Appalti pubblici ‘sotto soglia’: nessuna deroga alla pubblicità dell’avviso

1 Febbraio 2019

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 le 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.

Collegamenti esterni

- Consiglio di Stato, sez. III, sent. 21 gennaio 2019, n. 518
- Comunicato del Presidente dell'ANAC del 18/07/2018
  Indicazioni alle stazioni appaltanti sul tema del sopralluogo obbligatorio nella fase della manifestazione di interesse nelle procedure negoziate
- Linee Guida n. 4 aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56
  Delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018
- FAQ "sotto soglia"

Riferimenti interni

- **NEWS ANCE ID 33663 del 14 settembre 2018**
Aggiornate dall'ANAC le FAQ sulle Linee guida n. 4
- **NEWS ANCE ID 33455 del 31 luglio 2018**
Prime indicazioni sulla legittimità del sopralluogo antecedente all'invito in gara
- **NEWS ANCE ID 33208 del 11 luglio 2018**
L'ANAC risponde sulla disciplina del cd. "sotto soglia"
- **NEWS ANCE ID 32027 del 23 marzo 2018**
Aggiornate le Linee guida per le procedure "sotto soglia".
- **NEWS ANCE ID 31063 del 12 gennaio 2018**
Richiesto dall'ANAC al Consiglio di Stato il parere per le Linee guida n. 4
- **NEWS ANCE ID 26351 dell'11 novembre 2016**
Pubblicate le linee guida sugli affidamenti "sotto soglia"
- **NEWS ANCE ID 25792 del 20 settembre 2016**
Pubblicato il parere del Consiglio di Stato sulle Linee guida ANAC