



Presidente

Stazione Unica appaltante
per la Regione Autonoma
Valle d'Aosta (SUA VdA)
c/o Assessorato finanze, innovazione, opere
pubbliche e territorio- Dipartimento
programmazione, risorse idriche e territorio
(omissis)

Alla c.a. del Responsabile
del Procedimento di gara
Dirigente della Struttura stazione unica
appaltante e programmazione dei lavori
pubblici- SUA
(omissis)

Alla c.a. del RUP
(omissis)

Fasc. Anac n. 5705/2022

Oggetto

Attività di vigilanza ex art. 213, comma 3 del d.lgs. 50/2016 - Regione Valle D'Aosta - Restauro Conservativo dei dipinti delle facciate del Cortile del Castello di Issogne (AO) – Importo di lavori a base di gara euro 2.500.000,00 CUP: B47E18000080003 CIG: 9468290814-. Avviso di manifestazione di interesse prot. 11341 del 4 novembre 2022 – Diversa dislocazione territoriale - Nota di definizione ex art. 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

ANAC ha effettuato una attività di vigilanza, ai sensi dell'art. 213, comma 3 del d.lgs. 50/2016, sull'affidamento dei lavori in oggetto, svolta sia tramite ricerca sulla Banca dati ANAC sia tramite il sito della stazione appaltante, anche in relazione alle criticità evidenziate nella segnalazione pervenuta con nota prot. ANAC n. 104284 del 13 dicembre 2022.

In detta nota l'esponente rappresentava che questa Stazione Appaltante pubblicava in data 4 novembre 2022 l'avviso di indagine di mercato prot. n. 11341 finalizzato alla scelta degli operatori da invitare alla procedura negoziata, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b) del DL 16 luglio 2020 n. 76 conv. in legge 11 settembre 2020 n. 120, per l'affidamento dei lavori relativi all'intervento di "Restauro Conservativo dei dipinti delle facciate del Cortile del Castello di Issogne (AO)" – Importo di lavori a base di gara euro 2.500.000,00 CUP: B47E18000080003 CIG: 9468290814. Termine di scadenza dell'istanza di manifestazione di interesse 21 novembre 2022.

Il segnalante lamentava che l'art. 8 lett. a) di detto avviso di indagine di mercato stabiliva che *"se il numero degli operatori economici manifestanti interesse è superiore al numero massimo previsto [N.d.r.: n. 10], la selezione, con estrazione a sorteggio pubblico, sarà effettuata tenendo conto della **diversa dislocazione territoriale** nel rispetto dei seguenti criteri:*

- n. 5 operatori economici con sede legale in Valle d'Aosta;

- n. 5 operatori economici con sede legale nel restante territorio nazionale e dell'Unione Europea.

Nel caso in cui il numero di candidature per una delle due dislocazioni territoriali sopra individuate sia inferiore a 5, il numero di operatori economici dell'altra dislocazione territoriale sarà integrato della differenza (sempre mediante sorteggio) al fine di raggiungere comunque il numero massimo previsto".

La procedura negoziata, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b) del D.L. n. 76/2020 convertito con modificazioni dalla Legge n. 120/2020, che ne è seguita vedeva invitato l'unico operatore economico che aveva manifestato interesse con sede legale in Valle d'Aosta ed il sorteggio tra 5 operatori economici con sede legale nel territorio nazionale ed europeo, integrato da n. 4 ulteriori operatori economici per raggiungere il numero massimo di 10 previsto.

La procedura si concludeva con provvedimento dirigenziale n. 8245 del 20 dicembre 2022 che aggiudicava l'appalto all'unica impresa avente sede legale nella Regione Valle d'Aosta D.L.V. (omissis) con sede in (omissis) per un importo (con applicazione del ribasso del 27,04% sui prezzi unitari di capitolato) pari a € 1.897.151,38 di cui € 270.530,26 per oneri non soggetti a ribasso.

Il segnalante rappresentava quindi l'anomalia della previsione contenuta nell'avviso pubblico di manifestazione di interesse che consentiva alla stazione appaltante di circoscrivere l'invito a presentare offerta, per metà degli operatori economici selezionati, ad imprese aventi sede legale nel territorio della Regione Valle d'Aosta. La suddetta clausola di "diversa dislocazione territoriale" è stata ritenuta dal segnalante restrittiva per la concorrenza.

Dalla lettura dell'avviso pubblico di manifestazione di interesse per la selezione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata si rileva che – laddove il numero degli operatori economici manifestanti interesse fosse stato superiore al numero massimo di 10 operatori previsto– venivano fissati criteri per l'individuazione dei soggetti da invitare che tenevano conto del principio della rotazione ed in particolare della "diversa dislocazione territoriale" delle imprese.

In particolare, codesta Stazione appaltante stabiliva che n. 5 operatori economici sarebbero stati selezionati esclusivamente tra le imprese aventi sedi legali nel territorio della Regione Valle d'Aosta ed altri 5 selezionati tra le imprese aventi sedi legali nel resto dell'Italia e dell'Unione Europea.

Sul punto va rammentato che l'art. 1, comma 1 del decreto legge n. 76/2020, convertito, con modificazioni, in legge n. 120/2020 recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali"-c.d. Decreto Semplificazioni prevede per gli appalti sottosoglia procedure in deroga agli art. 36 comma 2 e 157 comma 2 del d.lgs. 50/2016 "Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19,.....".

Il successivo comma 2 di detto art. 1 stabilisce che "le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità:

a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro [...];

b) procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 139.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro;"

Trattasi dunque di una normativa emergenziale - come tale derogatoria dell'art. 36 del codice dei contratti - applicabile per un limitato periodo di tempo, come chiarito dalla delibera ANAC n. 837 del 21 dicembre 2021 secondo cui "Le disposizioni normative contenute nell'art. 1 del decreto legge n. 76/2020, convertito in legge n. 120/2020, contengono una disciplina derogatoria, temporalmente limitata e giustificata dall'esigenze di far

fronte ad una congiuntura economica resa particolarmente difficile dalla pandemia da COVID-19, che come tale prevale sulla disciplina dei contratti sotto-soglia prevista dall'art. 36 del Codice appalti," (delibera ANAC n. 837 del 21 dicembre 2021).

Ed inoltre *"La norma di cui all' art. 1 del D.L. n. 76 del 2020, convertito in L. n. 120 del 2020, costituisce, infatti, la consapevole scelta del legislatore di privilegiare la finalità di maggiore celerità nella definizione delle procedure ad evidenza pubblica in favore della rapidità dell'erogazione delle risorse pubbliche per sostenere l'economia in un periodo emergenziale (TAR Roma n. 2104/2021; TAR Venezia n. 960/2021)"* (Tar Lazio 23 novembre 2022 n. 15643).

Pur tenendo conto della natura emergenziale del predetto Decreto Semplificazioni, il nuovo criterio della *"diversa dislocazione territoriale"* delle imprese, derogatorio alle norme del codice degli appalti, appare ambiguo e di non agevole lettura, ferma restando la discrezionalità della Stazione appaltante di declinare tale criterio.

Il rispetto di detto criterio vale in tutti i casi in cui la stazione appaltante operi una restrizione della platea dei concorrenti. In questi casi, il duplice rispetto di detto criterio e del principio comunitario di non discriminazione esige che esso venga attuato in modo tale da scongiurare che siano invitate unicamente imprese dello stesso territorio ed in particolare le imprese locali.

Il rischio della concentrazione territoriale degli inviti - e dunque della chiusura del mercato in contrasto con i principi comunitari di parità di trattamento e di non discriminazione richiamati dallo stesso disposto di cui all'art. 1 del D.L. 76/2020- comporta che il criterio della diversa dislocazione territoriale non possa essere strumentalmente utilizzato al solo fine di favorire le imprese del territorio. Infatti *"introducendo limitazioni di tipo territoriale [potrebbero] prodursi "gli stessi effetti discriminatori che con consolidato orientamento, la giurisprudenza e l'ANAC censurano in quanto lesivi dei principi di uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza"* (nota a firma Presidente prot. ANAC n. 63825 del 3.8.2022).

Ciò alla luce del fatto che il criterio della *"diversa dislocazione territoriale"*, è volto a selezionare le imprese da invitare, al fine di attenuare la discrezionalità della stazione appaltante nella scelta degli operatori economici da invitare ed, al contempo, al fine di favorire una ripresa economica del mercato. Si tratta, infatti, di una norma a carattere derogatorio la cui applicazione è limitata ad un periodo temporale circoscritto.

Le linee guida della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome del 17 dicembre 2020 n. 20/239/cr5a/c4 contenenti *"Indicazioni operative per l'applicazione delle norme in materia di contratti pubblici del dl n. 76/2020, convertito nella legge n. 126/20, recante "misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale"* chiariscono che il nuovo concetto di *"diversa dislocazione territoriale"* *"dovrebbe essere interpretato avuto riguardo alla sua collocazione sistematica all'interno di una disciplina derogatoria in coerenza con il presupposto delle misure previste, che, in via transitoria, giustifica il significativo ampliamento dei margini di semplificazione delle procedure di affidamento dei contratti sotto soglia, al fine di velocizzare gli investimenti e contrastare le ricadute negative sull'economia e sui livelli occupazionali determinate dall'emergenza sanitaria da Covid-19 tuttora in atto. Tale presupposto rileva, pertanto, sotto un duplice profilo: quello del rilancio dell'economia e quello dell'impatto della pandemia sulle stesse modalità di svolgimento delle procedure di affidamento e della successiva esecuzione dei contratti, visto che, soprattutto nelle fasi più acute dell'emergenza, le principali misure di contenimento hanno imposto una forte limitazione agli spostamenti nel territorio.*

Ne segue che, come sopra rilevato, la stessa emergenza sanitaria in atto e le esigenze di accelerazione delle procedure di affidamento in questa peculiare e straordinaria fase congiunturale, possono giustificare la valorizzazione della presenza di imprese del territorio ed in particolare un rafforzamento delle misure volute dal legislatore euro unitario e nazionale atte a facilitare e garantire una adeguata partecipazione di quelle appartenenti alla categoria delle micro, piccole e medie imprese".

Pertanto, tenuto conto della natura emergenziale e derogatoria del predetto Decreto Semplificazioni, si può ragionevolmente ritenere che la disposizione contenuta nell'avviso in questione secondo cui la procedura negoziata senza bando debba effettuata *"previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate"* possa giustificare temporaneamente la valorizzazione della presenza di imprese del territorio nel quale eseguire l'appalto, evitando al contempo la concentrazione territoriale degli inviti ed affidamenti che potrebbero determinare una chiusura del mercato in contrasto con i principi

comunitari di parità di trattamento e di non discriminazione richiamati dallo stesso disposto di cui all'art. 1 del D.L. 76/2020.

La locuzione "*diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate*" peraltro consente margini di discrezionalità alle Stazioni appaltanti nella scelta dell'estensione del perimetro territoriale entro cui circoscrivere gli inviti; pertanto, trattandosi di norma a carattere derogatorio dovrebbe intendersi come una restrizione finalizzata all'esigenza di limitare al minimo indispensabile gli spostamenti nel periodo emergenziale che tuttavia deve essere motivata.

Pertanto di fondamentale importanza risultano le modalità attraverso cui la stazione appaltante esercita il proprio potere discrezionale di delimitare l'ambito territoriale degli operatori da invitare.

Si rammenta sul punto che il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili (già Ministero delle Infrastrutture), con il parere n. 790 del 13 novembre 2020, ha chiarito come "*la stazione appaltante dovrà evitare la concentrazione territoriale degli inviti, che potrebbe dar luogo ad una chiusura del mercato, in contrasto con i principi comunitari di parità di trattamento e di non discriminazione richiamati dallo stesso disposto di cui all'art. 1 del D.L. 76/2020, i quali vietano ogni discriminazione dei concorrenti in base all'elemento territoriale..... il criterio in esame (diversa dislocazione territoriale) non possa essere strumentalmente utilizzato al solo fine di favorire le imprese del territorio. "La stazione appaltante, motivando e nel rispetto della trasparenza, potrà delimitare l'ambito territoriale degli operatori da invitare in base alla sede legale e/o operativa dell'impresa, da valutarsi in maniera proporzionale al valore dell'affidamento, tenuto conto del luogo di esecuzione e dell'oggetto dell'appalto..... In conclusione, la stazione appaltante dovrà individuare anche un numero di invitati con sede al di fuori del territorio di competenza, tenendo conto sia delle dimensioni che della rilevanza del mercato di riferimento del medesimo territorio, nonché dell'oggetto dell'appalto."*

Alla luce di tale parere pertanto diviene essenziale la motivazione della scelta discrezionale operata dalla stazione appaltante laddove delimita l'ambito territoriale degli operatori da invitare "*in base alla sede legale e/o operativa dell'impresa, da valutarsi in maniera proporzionale al valore dell'affidamento, tenuto conto del luogo di esecuzione e dell'oggetto dell'appalto*" al fine di rendere ripercorribili le ragioni che la hanno portata a scegliere un ambito territoriale piuttosto che un altro, giustificando tali scelte sulla base di criteri predeterminati quali il valore dell'appalto, il luogo di esecuzione del contratto, le caratteristiche del lavoro da affidare, l'incidenza dei costi organizzativi legati alla distanza dal luogo di esecuzione.

Codesta stazione appaltante – atteso che l'assenza di motivazione determina una violazione dei principi concorrenziali in quanto discriminatoria sulla base di preferenze territoriali ingiustificate- avrebbe dovuto motivare le ragioni che la portavano a limitare il raggio chilometrico alla Regione Valle d'Aosta.

Nella specie, la scelta di codesta stazione appaltante di circoscrivere la metà degli inviti alla Regione Valle d'Aosta avrebbe dovuto essere, per il principio di buon andamento della P.A. nonché in ossequio ai principi di trasparenza, peraltro specificatamente richiamati dalla norma in esame, specificatamente motivata nell'avviso pubblico di manifestazione di interesse, circostanza questa che non si evince dalla lettura degli atti.

Si osserva inoltre che appare anomalo l'operato della stazione appaltante nella misura in cui ha scelto di invitare le sole ditte aventi "sede legale" nella Regione Valle d'Aosta non anche a quelle aventi sede operativa nella stessa.

Al riguardo si rileva che "*se la limitazione territoriale operata dalla stazione appaltante, in conformità alla ratio della norma, è rivolta al contenimento degli spostamenti, ovvero anche all'immediata operatività dell'operatore economico, parrebbe maggiormente conferente rivolgersi ad operatori dotati di una sede operativa presente sul territorio delimitato a prescindere dal fatto che la sede legale sia collocata altrove*" (nota a firma del Presidente dell'ANAC fasc. n. 3700/2021).

L'utilizzo del solo criterio formale della sede legale - con conseguente esclusione delle ditte aventi sede operativa nella Regione Valle d'Aosta - poco risponde al criterio della presenza sul territorio indicato dal legislatore e comunque, come già detto, risulta immotivato. Il criterio della diversa dislocazione territoriale lascia una ampia discrezionalità alla stazione appaltante di scegliere il perimetro ritenuto sufficientemente ampio rispetto al luogo dei lavori. Detto criterio dunque assegna alle stazioni appaltanti il compito di individuare motivando un equilibrio nella modalità di diversificazione territoriale che dovrà garantire il rispetto del principio comunitario di non discriminazione.

Alla luce di quanto sopra esposto, si confermano i profili di anomalia prospettati nella segnalazione di cui alla nota prot. ANAC n. 104284 del 13 dicembre 2022, non risultando motivata la scelta di codesta Stazione Appaltante di circoscrivere la metà degli inviti a presentare offerta alle ditte aventi sede legale nella Regione Valle d'Aosta, tenuto conto che il criterio della diversa dislocazione territoriale non deve contrastare con l'art. 1, comma 1 del decreto legge n. 76/2020 conv. in l. 120/2020, con l'art. 30 del d. lgs. 50/2016 ed in ogni caso con i principi comunitari di non discriminazione e concorrenza; non deve dunque essere discriminante per gli operatori economici né condurre ad improprie ed ingiustificate restrizioni per la concorrenza. La scelta di limitare la partecipazione alla procedura negoziata ai soli operatori aventi sede legale nella Regione Valle d'Aosta è riferibile ad una scelta discrezionale della Stazione appaltante; tale scelta tuttavia, in base ai principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa sanciti dall'art. 97 Cost., avrebbe dovuto essere specificamente motivata ed adeguatamente esplicitata nell'Avviso di manifestazione di interesse prot. 11341 del 4.11.2022.

Si comunica, con il presente atto, soggetto a pubblicazione sul sito istituzionale dell'ANAC che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 3 maggio 2023 ha disposto la definizione del presente procedimento ai sensi dell'art. 21 del Regolamento di vigilanza sui contratti pubblici, rilevando che nei limiti della motivazione, l'operato della stazione appaltante non è risultato conforme alla normativa di settore.

Tenuto conto dei profili di incertezza che detto criterio della "diversa dislocazione territoriale" potrebbe comportare ai fini della sua corretta interpretazione, si invita, anche per il futuro, codesta Stazione appaltante, a tener conto delle suesposte considerazioni nell'esercizio della propria discrezionalità ai fini della fissazione delle clausole limitative della partecipazione alle procedure negoziate.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia