dell’amministrazione.

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

3. Il “nuovo” Codice dei Contratti d.lgs 50/2016.

L’art. 36, comma 2, a seguito delle modifiche apportate dal correttivo ora prevede che *“Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all’affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all’articolo 35, secondo le seguenti modalità:*

- a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta; disposizione modificata dal DLgs 56-2017 in vigore dal 20-5-2017;*
- 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 dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture 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. L’avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l’indicazione anche dei soggetti invitati; disposizione modificata dal DLgs 56-2017 in vigore dal 20-5-2017;*
- c) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata con consultazione di almeno quindici 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. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati; disposizione modificata dal DLgs 56-2017 in vigore dal 20-5-2017;

d) *per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 4, lettera a). disposizione modificata dal DLgs 56-2017 in vigore dal 20-5-2017.*

La lettera a) non fa direttamente riferimento all'indagine di mercato perché è quella che affronta la fattispecie *affidamento diretto* previsto negli affidamenti al di sotto delle 40.000 euro tuttavia non è detto che la Stazione Appaltante non possa ricorrere ad una indagine di mercato per mettere a confronto gli operatori del mercato in merito ad un determinato servizio/prodotto.³

La lettera d), invece, non prevede affatto l'indagine di mercato infatti indica espressamente la procedura ordinaria.

Nell sua formulazione attuale viene leggermente ristretta la forbice dei valori minimo e massimo che ora è stato ridotto a 150.000 euro inoltre la nuova formulazione tiene conto degli articoli 37 e 38 relativi alla centralizzazione degli acquisti.

Per effetto dell'introduzione delle Centrali Uniche di Committenza di cui sopra l'indagine di mercato potrà essere effettuata direttamente dalla stazione appaltante nel caso di lavori compresi tra 40.000 a 150.000⁴ euro mentre verrà effettuata dalla CUC per i servizi e le forniture per importi compresi tra 40.000 e 221.000 euro e per lavori da 150.000 e 1.000.000 di euro⁵.

³ Richiedere ad una serie di operatori di inviare un preventivo per il successivo acquisto di un prodotto si configura comunque come un'indagine di mercato tesa ad ottenere informazioni sui prodotti ed i prezzi.

⁴ Codice dei Contratti art.37, comma 1 "Le stazioni appaltanti, fermi restando gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione, anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza e dai soggetti aggregatori.

⁵ Codice dei Contratti art. 37, comma 2 "Salvo quanto previsto al comma 1, per gli acquisti di forniture e servizi di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, nonché per gli acquisti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro, le stazioni appaltanti in possesso della necessaria qualificazione di cui

4. Principi generali e comuni.

4.1) La Direttiva 2014/24/UE

Anche se non previsto dalla normativa vigente, l'ANAC ha deciso di sottoporre le *nuove* Linee Guida al parere del Consiglio di Stato il quale lo ha espresso il 26 gennaio c.a.⁶ sottolineando, al di là dei singoli aspetti⁷, quello non banale o secondario del rispetto dei Principi Generali indicati dalla Direttiva Appalti⁸ la quale al considerando n.1 sostiene che *“L’aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.”*

Tale riferimento mira evidentemente a ricordare che questi principi devono essere posti alla base di tutta l’attività legislativa e operativa degli stati membri in riferimento all’attività contrattuale degli stessi.

I principi di cui sopra sono stati trasferiti nel Codice dei Contratti all’art. 30, comma 1 il quale prevede che *“L’affidamento e l’esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell’affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice.”*

all’articolo 38 nonché gli altri soggetti e organismi di cui all’articolo 38, comma 1 procedono mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente. In caso di indisponibilità di tali strumenti anche in relazione alle singole categorie merceologiche, le stazioni appaltanti operano ai sensi del comma 3 o procedono mediante lo svolgimento di procedure di cui al presente codice.

⁶ Numero di affare 000001/2018, parere emesso dall’Adunanza della Commissione Speciale del Consiglio di Stato

⁷ Qui il documento integrale del Consiglio di Stato <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/Notiziasingola/Ilcodicedecontrattipubblici/PareriresidalConsigliodiStato/index.html>

⁸ DIRETTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE

Premesso che la scelta delle parole nella formulazione di una norma non è mai casuale è interessante notare come il legislatore abbia, in relazione al principio dell'economicità, posto all'inizio dell'enunciato, indicato che esso può divenire secondario rispetto ad altri elementi maggiormente importanti come indicato, nel medesimo comma, poco oltre dove viene stabilito che *“Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.”*

Alla PA viene data, giustamente, la possibilità di scegliere se nell'acquistare una fornitura/servizio l'aspetto del prezzo possa essere posto in secondo piano quando vengano in rilievo altri principi come quello della tutela dell'ambiente o della salute.

4.2) Linee Guida non vincolanti

Aspetto non secondario di cui tenere conto nella redazione della documentazione di gara è il fatto che le Linee Guida n.4 aggiornate dall'ANAC, come chiarito dal Consiglio di Stato, non sono vincolanti per la Stazione Appaltante infatti, sostiene la Commissione, che *“Quanto, infine, allo statuto dell'atto di regolazione di cui si tratta, occorre ricordare che trattasi di atto amministrativo generale non vincolante”*^{9 10}.

4.3) La motivazione

⁹ Come previsto all'art. 213, comma 2 del Codice dei Contratti.

¹⁰ Il Consiglio di Stato nel fornire il proprio parere alle precedenti Linee Guida si era espresso in modo analogo sostenendo che *“Le linee guida sull'affidamento dei contratti pubblici “sotto-soglia” possono essere annoverate tra le linee guida dell'ANAC non vincolanti, le quali, come il Consiglio ha già avuto modo di precisare, sono anch'esse atti amministrativi generali, con conseguenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo e perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti.”*

Premesso che la motivazione è posta alla base di ogni atto amministrativo¹¹ della PA, occorre sottolineare che in merito ai contenuti delle Linee Guida di cui al presente lavoro, la Stazione Appaltante, pur non essendo obbligata al rispetto delle indicazioni ivi contenute essa non vi si può discostare se non a seguito di adeguata motivazione; infatti nelle *Premesse Generali*, la Commissione del Consiglio sostiene che le Linee Guida danno alla PA la possibilità “*di discostarsi da quanto disposto dall’Autorità, all’uopo adottando un atto, preferibilmente a carattere generale, che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, di ogni eventuale scelta amministrativa che disattenda i citati indirizzi*”.

Posto, dunque, che le Linee Guida non sono vincolanti inserire un obbligo di motivazione per il quale si richiede il requisito dell’*adeguatezza* e della *puntualità* rischia di trasformare, purtroppo, la prescrizione in un vero e proprio obbligo al quale gli operatori saranno costretti ad adeguarsi o, per i più temerari, in un esercizio di stile nella redazione delle determine a contrarre grazie al quale motivare la ragioni che hanno portato al non rispetto della prescrizione.

4.4) Ricorso alle Procedure ordinarie

Tanto le Linee Guida¹² che il Codice¹³ ed anche la Commissione del Consiglio di Stato hanno riaffermano il potere di cui dispone la Stazione Appaltante in merito alla possibilità di “*avvalersi, comunque, delle procedure ordinarie*”.

¹¹ L. 241/1990, art. 3, comma 1 “Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l’organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell’amministrazione, in relazione alle risultanze dell’istruttoria.”

¹² Linee Guida n. 4, paragrafo 1.4 “*Le stazioni appaltanti possono ricorrere, nell’esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie, anziché a quelle semplificate, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale (articolo 36, comma 2, del Codice dei contratti pubblici).*”

¹³ Codice dei Contratti art. 36, comma 2 “*Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all’affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all’articolo 35, secondo le seguenti modalità*”

Pare utile ricordare che l'indagine di mercato è inserita all'interno dell'art. 36 il quale norma le procedure negoziate definite "semplificate" in ragione della limitatezza degli importi da non confondere, tuttavia, con quelli definiti "di modico importo" di cui le Linee Guida si occupano al paragrafo 4.2.

5. La Procedura

E' interessante notare come nelle precedenti Linee Guida l'Autorità avesse, alla base dell'indagine di mercato, indicato che questa "*è preordinata a conoscere l'assetto del mercato, i potenziali concorrenti, gli operatori interessati, le relative caratteristiche soggettive, le soluzioni tecniche disponibili, le condizioni economiche praticate, le clausole contrattuali generalmente accettate, al fine di verificarne la rispondenza alle reali esigenze della stazione appaltante*" collegando a questo momento intenzioni ed elementi della gara che nulla hanno a che fare con questa fase ed infatti nell'attuale formulazione l'Autorità ha rettificato la premessa dichiarando che "**L'indagine di mercato è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento**" indicando con una formula chiara e semplice la funzione di questa procedura aggiungendo correttamente che "*Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura.*"

In merito all'iter pare opportuno ricordare che in generale vanno sempre rispettati i principi della trasparenza posti come fondamento di tutte le procedure come indicato sia dalla normativa comunitaria¹⁴ che nazionale¹⁵ e ribadito dalle Linee Guida che li pone all'interno del paragrafo *Principi Comuni* ove ribadisce che "*Tutti gli atti della procedura sono soggetti agli obblighi di trasparenza previsti dall'articolo 29 del Codice dei contratti pubblici*"

Da segnalare che l'Autorità nella predisposizione delle *nuove* Linee Guida ha inteso alleggerire il lavoro della Stazione Appaltante in merito all'onere della predisposizione di un Regolamento redatto da quest'ultima ed avente lo scopo di disciplinare alcuni aspetti della procedura. Tale regolamento che,

¹⁴ Considerando n. 126 della direttiva appalti 24/2014/UE "*La tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto è essenziale per garantire procedure leali nonché combattere efficacemente la corruzione e le frodi*"

¹⁵ Art. 30, comma 1 del Codice dei Contratti.

nella precedente formulazione¹⁶, veniva così proposto “*si indica l’opportunità che le amministrazioni si dotino ...*” si presenta, attualmente, come una “mera possibilità” per le Stazioni Appaltanti le quali “*possono dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento in cui vengono disciplinate*”¹⁷.

Tale scelta appare opportuna soprattutto in relazione alla volontà del legislatore di predisporre un documento che guidi le Stazioni Appaltanti nella redazione della documentazione e nella realizzazione di gare senza tuttavia appesantirne l’iter con vincoli ed obblighi non previsti dall’atto di delega.

Altra modifica che l’Autorità ha inteso effettuare riguarda il riferimento alla rotazione, di cui si dirà poco oltre, ma che nel Regolamento, eventualmente adottato dalla Stazione Appaltante, dovrebbe individuare “*le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo, anche in considerazione della necessità di applicare il principio di rotazione in armonia con quanto previsto ai precedenti paragrafi*”¹⁸.

Pare opportuno ricordare che la procedura dell’indagine di mercato, di cui qui si analizzano le caratteristiche, la quale richiede la stesura di diversi documenti e per l’espletamento della quale si impiegano, generalmente, 15 giorni oltre ai tempi dedicati alla fase preparatoria, può essere evitata se si è costituito l’Albo Fornitori. La predisposizione dell’Albo e il suo utilizzo, a parere dello scrivente, rappresenta una valida alternativa per una corretta applicazione di tutti i principi del Codice e delle Direttive oltre a far risparmiare alla Stazione Appaltante molto tempo. Istituire un Albo Fornitori, e successivamente gestirlo, non è certamente un’operazione semplice e priva di rischi ma con la nascita delle Centrali Uniche di Committenza questo onere può essere affidato al personale di queste ultime il quale ne curerà la regolare tenuta ed aggiornamento. Tale situazione permetterà ai singoli RUP delle Stazioni Appaltanti di ricorrere, rispettando alcune semplici regole, a tali elenchi selezionando di volta in volta gli operatori economici ivi inseriti da invitare alle procedure.

¹⁶ Paragrafo 4.1.1 delle vecchie Linee Guida n.4.

¹⁷ Paragrafo 5.1.1 delle nuove Linee Guida n.4.

¹⁸ Nella precedente formulazione l’indicazione riguardava “*le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo*”

5.1) Determina a contrarre

Come per ogni procedura il primo adempimento della Stazione Appaltante è quello di predisporre la determina a contrarre, cuore del procedimento, il quale contiene tutte le indicazioni per l'individuazione del soggetto aggiudicatario. Redatta secondo le modalità previste dal Codice all'art. 32 le Linee Guida prevedono una descrizione più approfondita e dettagliata delle ragioni alla base della gara che si intende porre in essere infatti se nel Codice viene richiesto solo di *“individuare gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte”* l'Autorità invece richiede, in linea con quanto indicato nel precedente documento, che la determina *“In applicazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, la determina a contrarre ovvero l'atto a essa equivalente contiene, almeno, l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare, le caratteristiche delle opere, dei beni, dei servizi che si intendono acquistare, l'importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile, la procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni, i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte nonché le principali condizioni contrattuali.”* La complessità ed il livello di dettaglio di questo atto amministrativo pone in capo al RUP una responsabilità notevole come è stato da molti indicato a seguito dell'approvazione delle Linee Guida n.3 dell'ANAC dedicate a questa figura inoltre è evidente che viene chiesto a tale soggetto una preparazione ed una professionalità molto elevata.

Anche in questo caso, come in altri precedentemente indicati, l'Autorità richiede agli operatori della PA *indicazioni e spiegazioni*, i quali si traducono in un aggravio di lavoro per questi ultimi, dimenticando che molti enti locali soffrono da tempo di una carenza cronica di personale e che se questi ultimi dovessero rispettare tutti i suggerimenti dell'Autorità i tempi delle procedure subirebbero un ulteriore allungamento a scapito dell'efficienza.

5.2) L'avviso e la pubblicità

Pubblicata la determina a contrarre si passa alla fase della redazione dell'avviso il quale *“indica almeno il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente*

massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante”.

Nel nuovo documento, l’Autorità ha espunto una parte la quale prevedeva che *“Inoltre, nell’avviso di indagine di mercato la stazione appaltante si può riservare la facoltà di procedere alla selezione dei soggetti da invitare mediante sorteggio, di cui sarà data successiva notizia”.* Tale formulazione era, probabilmente, superflua in virtù del fatto che tra i requisiti dell’avviso vi era già la formula *“... i criteri di selezione degli operatori economici...”*; tuttavia al fine di non creare problemi interpretativi per il fatto di aver espunto questa parte, nella nuova formulazione si sarebbe potuto utilizzare la seguente dicitura *“... i criteri di selezione degli operatori economici come il sorteggio...”*.

Per quanto riguarda la pubblicità non vi sono novità fermo restando i termini precedentemente indicati.

Da segnalare che l’Autorità non obbliga la Stazione Appaltante all’uso del proprio profilo internet, per la pubblicità dell’avviso, ed indica che questa modalità è alternativa ad altre, non meglio identificate, ed infatti così prevede¹⁹ *“A tal fine la stazione appaltante pubblica un avviso sul profilo di committente, nella sezione “amministrazione trasparente” sotto la sezione “bandi e contratti”, o ricorre ad altre forme di pubblicità”*

5.3) Modalità di selezione dei concorrenti da invitare

l’art. 36, comma 2, lettera b) del Codice prevede che *“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 dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture 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”* ripreso anche nel medesimo articolo alla lettera c) che indica *“per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio*

¹⁹ Paragrafo 5.1.4. delle nuove Linee Guida n.4

di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.”

Ciò premesso il RUP, dopo aver indicato nella determina a contrarre e nell'avviso, il numero minimo degli operatori da invitare²⁰ e quello massimo, procederà ad effettuare la selezione così come indicato²¹ sia nella determina a contrarre che nell'avviso.

In merito alla selezione si ricorda che questa dovrà avvenire sempre in **seduta pubblica o altrimenti alla presenza di testimoni** come confermato da consolidata giurisprudenza.

5.3.1) Invito dell'operatore uscente

Nelle Linee Guida di cui al presente lavoro l'Autorità ha affrontato approfonditamente la questione della rotazione di cui al Codice²² ed in merito a questo concetto ha dovuto dirimere la circostanza, non certamente rara, secondo la quale il fornitore uscente risponde anch'egli all'indagine di mercato chiedendo di essere invitato a presentare un'offerta.

Innanzitutto si sono dovuti distinguere ed analizzare, in merito a tale questione, il momento della selezione dei concorrenti e il successivo affidamento. La questione non è affatto banale infatti essere selezionati

²⁰ A questo proposito si ricorda che il Codice prevede un numero minimo di operatori da invitare ma tale numero non deve essere inteso come obbligatorio nella misura in cui non può essere assolutamente violato infatti il legislatore lo prevede solo *“ove esistenti”* per cui i RUP non devono temere opposizioni o ricorsi nel caso in cui abbiano invitato un numero inferiore di operatori economici purché tale scelta sia adeguatamente motivata dal fatto che sul mercato non vi erano altri soggetti che potevano essere invitati.

²¹ L'esperienza che ho accumulato in questi anni mi permette di suggerire come metodo quello dell'estrazione il quale risulta il più veloce ed efficace oltre a mettere al riparo il RUP da ogni tipo di controversia. Tuttavia tale certezza può essere considerata tale solo se si utilizzano metodi di associazione dei numeri da estrarre e i nomi dei concorrenti tale da rendere impossibile ogni possibile collegamento; inoltre è necessario affidarsi, per l'estrazione dei numeri, a software che garantiscano la totale impossibilità di risalire al metodo di estrazione ed inoltre alla possibilità, in caso di necessità, di *“recuperare”* l'estrazione ed effettuarne una nuova al fine di aggiungere altri numeri se, tra quelli precedentemente estratti, dovessero esserci soggetti che, a seguito di controlli, non possono essere invitati.

²² Codice dei Contratti art.36, comma 2, lett. 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 dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture 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”*

all'interno di una procedura di gara – la selezione ha lo scopo di circoscrivere i partecipanti – si traduce in una restrizione del mercato per cui agli operatori economici selezionati viene data la possibilità di presentare la propria offerta a differenza di coloro che invece non potranno perché rimasti esclusi dalla selezione. Successivamente alla presentazione delle proprie offerte la Stazione Appaltante, a seguito della verifica del possesso dei requisiti previsti dal bando, aggiudica la fornitura del servizio/prodotto. Questa procedura prevede dunque due passaggi, selezioni, la prima in applicazione della “regola” che la Stazione Appaltante ha indicato nella predisposizione dei documenti di gara e la seconda sulla base, generalmente, del prezzo.

In via generale l’Autorità ha chiarito che *“Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all’affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi”* ed ha precisato che *“La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione”*.

Dunque nel caso in cui l’operatore uscente dovesse rispondere all’avviso di indagine di mercato la Stazione Appaltante deve applicare il principio di rotazione il quale *“comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all’assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell’operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento”*²³.

La norma, saggiamente, prevede comunque delle deroghe grazie all’utilizzo della formula *“... di norma ...”* la quale apre alla possibilità di eccezioni infatti nell’articolo successivo²⁴ viene indicato che *“Fermo restando quanto previsto al paragrafo 3.6, secondo periodo, il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l’affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente”*.

²³ Questa norma mette sullo stesso piano l’operatore economico uscente e quello che, pur avendo presentato un’offerta nella precedente gara, non è risultato aggiudicatario.

²⁴ Paragrafo 3.7 delle nuove Linee Guida ANAC n.4

Nel caso in cui un operatore abbia, per esempio, eseguito correttamente ed in modo più che soddisfacente la propria commessa la Stazione Appaltante potrà, motivando dettagliatamente, invitarlo a presentare un'offerta e, se a seguito di analisi dell'offerta questa dovesse risultare la più vantaggiosa, affidargli nuovamente la commessa. L'Autorità in merito a questa circostanza indica nel dettaglio i casi e il comportamento che la Stazione Appaltante dovrà assumere ed infatti così dispone, nel medesimo paragrafo, *“La Stazione Appaltante motiva tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento. La motivazione circa l'affidamento o il reinvito al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, deve tenere conto dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre ragionevoli circostanze, circa l'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso”*.

6. Indagine di mercato vs consultazione preliminare.

Si chiude questa disamina dell'indagine di mercato facendo un brevissimo accenno alla differenza che corre tra quest'ultimo e la consultazione preliminare di cui all'art. 66.

Effettivamente l'operatore potrebbe essere portato a confondere questi due istituti perché in entrambi i casi si tratta di una “consultazione” del mercato tuttavia quella prevista dall'art. 36 è un obbligo, *“Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità”*; dunque la Stazione Appaltante **deve scegliere** tra le possibilità previste dalla norma nella fattispecie “contratti sotto-soglia” all'interno delle fasce d'importo descritte dall'articolo in questione in una delle modalità ivi descritta²⁵.

²⁵ *“indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici”*

La consultazione preliminare prevista all'art. 66 è, invece, una possibilità che il legislatore mette a disposizione della Stazione Appaltante²⁶ *“Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi.”*

A tal proposito si cita il parere del Consiglio di Stato²⁷ il quale sostiene che *“Mentre le “consultazioni preliminari di mercato” sono uno strumento solo facoltativo, e come tale viene suggerito nelle linee guida, “l’indagine di mercato” è doverosa nei casi di procedure negoziate senza bando, come si evince dallo stesso art. 63, c. 5, e dall’art. 36, c. 2, lett. b) e c), per le procedure negoziate senza bando sotto soglia”.*

7. Osservazioni conclusive.

A chiusura di questo lavoro sorgono spontaneamente alcune riflessioni che riguardano il fatto che tutti gli operatori del settore nutrano molte aspettative nei riguardi del “nuovo” Codice dei Contratti soprattutto in termini semplificazione, altrimenti non si capisce perché abolire *tout court* un corpus normativo oramai digerito e fatto proprio dalle parti coinvolte. Io si poteva semplicemente adattare alle nuove direttive dell’UE.

Queste aspettative sono state profondamente disattese perché, come da molte parti dichiarato, la norma primaria appare confusionaria, lacunosa, poco chiara ma soprattutto incompleta al punto da demandare ad altri soggetti il suo completamento attraverso la produzione di norme da fonti secondarie. In questo quadro si sono inserite le Linee Guida dell’ANAC le quali hanno dovuto e dovranno, visto che diverse altre sono attese, colmare i vuoti della Legge tradendo la loro funzione e cioè quella di fornire chiarimenti e suggerimenti agli operatori ove la norma fosse stata poco chiara. Invece nei

²⁶ Art. 66, comma 1, del Codice dei Contratti

²⁷ Parere del Consiglio di Stato sullo schema di Linee Guida redatte dall’Anac sull’indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del codice. Consiglio di Stato, Commissione Speciale, 3 novembre 2016, n. 2286

documenti dell’Autorità sono stati inseriti obblighi, divieti, previsti regolamenti che non hanno fatto altro che complicare il lavoro di chi opera in questo settore sia esso PA o operatore economico inoltre, cosa ancora peggiore, questi documenti, risentendo degli effetti della norma primaria, sono sottoposti all’obbligo dell’adeguamento fatto questo che aumenta l’incertezza e quindi il contenzioso.

PUBBLICATO SU AMBIENTEDIRITTO.IT - 09 APRILE 2018 – ANNO XVIII

*AmbienteDiritto.it - Rivista Giuridica Telematica - Electronic Law Review - Via Filangeri, 19 - 98078 Tortorici ME -
Tel +39 0941 421391 - Fax digitale +39 1782724258 Mob. +39 3383702058 - info@ambientediritto.it - Testata registrata
presso il Tribunale di Patti Reg. n. 197 del 19/07/2006 - ISSN 1974-9562*

www.ambientediritto.it

*La rivista Giuridica AMBIENTEDIRITTO.IT 1974-9562 è riconosciuta ed inserita nell'Area 12 - Riviste Scientifiche Giuridiche.
ANVUR: Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (D.P.R. n.76/2010). Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR); Autovalutazione, Valutazione periodica, Accreditemento (AVA); Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN). Repertorio del Foro Italiano Abbr. n.271 www.ambientediritto.it*