



DELIBERA N. 563

30 novembre 2022

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dal Comune di Como – Concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e viabilità post incidente nel territorio del Comune di Como – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Base d'asta: 275.000,00 euro - S.A.: Comune di Como

PREC 151/2022/S

Riferimenti normativi

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 36.

L. n. 120 del 2020, art. 1, comma 2, lett. b).

Parole chiave

Procedura negoziata – Rotazione – Sorteggio

Massima

Contratti pubblici – Contratti sottosoglia – Limitazione del numero degli operatori economici invitati a presentare offerta - Sorteggio - Principio di rotazione – Si applica

Il criterio della rotazione non si applica quando il nuovo affidamento avviene tramite procedure aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non opera alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. Di contro, la limitazione del numero degli operatori economici che sono invitati a presentare offerta circoscrive il confronto competitivo a un numero ristretto di soggetti e rappresenta un ostacolo alla distribuzione tra gli operatori del settore delle opportunità di essere affidatari di un contratto pubblico. Da qui la necessità, anche quando la selezione degli operatori da invitare è effettuata tramite sorteggio, della misura della rotazione che, in funzione pro-concorrenziale, favorisce una maggiore distribuzione delle *chances*, escludendo dal novero dei soggetti ammessi a partecipare chi ha già avuto tale opportunità in occasione del precedente affidamento.

Contratti pubblici – Contratti sottosoglia – Principio di rotazione – Precedente affidatario per fatti concludenti - Si applica

Il mancato espletamento di procedure per l'aggiudicazione di un appalto non può valere ad escludere la rotazione nei confronti dell'operatore economico a cui il servizio oggetto dell'appalto è stato affidato con modalità diverse, e addirittura violative, da quelle previste dalla disciplina di settore. Tenuto conto della *ratio* e della finalità del principio di rotazione di favorire la distribuzione delle opportunità di aggiudicazione, la rotazione va applicata nei confronti dell'ultimo affidatario del servizio, indipendentemente dalle modalità con cui lo stesso gli è stato attribuito.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 novembre 2022

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 81193 dell'11 ottobre 2022, con la quale il Comune di Como ha chiesto all'Autorità di valutare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione del principio di rotazione e per la conseguente esclusione dell'operatore economico Sicurezza & Ambiente S.p.A. risultato aggiudicatario della gara in epigrafe. Nella specie, la stazione appaltante ha riferito che l'impresa Zini Elio S.r.l., seconda classificata, ha invocato l'esclusione della prima graduata assumendo che si tratti del gestore uscente del servizio messo a gara. L'avviso per la manifestazione di interesse, con cui la procedura negoziata ex art. 1, comma 2, d.l. n. 76/2020 convertito con l. n. 120/2020 è stata bandita, stabilisce infatti che, nel caso in cui *«il numero dei candidati è superiore a cinque (5), la stazione Appaltante si riserva di individuare i soggetti da invitare tramite sorteggio»* e precisa *«che l'eventuale sorteggio degli operatori economici avverrà nel rispetto dei principi di concorrenza e rotazione degli inviti e degli affidamenti, in applicazione delle Linee Guida ANAC n. 4, (...) e che pertanto verranno esclusi dal campione oggetto di eventuale sorteggio i candidati che abbiano partecipato, in veste di concorrenti, all'ultima procedura di affidamento aggiudicata nel triennio antecedente la scadenza del termine per la manifestazione di interesse relative allo stesso servizio oggetto della presente concessione»*. Le perplessità della stazione appaltante circa l'applicabilità della suindicata clausola al caso in esame scaturiscono dalla circostanza che Sicurezza & Ambiente S.p.A. – che è stata sorteggiata a presentare offerta tra i dieci operatori che hanno manifestato interesse alla partecipazione – è stata affidataria della concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale nel periodo 7 aprile 2014 - 6 aprile 2017, salvo poi continuare ad essere concessionaria di "mero fatto", in assenza di proroghe o altri atti di affidamento, negli anni successivi, almeno fino al 29 marzo 2021, quando una parte delle prestazioni (spazzamento e recupero rifiuti) sono state affidate ad un altro operatore nell'ambito di un altro contratto in essere. Il Comune di Como domanda pertanto se sussistano le condizioni per applicare il principio di rotazione benché non risultino agli atti provvedimenti di aggiudicazione della concessione nei confronti di Sicurezza & Ambiente S.p.A. nel triennio antecedente la data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 17 ottobre 2022 con nota prot. n. 83219;

Visto quanto dedotto da Zini Elio S.r.l. con nota acquisita al prot. n. 85422 del 21 ottobre 2022. Ad avviso del secondo classificato, l'aggiudicazione, e ancora prima l'ammissione al sorteggio, di Sicurezza & Ambiente violerebbero il principio di rotazione perché quest'ultimo sarebbe l'effettivo gestore uscente del servizio, senza soluzione di continuità dal 2014. Tale ricostruzione dei fatti, in assenza di atti di affidamento nell'ultimo triennio, si basa su un'indagine investigativa dimostrativa di interventi effettuati da Sicurezza & Ambiente S.p.A. negli anni successivi alla scadenza della concessione, che ha trovato la conferma del Comandante della Polizia locale, su articoli di giornali e anche sulla spendita dello svolgimento del servizio per il Comune di Como dal 2014 quale requisito esperienziale, da parte della stessa Sicurezza & Ambiente S.p.A., in una gara del gennaio 2021 speculare alla presente. Il secondo graduato ha evidenziato come tale situazione di continuazione, in via esclusiva e continuativa, della gestione *de facto* del servizio, addirittura all'insaputa della stazione appaltante, integri esattamente un'ipotesi di rendita di posizione che la rotazione dovrebbe contribuire a prevenire o eradicare;

Visto quanto replicato dall'aggiudicatario Sicurezza & Ambiente S.p.A., con nota acquisita al prot. n. 85059 del 21 ottobre 2022, a confutazione della pretesa della seconda graduata. Secondo l'aggiudicataria, nel caso di specie, come statuito dalla giurisprudenza amministrativa (TAR Lazio Roma, II, n. 13184/2020), il principio di rotazione non si applicherebbe perché la procedura seguita sarebbe assimilabile a una procedura aperta, in



quanto non è stata compiuta alcuna scelta discrezionale da parte della stazione appaltante nell'individuazione degli operatori economici da invitare, che sono stati selezionati tramite sorteggio, e perché determinerebbe un'eccessiva restrizione della concorrenza, visto che l'amministrazione si ritroverebbe con una sola offerta. Inoltre, la posizione di Sicurezza & Ambiente S.p.A. non corrisponderebbe alla previsione dell'avviso di gara in quanto non sussiste alcun provvedimento di aggiudicazione in suo favore nel triennio precedente e *«nessuna rilevanza può essere data alle richieste di intervento sporadicamente inoltrate dal Comune successivamente alla scadenza contrattuale»*;

Vista la documentazione in atti e le memorie delle parti;

Visto l'art. 1, comma 2, lett. b), d.l. n. 76/2020 convertito con l. n. 120/2020, ai sensi del quale le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 d.lgs. n. 50/2016 tramite procedura negoziata, senza bando, di cui all'art. 63 d.lgs. n. 50/2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, *«nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate»*;

Considerato che il criterio di rotazione trae fondamento nell'esigenza di evitare rendite di posizione in capo al gestore uscente, la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, e perseguire quindi l'effettiva concorrenza, garantendo la turnazione di diversi operatori nella realizzazione del medesimo servizio (Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, V, n. 7794/2022). Come anche osservato dall'Autorità nelle Linee guida n. 4 aggiornate ("Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici"), attraverso tale principio si vuole infatti garantire il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico. In quest'ottica non è causale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara. Lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici chiamati dalla stazione appaltante a presentare l'offerta e posti in competizione tra loro (Consiglio di Stato, V, n. 2292/2021);

Considerato che la rotazione costituisce un criterio di generale applicazione in quanto *"riferimento normativo inviolabile del procedimento amministrativo"* (Consiglio di Stato, V, n. 2292/2021) negli affidamenti diretti e nelle procedure negoziate ex art. 36 d.lgs. n. 50/2016 e ex art. 1, comma 2, lett. b), d.l. n. 76/2020. Secondo quanto chiarito da Anac nelle richiamate Linee Guida n. 4, esso si applica con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. Il principio di rotazione comporta il divieto di invito a procedure per l'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento. Il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente, che tiene conto della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento;

Considerato che, secondo l'Autorità e consolidata giurisprudenza, di contro, la rotazione non trova applicazione quando il nuovo affidamento avviene tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non opera alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione, ovvero quando il confronto competitivo e la possibilità di contrarre



con l'amministrazione sono aperti a tutti gli operatori economici interessati. (Linee Guida n. 4; Consiglio di Stato, sez. V, n. 6168/2020; Consiglio di Stato, sez. V, n. 1515/2021; Consiglio di Stato, V, n. 7414/2021; Consiglio di Stato, V, n. 2160/2022; TAR Campania, Napoli, II, n. 1425/2022). Si pongono ugualmente al di fuori dell'ambito di applicazione del principio di rotazione le procedure nelle quali, pur in presenza di un numero massimo di operatori da invitare, hanno manifestato interesse a partecipare un numero di operatori economici inferiore a quello massimo, così che la stazione appaltante non effettua alcuna selezione e il confronto competitivo può svolgersi tra tutti gli operatori interessati (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4629/2020);

Considerato che la procedura in esame è una procedura negoziata ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b), d.l. n. 76/2020, preceduta da un'indagine di mercato avviata tramite la pubblicazione di un avviso, con limitazione a cinque del numero di candidati da invitare alla successiva negoziata e con la previsione del sorteggio quale criterio di selezione. Come rappresentato dalle parti, sono pervenute dieci manifestazioni di interesse, tra le quali la stazione appaltante ha sorteggiato i cinque operatori che sono stati invitati a presentare offerta (tra cui Sicurezza & Ambiente S.p.A. e Zini Elio S.r.l.);

Ritenuto che, a differenza di quanto sostenuto da Sicurezza & Ambiente S.p.A., la procedura *de qua* non può essere assimilabile a una procedura aperta, per l'evidente ma indiscutibile motivo che non è svolta con modalità aperte al mercato perché non dà la possibilità a chiunque di presentare offerta. La limitazione del numero degli operatori economici inevitabili circoscrive il confronto competitivo a un numero ristretto di soggetti e rappresenta un ostacolo alla distribuzione tra gli operatori del settore delle opportunità di essere affidatari di un contratto pubblico. Da qui la necessità della misura della rotazione che, in funzione pro-concorrenziale, favorisce una maggiore distribuzione delle *chances*, escludendo dal novero dei soggetti ammessi a partecipare chi tale opportunità l'ha già avuta nel "turno" precedente e che potrebbe facilmente avvantaggiarsi, nell'ambito del confronto con pochi altri concorrenti, delle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, consolidando in tal modo la propria posizione di affidatario del medesimo servizio. Opportunamente, l'avviso per la manifestazione di interesse prevede infatti che «*verranno esclusi dal campione oggetto di eventuale sorteggio i candidati che abbiano partecipato, in veste di concorrenti, all'ultima procedura di affidamento (...)*». Non può considerarsi scriminante, sotto il profilo oggetto d'indagine, la circostanza che la selezione degli operatori da invitare sia stata effettuata, secondo quanto previsto dall'avviso, tramite il sorteggio. Il sorteggio non è altro che lo strumento residuale che l'amministrazione, in assenza di altri criteri oggettivi predefiniti, utilizza per effettuare la selezione dei soggetti da invitare a presentare offerta (Cfr. Linee Guida n. 4); esso non costituisce un bilanciamento alla restrizione del mercato e alla ridotta distribuzione delle possibilità di partecipare dovute alla limitazione del numero dei soggetti ammessi alla procedura, che rimangono tali anche in caso di sorteggio, e pertanto non può valere ad esentare la stazione appaltante dall'applicare la rotazione. La sentenza del Tar Lazio richiamata da Sicurezza & Ambiente S.p.A. appare pertanto non del tutto in linea con le Linee Guida n. 4 – che escludono l'applicazione della rotazione solo quando la legge di gara «*non opera alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione*» – per tacer del fatto che essa tratta un caso diverso da quello in esame, nel quale non è stato necessario ricorrere al sorteggio, in quanto il numero di operatori che hanno manifestato interesse è stato inferiore a quello massimo prefissato, con conseguente apertura del confronto competitivo a tutti gli operatori interessati. Infine, nel caso di specie, la presentazione di dieci manifestazioni di interesse induce a ritenere che lo specifico settore di mercato esprima una pluralità di operatori economici, in numero comunque sufficiente a costituire un'alternativa al gestore uscente che, dunque, avrebbe dovuto essere escluso dal novero dei soggetti invitati a presentare offerta;

Considerato, con riferimento al quesito posto dalla stazione, che, come già evidenziato, la rotazione, in un'ottica pro-concorrenziale, è finalizzata ad escludere dalla competizione i soggetti che, nel turno precedente, hanno già avuto la possibilità di giocare le proprie *chances*, e dunque, in primo luogo, l'affidatario uscente del medesimo servizio. Nel caso di specie – in disparte le perplessità suscitate dal fatto che sembra emergere che, prima di conoscere il risultato delle indagini svolte dalla Zini Elio S.r.l., la stazione appaltante non sapesse a chi



la Polizia locale affidava il servizio di ripristino di sicurezza delle strade dopo la scadenza del contratto del 2014 - da quanto rappresentato dal Comune di Como, Sicurezza & Ambiente S.p.A. risulta essere l'aggiudicatario dell'ultima procedura svolta dall'amministrazione per l'affidamento del servizio in questione. Dopo di che, in assenza di un nuovo operatore economico selezionato dall'amministrazione, ha continuato di fatto a svolgere il medesimo servizio (all'insaputa dell'amministrazione?) fino a quando non è stata avviata la nuova procedura a cui ha preso parte;

Considerato che, come già rilevato, il principio di rotazione è di applicazione generalizzata, e trova applicazione a prescindere dalle caratteristiche dei precedenti affidamenti, ivi compreso le modalità con cui il precedente affidamento è stato attribuito e la sua durata (Consiglio di Stato, V, n. 4252/2020);

Ritenuto, alla luce di quanto emerso e in applicazione dei principi sin qui declinati, che, nel caso di specie, non pare idonea ad escludere l'applicazione della rotazione la clausola dell'avviso che la circoscrive ai candidati che hanno partecipato «*all'ultima procedura di affidamento aggiudicata nel triennio antecedente la scadenza del termine per la manifestazione di interesse relative allo stesso servizio oggetto della presente concessione*». Nel triennio precedente non è stata infatti aggiudicata nessuna procedura avente ad oggetto l'affidamento del servizio in questione mentre lo stesso servizio è stato affidato per meri fatti concludenti, in assenza di alcuna procedura competitiva. L'interpretazione della clausola in senso letterale, con la limitazione della rotazione nei soli confronti dei partecipanti ad una procedura aggiudicata nel triennio precedente, determinerebbe un'elusione del principio di rotazione impedendone l'applicazione proprio nei confronti di chi – il gestore *de facto* del servizio – a differenza di tutti gli altri operatori del settore ha beneficiato della mancata apertura alla concorrenza nel triennio precedente. Ovvero, il mancato espletamento di procedure per l'aggiudicazione di un appalto non può valere ad escludere la rotazione nei confronti dell'operatore economico a cui il servizio oggetto dell'appalto è stato affidato con modalità diverse, e addirittura violative, da quelle previste dalla disciplina di settore. Tenuto conto della *ratio* e della finalità del principio di rotazione di favorire la distribuzione delle opportunità di aggiudicazione, la clausola va dunque interpretata come riferita all'ultimo affidatario del servizio, indipendentemente dalle modalità con cui lo stesso gli è stato attribuito. Infine, per completezza, si potrebbe anche osservare che il consolidamento di rendite di posizione spesso si traduce, oltre che nell'ottenimento di proroghe, rinnovi o estensioni contrattuali, anche nella possibilità di influenzare la predisposizione dei successivi atti di gara: da qui l'ulteriore necessità di fugare ogni dubbio, in forza della interpretazione sopra fornita, circa la configurabilità dell'ipotesi – che verosimilmente si potrebbe prospettare alla luce delle peculiarità del caso in esame – che la clausola dell'avviso sia stata formulata nei termini di cui sopra proprio per escludere la rotazione nei confronti dell'affidatario *de facto* del servizio;

Il Consiglio

ritiene, sulla base di quanto considerato e nei limiti delle motivazioni che precedono, che

- la procedura negoziata in esame non è assimilabile ad una procedura aperta e pertanto ricade nell'ambito di applicazione del criterio di rotazione;
- la clausola dell'avviso va interpretata come riferita all'ultimo concessionario del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e viabilità post incidente nel territorio del Comune di Como, a prescindere dalle modalità con cui lo stesso gli è stato affidato;



- se, come pare, la ricostruzione prospettata da Zini Elio S.r.l. è positivamente riscontrata dalla stazione appaltante, la rotazione opera nei confronti di Sicurezza & Ambiente S.p.A., che, in forza di ciò, avrebbe dovuto essere esclusa dal campione oggetto del sorteggio dei candidati invitati a presentare offerta.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 dicembre 2022

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente