

Procedura negoziata, non ammissibile il criterio dell'ordine cronologico di arrivo delle istanze quale metodo di selezione degli operatori economici

E' quanto ha chiarito dall'ANAC con il parere in funzione consultiva n. 11/2024.

L'ordine cronologico di arrivo delle manifestazioni di interesse in una procedura negoziata non è conforme al Codice degli Appalti, né è idoneo a soddisfare i requisiti di oggettività, coerenza con l'oggetto e con la finalità dell'affidamento, nonché con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

Secondo ANAC, il criterio cronologico, ossia l'ordine di arrivo delle manifestazioni di interesse alla stazione appaltante, costituisce al pari del sorteggio, un'individuazione "casuale" degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata, in quanto non è ancorato ai criteri oggettivi indicati dal nuovo Codice Appalti, volti a selezionare le imprese ritenute più idonee in relazione all'oggetto specifico dell'appalto da affidare e alle finalità pubbliche ad esso sottese.

In quanto tale, il predetto criterio, al pari del sorteggio, va utilizzato in via del tutto eccezionale e residuale, entro i limiti e alle condizioni previste nell'art. 50, comma 2 del Codice e nell'art. 2, comma 3, dell'Allegato II.1 per il ricorso al sorteggio, ossia in presenza di situazioni eccezionali in cui il ricorso ai criteri oggettivi sopra indicati è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura, previa adeguata motivazione da parte della stazione appaltante.

L'ANAC ha inoltre sottolineato che la questione in esame non riveste carattere di novità, dato che già nel previgente assetto normativo del d.lgs. 50/2016, l'Autorità medesima aveva avuto modo di esprimere parere in termini negativi sul criterio di selezione basato sull'ordine cronologico di arrivo, cioè sulla tempestività della domanda, affermando che lo stesso "non è in grado di garantire la medesima casualità del sorteggio e di neutralizzare il possibile rischio di asimmetrie informative tra i potenziali concorrenti. La pubblicità, ove (...) si decida di rendere nota la procedura mediante un avviso di manifestazione di interesse, deve essere "funzionale", nel senso che il mezzo prescelto deve essere idoneo allo scopo di raggiungere la più ampia sfera di potenziali operatori interessati all'affidamento, in relazione all'entità e all'importanza dell'appalto (deliberazione AVCP n. 13 del 23 aprile 2014). Tale obiettivo risulta sostanzialmente vanificato dall'utilizzo del criterio cronologico dell'ordine di arrivo delle candidature, quale metodo di selezione per gli operatori da invitare. Questa criticità in fase applicativa è stata più volte riscontrata dall'Autorità nell'ambito dell'attività di vigilanza ed è stata segnalata anche nel documento di consultazione predisposto ai fini dell'aggiornamento delle Linee guida n. 4 (febbraio 2019). In quella sede, allo scopo di orientare l'azione delle stazioni appaltanti verso comportamenti rispettosi delle disposizioni vigenti in materia di affidamenti sotto soglia, è stato confermato il divieto di prevedere l'adozione del criterio cronologico basato sull'ordine di arrivo delle domande di partecipazione ai fini della selezione degli operatori da invitare (...)"

L'Autorità ha quindi sottolineato i rischi insiti nella scelta del criterio cronologico di arrivo della domanda, legati essenzialmente a possibili asimmetrie informative tra i potenziali concorrenti o al rischio di accordi collusivi tra gli stessi.

La questione esaminata fa riferimento alla richiesta presentata da un'Amministrazione, in relazione a dei lavori da affidare, che comunicava l'intenzione di adottare, quale criterio di selezione dei cinque operatori da invitare alla procedura negoziata prevista dall'art. 50, comma 1, lett. c) del d.lgs. 36/2023, a seguito di avviso di avvio di indagine di mercato, quello dell'ordine cronologico di arrivo delle manifestazioni di interesse in luogo dell'estrazione, riservata dal nuovo Codice a casi eccezionali, al fine di garantire comunque l'affidamento in tempi celeri.

La predetta Amministrazione chiedeva, quindi, se il criterio dell'ordine cronologico di arrivo delle manifestazioni di interesse sopra indicato, potesse ritenersi conforme alle previsioni dell'art. 2, comma 3, Allegato II.1, del d.lgs. 36/2023 e idoneo a soddisfare i requisiti di oggettività, coerenza con l'oggetto e con la finalità dell'affidamento, nonché con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza, ivi richiamati.

Alla luce di quanto sopra, in risposta al quesito posto, tenuto conto del disposto normativo dell'art. 50, comma 2, del Codice e dell'art. 2, comma 3, dell'Allegato II.1, nonché della ratio delle norme stesse, riferita alla necessità di evitare il ricorso al sorteggio o ad altri criteri casuali di selezione delle imprese da invitare alle procedure negoziate, l'Autorità ha ritenuto non coerente con tali prescrizioni normative, il ricorso al criterio cronologico di arrivo delle manifestazioni di interesse.