



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 539

DEL 6 giugno 2018

OGGETTO: Istanza congiunta (per adesione successiva) di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Comune di Marsala/ARIS S.r.l. – Lavori di ristrutturazione loculi, edifici e di estumulazione feretri da eseguire nel Cimitero Urbano di Marsala -- Importo a base di gara: euro 489.097,40 - S.A.: Comune di Marsala

PREC 117/18/L

Considerato in fatto

Con istanza acquisita ai prot. n. 21225 del 7 marzo 2018 e n. 31111 del 10 aprile 2018, il Comune di Marsala ha richiesto all’Autorità di valutare se l’applicazione del principio di rotazione osti all’aggiudicazione della gara in oggetto all’impresa ARIS S.r.l., risultata prima in graduatoria, essendo la stessa impresa già risultata aggiudicataria nel 2017 di una altra procedura avente ad oggetto una diversa categoria di lavori. La stazione appaltante chiede altresì se siano fondate le contestazioni mosse da un operatore economico allo svolgimento del sorteggio del metodo di calcolo della soglia di anomalia essendo lo stesso stato effettuato dopo l’apertura delle buste contenenti le offerte economiche.

Con nota acquisita al prot. n. 28202 del 29 marzo 2018, ARIS S.r.l. ha dichiarato di aderire all’istanza di parere.

A seguito dell’avvio dell’istruttoria comunicato con nota prot. n. 36638 del 27 aprile 2018, hanno prodotto memoria a sostegno della propria posizione sia ARIS S.r.l. che l’impresa BREDIL S.r.l. (ipotetica aggiudicataria in caso di esclusione di ARIS S.r.l.).

ARIS S.r.l. (con nota acquisita al prot. n. 37591 del 3 maggio 2018) ha sostenuto che nulla osta all’aggiudicazione della gara a proprio favore perché la procedura è stata bandita senza fare menzione della direttiva del Responsabile del Settore LL.PP. del Comune del 30 ottobre 2017 (citata dalla stazione appaltante nella comunicazione ad ARIS in cui ha evidenziato la necessità di valutare la legittimità dell’aggiudicazione) secondo la quale le ditte già affidatarie con procedura negoziata di lavori sottosoglia non possono essere affidatarie di altri lavori nel corso dello stesso anno solare. ARIS ha inoltre sottolineato che il Comune ha dimostrato di avere un approccio derogatorio dell’art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 e di non avere ancora dato attuazione alla richiamata direttiva avendo continuato a diramare inviti a operatori economici che nell’immediata precedenza o susseguenza dell’appalto hanno avuto rapporti con la stazione appaltante: la stessa BREDIL S.r.l. è stata invitata ad una gara successiva per lavori di sostituzione e riparazione della rete fognaria.

BREDIL S.r.l. (con nota acquisita al prot. n. 36994 del 30 aprile 2018), dal canto suo, ha evidenziato come il mancato rispetto, nel caso in esame, del principio di rotazione non possa



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ritenersi giustificato, come sostenuto dalla stazione appaltante, dal concomitante avvio di numerose procedure sottosoglia giacché l'aggiudicazione della precedente gara a favore di ARIS risale al maggio del 2017. BREDIL ha inoltre rilevato come la stazione appaltante abbia in altre circostanze rispettato il principio di rotazione avendo escluso dalla citata gara per lavori di sostituzione e riparazione della rete fognaria una impresa risultata aggiudicataria di una precedente gara.

Ritenuto in diritto

Il comma 1 dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 dispone che «l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti» e, con specifico riferimento ai lavori di importo pari o superiore a 150.000,00 euro e inferiore 1.000.000,00 (ipotesi in esame), il comma 2, lett. c), ribadisce che sono affidati «mediante procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, (...)».

La definizione delle modalità applicative del principio di rotazione è stata affidata dal legislatore all'Anac con l'estensione, da parte del d.lgs. n. 56/2017 (c.d. decreto correttivo), dell'oggetto delle Linee guida (già previste nel comma 7 dell'art. 36) all'indicazione delle «specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti». L'Autorità vi ha provveduto tramite l'aggiornamento delle Linee guida n. 4 recanti "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" già approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016.

Come si legge nella Relazione AIR, l'Autorità ha inteso «ricercare una soluzione complessiva ed equilibrata, che tenga conto di tutti gli input in campo e che, in definitiva, assicuri l'efficienza nella gestione dei procedimenti selettivi attraverso il bilanciamento di principi soggetti a reciproca interferenza: da un lato la concorrenzialità e la competitività del sistema (con le ricadute in tema di anticorruzione), da un altro la libertà di iniziativa economica delle imprese, saldamente ancorati ai valori costituzionali del buon andamento (art. 97 Cost.) e del diritto di iniziativa economica (art. 41 Cost.)».

Individuata la *ratio* dell'istituto nel contrasto al consolidamento di rendite di posizione, l'Autorità ha, in primo luogo, cercato di chiarire l'ambito oggettivo di applicazione del criterio di rotazione circoscrivendolo ai casi in cui vi sia omogeneità merceologica con la gara immediatamente precedente.

Partendo dalla *ratio* alla base dell'orientamento giurisprudenziale che ha interpretato il criterio di rotazione come esclusione «dall'invito [di] coloro che siano risultati aggiudicatari di precedenti procedure dirette all'assegnazione di un appalto avente lo stesso oggetto di quello da aggiudicare» (Consiglio di Stato, sez. V, 31 agosto 2017 n. 4142), l'Autorità ha esteso la portata del canone



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ermeneutico alle gare aventi oggetto analogo, declinando il concetto in ragione del tipo di appalto, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti che abbia ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi, rispetto all'affidamento attuale (Linee guida n. 4).

Per gli appalti di lavori l'Autorità ha quindi ritenuto quale necessario presupposto oggettivo di applicazione del principio di rotazione che le due gare, quella da aggiudicare e quella immediatamente precedente, riguardino opere rientranti nella stessa categoria.

Nel caso in esame, la gara della cui aggiudicazione si discute ha ad oggetto lavori di ristrutturazione loculi, edifici e di estumulazione feretri rientranti nella categoria OG1 (cfr. lettera di invito) mentre la gara precedente di cui è risultato aggiudicatario ARIS S.r.l., come evincibile dalla determinazione di aggiudicazione n. 472 dell'11 maggio 2017, aveva ad oggetto lavori di manutenzione della segnaletica stradale orizzontale e verticale che, sempre che siano qualificabili come lavori e non come servizi, rientrano nella categoria OS10 (cfr. determinazione n. 22 del 10 dicembre 2003).

L'illustrato criterio ermeneutico, secondo cui la rotazione non può invocarsi a fronte di appalti oggettivamente diversi, è stato esplicitato espressamente nell'aggiornamento delle Linee Guida n. 4 approvato in data 1° marzo 2018 ma costituisce un significativo indice del modo in cui deve essere correttamente applicato il canone di rotazione anche con riferimento alle gare bandite precedentemente, in quanto rappresenta un principio basilare, rinveniente il suo fondamento nella logica prima ancora che nel diritto (cfr. Relazione AIR) e già in precedenza affermato dalla giurisprudenza.

In un'ottica di bilanciamento tra competitività/concorrenza e libertà di iniziativa economica, le modalità applicative della rotazione che sarebbero state deliberate del Responsabile del Settore LL.PP. del Comune, ovvero impossibilità di affidare lavori sottosoglia a ditte già affidatarie con procedura negoziata di lavori sottosoglia nel corso dello stesso anno solare indipendentemente dalla categoria di opere oggetto dell'appalto, appaiono eccessivamente restrittive della libertà di iniziativa economica senza essere, al contempo, efficacemente pro-concorrenziali perché, mettendo fuori gioco un numero significativo di operatori economici, rischiano di ridurre notevolmente, nelle gare avviate verso la fine dell'anno solare, la platea degli operatori economici invitabili a presentare offerta e, inoltre, non intercettano il reiterarsi del medesimo affidamento al medesimo operatore economico su base bi o triennale.

Si rileva che, in ogni caso, appare altresì non conforme alla normativa di settore la modalità pratica di applicazione della rotazione prospettata nel caso di specie dalla stazione appaltante, la quale prima ha invitato a presentare offerta nella gara *de qua* un operatore economico già affidatario di una gara precedente salvo poi chiedersi se vada escluso una volta risultato primo in graduatoria.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Come evidenziato anche dalla giurisprudenza, quando la stazione appaltante deve affidare tramite procedura negoziata, perché l'affidamento è superiore alle soglie indicate alle lettere b) e c) del comma 2 dell'art. 36, e quindi deve operare un confronto concorrenziale tra più operatori economici invitati, «il principio di rotazione opera (esclusivamente) con riferimento alla fase degli inviti, il che, peraltro, è conforme a evidenti esigenze di corretto esercizio dell'azione amministrativa e di tutela dell'affidamento» (TAR Sardegna, sez. I, 22 maggio 2018 n. 492). Nel caso di specie, l'esclusione sarebbe dunque contraddittoria rispetto alla scelta "a monte" di invitare alla gara ARIS S.r.l. e si porrebbe in evidente contrasto con l'esigenza di tutelare l'affidamento maturato dall'operatore economico, formalmente invitato in quanto iscritto all'elenco degli operatori economici del Comune.

In sostanza, se la stazione appaltante avesse voluto attuare la rotazione secondo le pur censurabili (per i motivi sopra esposti) modalità deliberate dal Responsabile del Settore LL.PP. non avrebbe dovuto invitare ARIS S.r.l. a presentare offerta nella procedura negoziata *de qua*.

Infine, per ciò che concerne il quesito relativo al sorteggio del metodo di calcolo della soglia di anomalia, si rappresenta che lo stesso non può essere vagliato in questa sede perché non è stato oggetto di contraddittorio (non avendo la stazione appaltante indicato l'operatore economico che ha sollevato la censura).

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- l'applicazione del principio di rotazione secondo le modalità prospettate dalla stazione appaltante non è conforme alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 giugno 2018

Il Segretario Maria Esposito