



DELIBERA N. 424

19 settembre 2023.

Oggetto

Istanza presentata dalla [OMISSIS]- Richiesta di preventivo-capitolato tecnico relativo l'acquisizione di preventivi finalizzati alla concessione, tramite procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara ai sensi degli artt. 50, comma 1, lett E) e art. 187 del d.lgs. 36 del 2023, del "Servizio di ristorazione mediante bar in chiave sostenibile" presso l'Istituto Tecnico di Stato per il Turismo Livia Bottardi di Roma - Importo: euro: 312.000,00 - S.A.: Istituto Tecnico di Stato per il Turismo "Livia Bottardi".

UPREC-PRE 673/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Articolo 50, co. 1 lett. e) del d.lgs. 36/2023

Articolo 187 del d.lgs. 36/2023

Allegato II.1 d.lgs 36/2023 – art. 2

Parole chiave

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando – indagini di mercato

Massima

Sul presupposto che l'indagine di mercato è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento, sussiste la discrezionalità della stazione appaltante nella scelta delle modalità attraverso cui svolgere detta procedura, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità e purché i risultati delle indagini siano formalizzati dalla stazione appaltante con esclusione delle informazioni che potrebbero compromettere la posizione degli operatori sul mercato di riferimento e, comunque, nel rispetto delle previsioni di cui all'articolo 35 del codice in riferimento alla tempistica prevista per la conoscibilità di alcuni dati e atti di gara



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 19 settembre 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 60934 del 26.7.2023 con la quale l'o.e. [OMISSIS] ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso relativamente ad alcuni profili di illegittimità inerenti la procedura di richiesta di preventivo per l'indagine di mercato di cui alla determina prot. n. 3276/U del 11/07/2023 indetta dall'Istituto Tecnico di Stato per il Turismo "Livia Bottardi" e finalizzata alla concessione, tramite procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara ai sensi degli artt. 50, comma 1, lett. e) e art. 187 del d.lgs. 36 del 2023, del "servizio di ristorazione mediante bar in chiave sostenibile";

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 64197 del 4.8.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalla parte e dalla stazione appaltante;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità verte su una serie di profili concernenti nel dettaglio: 1) la legittimità della richiesta di preventivi su cui fondare il successivo invito della stazione appaltante alla procedura di gara, 2) la legittimità del richiesto contributo di cui all'art. 5 dell'avviso, 3) le modalità di valutazione dei preventivi pervenuti, 4) la legittimità della richiesta di un listino prezzi aggiuntivo da valutare nell'offerta tecnica, 5) la possibilità della stazione appaltante di invitare in sede di eventuale gara anche altri oo. ee. che non abbiano manifestato alcun interesse alla indagine di mercato;

PRESO ATTO che preliminarmente la procedura è stata indetta ai sensi dell'art. 50, co.1 lett. e) del d.lgs 36/2023, ai sensi del quale le stazioni appaltanti affidano i contratti pubblici c.d. sotto soglia di rilevanza europea mediante una "procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, 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 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14";

RILEVATO inoltre che ai sensi dell'allegato n. II .1 – art. 2 al suddetto d.lgs. 36/2023, viene altresì sancito che "L'indagine di mercato è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento. Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura. Le indagini di mercato sono svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico propri o delle altre stazioni appaltanti, nonché di altri fornitori esistenti. I risultati delle indagini sono formalizzati dalla stazione appaltante con esclusione delle informazioni che potrebbero compromettere la posizione degli operatori sul mercato di riferimento e, comunque, nel rispetto delle previsioni di cui all'articolo 35 del codice in riferimento alla tempistica prevista per la conoscibilità di alcuni dati e atti di gara.";



RILEVATO che la procedura in esame è di importo pari a € 312.000, ed è stata bandita ai sensi della determina prot. n. 3276/U del 11/07/2023 e relativo avviso, secondo cui, entro il termine del 26.7.2023, gli oo.ee. individuati via internet/cataloghi elettronici sono invitati a far conoscere alla stazione appaltante *"le condizioni economiche da Voi praticate e le soluzioni tecniche a Voi disponibili (da compilare come da "Modello A") e l'eventuale vostra manifestazione d'interesse a partecipare alla procedura di gara al fine della quale viene effettuata l'indagine di mercato in oggetto ("Modello D"). In caso di buon esito dell'indagine, la Stazione Appaltante procederà a invitare gli operatori contattati mediante l'indagine di mercato a presentare l'offerta per la partecipazione alla gara, che verrà definita nella documentazione medesima"*, con l'ulteriore precisazione che trattasi di *"indagine di mercato finalizzata alla costituzione di una procedura negoziata senza bando ai sensi degli artt. 50, comma 1, lett. e) e 187 del d.lgs. 36/23 mediante concessione, con gestione completa, del "servizio di ristorazione mediante bar", in apposite aree presso" l'Istituto Tecnico di Stato per il turismo Livia Bottardi di Roma;*

PRESO ATTO che, in via preliminare, la stazione appaltante contesta la ammissibilità dell'istanza de qua, giacché basandosi su di una *"mera indagine di mercato"* e non anche su una *"procedura di gara"*, come invece richiede l'art. 220 del d.lgs 36/2023, la scrivente ANAC non avrebbe competenza a pronunciarsi;

CONSIDERATO tuttavia che il potere di vigilanza dell'ANAC in materia, disciplinato attualmente dall'art. 222 del d.lgs. 36/2023, si estende all'ambito dei *"contratti pubblici"* nel suo complesso, ivi compresa l'intera filiera procedimentale che determina l'affidamento dei contratti stessi ed in cui vanno necessariamente incluse anche le indagini di mercato laddove rappresentino un presupposto - seppur eventuale - delle modalità di cui all'art. 50 del vigente codice dei contratti pubblici, ne consegue che la censura di inammissibilità deve ritenersi priva di pregio. Ciò è peraltro corroborato anche dalla formulazione dell'art. 220 del d.lgs 36/2023, che, nel circoscrivere l'oggetto del sindacato di ANAC in materia di precontenzioso, usa non a caso l'espressione *"svolgimento delle procedure di gara"* che deve interpretarsi in senso ampio, sottintendendo nello *"svolgimento"* anche tutti i passaggi preliminari;

PRESO ATTO che la prima censura verte sulla legittimità della richiesta di preventivi su cui fondare il successivo invito della stazione appaltante alla procedura di gara, evidenziandosi in particolare che ciò secondo l'istante avrebbe l'effetto di violare i principi di trasparenza, correttezza e proporzionalità del codice dei contratti pubblici;

CONSIDERATO preliminarmente che secondo la giurisprudenza prevalente *"la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori ... non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara"* (cfr. Cons. Stato, sez. 4, n. 3287/2021), si osserva che ai sensi del citato all. II.1 al d.lgs. 36/2023 *"Le indagini di mercato sono svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante"* e che parimenti *"I risultati delle indagini sono formalizzati dalla stazione appaltante con esclusione delle informazioni che potrebbero compromettere la posizione degli operatori sul mercato di riferimento e, comunque, nel rispetto delle previsioni di cui all'articolo 35 del codice in riferimento alla tempistica prevista per la conoscibilità di alcuni dati e atti di gara"*, ciò inevitabilmente comporta che la stazione appaltante in maniera legittima poteva instaurare la procedura attraverso le modalità ritenute più opportune, seppur nel rispetto dei principi adeguatezza e proporzionalità e di quanto specificato all'art. 35 del d.lgs. 36/2023, in tal senso, sebbene riferita alla previgente disciplina, anche la giurisprudenza ha ritenuto legittima la richiesta di preventivi in ottica di rafforzamento della concorrenza (cfr. TAR Veneto sez. I, sentenza n. 542/2021), in funzione di ciò la prima censura appare priva di pregio;



CONSIDERATA la seconda questione, ai sensi della quale viene contestata la legittimità del c.d. contributo da indicare nel preventivo secondo la disciplina di riferimento, si osserva che, alla luce dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante nelle memorie procedurali e nella nota di chiarimenti del 18.7.2023 rubricata come *"precisazione circa le specifiche di procedura"*, detto contributo *"... non è un canone impositivo, ma un contributo volontario ... che il medesimo canone ... non ha alcuna incidenza in termini di punteggio, e pertanto non producendo alcun vantaggio ai fini dell'aggiudicazione della concessione in eventuale fase di gara. Si tratta di una mera richiesta di offerta volontaria, liberale, non obbligatoria e non attribuyente punteggio richiesta agli operatori, i quali sono assolutamente nella disponibilità di offrirla o meno senza ricevere alcuno svantaggio competitivo"*, con la conseguenza che anche la doglianza in esame deve ritenersi infondata, anche in considerazione della natura "preliminare" dell'attuale indagine di mercato e della mera eventualità dell'attivazione di una vera e propria procedura di affidamento, come si evince dall'avviso dell'11.7.2023 e ribadito nella "precisazione" del 18.7.2023;

PRESO ATTO che con la terza censura l'o.e. istante contesta le modalità di valutazione dei preventivi, in particolare la clausola dell'art. 11 dell'avviso di indagine secondo cui *"i preventivi/proposte pervenuti potranno essere verificati anche prima della scadenza ma la scelta avverrà dopo il termine di ricezione prestabilito"*, sostenendo invece che detta valutazione dovrebbe avvenire in seduta pubblica e congiuntamente;

CONSIDERATO che, richiamando quanto finora rilevato circa la natura della indagine di mercato, la discrezionalità della stazione appaltante nella scelta delle modalità di attuazione della procedura in esame e, non ultima, la circostanza che la successiva trasformazione in gara pubblica è del tutto eventuale, non può che rigettarsi la censura de qua in quanto del tutto infondata, ritenendo che la necessità di una seduta pubblica sia demandata solo alla fase ad evidenza pubblica, salvo in ogni caso diversa indicazione della stazione appaltante;

RILEVATO che l'o.e. contesta ulteriormente la legittimità della richiesta di un listino prezzi aggiuntivo da valutare nell'offerta tecnica, ribadendo che la procedura in esame non costituisce una gara e stante la natura dell'indagine di mercato in esame che *"ha lo scopo di esplorare le possibilità offerte dal mercato al fine di affidare direttamente il servizio"* (cfr. art. 11 dell'avviso del 11.7.2023), ne discende che anche tale profilo di censura appare privo di pregio;

PRESO ATTO che con l'ultima doglianza l'o.e. istante contesta infine la possibilità da parte della stazione appaltante di invitare in sede di gara anche altri oo.ee. che non abbiano manifestato alcun interesse alla indagine di mercato, si rileva che anche tale eccezione appare priva di pregio giacché superata dalla natura meramente eventuale della gara che dovrebbe scaturire dall'attuale indagine (come più volte precisato nella documentazione di riferimento), ed alla luce del citato allegato II.1 al d.lgs 36/2023 secondo cui, con riferimento alle indagini di mercato, *"Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura"*;

PRESO ATTO pertanto della natura della procedura in esame e delle indicazioni fornite dalla stazione appaltante non è dato rilevarsi alcuna illegittimità con la conseguenza che tutte le doglianze poste dall'o.e. istante devono ritenersi infondate;

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante, con riferimento alle questioni dedotte, sia conforme alla disciplina di settore.



Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29 settembre 2023

Il Segretario verbalizzante Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente