



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 30 DEL 10 gennaio 2018

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d. lgs. 50/2016 presentata da Edil Color Evolution soc. coop. – Procedura negoziata ai sensi dell’art. 9, comma 2 lett. e) l. 164/2014 e con la procedura di cui all’art. 36, comma 2 lett. b) del d. lgs. 50/2016 per l’affidamento dei Lavori di estrema urgenza dell’edificio scolastico sede dell’I.C. “Baracca – Vittorio Emanuele” plesso principe di Napoli di Vico Tiratoio civ. 25 ricadente nel territorio della 1^ Municipalità - Importo a base di gara: euro 114.950,66 – S.A.: Comune di Napoli – 1^ Municipalità

PREC 159/17/L

Il Consiglio

VISTA l’istanza singola prot. n. 18848 del 6 febbraio 2017 presentata da Edil Color Evolution soc. coop. nella quale l’istante lamenta la propria illegittima esclusione dalla procedura negoziata in argomento, per aver partecipato avvalendosi dei requisiti di altra impresa, risultata invitata ad una parallela procedura per lavori di estrema urgenza relativi ad un plesso scolastico dell’8^ Municipalità del Comune di Napoli;

VISTO l’avvio dell’istruttoria effettuato in data 15 maggio 2017;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti, in particolare la motivazione contenuta nella nota della stazione appaltante, dove si precisa che le procedure d’urgenza attivate dalle diverse Municipalità sono da intendersi come afferenti ad un’unica gara e che l’esclusione per la contemporanea partecipazione quale ausiliaria in una procedura e quale concorrente in un’altra è ispirata ai principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento, al fine di evitare sovrapposizioni e doppi inviti tra concorrenti;

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell’art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all’art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

CONSIDERATO che l’art. 9 del decreto-legge 12 settembre 2014 n. 133, convertito in legge n. 164/2014, ha introdotto disposizioni di carattere semplificativo e acceleratorio in tema di interventi di estrema urgenza per la messa in sicurezza degli edifici scolastici, consentendo tra l’altro (art. 9, comma 2, lett. e) l’affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento dei lavori di importo fino a 200.000 euro, purché nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione, con invito rivolto ad almeno cinque operatori economici;

CONSIDERATO che questa Autorità, con i Comunicati del 5 febbraio 2015 e del 1 luglio 2015, ha precisato che l’affidamento “diretto” di cui all’art. 9, comma 2, lettera e) del d.l. 133/2014 è modalità



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

riconducibile all'affidamento in economia (ora confluito nella disciplina di cui all'art. 36, comma 2, lett. b) del d. lgs. 50/2016), giustificato dalla necessità che le procedure vengano effettivamente realizzate senza appesantimenti burocratici e con una tempistica adeguata al carattere dell'estrema urgenza previsto dalla norma, nonché nel rispetto delle disposizioni contenute nel codice dei contratti pubblici, per quanto compatibili;

PRESO ATTO che con delibera n. 755/2016 la Giunta del Comune di Napoli ha approvato nove progetti per interventi di estrema urgenza sugli edifici scolastici individuati dai competenti servizi tecnici delle nove Municipalità comunali, per un importo complessivo di euro 566.534,38, da affidarsi con le procedure di cui all'art. 9, comma 2, lett. e) della legge 164/2014, con invito ad almeno cinque operatori economici per ciascun intervento, selezionati mediante estrazione dall'elenco delle imprese operanti presso il Comune medesimo;

PRESO ATTO di quanto contenuto nel verbale di sorteggio del 13.12.2016, ovvero che *“per garantire trasparenza e pari opportunità è necessario suddividere il suddetto elenco delle 48 ditte per i nove lotti corrispondenti a ciascuna municipalità”*, nonché dell'abbinamento generato casualmente tra i singoli “lotti” da aggiudicare con autonome procedure e le corrispondenti imprese da invitare;

CONSIDERATO che la lettera di invito della procedura in contestazione non conteneva alcun riferimento alla formale suddivisione in lotti degli affidamenti, né contemplava vincoli alle forme di partecipazione consentite agli operatori economici o al numero massimo di procedure (lotti) aggiudicabili al medesimo concorrente;

CONSIDERATO che l'avvalimento è istituito di carattere generale con finalità pro-concorrenziali di matrice europea, esso si applica a prescindere da una espressa disposizione del bando, come abbondantemente ribadito dalla giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, sent. 11 maggio 2017 n. 2184). I divieti e le limitazioni al ricorso all'avvalimento sono espressamente indicati dal legislatore e vanno interpretati in senso restrittivo. La disposizione di cui all'art. 89, comma 7, del d. lgs. n. 50/2016, che in relazione a ciascuna gara vieta la partecipazione contemporanea dell'impresa ausiliaria e dell'ausiliata, non può essere invocata per impedire che l'ausiliaria partecipi autonomamente a una diversa, parallela procedura alla quale sia stata regolarmente invitata, né può determinare l'esclusione dell'ausiliata. Ciò vale anche in ipotesi di gara a lotti, dove il divieto per il singolo concorrente di partecipazione plurima deve essere riferito al singolo lotto e non può riguardare l'intera procedura: ciò che rileva, infatti, è che l'aggiudicazione sia scorporabile in frazioni dotate di autonomia funzionale rispetto all'intera prestazione, generando tante gare contestuali quanti sono i lotti cui sono connessi i contratti da aggiudicare (Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 52 del 12 gennaio 2017; delibera ANAC n. 1228 del 22 novembre 2017 “Bando tipo n. 1/2017”, par. 8);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO, in riferimento al profilo critico evidenziato dalla stazione appaltante, che il principio di rotazione degli inviti mira a favorire la distribuzione delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e ad evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese. Tali condizioni sono state assicurate, nel caso di specie, invitando tutte le imprese presenti nell'elenco ad una delle nove procedure, con il metodo non discriminatorio del sorteggio. Il medesimo principio di rotazione non può essere invocato per escludere un concorrente che abbia scelto, nella propria libertà di iniziativa imprenditoriale e nel rispetto delle norme e della *lex specialis* di gara, di ricorrere agli strumenti che consentono di dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione avvalendosi di un'impresa coinvolta in altra procedura;

RITENUTO pertanto che l'esclusione del concorrente classificatosi al primo posto della procedura in argomento sia in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

l'operato della Stazione appaltante non conforme alla disciplina normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 gennaio 2018

Per il Segretario, Rosetta Greco