

# CRITERI DI SELEZIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI DA INVITARE ALLE PROCEDURE NEGOZiate SOTTO SOGLIA (ART. 50 D.LGS. 36/2023)

di , ,

Data di pubblicazione: 19-7-2024

## Indicazioni in merito ai criteri di selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate.

Nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali l'Autorità, stante diverse anomalie e criticità applicative riscontrate a seguito di diversi procedimenti di vigilanza, ravvisa la necessità di fornire alle stazioni appaltanti talune indicazioni in merito ai criteri di selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate.

### 1. Il vigente quadro normativo

Si evidenzia preliminarmente che il vigente art. 50 comma 2 del d.lgs. 36/2023 stabilisce espressamente il divieto di utilizzo del sorteggio o di altro metodo di estrazione casuale per l'individuazione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate, ammettendone la possibile deroga soltanto in "*presenza di situazioni particolari e specificamente motivate*". Nello stesso senso dispongono l'art. 2 comma 3 e l'art. 3 comma 4 dell'Allegato II.1 per i quali il ricorso al sorteggio è da ritenersi consentito soltanto "*in casi eccezionali*" ed in presenza "*di oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura*".

Si ricorda, altresì, che le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di "*motivare adeguatamente e in termini puntuali nella determina a contrarre, l'eventuale extrema ratio di ricorrere al sorteggio in presenza di un preciso dato oggettivo che giustifichi il ricorso a tale rimedio semplificatorio e che denoti l'impossibilità di utilizzare altri metodi*" (Parere MIT nel parere del 26 febbraio 2024, n. 2294).

Ulteriori essenziali prescrizioni normative sono contenute nell' Allegato II.1 del codice.

In particolare, ai sensi di quanto previsto dall'art. 1 comma 1 l'individuazione degli operatori economici da invitare alle procedure deve avvenire sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto del criterio di rotazione degli affidamenti di cui all'articolo 49 del codice. La determina a contrarre – ai sensi del successivo comma 2 deve contenere, tra gli altri elementi, "*i criteri per l'individuazione degli operatori da*

*invitare alla procedura negoziata a seguito dell'indagine di mercato o della consultazione degli elenchi".*

Le stazioni appaltanti possono, inoltre, dotarsi nel rispetto del proprio ordinamento, di un apposito regolamento in cui sono disciplinate - oltre alle modalità di espletamento delle indagini di mercato ed alle modalità di costituzione e revisione di eventuali Elenchi, distinti per categoria e fascia di importo - i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta (art. 1 comma 3).

Sia nel caso di ricorso ad un avviso di indagine di mercato, sia nel caso di utilizzo di Elenchi – secondo le espresse previsioni di cui all'art. 2 comma 3 e all'art. 3 comma 4 del citato Allegato – i criteri utilizzati dalle stazioni appaltanti per la scelta degli operatori economici da invitare alle procedure *“devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.”*

Si ricorda, infine, che secondo quanto espressamente si legge anche nella Relazione illustrativa al Codice, che *“dal novero degli operatori da considerare – ai fini della possibile selezione - tra quelli che hanno presentato manifestazioni d'interesse, devono essere esclusi quelli che non hanno dichiarato il possesso dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante e, in applicazione del principio di rotazione, l'affidatario uscente”*.

## **2.1 possibili criteri di selezione**

Stando alle richiamate disposizioni del nuovo codice e dell'Allegato II.1, emerge chiaramente che i criteri che le stazioni appaltanti possono correttamente utilizzare per l'eventuale riduzione del numero dei soggetti da invitare alle procedure negoziate devono essere:

- a. pertinenti rispetto all'oggetto dell'appalto;
- b. rispettosi del principio di concorrenza;
- c. oggettivi e non discriminatori;
- d. proporzionati e trasparenti.

Ciò, in realtà, in sostanziale aderenza a quanto già da tempo chiarito dall'Autorità nelle Linee Guida n. 4 ove – con indicazioni che possono ritenersi attualmente ancora valide - al punto 5.2.1. è previsto che *“...Nell'avviso pubblico di avvio dell'indagine di mercato ovvero di costituzione dell'elenco, la stazione appaltante indica i criteri di selezione, che devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento, e nel rispetto dei principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza”*.

Si ricorda, altresì, che nella Relazione AIR alle richiamate Linee Guida l’Autorità ha escluso l’ammissibilità, quali possibili criteri di selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate, di *“condizioni di partecipazione alla procedura che valorizzino l’elemento della territorialità, in quanto si tratterebbe di requisiti discriminatori, censurati dalla giurisprudenza, in assenza di motivazioni fondate su ragioni strettamente funzionali alla corretta esecuzione dell’appalto (Sentenza del Consiglio di Stato n. 2238/2017, nonché il parere di precontenzioso n. 47 del 19 marzo 2014)”*.

L’Autorità nel recente parere reso in funzione consultiva n.11 del 28 febbraio 2024 ha, altresì, escluso *“l’idoneità del criterio dell’ordine cronologico di arrivo delle manifestazioni di interesse”*, in quanto di fatto criterio di selezione equiparato all’estrazione a sorte e quindi soggetto allo stesso generale divieto attualmente previsto dalla già richiamata vigente normativa. Siffatto criterio – come evidenziato nel parere – non soddisfa, in particolare, i requisiti di obiettività e coerenza con l’oggetto e la finalità dell’affidamento, né rispetta i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza e limita, altresì, l’accesso alla procedura negoziata in modo casuale e non coerente con la vigente disciplina del codice.

Può, altresì, aggiungersi che il ricorso al criterio cronologico per la possibile selezione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata presenta criticità forse maggiori rispetto all’utilizzo del sorteggio, in quanto lo stesso espone al rischio – soprattutto nel caso di utilizzo di Elenchi - di offerte concordate nonché di possibili fenomeni corruttivi e concussivi, stante la possibilità di informare anticipatamente alcuni concorrenti della data di avvio dell’indagine di mercato, in modo tale da porli in condizione di presentare l’offerta per primi o comunque tra i primi.

Al pari del criterio del sorteggio, il criterio cronologico può, pertanto, ammettersi soltanto in circostanze eccezionali e residuali, nei limiti ed alle condizioni previste dal Codice, quando l’utilizzo di criteri obiettivi è impossibile o comporta oneri che ostacolano lo svolgimento rapido della procedura.

Ulteriori importanti indicazioni in merito ai possibili criteri di selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate sono stati forniti nella delibera n. 14 del 10 gennaio 2024 ove, in particolare, si chiarisce che i suddetti criteri non possono essere tali da condurre al *“mancato inserimento dell’operatore economico in graduatoria e quindi alla perdita di ogni chance di essere invitati alla procedura selettiva”* essendo, al contrario, consentito alle stazioni appaltanti *“chiedere l’indicazione di elementi (es. esplicitazione del fatturato globale posseduto; Importo complessivo dei lavori eseguiti regolarmente e con buon esito nell’ultimo triennio; ecc.), senza la prescrizione di una soglia minima, sulla cui base stilare una graduatoria ... a cui attingere, in ordine di posizione decrescente, per invitare gli operatori economici alla successiva procedura di affidamento”*.

Si ribadisce, pertanto, che i criteri adottati dalla stazione appaltante per l'eventuale selezione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata – da intendersi quali requisiti ulteriori e non coincidenti con i requisiti di partecipazione – oltre ad essere obiettivi, trasparenti, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento, proporzionati allo stesso e non discriminatori

- non debbono avere alcuna finalità od effetto escludente dei singoli candidati, ma devono essere utilizzati ai soli fini della redazione di una (o più) possibile graduatoria, dalla quale è consentito escludere soltanto quelli privi dei necessari requisiti di partecipazione nonché gli aggiudicatari uscenti, nel rispetto del vigente principio di rotazione di cui all'art. 49 del codice. Con specifico riferimento al principio di rotazione si ricorda, in particolare, che l'Aggiornamento 2023 al PNA 2022 approvato con Delibera n. 605 del 19 dicembre 2023 identifica la mancata rotazione degli operatori economici, secondo il criterio dei successivi due affidamenti di cui all'art. 49 del codice come possibile evento rischioso, da prevenire da parte delle stazioni appaltanti mediante l'adozione delle seguenti misure:

- verifica da parte della struttura di auditing o di altro soggetto appositamente individuato all'interno della stazione appaltante circa la corretta attuazione del principio di rotazione degli affidamenti al fine di garantire la parità di trattamento in termini di effettiva possibilità di partecipazione alle gare anche delle micro, piccole e medie imprese inserite negli elenchi;
- aggiornamento tempestivo degli elenchi, su richiesta degli operatori economici, che intendono partecipare alle gare.

L'aggiornamento periodico degli elenchi è, altresì, previsto quale essenziale misura di trasparenza.

Ciò chiarito si evidenzia, altresì, che la possibile redazione di un'unica graduatoria - seppur redatta secondo criteri di selezione oggettivi, non discriminatori, coerenti e proporzionati all'oggetto dell'affidamento - dalla quale selezionare gli operatori economici da invitare alla procedura negoziata in ordine discendente ossia selezionando esclusivamente i primi soggetti posizionati, di fatto, comporta la selezione ed il conseguente invito degli operatori economici "più grandi" in termini di organizzazione, e/o fatturato e/o esperienza (ossia in base al criterio o ai criteri di selezione prescelti).

Al fine di una maggiore compatibilità con il principio della massima partecipazione di cui all'art. 10, comma 3 del codice - finalizzato a garantire l'accesso al mercato e la possibilità di crescita anche delle micro, piccole e medie imprese - si potrebbe, pertanto, non selezionare sempre e comunque i primi operatori economici posizionati in graduatoria ma - trattandosi di candidati comunque tutti in possesso dei necessari requisiti di partecipazione – fare in modo che la selezione stessa avvenga individuando i soggetti da invitare in parte tra i valori più alti, in parte, tra quelli intermedi ed in parte tra quelli più bassi.

In un'ottica di ulteriore apertura alle piccole e medie imprese potrebbe, altresì, prevedersi la formazione di diverse graduatorie per ciascun criterio prescelto, da cui selezionare gli operatori da invitare eventualmente con la stessa ponderazione suggerita sopra.

### **3. Esempi di possibili criteri di selezione**

Premettendo che trattasi di indicazioni e ribadendo, altresì, che le richiamate e vigenti disposizioni normative rimettono da ultimo all'autonomia delle singole stazioni appaltanti - da esercitarsi anche mediante l'adozione di propri regolamenti, da ritenersi necessari soprattutto nei casi di avvenuta istituzione di appositi Elenchi - l'individuazione degli specifici criteri di selezione degli operatori economici da invitare alle singole procedure negoziate, nel rispetto comunque delle condizioni e dei principi evidenziati ai precedenti punti del presente comunicato, si richiamano di seguito alcuni possibile esempi di criteri di selezione.

Un esempio, in realtà, normativo è rinvenibile nell'Allegato L (Criteri per l'attribuzione di punteggi per la scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta) del DPR 207/2010 - seppur attualmente non più in vigore - e riferibile, in modo specifico, all'affidamento di servizi di ingegneria e architettura. Nello specifico, è ivi prevista la redazione di una graduatoria compilata attribuendo ad ogni candidato un punteggio determinato in relazione ai seguenti elementi:

- fatturato globale per servizi di ingegneria e architettura riferibile agli ultimi cinque esercizi antecedenti la pubblicazione del bando;
- importo dei lavori svolti nel corso degli ultimi dieci anni ed appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare;
- numero medio annuo del personale tecnico dipendente (comprendente i soci attivi, i dipendenti, i consulenti su base annua iscritti ai relativi albi professionali, che firmino il progetto, ovvero firmino i rapporti di verifica del progetto, ovvero facciano parte dell'ufficio di direzione lavori e che abbiano fatturato nei confronti della società offerente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA, e i collaboratori a progetto in caso di soggetti non esercenti arti e professioni) dipendente del candidato.

Il punteggio utile ai fini della graduatoria è ottenuto sommando quelli calcolati mediante interpolazione lineare per ognuno dei suddetti elementi.

Sono previsti, inoltre, incrementi del punteggio complessivo - in misura percentuale - nel caso di presenza di uno o più giovani professionisti e nel caso in cui almeno un componente del candidato possieda il certificato di qualità aziendale. A parità di punteggio riportato a seguito dell'applicazione dei criteri sopra evidenziati, la posizione in graduatoria è stabilita, da

ultimo, tramite sorteggio pubblico.

Stante l'attuale divieto di utilizzo del sorteggio e di ogni altro criterio casuale in caso di parità di punteggio riportato da diversi candidati sarebbe, in realtà, auspicabile l'invito da parte della stazione appaltante di tutti i candidati aventi un punteggio utile ai fini della collocazione in graduatoria con conseguente estensione del numero minimo previsto di operatori da invitare in modo da ricomprendere anche le parità di posizione.

La soluzione prevista nell'Allegato L potrebbe essere applicata ed estesa – con alcune modifiche - anche alle altre tipologie di affidamento.

In particolare, per i lavori potrebbe eventualmente farsi riferimento a:

- importo “complessivo” dei lavori eseguiti regolarmente e con buon esito nell'ultimo triennio (o quinquennio) antecedente la pubblicazione dell'avviso e relativi alla Categoria Prevalente indicata dalla stazione appaltante, da dimostrarsi con i CEL;
- numero di personale dipendente al momento di presentazione della manifestazione di interesse.

Per i lavori di importo rilevante (ad es. superiore ad un 1.000.000 euro e fino alla soglia), potrebbe, altresì, valorizzarsi il possesso di determinate certificazioni (quali, ad es. il possesso dell'EMAS o UNI EN ISO 14001:2015 o altri sistemi di gestione ambientale conformi all'articolo 45 del Regolamento CE 1221/2009 e/o il possesso della Certificazione ISO 45001:2018 Sistema di Gestione della Salute e Sicurezza dei Lavoratori o il possesso di altre certificazioni specifiche in relazione alla tipologia dei lavori).

Per i servizi e le forniture potrebbe farsi riferimento a:

- fatturato globale riferibile all'ultimo triennio (o quinquennio) antecedente la pubblicazione dell'avviso;
- importo complessivo dei servizi analoghi regolarmente svolti nello stesso arco temporale;
- numero di personale dipendente al momento di presentazione della manifestazione di interesse partecipazione;
- possesso di specifica/he certificazione/i pertinente/i l'oggetto dell'affidamento.

#### **4.Indicazioni operative**

Alla luce di quanto evidenziato e chiarito nel presente comunicato si invitano, pertanto, le stazioni appaltanti a:

- dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento (o atto equivalente) in cui sono disciplinate, oltre alle modalità di espletamento delle indagini di mercato (eventualmente distinte per fasce) e alle modalità di costituzione e revisione degli Elenchi, distinti per categoria e fascia di importo, i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta, tali da risultare: a) pertinenti rispetto l'oggetto dell'appalto; b) rispettosi del principio di concorrenza; c) oggettivi e non discriminatori; d) proporzionati e trasparenti;
- aggiornare tempestivamente gli eventuali Elenchi istituiti al fine di garantire il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti nonché del principio di concorrenza favorendo la partecipazione degli operatori economici richiedenti l'iscrizione;
- indicare espressamente nella determina a contrarre e nell'eventuale Avviso per manifestazione di interesse i criteri di selezione utilizzati, in conformità alle eventuali disposizioni regolamentari;
- redigere – in applicazione dei criteri prescelti e nel rispetto del principio di rotazione - graduatorie non escludenti un operatore economico in possesso dei requisiti previsti per il possibile affidamento;
- utilizzare la o le graduatorie predisposte, in modo da garantire il rispetto del principio della massima partecipazione di cui all'art. 10, comma 3 del codice garantendo, altresì, l'accesso alle micro, piccole e medie imprese, che comunque soddisfino i requisiti di partecipazione previsti ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto;
- disporre la verifica da parte della struttura di auditing o di altro soggetto appositamente individuato all'interno della propria organizzazione circa la corretta attuazione del principio di rotazione degli affidamenti al fine di garantire la parità di trattamento in termini di effettiva possibilità di partecipazione alle gare anche delle micro, piccole e medie imprese inserite negli elenchi.

*Il Presidente Avv. Giuseppe Busia*

*Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 26 giugno 2024 Il Segretario Valentina Angelucci*