



COSTANTINI AVVOCATI

Note a margine del Comunicato del Presidente ANAC del 5 giugno 2024

Il comunicato del Presidente dell'ANAC del 5 giugno 2024, volto a fornire *“indicazioni in merito ai criteri di selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate”*, affronta una delle parti più ostiche del d.lgs. n. 36/2023 e, vista l'ampia possibilità di utilizzo delle procedure negoziate sotto le soglie comunitarie, anche una delle più rilevanti dal punto di vista pratico-operativo.

Al di fuori dell'area di utilizzabilità dell'affidamento diretto, tutte le procedure negoziate ad inviti presuppongono un elenco di operatori economici dal quale attingere per formare la lista degli invitati a presentare una offerta tecnico-economica o solamente economica. Visto che il comma 2 dell'art. 50 del codice vieta il sorteggio, è tutt'altro che chiaro quali possano essere criteri oggettivi e non discriminatori per scremare la platea degli operatori iscritti nell'elenco di fiducia ovvero che abbiamo positivamente risposto all'avviso per manifestazione di interesse.

L'ANAC chiarisce innanzitutto quali criteri non si possono utilizzare, oltre al sorteggio:

- a. il criterio cronologico di presentazione delle manifestazioni di interesse o di inserimento nell'elenco;
- b. il criterio della prossimità territoriale rispetto alla stazione appaltante;

a tanto aggiungendo che i criteri di selezione non devono coincidere con i requisiti di partecipazione e che, a differenza di questi ultimi, che rispondono ad una logica *“dentro/fuori”*, devono essere preordinati alla formazione di una graduatoria tra tutti gli operatori in possesso dei requisiti che, una volta raggiunto il limite massimo degli operatori da invitare indicato nell'avviso, dovrebbe sopravvivere alla singola procedura negoziata e costituire l'elenco al quale attingere, in base ai criteri di rotazione e di scorrimento, per ulteriori e successivi inviti a presentare offerta (*cf.* pag. 3 del comunicato in commento).

Tanto induce una prima riflessione, che è quella della tendenziale assimilazione degli avvisi di manifestazione di interesse agli avvisi per la iscrizione in elenchi aperti, perché se la graduatoria esitata dai criteri di selezione – e non di qualificazione – deve sopravvivere al primo avviso, la detta graduatoria potrebbe trasformarsi sostanzialmente in un elenco dal quale attingere per diversi e successivi affidamenti omogenei al primo; si pensi all'ipotesi di un avviso per manifestazioni di interesse per lavori di manutenzione stradale al quale rispondano decine e decine di operatori, tra i quali selezionarne solo cinque o dieci, a seconda degli importi.

Tanto premesso in ordine alle indicazioni *“in negativo”* e alle loro conseguenze, veniamo alle indicazioni *“in positivo”*, che sono francamente abbastanza contraddittorie, perché si risolvono nel riferimento a elementi legati al fatturato, alla dotazione di personale o al possesso di determinate qualificazioni in materia ambientale o di sicurezza, che purtroppo rischiano di trasformarsi, a dispetto degli sforzi dialettici del comunicato, in requisiti di ammissione *“dentro/fuori”*. Ed infatti, l'operatore economico che, pur in possesso dei requisiti di ammissione, non sia in possesso degli ulteriori requisiti di selezione, ha una sola speranza di essere invitato, che si identifica con l'ipotesi in cui nessuno degli aventi interesse possieda tali ulteriori requisiti di selezione ovvero che coloro che li posseggano siano in numero inferiore al numero minimo dei soggetti da invitare; il che, peraltro, riproporrebbe tal quale il problema della selezione tra coloro (tutti o parte) che non posseggono i requisiti aggiuntivi previsti dall'avviso.



COSTANTINI AVVOCATI

Peraltro, dovendo supporre che i requisiti di selezione rispondano ad un criterio di proporzionalità – altrimenti sarebbero illegittimi ed inficerebbero la procedura negoziata – si deve conseguentemente supporre che, il più delle volte, gli stessi requisiti di selezione intercetteranno una consistente fetta di mercato e si trasformeranno, di fatto, essi stessi in requisiti di ammissione, poiché coloro che occuperanno i primi cinque o i primi dieci posti della graduatoria utili per essere invitati (cfr. art. 50, comma 1, lett. *c*), *d*) ed *e*) saranno spesso solo quelli che posseggono, oltre ai requisiti di ammissione, anche quelli di selezione, tagliando altrettanto spesso fuori quelli che li posseggano in grado inferiore o non li posseggano affatto. Unico modo per mitigare, ma non certo per risolvere completamente, tale “effetto indesiderato” delle indicazioni dell’ANAC è quello, lo si ripete, di istituire un meccanismo di graduatorie a scorrimento, valevoli oltre il singolo avviso per manifestazione di interesse, così da consentire anche agli ultimi graduati, ma pur sempre in possesso dei requisiti di ammissione, una benché minima *chance* di effettiva partecipazione alla fase del vero e proprio confronto competitivo.

Se quanto paventato dovesse trovare conferma nella pratica, le indicazioni operative in commento rischiano di scardinare, almeno per quanto riguarda gli appalti di lavori, il sistema unico di qualificazione degli operatori economici affidato alle SOA, perché alla fase delle offerte sarebbero costantemente ammessi solo coloro che, oltre al requisito obbligatorio dell’attestato SOA, posseggano anche i requisiti aggiuntivi di volta in volta decisi dalle singole stazioni appaltanti; ma qui ci si ferma perché il discorso si farebbe veramente lungo e complesso.

Sempre più convinto che anche sotto soglia la procedura aperta resta la soluzione più efficiente, salvo che per importi veramente modesti.