



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 584 del 27 giugno 2018

Fascicolo n. 935/2018

Oggetto: Piano delle Ispezioni 2017- Attività ispettiva disposta ai sensi dell'art.213, comma 5, del d.lgs.n.50/2016, concernente il controllo di n. 109 CIG richiesti dalla Regione Lazio nell'anno 2015 relativi a procedure che, nella Banca Dati dell'Autorità, risultano andate deserte.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Nell'adunanza del 27 giugno 2018;

Visti il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ed il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visto il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori;

Premessa

In attuazione del Piano ispettivo programmatico di ANAC per l'anno 2017, con provvedimento del Presidente dell'Autorità, prot. n.74800 del 31.05.2017, è stata disposta l'effettuazione di una verifica ispettiva, svolta ai sensi dell'art. 213, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016, presso le competenti sedi della Regione Lazio, finalizzata al controllo di n. 109 CIG richiesti dalla stessa Regione nell'anno 2015, relativi a procedure che, dall'esame preliminare effettuato nella Banca dati dell'ANAC, risultano andate deserte.

La visita ispettiva è stata effettuata nel giugno 2017 e le risultanze della stessa sono riportate nella relazione ispettiva approvata dal Consiglio nell'adunanza del 7.02.2018. Con nota prot. n.13693 del 13.02.2018, la stessa è stata trasmessa, tra gli altri, all' Ufficio di vigilanza lavori, per quanto di competenza, per la contestazione dei profili di anomalia rilevati e/o per l'approfondimento degli aspetti problematici emersi.

Considerato in fatto

Le procedure di gara andate deserte relative all'anno 2015, oggetto della verifica ispettiva, si inseriscono nell'ambito del Programma Operativo Regionale " FESR 2007-2013 – Programmi di efficientamento energetico".

Gli elementi rilevanti delle peculiari modalità gestionali ed operative previste per le procedure di affidamento di cui trattasi sono stati adottati dall'Amministrazione Regionale in alcuni provvedimenti, di seguito sinteticamente descritti, così come rilevato a seguito dell'ispezione condotta.

- Con Deliberazione di Giunta Regionale n. 223 del 1 agosto 2013, è stata avviata la linea di intervento denominata "*Energia sostenibile-Investire sugli edifici pubblici per migliorare la sostenibilità economica ed ambientale attraverso interventi per l'efficienza energetica e l'incremento dell'uso delle energie rinnovabili*", finalizzata all'individuazione di immobili pubblici ricadenti all'interno del territorio regionale sui quali realizzare interventi di risparmio energetico per la Pubblica Amministrazione. Alla suddetta linea di intervento sono stati destinati 25 milioni di euro, salvo economie e disponibilità accertate successivamente. E' stato altresì deciso di provvedere alla selezione degli interventi da realizzare attraverso una *Call for Proposal*, volta ad individuare i soggetti destinatari, le tipologie di immobili pubblici, le tipologie di interventi finanziabili, nonché le modalità tecnico-amministrative attraverso le quali garantire una rapida finalizzazione delle risorse disponibili.
- Con Determinazione Dirigenziale n. A06395 del 6 agosto 2013 è stato approvato il testo della cennata *Call for Proposal*, con il duplice obiettivo di ridurre i costi di gestione derivanti dalle spese per il funzionamento degli immobili pubblici e migliorare i livelli di sostenibilità ambientale attraverso la riduzione degli sprechi di energia. E' stato, inoltre, stabilito che alla Direzione Regionale Infrastrutture, Ambiente e Politiche Abitative è attribuita la gestione sia della progettazione e realizzazione degli interventi selezionati, sia degli altri servizi tecnici di ingegneria, in conformità a quanto previsto dal D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i, con possibilità di avvalersi anche del supporto delle Aree del Genio Civile, ad eccezione degli interventi selezionati a titolarità delle ATER.
- Con Determinazione n. G03109 del 14 marzo 2014 è stata approvata la graduatoria definitiva delle proposte ammesse e di quelle non ammesse, con relative motivazioni.
- La *Call for Proposal* ha permesso alla Regione di finanziare 170 interventi, di cui n. 154 in qualità di stazione appaltante e n. 16 affidati per la completa attuazione alle ATER. Gli interventi finanziati vanno da un minimo di euro 30.000,00 ad un massimo di euro 1.250.000,00 e la maggior parte di essi interessa edifici scolastici (79, tra scuole e palestre scolastiche) del territorio della Regione (67 nelle province e 12 a Roma Capitale).
- Con Deliberazione di Giunta Regionale n. 299 del 27 maggio 2014, per la linea di intervento "*Energia sostenibile*" sono state approvate le "*Modalità Attuative del Programma Operativo*" (d'ora innanzi MAPO), che contengono i dettagli relativi a tutto il complesso

procedimento. In particolare, per quanto riguarda la selezione delle imprese affidatarie dei lavori pubblici per gli interventi di cui trattasi – nodo centrale della verifica ispettiva compiuta -, nelle MAPO si rammenta che *«La Regione Lazio ha provveduto con Determinazione Dirigenziale G04051 del 31/03/2014 alla costituzione di un elenco di operatori economici (long list) da interpellare per l'affidamento di lavori di importo complessivo inferiore a un milione di Euro, con il sistema della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, con riferimento all'art. 57, comma 6 e all'art.122, comma 7, del D.Lgs n.163/2006 e s.m.i. ovvero per l'affidamento mediante cottimo fiduciario, ai sensi dell'art. 125, comma 8, del D.Lgs n. 163/2006 e s.m.i., qualora ricorrano le condizioni di cui al comma 6 del medesimo articolo»*. Inoltre: *«All'interno della long list saranno selezionate le imprese aventi requisiti di capacità tecnica in relazione alle tipologie di interventi da realizzare (short list)»*.

- Con la Determinazione Dirigenziale G04051 del 31 marzo 2014 è stata illustrata la procedura seguita per la costituzione del suddetto elenco di operatori economici da interpellare (*long list*): *«con Determinazione Dirigenziale n. G04157 del 10/12/2013 l'Area Tecnico Manutentiva della Direzione Regionale Programmazione Economica, Bilancio, Demanio e Patrimonio è stata autorizzata ad indire un avviso, da pubblicarsi sul sito della Regione Lazio, per la costituzione di un elenco di operatori economici»* ed approvato il Verbale della Commissione contenente l'elenco dei 636 operatori economici ammessi, con le rispettive categorie e classifiche dichiarate, nonché l'indicazione dell'eventuale assenza di attestazione SOA, utile ad individuare le imprese ammesse a partecipare a gare di importo inferiore ad euro 150.000,00.
- In considerazione della circostanza che il notevole numero di operatori e le molteplici fasce di qualificazione dichiarate avrebbero dato luogo ad una pluralità di elenchi, si è ritenuto opportuno pubblicare due soli elenchi di operatori economici ammessi, distinti in relazione al possesso o meno della SOA.
- Le MAPO contengono, altresì, ulteriori indicazioni metodologiche e procedurali per la selezione delle imprese affidatarie: *«Per i lavori di importo complessivo compreso tra € 500.000 ed € 1.000.000, saranno invitati almeno 10 soggetti e, per lavori di importo inferiore a € 500.000, almeno 5 soggetti selezionati, all'interno della short list, sulla base delle informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa desunte dal suddetto albo regionale degli operatori economici, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, concorrenza e rotazione, applicando il metodo random per la definizione dei nominativi da invitare a ciascuna gara ed escludendo dalle successive gare i soggetti già selezionati. Ove tutti i soggetti presenti negli elenchi (short list) risultino partecipanti ad almeno una gara, con analogo metodo random, sono individuati i successivi gruppi di imprese da invitare alla presentazione delle successive offerte. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglierà l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiose, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando. Per quanto non indicato e per quanto riguarda i*

progetti realizzati' dalle ATER, si rimanda alle parti applicabili del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. e del D.P.R n. 207/2010».

- Successivamente, con Deliberazione della Giunta Regionale n. 207 del 6 maggio 2015 sono state modificate le modalità di selezione delle imprese sopra illustrate, previste nelle MAPO allegata alla Deliberazione di Giunta Regionale n. 299 del 27 maggio 2014, con l'obiettivo di uniformare ed ottimizzare i tempi di attuazione del cronoprogramma della *Call for proposal*. Il Dirigente dell'Area Genio Civile Lazio Nord, incaricato di coordinare tale attività, ha registrato un elevato numero di gare andate deserte pari a circa il 40% e segnalato gravi ritardi sul cronoprogramma di attuazione. Al fine di ovviare ai suddetti ritardi e tenuto conto che i progetti esecutivi posti a base di gara non evidenziano particolari profili di complessità, non lasciando la documentazione di gara margini di definizione del contenuto dell'appalto all'impresa, predefinendo e descrivendo in modo puntuale gli elementi progettuali, si è ritenuto che l'opportunità di procedere, in via subordinata, con il "criterio del prezzo più basso", avrebbe potuto agevolare una più alta partecipazione degli Operatori economici, ai quali verrebbe richiesto di effettuare uno studio approfondito del progetto esecutivo, e non anche la presentazione di una proposta tecnica migliorativa, con conseguente riduzione dei tempi fissati per la ricezione delle offerte e per la successiva fase di aggiudicazione.
- In considerazione di quanto sopra è stato, quindi, deliberato di modificare il paragrafo 1.9.3 delle MAPO (rubricato «Selezione delle imprese affidatarie»). Di seguito se ne riportano i passaggi rilevanti: *«Ove tutti i soggetti aventi requisiti necessari per la tipologia di interventi da realizzare, presenti negli elenchi (short list) risultino invitati ad almeno una procedura negoziata, si procederà a randomizzare l'intero elenco (long list) e si potrà procedere ad individuare i successivi elenchi di imprese da invitare alla presentazione delle successive offerte, anche se invitati e partecipanti ad altra procedura. Qualora l'albo regionale non contenga Operatori Economici aventi i requisiti richiesti per la tipologia di lavori da realizzare, o siano in numero insufficiente, la struttura di coordinamento potrà procedere alla individuazione degli stessi mediante il ricorso prioritariamente ad altri elenchi di Operatori Economici già costituiti, e qualora non individuati, mediante il ricorso ad apposita indagine di mercato. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglierà l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando. In caso di gara deserta, la struttura di coordinamento provvederà ad estrarre ulteriore short list contenente le imprese da invitare ad una nuova procedura, in tal caso è consentito utilizzare il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso determinato mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara (art. 82 c. 2.lett. B) del D.lgs. 163/2006)».*

Dagli elementi informativi e documentali acquisiti nel corso dell'attività ispettiva sullo

svolgimento delle richiamate procedure di affidamento da parte della Regione Lazio è emerso che alcune importanti prescrizioni stabilite nei provvedimenti regionali non sono state attuate o hanno subito nel tempo significative modifiche.

Con nota prot. n. 36339, del 26 aprile 2018, il competente Ufficio ha, pertanto, comunicato alla Regione le proprie risultanze istruttorie, chiedendo alla medesima di produrre, ove ritenuto, controdeduzioni e/o memorie sui rilievi formulati.

In particolare, sono state contestate alla Regione le violazioni attinenti ai principi di:

- non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, concorrenza e rotazione, a cui le procedure dovevano conformarsi, alla luce dell'art. 57, comma 6 e dell'art. 122, comma 7, del D.Lgs. 163/2006 e s.m. e i., applicabili alle medesime procedure *ratione temporis*. Nello specifico, l'inosservanza dei principi richiamati si è, in primo luogo, concretizzata nella scelta di procedere, mediante sorteggio, a costituire un elenco più ristretto, estraendolo da uno più ampio, per la fascia di qualificazione relativa all'oggetto del singolo appalto, in assenza di modalità atte ad assicurare la necessaria pubblicità e trasparenza della selezione. Un'ulteriore lesione dei cennati principi è stata, inoltre, realizzata con la intervenuta modifica delle modalità attuative del programma operativo originariamente adottate, nel senso di invitare alla presentazione di successive offerte operatori economici già invitati e partecipanti ad altre procedure;
- ragionevolezza e proporzionalità, lesi mediante la soluzione, successivamente adottata, di consentire l'utilizzo del criterio del prezzo più basso, in luogo dell'originario criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La Regione Lazio, riscontrando le cennate comunicazioni, ha trasmesso a questa Autorità le proprie controdeduzioni con nota acquisita al prot. n. 40763 del 14 maggio 2018.

Ritenuto in diritto

Di seguito sono indicati, con maggior dettaglio, i principali **punti di criticità rilevati**, illustrando per ogni singolo profilo di rilievo, le controdeduzioni della Regione Lazio e, in ultimo, le considerazioni dello scrivente Ufficio.

- Violazione dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza.

Come rilevato nella Comunicazione di risultanze istruttorie, la Regione Lazio ha provveduto, previo avviso pubblico, alla costituzione di due Elenchi di operatori economici (distinti in relazione al possesso o meno della SOA) da interpellare per l'affidamento di lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro mediante sorteggio per la fascia di qualificazione relativa all'oggetto del singolo appalto.

Sulla generale ammissibilità di detti elenchi di operatori economici costituiti mediante bando pubblico al quale tutti i soggetti possono accedere, questa Autorità si è già favorevolmente pronunciata con determinazione n. 2 del 6 aprile 2011, in gran parte confermata dalle "Linee Guida n. 4 di attuazione del D.Lgs. n. 50/2016", approvate con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 e successivamente aggiornate. I suddetti elenchi sono stati ritenuti ammissibili in quanto rappresentano sostanzialmente una forma di "indagine di mercato" cumulativa per più affidamenti. Gli stessi, tuttavia, devono presentare caratteristiche tali da renderli compatibili con la normativa nazionale e comunitaria: in particolare, devono essere aperti al mercato. Sul punto, è stato precisato che occorre pubblicizzare adeguatamente la volontà dell'amministrazione di

realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori economici da invitare mediante la pubblicazione dell'avviso secondo modalità idonee. L'avviso deve indicare, tra l'altro, le modalità di selezione degli operatori economici da invitare e la stazione appaltante deve in ogni caso rispettare il criterio della rotazione nell'individuazione dei soggetti da invitare.

La Regione Lazio, nel costituire i citati Elenchi di operatori economici da interpellare per le procedure negoziate di importo complessivamente inferiore a un milione di euro ha effettivamente previsto l'individuazione degli affidatari dei lavori mediante sorteggio per la fascia di qualificazione relativa all'oggetto del singolo appalto, ma tale regola avrebbe dovuto essere applicata procedendo al sorteggio in seduta pubblica.

Come precisato nelle cennate Linee Guida n. 4: *“la stazione appaltante può procedere al sorteggio, a condizione che ciò sia debitamente pubblicizzato nell'avviso di indagine esplorativa o nell'avviso di costituzione dell'elenco. In tale ipotesi, la stazione appaltante rende tempestivamente noto, con adeguati strumenti di pubblicità, la data e il luogo di espletamento del sorteggio, adottando gli opportuni accorgimenti affinché i nominativi degli operatori economici selezionati tramite sorteggio non vengano resi noti, nè siano accessibili prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte”*. Ciò al fine di assicurare una corretta dinamica concorrenziale, evitando accordi collusivi in seguito alla conoscenza dei nominativi dei concorrenti prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte e/o condizionamenti nella scelta di partecipare o meno alla procedura.

Nella relazione che descrive la procedura a suo tempo utilizzata dalla Regione per l'estrazione dall'elenco degli operatori economici, di cui alla Determinazione Dirigenziale n. G04051 del 31 marzo 2014 (*long list*), dell'elenco dei cinque o dieci operatori economici (*short list*) da invitare per l'affidamento dei singoli interventi in relazione all'importo degli stessi, si precisa, invece, che: *«La predetta operazione di estrazione veniva sempre eseguita dalla sottoscritta alla presenza del personale della mia segreteria presso il Genio Civile di Rieti»*. La scelta di procedere alle operazioni di estrazione in presenza di personale interno alla stazione appaltante e non mediante il sorteggio in seduta pubblica, così come espressamente previsto dalla Determinazione Dirigenziale G04051 del 31 marzo 2014, costituisce manifesta violazione dei principi di trasparenza e pubblicità e comporta un *vulnus* alle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara svolte dalla Regione Lazio per l'affidamento dei lavori pubblici di cui trattasi. Ciò anche nel caso non venisse comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, trattandosi di un adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento tra gli stessi, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa (cfr. da ultimo, TAR Basilicata, Sez. I, sentenza n. 252 del 22 marzo 2017).

Pertanto, l'ampiezza del previsto limite di soglia, nella fattispecie di cui trattasi, fino a un milione di euro, avrebbe reso, a maggior ragione, necessaria l'individuazione e l'effettiva applicazione di meccanismi idonei a garantire la trasparenza della procedura adottata dalla stazione appaltante e la parità di trattamento degli operatori economici interessati.

Nel controdedurre ai sopramenzionati rilievi, la Regione Lazio, dopo aver precisato che l'ultimazione degli interventi di efficientamento energetico, compiuta nel rispetto dei tempi previsti per l'utilizzo delle risorse del POR FESR 2007-2013, risalendo al dicembre 2015, non consente - stante il considerevole decorso del tempo - di procedere ad annullare in autotutela i provvedimenti adottati, rappresenta quanto segue.

In ordine alla Determinazione dirigenziale G04051 del 31 marzo 2014, istitutiva dell'Elenco degli Operatori economici da interpellare per l'affidamento dei lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro, la stessa evidenzia che è stata adottata da un'Area e da una Direzione dell'Ente diverse, rispetto a quella, successivamente costituita ed incaricata di

coordinare tutte le attività connesse all'attuazione degli interventi. La Struttura di coordinamento *«in qualità di soggetto terzo rispetto alla tenuta dell'Elenco, non aveva alcun potere di ingerenza in merito alle modalità di gestione dello stesso e non poteva, pertanto, determinarne alcun eventuale aggiornamento o apertura a nuove iscrizioni da parte di ulteriori operatori economici qualificati, dovendo, in virtù dell'espresso conferimento dell'incarico, limitarsi a "selezionare all'interno della long list (...) le imprese aventi i requisiti di capacità tecnica in relazione alle tipologie di interventi da realizzare (short list)».*

Quanto alle operazioni di individuazione degli operatori economici da invitare alle diverse procedure negoziate, nella memoria della Regione si specifica che *«sono state effettuate dalla scrivente in attuazione a quanto previsto nella richiamata deliberazione di Giunta n. 207 del 6 maggio 2015».* La modifica apportata alle MAPO, relativamente all'eliminazione della frase *«applicando il metodo random per la definizione dei nominativi da invitare a ciascuna gara (...) [che] si ricorda ancora una volta»* risulta *«in nessun modo ricollegabile alla scrivente, ha comunque consentito il rispetto dei principi fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, concorrenza e rotazione».*

Relativamente al rispetto del principio di trasparenza e pubblicità, si riferisce che *«la procedura di cui al richiamato punto 1.9.3 "selezione delle imprese affidatarie" è stata resa nota, prima della sua materiale applicazione, mediante pubblicazione sul BURL n. 39 del 14/05/2015 della DGR 207/2015».* Le stesse procedure *«sono state espletate non attraverso un sorteggio, ma attraverso meccanismi di estrazione tali da comportare un'assoluta casualità nell'individuazione, che rende del tutto irrilevante la circostanza che alle operazioni, fosse materialmente presente soltanto personale interno del Genio Civile».*

Le considerazioni svolte dalla Regione Lazio, su questo primo punto, non si rivelano in alcun modo idonee a confutare i rilievi formulati.

Con riguardo all'affermazione, più volte ribadita, che la costituzione degli elenchi, nonché l'elaborazione delle cd. Modalità Attuative del Programma Operativo, poi modificate, siano da ricondurre, nella loro paternità, ad un'Area e ad una Direzione dell'Ente diverse, rispetto a quella incaricata di coordinare le attività connesse all'attuazione degli interventi, si evidenzia che l'azione di questa Autorità è rivolta innanzitutto a verificare il rispetto delle norme che regolano il settore e dei principi ad esse sottesi e, nel caso, a ripristinare la legalità violata, prescindendo da ogni ulteriore accertamento di responsabilità individuali, da valutare, se del caso, separatamente. Quale che sia la Direzione che ha dato adito ai rilievi, l'azione dell'Ente regionale risulta, nella vicenda di cui trattasi, lesiva di disposizioni primarie, in ordine ai profili indicati.

Non può non osservarsi, inoltre - in replica all'affermazione dello stesso Ente regionale - che, in ragione del superiore interesse dell'Amministrazione e del buon andamento dell'attività amministrativa da questa espletata, la Struttura successivamente chiamata a coordinare le attività legate all'attuazione degli interventi ben avrebbe potuto, sollecitamente, invitare la Direzione originariamente responsabile ovvero quella superiore, a rivedere le disposizioni emanate, agendo in autotutela. Né, d'altra parte, appare possibile giustificare la mancata azione, nel senso indicato, con il rispetto dei tempi connessi all'utilizzo delle risorse del POR FESR per gli anni 2007-2013, in quanto proprio l'utilizzo di fondi pubblici avrebbe dovuto ispirare maggiore rigore nello svolgimento dell'attività amministrativa di cui trattasi.

In ogni caso, non è dato comprendere come le procedure adottate, volte a selezionare gli operatori economici da invitare, possano aver consentito, comunque, *«il rispetto dei principi fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, concorrenza e rotazione»*, se, come espressamente dichiarato, *«sono state espletate non attraverso un sorteggio, ma attraverso meccanismi di estrazione tali da comportare un'assoluta casualità nell'individuazione, che rende del*

tutto irrilevante la circostanza che alle operazioni, fosse materialmente presente soltanto personale interno del Genio Civile».

Appare evidente, pertanto, che le controdeduzioni - al di là della apodittica affermazione richiamata - non fornendo alcun chiarimento sul punto, non si rivelino adeguate a superare le contestazioni avanzate. Tanto più se, come già anticipato, l'esigenza di adottare modalità "aperte" rispetto al mercato si rivelasse ancor più necessaria, in relazione all'importo dell'appalto.

- Violazione dei principi di rotazione, concorrenza e proporzionalità.

Come rappresentato nella Comunicazione di risultanze istruttorie, a garanzia dell'effettività del principio della rotazione, la versione originaria del testo delle MAPO, allegate alla Deliberazione di Giunta Regionale n. 299 del 27 maggio 2014, prevedeva che l'individuazione con il metodo *random* dei dieci o dei cinque nominativi (a seconda dell'importo complessivo dei lavori da affidare) dei soggetti da invitare a ciascuna procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando dovesse comportare l'esclusione dei soggetti già selezionati dalle successive procedure, stabilendo che *«Ove tutti i soggetti presenti negli elenchi (short list) risultino partecipanti ad almeno una gara, con analogo metodo random, sono individuati i successivi gruppi di imprese da invitare alla presentazione delle successive offerte».*

Tuttavia, con Deliberazione di Giunta Regionale n.207 del 6 maggio 2015, il paragrafo 1.9.3 delle suddette MAPO è stato modificato, prevedendo, invece, che *«Ove tutti i soggetti aventi requisiti necessari per la tipologia di interventi da realizzare, presenti negli elenchi (short list) risultino invitati ad almeno una procedura negoziata, si procederà a randomizzare l'intero elenco (long list) e si potrà procedere ad individuare i successivi elenchi di imprese da invitare alla presentazione delle successive offerte, anche se invitati e partecipanti ad altra procedura. Qualora l'albo regionale non contenga Operatori Economici aventi i requisiti richiesti per la tipologia di lavori da realizzare, o siano in numero insufficiente, la struttura di coordinamento potrà procedere alla individuazione degli stessi mediante il ricorso prioritariamente ad altri elenchi di Operatori Economici già costituiti, e qualora non individuati, mediante il ricorso ad apposita indagine di mercato».*

Tali modifiche, motivate nella citata Deliberazione di Giunta Regionale n. 207 del 6 maggio 2015 essenzialmente con l'esigenza di ovviare ai ritardi sul cronoprogramma di attuazione e di ottimizzarne i tempi di attuazione, di fatto pregiudicano il principio di rotazione e quello di concorrenza, a cui le procedure negoziate in esame avrebbero dovuto conformarsi, ai sensi dell'art. 57, comma 6 e dell'art. 122, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006 e successive modificazioni.

Come infatti chiarito da questa Autorità, nella richiamata determinazione n. 2 del 6 aprile 2011, la rotazione *“ha come finalità quella di evitare che la stazione appaltante possa consolidare rapporti solo con alcune imprese venendo meno così al rispetto del principio di concorrenza”.* L'applicazione di detto principio implica che *“il soggetto che risulterà affidatario dei lavori non sarà invitato alle gare indette successivamente con la stessa procedura o a gare con procedure in economia nell'arco di un certo periodo di tempo”.* Nelle Linee Guida n.4, si è inoltre precisato che *“La stazione appaltante è tenuta al rispetto del principio di rotazione degli inviti, al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese. Pertanto, l'invito all'affidatario uscente ha carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento”.*

Per quanto sopra richiamato, la soluzione adottata dalla Regione - di invitare alla

presentazione di successive offerte operatori economici già invitati e partecipanti ad altra procedura negoziata - risulta, in contrasto con l'evidenziata necessità di procedere, in caso di utilizzo di elenchi di operatori economici, alla rotazione degli inviti per garantire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti, apparendo altresì potenzialmente idonea a favorire il consolidamento di rapporti esclusivi della stazione appaltante con alcune imprese.

In senso restrittivo opera anche l'ulteriore previsione introdotta nel testo delle MAPO modificate con Deliberazione di Giunta Regionale n. 207 del 6 maggio 2015, secondo cui *«Qualora l'albo regionale non contenga Operatori Economici aventi i requisiti richiesti per la tipologia di lavori da realizzare, o siano in numero insufficiente, la struttura di coordinamento potrà procedere alla individuazione degli stessi mediante il ricorso prioritariamente ad altri elenchi di Operatori Economici già costituiti, e qualora non individuati, mediante il ricorso ad apposita indagine di mercato»*. Il previsto ricorso "prioritario" ad altri elenchi di operatori economici già costituiti in mancanza, nel suddetto albo regionale, di soggetti in possesso dei requisiti richiesti contribuisce ulteriormente ad assicurare l'affidamento degli interventi in esame sempre alle stesse imprese "di fiducia" della stazione appaltante, con evidente pregiudizio del principio di concorrenza.

Le soluzioni operative sopra descritte, adottate con la citata Deliberazione di Giunta Regionale n. 207 del 6 maggio 2015, appaiono altresì in contrasto con il principio di proporzionalità, che impone il rispetto dell'equilibrio tra obiettivi perseguiti e mezzi utilizzati, garantendo il minor sacrificio possibile degli interessi privati confliggenti con l'interesse pubblico (cfr. Determinazione n. 2 del 6 aprile 2011).

E' evidente, infatti, che la Regione Lazio avrebbe potuto raggiungere lo scopo perseguito con minor pregiudizio degli interessi privati coinvolti, utilizzando altri strumenti idonei quali, ad esempio, l'apertura ad altri soggetti degli Elenchi di operatori economici costituiti per l'affidamento dei lavori in questione, ai sensi degli artt. 57, comma 6 e 122, comma 7 del D.Lgs. n. 163/2006 e successive modificazioni. L'utilizzo di tale misura correttiva è, peraltro, suggerito sia dalla più volte citata Determinazione dell'Autorità n. 2 del 6 aprile 2011, sia dalle più recenti Linee Guida n. 4.

Ciò sarebbe stato tanto più opportuno in considerazione della circostanza che, come rilevato nella Relazione prodotta su richiesta del gruppo ispettivo *«l'elenco di operatori economici di cui alla Determinazione Dirigenziale n. G04051 del 31/03/2014, non essendo stato predisposto per le specifiche tipologie di lavori oggetto di affidamento, presentava criticità per alcune categorie; il numero di Operatori Economici risultava spesso sufficiente ad estrarre una o due short list, da qui la necessità di invitare le Ditte più di una volta»*.

Per quanto concerne tale ordine di contestazioni, relativamente al profilo afferente il mancato rispetto del principio di rotazione, la Regione Lazio nelle proprie controdeduzioni ribadisce, ancora una volta, che la Struttura di coordinamento *«si è attenuta a quanto previsto nelle relative Deliberazioni di Giunta Regionale che stabilivano le modalità operative da seguire per l'attuazione degli interventi»*. In particolare, la modifica alle MAPO realizzata con la Deliberazione di Giunta Regionale n. 207 del 6 maggio 2015 *«prevedeva espressamente che "ove tutti i soggetti aventi requisiti necessari per la tipologia di interventi da realizzare, presenti negli elenchi (short list) risultino invitati ad almeno una procedura negoziata si procederà a randomizzare l'intero elenco (long list) e si potrà procedere ad individuare i successivi elenchi di imprese da invitare alla presentazione delle successive offerte, anche se invitati e partecipanti ad altra procedura"; giustificando tale parziale deroga al principio della rotazione degli inviti, sia in virtù della dichiarata esigenza di dover ovviare ai ritardi sul cronoprogramma di attuazione e di ottimizzare i tempi di*

attuazione – pena la possibile perdita dei finanziamenti previsti – sia anche in forza del mancato aggiornamento dell'Elenco, istituito e gestito dall'Area Tecnica Manutentiva della Direzione Programmazione Economica, Bilancio, Demanio e Patrimonio».

La stessa Regione precisa, peraltro, che *«all'epoca cui si riferiscono gli interventi in questione, non erano ancora state adottate le già richiamate Linee Guida ANAC n. 4, che in attuazione di quanto previsto dall'art. 36 comma 2 del d.lgs. 50/2016 hanno espressamente chiarito, stante anche l'intervenuta modifica normativa introdotta dal d.lgs. 56/2017, che il principio di rotazione debba intendersi rivolto a due ambiti di azione differenti ossia uno relativo agli inviti e l'altro relativo all'affidamento».* Ed ancora *«nella determinazione n. 2 del 6 aprile 2011, il rispetto del principio di rotazione era essenzialmente inteso come impossibilità di invitare “alle gare indette successivamente con la stessa procedura o a gare con procedure in economia nell'arco di un certo periodo di tempo” “il soggetto che risulterà affidatario dei lavori” e non anche i soggetti semplicemente invitati e non risultati aggiudicatari nella precedente procedura. Si aggiunge, altresì, che le stesse Linee Guida ANAC n. 4 prevedono la possibilità di derogare eccezionalmente e previa adeguata motivazione al divieto di invito esteso al precedente affidatario uscente, e se tale eccezionale deroga può intendersi consentita nei confronti dell'aggiudicatario, a maggior ragione dovrebbe esser consentita, sempre in presenza di adeguata motivazione nei confronti dei soggetti semplicemente invitati e non risultati aggiudicatari».*

Con riguardo al rilievo relativo alla modifica delle MAPO con la quale è stata introdotta la possibilità, in caso di assenza nell'albo regionale di operatori economici aventi i requisiti richiesti per la tipologia dei lavori da realizzare, di ricorrere prioritariamente ad altri elenchi di operatori economici già costituiti, la Regione precisa che *«a tale fattispecie non si è mai fatto ricorso».*

In riferimento alla mancata osservanza del principio di rotazione, le argomentazioni svolte dalla Regione Lazio nelle suesposte controdeduzioni riconoscono espressamente l'avvenuta “deroga”, pur definendola “parziale”. Sul punto, non si ritiene, dunque, necessario soffermarsi oltre, se non per sottolineare che, sebbene, come sostenuto dalla Regione, le Linee Guida n. 4, all'epoca dei fatti, non risultavano ancora emanate, già nella più volte richiamata Determinazione n. 2 del 6 aprile 2011, si afferma con chiarezza che: *“Il procedimento da seguire per affidare gli appalti di lavori pubblici mediante procedura negoziata deve anzitutto essere individuato alla luce dei principi di concorrenza e rotazione che formano parte integrante di tale procedura. Anche in assenza del richiamo espresso, l'operatività dei citati canoni sarebbe stata comunque assicurata dal riferimento generalizzato ai principi istitutivi del Trattato, contenuto nell'articolo 2 del Codice”.*

- Aspetti problematici e criticità correlate al fenomeno delle procedure negoziate andate deserte e alle misure correttive adottate dalla Regione Lazio.

Con riguardo agli interventi per i quali la Regione ha assunto il ruolo di stazione appaltante, dalla Banca dati dell'Autorità è risultato che sono andate deserte ben 109 procedure negoziate senza bando, espletate per l'affidamento di lavori pubblici di importo complessivo inferiore a un milione di euro (ai sensi degli artt. 57, comma 6 e 122, comma 7 del D.Lgs. n. 163/2006 e successive modificazioni) interpellando operatori economici iscritti negli Elenchi costituiti con la richiamata Determinazione Dirigenziale G04051 del 31 marzo 2014. Dalla documentazione integrativa trasmessa dalla Regione in esito alla verifica ispettiva sono emersi, inoltre, ulteriori undici CIG relativi a procedure andate deserte, non inseriti nell'elenco dei 109, oggetto di ispezione. Conseguentemente, il numero complessivo delle procedure negoziate, esperite e andate deserte, ammonta a 120. Un così elevato numero di procedure andate deserte rispetto agli

interventi attuati costituisce un'evidente criticità e le misure correttive adottate dalla stazione appaltante per arginare detto fenomeno non appaiono adeguate, né conformi alla norma.

Come illustrato nella Comunicazione di risultanze istruttorie, al fine di ovviare alla patologica ricorrenza dell'elevato numero di procedure andate deserte, nonché per evitare ulteriori ritardi sul cronoprogramma di attuazione, la Regione Lazio ha proceduto a modificare, con Deliberazione di Giunta Regionale n. 207 del 6 maggio 2015, le MAPO allegate alla Deliberazione di Giunta Regionale n. 299 del 27 maggio 2014, inserendovi la previsione che *«In caso di gara deserta la struttura di coordinamento provvederà ad estrarre ulteriore short list contenente le imprese da invitare ad una nuova procedura, in tal caso è consentito utilizzare il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso determinato mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara (art. 82 c. 2 lett.B) del D.lgs. 163/2006)»*.

La suddetta previsione è apparsa censurabile sotto diversi profili. In primo luogo, la scelta di consentire l'utilizzo del criterio del prezzo più basso in via subordinata rispetto al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a seguito dell'esperimento di una prima procedura negoziata andata deserta, risulta quanto meno viziata da irragionevolezza, essendo detti criteri, in vigore del D.Lgs. n. 163/2006 e successive modificazioni, applicabile *ratione temporis* al caso di specie, alternativi e oggetto di scelta discrezionale da parte della stazione appaltante in considerazione delle intrinseche caratteristiche dell'appalto da affidare. In particolare, l'art. 81, comma 2, del citato D.Lgs. n. 163/2006 e successive modificazioni, stabilisce che le stazioni appaltanti scelgono tra il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa *“quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto”*.

Nel merito questa Autorità, con determinazione n. 5 dell'8 ottobre 2008, adottata in vigore del sopra richiamato art. 81, comma 2 del D.Lgs. n. 163/2006 e successive modificazioni, ha chiarito che *“Nella fase di elaborazione della strategia di gara la stazione appaltante è tenuta ad interrogarsi se lo specifico interesse pubblico che intende perseguire attraverso l'indizione della gara sia più adeguatamente soddisfatto tenendo conto esclusivamente del fattore prezzo o se, invece, sia preferibile valutare una giusta combinazione di elementi quantitativi e qualitativi delle offerte. Una valutazione di tal fatta poi, deve tener conto delle caratteristiche dei lavori messi a gara, posto che è da essi che “può ricavarsi se siano o meno prevalenti gli elementi legati ad aspetti qualitativi rispetto al dato puramente numerico”, come affermato dalla V sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 2848 del 9 giugno 2008, per un appalto di servizi e che, stante l'identità di ratio, non può non ritenersi pienamente applicabile anche ai lavori”*.

Per tutto quanto sopra, appare irragionevole e contraddittorio sotto il profilo logico-motivazionale che, restando immutato l'oggetto del contratto da affidare con procedura negoziata senza bando ai sensi degli artt. 57, comma 6 e 122, comma 7 del D.Lgs. n.163/2006 e successive modificazioni, la Regione valuti, per la prima procedura negoziata, più adeguato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, nel caso in cui tale procedura risulti deserta, più adeguato il criterio del prezzo più basso per lo svolgimento di una o più successive procedure negoziate necessarie per l'affidamento dei medesimi lavori. In tal modo, infatti, la Stazione appaltante rimette, di fatto, la scelta del criterio di aggiudicazione alla “variabile” costituita dalla decisione degli operatori economici di partecipare o meno alla procedura negoziata, svincolando detto criterio dalle caratteristiche intrinseche dell'appalto da affidare, alle quali deve, invece, essere sempre saldamente ancorato.

In tale contesto, ulteriori elementi di criticità sono costituiti, infine, dalla circostanza che la Regione non è stata in grado di comprovare, tramite la documentazione fornita in esito alla verifica ispettiva, per undici procedure, che gli inviti siano stati effettivamente spediti con PEC prima di procedere all'ulteriore procedura negoziata conclusasi con l'aggiudicazione, e dal fatto che per una di esse non risulta presente agli atti della Regione alcuna lettera di invito.

Con riferimento a tale ultimo ordine di rilievi effettuati dal competente Ufficio, la Regione dopo aver riaffermato che *«la struttura di Coordinamento si è limitata, in conformità a quanto previsto nelle allora vigenti MAPO, ad estrarre casualmente gli operatori iscritti nell'Elenco degli Operatori Economici qualificati istituito, gestito e validato dall'Area Tecnica di altra e diversa Direzione Regionale, provvedendo, altresì, a segnalare prontamente la riscontrata criticità, ossia un numero di procedure negoziate deserte pari a circa il 40% di quelle complessive»*, evidenzia che *«a differenza di quanto espressamente stabilito nella Deliberazione di Giunta Regionale n.207 del 6 maggio 2015, la prevista possibilità concessa alla struttura di Coordinamento di "utilizzare il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso ai sensi dell'art. 82 c. 2 lett. B) del d.lgs. 163/2006" in caso di "gara andata deserta" non è stato mai utilizzato in quanto i nuovi inviti effettuati per l'affidamento delle medesime procedure negoziate andate precedentemente deserte, hanno previsto l'utilizzo dell'originario e medesimo criterio di aggiudicazione, ossia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa»*. Secondo la Regione la circostanza di aver mantenuto fermo l'utilizzo dell'iniziale criterio individuato e stabilito nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, consentirebbe di affermare *«che gli interventi correttivi sono stati di fatto attuati dalla struttura di Coordinamento all'atto stesso dell'espletamento delle nuove procedure negoziate, considerato che si è autonomamente scelto di avvalersi di tale prevista facoltà. E ciò nonostante l'obbligo di mantenere invariate nella successiva procedura negoziata le condizioni iniziali del contratto fosse espressamente previsto dall'art. 57 comma 2 del d.lgs. 163/2016 solo ed esclusivamente con riferimento al preventivo espletamento di una precedente procedura aperta o ristretta andata deserta»*.

Le motivazioni addotte dalla Regione, risultano, per il profilo in questione, conferenti e, almeno in parte, giustificative della scelta adottata.

Pur confermandosi, perché vevoli in via generale, le considerazioni sviluppate nella Comunicazione di risultanze istruttorie, in ordine ai benefici connessi al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ed in particolare, alla valorizzazione del livello qualitativo della prestazione offerta che questo consente, tanto da indurre il legislatore del nuovo Codice ad individuarlo come criterio prevalente ed ordinario, non può non riconoscersi che nell'ambito dei lavori, di fatto, la predisposizione di una progettazione completa, concretamente eseguibile e rigidamente conformata, in taluni casi erode fortemente il margine concesso all'operatore economico di individuare soluzioni migliorative qualitativamente apprezzabili.

In questa direzione sembra muoversi, da ultimo, il ripristino del collegamento tra i criteri di aggiudicazione e l'oggetto del contratto di appalto, operato con l'ampliamento delle ipotesi in cui è ammesso il ricorso al criterio del prezzo più basso, di cui al 4° comma dell'art. 95, come modificato con il d.lgs. 56 del 2017. Il cennato collegamento tra criteri di aggiudicazione e oggetto del contratto porta, infatti, a differenziare essenzialmente gli appalti di esecuzione di lavori pubblici, nei quali i margini di discrezionalità nella formulazione delle offerte sono pressoché azzerati, dovendo i concorrenti attenersi alla puntuale realizzazione delle indicazioni riportate nel progetto esecutivo, dalle ipotesi in cui la realizzazione dei lavori comporta anche l'intervento propositivo e progettuale dell'operatore economico offerente.

Se dunque, in linea strettamente teorica, risulta censurabile la scelta, successivamente adottata dalla Regione Lazio, di mutare il criterio di selezione delle offerte, pur restando immutato l'oggetto del contratto, in concreto, quanto dalla stessa controdedotto sul punto può ritenersi, in virtù delle argomentazioni richiamate, accoglibile in relazione alla natura delle prestazioni richieste dall'Amministrazione Regionale.

Parimenti apprezzabili risultano infine le dichiarazioni della stessa Regione in ordine alla

volontà di volersi conformare, per il futuro, alla vigente normativa, nonché alle indicazioni fornite da questa Autorità, e di averlo già fatto con riguardo alla nuova linea di intervento denominata *“Energia sostenibile - Investire sugli edifici pubblici per migliorare la sostenibilità economica ed ambientale attraverso interventi per l'efficienza energetica e l'incremento dell'uso delle energie rinnovabili”*, che si inserisce nell'ambito del nuovo Programma Operativo Regionale“ FESR Lazio 2014-2020.

Tutto quanto sopra considerato e ritenuto,

DELIBERA

- di rilevare profili di criticità in ordine alla violazione dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza, connesse alla costituzione mediante sorteggio - ma in assenza di modalità atte ad assicurare la necessaria pubblicità e trasparenza - di un elenco più ristretto, estratto da uno più ampio, per la fascia di qualificazione relativa all'oggetto del singolo appalto;
- di ritenere che un ulteriore profilo di criticità risulta integrato dalla violazione dei principi di concorrenza e rotazione, derivante dalla intervenuta modifica delle modalità attuative del programma operativo originariamente adottate, nel senso di invitare alla presentazione di successive offerte operatori economici già invitati e partecipanti ad altre procedure;
- di prendere atto di quanto dichiarato e chiarito dall'Amministrazione Regionale relativamente alla soluzione, successivamente individuata, di consentire l'utilizzo del criterio del prezzo più basso, in luogo dell'originario criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tenuto conto della particolare natura dei lavori in questione e delle caratteristiche della relativa progettazione nonché delle dichiarazioni dell'Ente regionale di volersi conformare, per il futuro, in occasione di analoghi interventi, alla vigente normativa, nonché alle indicazioni fornite da questa Autorità.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 luglio 2018.

Il Segretario Maria Esposito