

	PARERE ITALIASCUOLA SU APPALTO SERVIZI E ATTIVITÀ NEGOZIALE – 26-01-2012
Domanda:	<p>In una procedura di gara per l'affidamento dei servizi assicurativi di un istituto scolastico, il consiglio di istituto ha competenza a stabilire i criteri relativi a quali agenzie invitare? O comunque è obbligatorio che lo faccia?</p> <p>Nel caso in cui non li abbia stabiliti, si chiede se è corretto invitare: le agenzie viciniori; le agenzie che hanno inoltrato richiesta di partecipazione alla gara; l'agenzia con il quale è stato stipulato il contratto in vigore.</p> <p>Qual è la normativa di riferimento?</p> <p>Grazie. cordiali Saluti</p>
Risposta:	<p>L'AVCP, con la determinazione n. 2 del 06/04/2011 recante "Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, con particolare riferimento all'ipotesi di cui all'articolo 122, comma 7-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163" ha precisato che per i servizi e le forniture la procedura negoziata senza bando si identifica sostanzialmente con le procedure in economia di cui all'art. 125 del Codice dei Contratti (D.Lgs. n. 163 del 2006).</p> <p>Sulla base del principio di trasparenza che è parte integrante della procedura, è stato precisato che in linea di massima la stazione appaltante non possa individuare i cinque operatori richiesti come minimo dall'articolo 122, comma 7-bis del Codice, nonché dall'articolo 125 del Codice, per gli affidamenti di lavori, servizi e forniture, effettuati tramite cottimo fiduciario, con modalità "chiuse" rispetto al mercato.</p> <p>Tale principio, tuttavia, non impone sempre e necessariamente ai committenti forme di pubblicità preventiva della procedura (negoziata senza bando), che comunque è in facoltà degli stessi adottare; tale scelta diventa una necessità in relazione all'importo ed alla tipologia dell'appalto.</p> <p>La stazione appaltante deve in ogni caso esplicitare nella determina a contrarre i criteri che saranno utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare; in caso di avviso preventivo detti criteri devono essere specificati nello stesso. Il principio di trasparenza impone, però, di fornire, a chi vi abbia interesse e ne faccia richiesta, informazioni sulla procedura, si da consentire la presentazione di eventuali richieste di invito alla gara informale. E' previsto, poi, che le amministrazioni, per l'individuazione dei soggetti da invitare alle procedure informali, istituiscano albi di operatori economici, soggetti ad aggiornamento almeno annuale, con iscrizione aperta agli operatori in possesso dei requisiti di qualificazione (comma 12 dell'articolo 125).</p> <p>Pertanto, la costituzione di un albo fornitori sorge in relazione alla volontà del Codice dei contratti (a sua volta imposta dalle Direttive europee di cui costituisce attuazione) di ridurre la discrezionalità dell'amministrazione nell'individuazione dei soggetti cui rivolgere l'invito a formulare offerte in relazione alle procedure di affidamento del contratto non concorrenziali (ci si riferisce alla procedura negoziata ed al cottimo fiduciari; procedure negoziate tra le quali rientra anche la procedura di cui all'art. 34 del D.I. n. 44 del 2001). Si tratta infatti di procedure nelle quali le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto (art. 3, comma 40, D.Lgs. n 163/2006).</p> <p>A tal fine, specificatamente, l'art. 125 del D.Lgs. n 163/2006 (la disposizione attiene alle procedure in economia, ma può ben ritenersi applicabile in occasione del ricorso alla procedura negoziata, anche ex art 124) dispone che l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante.</p> <p>La norma, nell'imporre i principi di trasparenza e parità di trattamento nella</p>

individuazione degli operatori economici cui rivolgere l'invito ad offrire, individua la rotazione come sostanziale limite alla totale libertà di scelta dell'amministrazione. In tale contesto, il ricorso alle indagini di mercato o agli elenchi (o albi) di operatori economici costituisce il modo attraverso cui l'amministrazione è chiamata a dare pubblicità al momento dell'individuazione dei propri (aspiranti) fornitori o prestatori di servizi (quindi anche alle società di assicurazione), tra i quali opererà il principio di rotazione. Deve ritenersi che l'obbligo di rotazione, quale strumento per impedire "rendite di posizione" contrarie al principio di parità di trattamento, debba valere a fortiori per i casi nei quali sia consentito l'affidamento diretto del contratto.

Per dare applicazione a tale disposizione, l'art. 332 del D.P.R. n 207/2010 (che contiene il regolamento attuativo del Codice) dispone:

- “1. I soggetti da consultare, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento, ai sensi dell'articolo 125, comma 11, del codice, sono individuati sulla base di indagini di mercato, ovvero tramite elenchi aperti di operatori economici di cui ai successivi commi 2, 3 e 4. Le indagini di mercato, effettuate dalla stazione appaltante, possono avvenire anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico di cui all'articolo 328, propri o delle amministrazioni aggiudicatrici.
2. Sulla base di avvisi pubblicati sul profilo del committente, ciascuna stazione appaltante può predisporre elenchi di operatori economici dotati di determinati requisiti, all'interno dei quali può individuare gli operatori economici che partecipano alle procedure di acquisto in economia, applicando i principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento. L'iscrizione a tali elenchi non è, in ogni caso, condizione necessaria per la partecipazione alle procedure di acquisto in economia. Sono esclusi dai suddetti elenchi gli operatori economici che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stessa o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale.
3. Gli elenchi sono sempre aperti all'iscrizione degli operatori economici dotati dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante e sono periodicamente aggiornati, con cadenza almeno annuale.
4. Le stazioni appaltanti, tenendo conto delle proprie specifiche caratteristiche ed esigenze, promuovono, anche attraverso la conclusione di specifici accordi, la creazione di elenchi comuni di operatori economici, nonché l'utilizzo di elenchi predisposti da altre stazioni appaltanti.
5. Le stazioni appaltanti possono procedere, in qualsiasi momento, alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati dall'operatore economico affidatario.”

Dalla ricordata disposizione possiamo evincere e sintetizzare, le seguenti regole:

- 1) le indagini di mercato e l'albo fornitori realizzano una fase di prequalifica in forma pubblica dei fornitori o prestatori di servizi "invitabili" a future gare: la prequalifica è una fase dei procedimenti di scelta del contraente diretta ad accertare il possesso di requisiti soggettivi in capo agli aspiranti candidati;
- 2) si tratta di una prequalifica in termini generali e astratti, non finalizzata direttamente e necessariamente all'affidamento di un contratto: per l'affidamento del contratto sarà poi necessaria la predisposizione di apposita lettera di invito (il cui contenuto è peraltro specificato dall'art. 334 D.P.R. n 207/2010, che si riporta in calce);
- 3) la differenza fra indagine di mercato e albo fornitori può essere individuata nella destinazione della prima ad identificare i concorrenti da invitare per l'affidamento di uno specifico contratto e nella destinazione della seconda, invece, ad identificare i concorrenti da invitare per categorie generali di contratti, lasciando in entrambi i casi l'amministrazione libera di procedere o meno all'attivazione della gara fra coloro che, rispondendo all'avviso di cui al secondo comma dell'art. 332 citato, risultassero in possesso dei requisiti richiesti per lo specifico contratto o per le categorie generali individuate;
- 4) i requisiti soggettivi alla base della prequalifica sono obbligatoriamente quelli di

idoneità morale e professionale di cui agli artt. 38 e 39 del Codice (come emerge dagli artt. 124, settimo comma, 125, dodicesimo comma del Codice e 327 del Regolamento);

5) sia l'indagine di mercato che l'albo fornitori devono essere predisposti previo avviso pubblico (da pubblicarsi sul sito web della scuola);

6) gli elenchi devono essere periodicamente aggiornati (almeno una volta all'anno), previa –evidentemente- rinnovazione almeno annuale dell'avviso pubblico di cui al precedente punto.

Conseguentemente, in una procedura di gara per l'affidamento dei servizi assicurativi di un istituto scolastico, la scuola ha ampia discrezionalità nello scegliere le società da invitare purchè venga rispettato il criterio di rotazione sopra meglio specificato. Pertanto è corretto invitare le agenzie elencate nel quesito purchè il suddetto invito sia comunque conforme e giustificato alla luce dei principi di cui sopra. Quello che non sarebbe corretto è fare un bando in cui sia esplicitato che una ditta non può partecipare se non risiede o ha agenzie in un certo territorio, ma non è il caso del quesito, dove, al contrario non vengono formalizzati i criteri che reggono la scelta delle ditte da invitare, ma viene semplicemente scelto di invitarne alcune anziché altre.

Infine, si ritiene che alla luce dell'art. 33 del D.I. n. 44 del 2011 (che detta le attribuzioni del C.d.I. in materia negoziale) il consiglio di istituto non abbia alcuna competenza a stabilire i criteri relativi a quali agenzie invitare nell'ambito della procedura negoziata per l'affidamento dei servizi assicurativi.