



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**DELIBERA N. 370**

**DEL 17 aprile 2019**

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d. lgs. 50/2016 presentata da Costruzioni Edili Fioratto S.r.l. e Comune di Arre - Procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c) del d. lgs. 50/2016 per la realizzazione di una rotatoria tra via Sorgaglia e la S.R. 104 del Comune di Arre - Importo complessivo a base d'asta: euro 498.000,00 - S.A.: Comune di Arre.

**PREC 28/19/L-PB**

**Il Consiglio**

VISTA l'istanza pervenuta al prot. n. 4648 del 21 gennaio 2019 con la quale la Società Costruzioni Edili Fioratto S.r.l. rappresenta che il Comune di Arre, a seguito del sorteggio per l'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata in oggetto, ha successivamente deliberato di procedere ad un secondo sorteggio nell'ambito delle manifestazioni di interesse già pervenute (in totale 148), senza fornire alcuna motivazione a supporto di tale decisione; così operando, si sarebbe di fatto revocato il primo sorteggio, in assenza dei presupposti di cui all'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990 e in violazione dei principi di cui all'art. 30 del Codice dei contratti pubblici. Inoltre, essendo derivata da tale condotta un'integrazione del numero di concorrenti da invitare, in quanto sono stati selezionati ulteriori 30 nominativi oltre ai 20 originariamente previsti e sorteggiati, si sarebbe determinato un numero di concorrenti manifestamente eccessivo rispetto alle finalità della procedura di affidamento, in violazione dei principi di proporzionalità, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, nonché dell'interesse degli operatori economici già sorteggiati alla riduzione della platea dei concorrenti e al conseguente aumento delle possibilità di aggiudicarsi l'appalto;

VISTA la nota pervenuta al prot. n. 6296 del 25 gennaio 2019, con la quale il Comune di Arre comunica di voler aderire all'istanza in oggetto congiuntamente alla società Costruzioni Edili Fioratto S.r.l.;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato in data 26 marzo 2019;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti;

VISTO l'art. 36 del d. lgs. n. 50/2016;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 11, comma 5, del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui alla delibera n. 10 del 9 gennaio 2019;

CONSIDERATO che l'Autorità, nelle Linee guida n. 4, relative alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici di importo inferiore alle soglie comunitarie (delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, aggiornata con delibera n. 206 del 1 marzo 2018), ha evidenziato che le stazioni possono invitare il numero di operatori economici che ritengono più confacente alle proprie esigenze, indicandolo nella determina a contrarre, purché almeno pari ai minimi previsti dall'art. 36, comma 2, del codice dei contratti. In questa prospettiva, il sorteggio è uno degli strumenti utilizzabili nel caso in cui risulti idoneo a partecipare alla procedura negoziata un numero di operatori superiore a quello predeterminato;

CONSIDERATO che, contrariamente a quanto sostenuto dall'istante in ordine al difetto di motivazione dei provvedimenti adottati dalla stazione appaltante, la determinazione n. 1 del 15 gennaio 2019 specifica che il verbale del primo sorteggio, redatto dal RUP successivamente trasferitosi presso altro Ente, non è stato acquisito al protocollo del Comune, né è stato consegnato al nuovo RUP subentrato al dimissionario; tale verbale è stato rinvenuto soltanto dopo che si era proceduto al secondo sorteggio e all'invio delle lettere di invito ai nuovi operatori selezionati. La stazione appaltante, date le circostanze, ha ritenuto di estendere l'invito anche ai soggetti sorteggiati in precedenza, in ossequio ai principi di libera concorrenza e massima partecipazione;

CONSIDERATO che il richiamato interesse alla riduzione della platea dei concorrenti (Cons. Stato, Ad. Plen. 26 aprile 2018, n. 4) è stato delineato in riferimento all'impugnazione dei provvedimenti di ammissione/esclusione di cui all'art. 120, comma 2-bis c.p.a., quale interesse procedimentale ad acquisire rapidamente certezza in ordine alla composizione dell'insieme dei concorrenti idonei alla partecipazione. Tale fattispecie non appare invocabile nel caso di specie, ove l'interesse dell'istante assume la diversa connotazione della limitazione a monte del numero dei soggetti da coinvolgere nella selezione;

CONSIDERATO che il sorteggio non può essere ripetuto (in quanto fornirebbe una seconda, ulteriore opportunità a coloro che non sono stati sorteggiati la prima volta) ove non muti, in senso ampliativo, la platea di coloro che avrebbero dovuto partecipare ad esso (TAR Basilicata, Sez. I, 15 febbraio 2016, n. 111), mentre la ripetizione è legittima in ipotesi di mancato inserimento di un



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

operatore che abbia regolarmente manifestato il proprio interesse (Parere ANAC n. 108 del 17 giugno 2015);

CONSIDERATO tuttavia che, nel caso in questione, gli operatori selezionati con la prima estrazione, effettuata in seduta pubblica, avevano maturato una legittima aspettativa ad essere invitati, mentre quelli invitati alla gara in esito alla seconda estrazione, ove venisse revocata, risulterebbero penalizzati a causa dell'errore della stazione appaltante consistente nella ripetizione “inconsapevole” del sorteggio;

CONSIDERATO, inoltre, che l’incremento del numero dei soggetti da invitare non determina un *vulnus* ai principi della massima concorrenza e della *par condicio* tra i concorrenti, anche tenuto conto della proroga del termine per la presentazione delle offerte concessa dalla stazione appaltante in favore dei “primi” sorteggiati;

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- conforme alla normativa di settore l'estensione dell'invito a presentare offerta a tutti gli operatori economici comunque sorteggiati

Il Presidente f.f.  
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 maggio 2019

Il Segretario Maria Esposito