

Procedure negoziate semplificate: l'appaltatore deve essere scelto attraverso indagine di mercato oppure attraverso un elenco precostituito

S. Usai (La Gazzetta degli Enti Locali 18/12/2018)

Se la stazione appaltante si è autovincolata nella scelta degli appaltatori da invitare alle procedure negoziate semplificate (ai sensi dell'articolo 36 del codice appalti) utilizzando un elenco appositamente predisposto non può discrezionalmente ammettere al procedimento appaltatori che non risultino inseriti nell'albo.

In questo caso, infatti, l'ampliamento della platea dei concorrenti non è un "valore" aggiunto ma "degrada" (o può degradare) a comportamento arbitrario e per nulla trasparente.

In questi termini si è espresso il TAR Emilia Romagna, Sez. I, con la sentenza n. 968/2018.

La partecipazione alla gara di un operatore non incluso nell'elenco predisposto dalla stazione appaltante

La vicenda presa in considerazione dal giudice emiliano è piuttosto interessante. Nel caso di specie, la stazione appaltante procedeva agli inviti (attingendo da un elenco precostituito) per la partecipazione alla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di completamento di una rete ciclabile. **Tra gli operatori da invitare, veniva incluso – per errore a causa di analogia denominazione sociale ed indirizzo PEC simile – un appaltatore non presente nell'elenco che, addirittura, si aggiudicava (provvisoriamente) la competizione.**

Avvedutasi dell'errore, la stazione appaltante procedeva con l'annullamento degli atti adottati evidenziando proprio l'estraneità del soggetto rispetto al vincolo di utilizzo dell'elenco predefinito (come anche indicato in uno specifico regolamento interno).

Da notare che l'annullamento veniva fondato sia sulla violazione delle norme di cui all'articolo 36 ma, anche, sulla pretesa violazione delle Linee guida ANAC n. 4 in cui si prevedono "due esclusive modalità di individuazione degli operatori economici da invitare a procedura negoziata".

Il ricorso

Avverso tale decisione (di annullamento) insorgeva l'aggiudicataria che, nelle memorie, fondava il proprio ragionamento sull'esatta portata dell'interesse pubblico da rispettare. Secondo il dogliante, "l'interesse pubblico va proprio nella direzione di estendere la partecipazione **ad un numero maggiore di operatori economici con la conseguenza che, aver invitato anche la ricorrente non può considerarsi una violazione della *par condicio* ma, semmai, dovrà considerarsi come una maggiore trasparenza della procedura.** Né l'invito ad un ulteriore concorrente può incidere sul principio della *par condicio* o su una possibile "lesione" degli altri operatori economici visto che hanno avuto le medesime possibilità competitive che ha avuto la ricorrente".

Ulteriore argomentazione, secondo il ricorrente, è che la pubblica amministrazione "non può decidere di annullare un atto amministrativo, **anche allo scopo di ripristinare la**

legalità, se non sussiste alcuna concreta lesione dell'interesse pubblico da salvaguardare che non è stato evidenziato”.

In sostanza, la scelta di annullare l'assegnazione (pur provvisoria) dell'appalto entrerebbe in contrasto anche “con il principio di conservazione degli atti giuridici e soprattutto in ragione del fatto che non sussiste alcun interesse pubblico leso essendo stato ampliato il numero dei partecipanti alla gara circostanza che non può che essere positiva per la procedura di gara. La PA avrebbe dovuto, dunque, conservare gli atti della gara, anziché annullarli perché non sussisteva alcuna concreta o significativa lesione dell'interesse pubblico”.

La sentenza

Le ragioni del ricorrente non persuadono il giudice emiliano. In sentenza, in modo condivisibile, si rammenta che già l'articolo 36 del codice appalti (prima ancora delle Linee guida ANAC) in relazione alla disciplina applicabile alla fattispecie in esame (art. 36, comma 2, lett. c)) **impone l'invito di almeno 15 appaltatori “individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici”**. Quindi, diversamente dalla generalità degli appalti pubblici dove il numero dei partecipanti non è individuato a priori, “la norma in questione individua il numero minimo dei soggetti da invitare **e le modalità con cui devono essere scelti**”.

Alla luce di questo “schema” operativo delineato dal legislatore non può essere considerato un valore da perseguire, l'ampliamento della “possibilità della concorrenza **laddove partecipi un operatore non previamente individuato con le modalità previste dal Codice dei contratti e ribadite nelle Linee guida**”. Secondo il giudice, quindi, nel momento in cui si consente di derogare al principio generale della potenziale partecipazione alla gara di tutti gli operatori economici interessati, “**è necessario stabilire in modo esatto le modalità di individuazione dei soggetti che saranno invitati alle procedure negoziate**”.

E le modalità a cui si deve attenere il RUP sono solo quelle della scelta mediante indagine di mercato oppure attraverso un, previamente pubblicizzato, elenco di operatori costituito presso la stazione appaltante. Se fosse possibile estendere ad altri operatori l'invito, “**sia pure per errore come nel caso di specie, le clausole che vogliono evitare qualsiasi arbitrio delle amministrazioni nell'individuare i soggetti da invitare alle procedure negoziate perderebbero ogni efficacia**”.

Nel caso di specie, inoltre, queste minime regole risultavano declinate in uno specifico regolamento con cui si è inteso “dare attuazione ai criteri dettati dalla normativa”, una eventuale decisione in senso diverso, fuori anche dalle indicazioni di un regolamento interno, avrebbero determinato l'illegittimità degli atti adottati.

Pertanto, se il RUP si fosse accorto “dell'erroneo invito nella fase di valutazione delle offerte **sarebbe stato sufficiente procedere all'esclusione della ricorrente, ma nel momento in cui l'equivoco è venuto alla luce dopo l'aggiudicazione provvisoria non vi era altro rimedio che l'annullamento della gara**”.

Infine, il giudice puntualizza anche che nel caso di specie, per l'atto di autotutela, infine, non era necessaria una particolare motivazione circa l'esistenza dell'interesse

pubblico “poiché la procedura non si era ancora completata è l’aggiudicazione provvisoria non determina il sorgere nella ricorrente di un particolare affidamento cosicché il ripristino della legalità in una materia delicata come i contratti pubblici giustifica ampiamente l’annullamento della procedura”.

Ovviamente i riferimenti all’aggiudicazione provvisoria devono essere intesi in senso atecnico, considerato che la fattispecie non è più prevista nell’attuale codice dei contratti.

Considerazioni finali

Evidentemente, le statuizioni del giudice appaiono ineccepibili. Se la stazione appaltante ha avviato correttamente un procedimento di predisposizione di un elenco specifico e fissando una dinamica (che ovviamente semplifica la fase propedeutica degli inviti) che impone la scelta dall’elenco, il RUP – da quanto – non si potrà discostare a pena di una palese illegittimità.

Da notare che questa ipotesi si discosta dal caso in cui – magari con una indagine informale – siano stati individuati ed invitati alcuni operatori ed un diverso soggetto si proponga presentando la propria offerta.

In questo caso, il comportamento del RUP deve essere opposto ovvero dovrà ammettere questa offerta non potrà enfatizzare la circostanza del mancato invito.

In detta ipotesi, l’ampliamento della concorrenza è sicuramente un valore che non degrada ad arbitrio. Anzi, è l’esclusione che costituisce un arbitrio – ed in questo senso si è pronunciata il TAR Abruzzo, con la recente sentenza n. 397/2018 in cui si cita il Consiglio di Stato che in tema ha puntualizzato come non possa “negarsi ad un operatore economico, **che sia comunque venuto a conoscenza di una simile procedura e che si ritenga in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla legge di gara, di presentare la propria offerta**, salvo il potere dell’amministrazione di escluderlo dalla gara per carenze dell’offerta o degli stessi requisiti di partecipazione ovvero perché l’offerta non è pervenuta tempestivamente (rispetto alla scadenza del termine indicata nella lettera di invito agli operatori invitati) e sempre che la sua partecipazione non comporti un aggravio insostenibile del procedimento di gara e cioè determini un concreto pregiudizio alle esigenze di snellezza e celerità che sono a fondamento del procedimento semplificato delineato dall’art. 122 comma 7, e 57, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006.”

Conseguentemente “anche gli altri partecipanti, in quanto invitati, non possono dolersi della partecipazione alla gara di un operatore economico e tanto meno dell’aggiudicazione in favore di quest’ultimo della gara, **salva evidentemente la ricorrenza di vizi di legittimità diversi dal fatto della partecipazione in quanto non invitato**. Una simile interpretazione è conforme non solo e non tanto al solo principio del *favor participationis*, costituendo piuttosto puntuale applicazione dell’altro fondamentale principio di concorrenza cui devono essere ispirate le procedure ad evidenza pubblica e rappresentando contemporaneamente **anche un ragionevole argine, sia pur indiretto e meramente eventuale, al potere discrezionale dell’amministrazione appaltante di scelta dei contraenti** (Cons. St. 3989/2018)”.