

## **Parere n.5 del 29/07/2014**

### **PREC 228/13/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dalla VERNARECCI Romano & C. snc – “Procedura negoziata per l'appalto dei lavori di completamento ed adeguamento degli impianti di smaltimento reflui urbani a servizio delle frazioni e del capoluogo” – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base d'asta: euro 321.380,24 – S.A.: Comune di Fiuminata (Macerata).  
**Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara - Discrezionalità della stazione appaltante - Limiti e criteri di scelta del contraente - Individuazione.**

**Il**

**Consiglio**

**Ritenuto**

**in**

**fatto**

In data 6 settembre 2013 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale la ditta VERNARECCI Romano & C. snc contesta la legittimità della procedura di gara bandita dal Comune di Fiuminata per l'affidamento dei lavori di completamento ed adeguamento degli impianti di smaltimento reflui urbani a servizio delle frazioni e del capoluogo, di importo pari ad euro 321.380,24, da aggiudicare al prezzo più basso. L'istruttoria procedimentale veniva formalmente avviata in data 10 ottobre 2013; in data 15 ottobre 2013 pervenivano le osservazioni della stazione appaltante che ha difeso il proprio operato, evidenziando quanto segue. Per l'appalto dei lavori in oggetto è stata espletata una procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara ai sensi dell'art. 122, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 e, quale criterio di aggiudicazione, è stato prescelto quello del prezzo più basso con esclusione automatica delle offerte anomale (art. 122, comma 9, del d.lgs. n. 163/2006). Con avviso preinformativo (pubblicato per 10 giorni consecutivi sia all'albo pretorio telematico dell'Ente che sul sito internet istituzionale), con riferimento al criterio di scelta delle ditte da consultare, è stato indicato che la stazione appaltante avrebbe invitato n. 15 operatori economici a formulare l'offerta e, qualora fossero pervenute più di 15 istanze di partecipazione, l'ente avrebbe invitato alla procedura negoziata solo le prime 15 pervenute, facendo fede, a tal fine, il timbro di arrivo apposto dall'Ufficio Protocollo. Nel caso di invio telematico dell'istanza a mezzo PEC, avrebbe fatto fede, invece, la data e l'ora di invio e, qualora fossero pervenute meno di 15 istanze, sarebbe stato in facoltà dell'ente di provvedere ad integrare l'elenco degli operatori da invitare con imprese di propria fiducia fino alla concorrenza del numero di 15. Entro il termine stabilito per la presentazione delle domande, la stazione appaltante ha ricevuto n. 85 richieste di partecipazione e ha proceduto a trasmettere le lettere di invito alle 15 ditte che, in possesso dei requisiti richiesti, avevano fatto pervenire per prime, in ordine di tempo, le proprie richieste di partecipazione. La richiesta della ditta VERNARECCI Romano & C. snc è giunta cinquantesima, ragione per cui la stessa non è stata invitata a presentare offerta.

**Considerato**

**in**

**diritto**

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della procedura seguita dal Comune di Fiuminata per l'affidamento dei lavori di completamento ed adeguamento degli impianti di smaltimento reflui urbani a servizio delle frazioni e del capoluogo. Nello specifico, l'impresa istante contesta il criterio di scelta adottato dalla stazione appaltante per l'individuazione delle ditte da invitare alla procedura negoziata in oggetto.

L'operato della stazione appaltante appare conforme alla normativa di settore. L'art. 122, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006 consente l'affidamento mediante procedura negoziata ad inviti, senza previo bando, degli appalti ricadenti sotto una certa soglia di valore. Ciò non significa, però, che in tali casi la scelta delle imprese da invitare ricada nell'ambito di una insindacabile discrezionalità dell'amministrazione; infatti, la disposizione in parola, in relazione ai criteri di scelta delle imprese da invitare, rinvia al comma 6, dell'art. 57, a mente del quale le stazioni appaltanti devono, fra l'altro, procedere alla selezione utilizzando criteri trasparenti che consentano, a turno, a tutte le imprese interessate, di accedere alle commesse di volta in volta approvate (*ex multis*: T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 6 dicembre 2012, n. 2941). E' previsto, infatti, che l'affidamento dei lavori di importo inferiore ad un milione di euro avvenga, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e che per i lavori di importo inferiore a 500.000 euro la stazione appaltante inviti almeno cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tale numero (art. 122, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006). Rispetto alla procedura senza bando, la stazione appaltante ha l'obbligo di consultare più operatori economici e di negoziare con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. L'amministrazione deve in ogni caso esplicitare i criteri che saranno utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare e, in caso di avviso preventivo, detti criteri devono essere specificati nello stesso. Nel caso di specie, la stazione appaltante non ha operato in assenza di forme, ma ha autolimitato la propria discrezionalità individuando, e rendendo noto con un avviso preinformativo, il criterio di selezione delle imprese da consultare, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza sopra enunciati. E, senza discostarsi da quanto normativamente prescritto, ha previsto che le imprese da consultare dovessero essere addirittura quindici. Non si ravvisa, pertanto, nel suo operato alcuna deviazione dalla normativa di settore, tant'è che con riferimento, ad esempio, al principio di non discriminazione, dal quale scaturisce il divieto di effettuare la selezione dei concorrenti privilegiando coloro che esercitano prevalentemente la loro attività nello stesso ambito territoriale in cui devono essere svolte le prestazioni, può affermarsi che il criterio prescelto dalla stazione appaltante per la individuazione dei concorrenti da consultare ha consentito a tre imprese "fuori Regione" di presentare la propria offerta. Quanto sopra emerge con chiarezza dalla lettura delle deduzioni trasmesse dal Comune di Fiuminata, il quale specifica che "...a differenza di molte stazioni appaltanti...che invitano direttamente alle procedure di cui all'art. 122, comma 7 del d.lgs. n. 163/2006 solamente ditte di loro fiducia, nella scelta dei concorrenti [il RUP] ha sempre pubblicato al di sopra della soglia di euro 40.000,00 avvisi di preinformazione al fine di rispettare realmente i principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza rispetto a tutti gli operatori economici del settore...A parere dello scrivente [il RUP], ma anche dei funzionari dell'Osservatorio Regionale per i Lavori Pubblici, tale metodo, essendo accettate richieste anche via PEC e quindi immediatamente ricevibili, ed essendo il preavviso pubblicato sul sito istituzionale dell'Ente, dà modo a tutte le ditte presenti sul territorio nazionale, e non solo, di avere le stesse possibilità di partecipazione alla procedura negoziata. A conferma di ciò, nella procedura in oggetto, tra le prime quindici sono rientrate anche tre imprese fuori Regione. Inoltre, seguendo tali procedure...negli ultimi dieci anni non sono mai stati affidati appalti pubblici comunali alla medesima ditta".

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

**Il**

**Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il Comune di Fiuminata abbia operato nel rispetto della normativa di settore e dei principi imposti dal Trattato.

Il Presidente: Raffaele Cantone

Depositato in data 6 agosto 2014  
Il Segretario Maria Esposito