

Appalti 08 Settembre 2020

Di Semplificazioni, il passaggio parlamentare non scioglie il nodo della dislocazione territoriale degli appaltatori

di Stefano Usai

◀ Stampa

In breve

Sul punto, la stessa Anac ha evidenziato le perplessità destate da un richiamo che non precisa se si tratti di base regionale, provinciale o altro

Dal testo del maxiemendamento (a.s. n. 1883) approvato dal Senato - nei lavori di conversione in legge, con ampie modifiche, del Dl 76/2020 - emergono importanti modifiche in relazione alla modalità pratico/operative di conduzione delle procedure negoziate. Per servizi e forniture (e per servizi tecnici) la procedura negoziata risulterà esperibile per importi pari o superiori ai 75mila euro fino all'intero sottosoglia mentre per la lavori per importi pari o superiori ai 150mila euro fino a importi inferiori alle soglie comunitarie.

L'esperienza concreta

Con gli emendamenti approvati viene meglio chiarito come si dovrà strutturare la procedura negoziata in deroga. Indicazioni che, forse, si potevano ritenere scontate ma il chiarimento deve essere considerato positivamente perché elimina molte incertezze. Più nel dettaglio, la lettera b) comma 2 dell'articolo 1 (interamente dedicato alle procedure negoziate) nella legge di conversione chiarirà che la procedura dovrà prendere avvio con uno specifico avviso pubblico. Inoltre, si puntualizzano gli obblighi di trasparenza. In questo senso si ribadisce l'obbligo - tranne nel caso di affidamento diretto entro i 40mila euro - di pubblicare l'avviso sui risultati con anche l'indicazione dei soggetti invitati.

Si implementa quindi l'obbligo di assicurare la trasparenza con la precisazione secondo cui «Le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali».

L'aspetto che invece non viene preso in considerazione, e su cui è opportuno soffermarsi, attiene al fatto che la scelta degli operatori, individuati con la consultazione di mercato tramite avviso pubblico, deve tener conto di precisi vincoli istruttori: in primo luogo, il tradizionale riferimento alla rotazione e in secondo luogo, la novità, nella fase degli inviti il Rup deve tener conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate».

Si tratta di un vincolo istruttorio indeterminato e di difficile applicazione. Sul punto, la stessa Anac - con il documento di commento del 3 agosto - ha evidenziato le perplessità destate da un richiamo che «non precisa su che base, regionale, provinciale o altro, vada considerata diversa la dislocazione territoriale» con il rischio di causare «disomogeneità in fase applicativa» e «di essere produttiva di quegli stessi effetti discriminatori ratione loci che (...) la giurisprudenza (e la stessa Autorità) censurano in quanto lesivi dei principi di uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza». A tal proposito, ha invitato il legislatore a «rivalutare l'attuale formulazione, al fine di maggiore chiarezza». Segnalazione che per il momento è rimasta inascolata.

L'applicazione pratica

Il mantenimento dell'obbligo di evitare la concentrazione territoriale negli inviti (e negli affidamenti) impone al Rup individuare il corretto modus operandi. La giurisprudenza ha già affrontato la questione della cosiddetta clausola di territorialità evidenziandone l'illegittimità solamente nel caso di contingentamento della partecipazione limitata ad «ambiti territoriali infracomunali o comunque significativamente ristretti» (Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza n. 2293/2020). Il problema pratico, però, è determinato dall'assoluta carenza del riferimento territoriale da prendere in considerazione, circostanza che apre a diverse opzioni pratiche.

In primo luogo, non si può escludere che anche per la «dislocazione territoriale» possa valere l'indicazione che Anac e la giurisprudenza oramai consolidata hanno espresso con riferimento all'obbligo della rotazione: se la procedura è

"sostanzialmente" aperta un problema di alternanza/rotazione degli inviti/affidamento non si pone.

Per semplificare, così come per la rotazione, la dislocazione territoriale dovrebbe essere un dato istruttorio di cui il Rup deve tenere conto solamente nel momento in cui si cimenta con una scelta discrezionale degli operatori da invitare. Mentre, se l'appalto è aperto a ogni operatore che si sia candidato, un problema di dislocazione territoriale non dovrebbe porsi visto che nessun condizionamento è stato indotto dal Rup.

A pensare diversamente, l'applicazione del vincolo, pur meritevole di considerazione in quanto deterrente per il responsabile del procedimento a evitare di localizzare arbitrariamente la partecipazione (e di conseguenza gli affidamenti), diventa complicata.

Si può immaginare, ad esempio, l'esigenza di applicarlo nel caso del secondo affido dello stesso "tipo" di prestazione (nel senso prospettato dall'Anac, con riferimento alla rotazione, nelle linee guida n. 4), e quindi una scelta di operatori localizzati in un territorio completamente diverso rispetto alla prima competizione. Ma anche questo modus agendi non può sfuggire al fuoco delle censure degli operatori che verrebbero penalizzati solo per trovarsi localizzati nel territorio dei pregressi operatori invitati e/o affidatari.

Il dato istruttorio in commento, pertanto, deve essere oggetto di una più chiara formulazione che faccia emergere come debba essere applicato a vantaggio della stessa speditezza/correttezza del procedimento amministrativo.