

Prot. n. 35/C/2019

Preg.mi Sigg.
Titolari e/o Legali Rappresentanti
delle Imprese associate
LORO SEDI

Ragusa, 6 Febbraio 2019

Oggetto: **Appalti pubblici 'sotto soglia': nessuna deroga alla pubblicità dell'avviso.**

Nelle procedure semplificate 'sotto soglia', la stazione appaltante, che ha omesso di pubblicare l'avviso per individuare i soggetti da consultare nella procedura negoziata, rende del tutto inattendibile la procedura di selezione del contraente ed è direttamente lesiva della posizione degli soggetti esclusi dalla consultazione.

Questa, in sintesi, la decisione del Consiglio di Stato intervenuto in un caso in cui la stazione appaltante aveva omesso la pubblicazione stabilita in ragione del contratto e illegittimamente precluso la partecipazione (Consiglio di Stato, sez. III, sent. 21 gennaio 2019, n. 518)

Il Consiglio di Stato ha sostanzialmente confermato la posizione espressa dal TAR, osservando anzitutto che la legittimazione non può essere negata a chi, pur non avendo presentato domanda e addirittura non essendo stato invitato, lamenta che sia stata omessa la pubblicità necessaria ad individuare gli operatori da invitare e, prima ancora, a permettere agli interessati di manifestare il proprio interesse.

Con l'occasione, il Collegio ricorda la procedura semplificata nel caso di affidamento di contratti di importo pari o superiore ad euro 40.000,00 e inferiore a 150.000,00.

La procedura semplificata si svolge *"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. (...) L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati"* (l'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. 50/2016).

A tale proposito, le Linee Guida ANAC n. 4/2018, precisano che *"la stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità, da valutare sulla base di parametri non solo economici"*.

Le stesse Linee Guida ANAC precisano che *“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. La durata della pubblicazione è stabilita in ragione della rilevanza del contratto, per un periodo minimo identificabile in quindici giorni, salva la riduzione del suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni” (punto 5.1.4).*

A tale proposito, il TAR aveva osservato che nel caso di specie non sussistevano i presupposti (al di là del laconico riferimento all'urgenza di affidamento) per dare corso all'affidamento diretto e neppure l'Amministrazione aveva indicato quelle ragioni di *“estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice”* che, se sussistenti, avrebbero consentito di derogare agli adempimenti previsti dalla procedura adottata (art. 63, co. 2, lett. c del Codice dei contratti, d.lgs. 50/2016).

Peraltro, la deroga sarebbe stata del tutto incompatibile con la prevista facoltà di proroga annuale dell'affidamento, dovendosi considerare che *“l'esenzione dall'obbligo di pubblicazione appare consentita solo «nella misura strettamente necessaria» ad affrontare la specifica situazione emergenziale, la quale costituisce la causa ovvero l'occasione dell'affidamento, ciò che precluderebbe la possibilità di disporre un eventuale rinnovo a favore dell'aggiudicatario, allorché le condizioni di urgenza siano inevitabilmente venute meno”* (TAR Friuli, con la sentenza appellata n.252/2018).

Ciò posto, il Consiglio di Stato censura la condotta del Stazione appaltante che non ha dimostrato di aver pubblicato l'avviso predetto, ovvero di aver effettuato forme di pubblicità funzionalmente analoghe, laddove si sia limitata a pubblicizzare nella fase successiva di aver individuato i cinque operatori da invitare.

Sotto questo profilo, non costituiscono neppure esimenti, rispetto all'onere di previa pubblicità dell'avviso finalizzato all'individuazione dei concorrenti la novità della normativa da applicare e la correlata esiguità degli operatori specializzati presenti sul mercato o il riferimento ad una gara espletata da diversa Azienda.

Infatti, le finalità di trasparenza e di garanzia della partecipazione più adeguata in relazione alle caratteristiche del singolo affidamento, ad esso sottese, non possono prescindere da una pubblicità attuale e specificamente riferita all'incarico da svolgere.

Cordialità

ANCE RAGUSA
II VICE PRESIDENTE
(Geom. Giovanni Bonometti)