



DELIBERA N. 12 del 11 gennaio 2023

Fasc. ANAC n. 2660/2022

Oggetto

Comune di Teramo: Ricognizione e verifica delle procedure di affidamento dei lavori nelle annualità 2019, 2020, 2021.

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

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;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori

Considerato in fatto

Con segnalazione acquisita al prot. Anac con il numero 42122 del 01.06.2022, il Nucleo Speciale Anticorruzione della Guardia di Finanza inoltra a questa Autorità le risultanze dell'attività info-investigativa del Nucleo di Polizia Economico-Finanziaria della GdF di Teramo, aventi ad oggetto la constatazione di presunti illeciti perpetrati dal Comune di Teramo in materia di appalti pubblici di lavori. Più precisamente, dalle indagini investigative emergevano varie anomalie afferenti la gestione di alcuni appalti di lavori negli anni 2016-2018, in relazione ai quali si evidenziava la prassi del Comune di Teramo di affidare diversi appalti allo stesso operatore economico, anche grazie ad un artificioso frazionamento degli stessi che consentiva di procedere tramite affidamento diretto per appalti aventi ad oggetto contratti sottosoglia comunitaria, in violazione del principio di rotazione e del divieto di artificioso frazionamento di cui agli artt. 35 e 36 dell'attuale codice dei contratti pubblici e dell'art. 57, comma 5, del D.lgs. 163/2006.

Nell'esercizio delle funzioni di vigilanza e controllo sui contratti pubblici attribuite all'Autorità dall'art. 213 del d.lgs. 50/2016, al fine di esaminare l'attività contrattuale complessivamente svolta in questi ultimi anni dal Comune di Teramo e valutare la sussistenza di eventuali margini di intervento dell'ANAC, si è provveduto ad effettuare una ricognizione e verifica delle procedure di lavori per il triennio 2019 – 2021 e per la prima metà del 2022.

In particolare, con nota prot. 59374 del 19/07/2022, è stato chiesto alla stazione appaltante di fornire una tabella riepilogativa di tutti gli appalti di lavori dal 2019 ad oggi, cui veniva dato riscontro con nota prot. 65650 del 09/08/2021, dalla quale traspariva la prassi della stessa di affidare diversi appalti sempre agli stessi operatori economici e di invitare alle procedure negoziate sempre le stesse imprese.

A fronte delle criticità rilevate, l'Autorità - con nota prot. n. 69692 del 02/09/2022 - ha inoltrato alla medesima Stazione appaltante comunicazione di avvio del procedimento, contestando la violazione del principio di rotazione ai sensi dell'art. 36 D.lgs. n. 50/2016, nonché delle Linee Guida Anac n. 4, secondo cui anche gli affidamenti sotto soglia devono realizzarsi nel rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, in modo tale da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese ed evitare il consolidarsi di rapporti solo con alcuni operatori.

In particolare, dalla tabella fornita dall'amministrazione Comunale, si apprendeva che nel triennio di riferimento erano stati disposti in totale 42 appalti di lavori, di cui 19 affidamenti diretti e 21 procedure negoziate, mentre soltanto 2 appalti risultavano aggiudicati tramite procedura aperta.

Dalla ricognizione di queste procedure, inoltre, emergeva la tendenza della stazione appaltante di rivolgersi sempre alla stessa platea di operatori economici, sia in relazione agli affidamenti diretti, che per quanto riguarda gli inviti alle procedure negoziate. Infatti, si è riscontrato spesso che l'affidatario di un appalto sia stato successivamente invitato a numerose procedure negoziate, così come l'aggiudicatario di una procedura negoziata sia poi risultato destinatario di un affidamento diretto.

Peraltro, nei casi in cui gli appalti erano stati suddivisi in lotti, si rilevava la prassi dell'amministrazione di procedere tramite procedura negoziata, contestuale per ogni singolo lotto, nella quale per ciascuno di essi veniva invitato sempre lo stesso elenco di operatori economici, ivi compresi, dunque, quelli poi risultati aggiudicatari di altri lotti.

Con nota acquisita al prot. Anac con il numero 74938 del 21/09/2022, il Comune di Teramo - nelle persone del Dirigente dell'Area 6 e del Dirigente dell'Area 7 - ha fornito puntuale riscontro, precisando in primo luogo che a far data dal 08/08/2020 il Settore Tecnico, originariamente unitario e denominato V Settore, è stato suddiviso in due Aree rispettivamente denominate "*Area 6 - Lavori Pubblici e Manutenzioni*" e "*Area 7 - Ricostruzione, Pianificazione sostenibile e rigenerazione della Città*", afferenti a due differenti posizioni dirigenziali.

Di conseguenza, secondo l'Ente Comunale, l'esistenza di due diversi centri decisionali, nonché di due diversi Responsabili Unici del Procedimento, potrebbe in alcuni casi aver determinato l'affidamento di differenti appalti ad un solo operatore economico, ma ciò sarebbe giustificato dal fatto che nelle fasi antecedenti alla pubblicazione degli esiti delle procedure di gara, i Dirigenti "*non sono a conoscenza dell'operato dell'Area e del Settore diversi da quelli di appartenenza*".

In secondo luogo, la Stazione Appaltante rilevava che tutte le procedure di gara per lotti espletate "*mediante procedura negoziata e non, pur avendo un unico elenco di operatori economici, comunque in numero adeguato all'importo complessivo di tutti i lotti, prevedono che l'aggiudicazione di un lotto comporta l'esclusione automatica dall'attribuzione dei lotti successivi in ordine numerico*", per cui si "*continua a favorire l'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile, assicurando la massima partecipazione di possibili offerenti alla gara*".



Infine, l'Ente conclude sottolineando la difficile gestione degli affidamenti in riferimento alla complessa articolazione dell'Ente Comune di Teramo, anche in considerazione dell'assenza di un regolamento di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti adottato dall'Ente ed adeguato alla normativa vigente, chiedendo inoltre un incontro con questa Autorità *"per meglio chiarire e definire modalità e procedure di affidamento ai sensi dell'art. 36 del D.lgs. 50/2016 e delle Linee Guida ANAC n. 4"*.

Considerato in diritto

Come evidenziato nelle premesse fattuali, la fattispecie in esame verte sul mancato rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti alle procedure negoziate ai sensi dell'art. 36 D.lgs. n. 50/2016. Dalla tabella fornita dall'amministrazione Comunale, che peraltro in alcune parti risulta incompleta, infatti, traspare la tendenza della Stazione Appaltante di affidare diversi appalti sempre agli stessi operatori economici e di invitare alle procedure negoziate sempre le stesse imprese.

Si cita, a mero titolo esemplificativo, il caso della società M. *[omissis]*s.r.l. che nel triennio di riferimento è dapprima risultata destinataria di due affidamenti diretti - il primo nel 2019 riguardante i *"lavori di somma urgenza per strada comunale di Carapollo in prossimità di ponte a catena"* per un valore stimato di 67.481,30 € ed il secondo nel 2020 relativo ai lavori di *"delocalizzazione cabina primaria di trasformazione denominata Cona - lotto 2 lavori di demolizione del capannone esistente"* per un valore stimato di 91.146,79 € - e successivamente è stata invitata a ben otto procedure negoziate, di cui una aggiudicata.

Tali procedure negoziate venivano espletate in relazione a due diverse gare suddivise per lotti, la prima riguardante i lavori per la *"realizzazione in emergenza di nuovi loculi presso i cimiteri di Cavuccio, Forcella, Miano, Poggio Cono Putignano e San Nicolo' a Tordino al fine di scongiurare l'emergenza sanitaria connessa alla mancata disponibilità"* afferente al centro decisionale dell'Area 7 e suddivisa in tre lotti per un importo stimato complessivo di 319.059,3 €, e l'altra relativa all'accordo quadro triennale *"per miglioramento tecnico funzionale e manutenzione straordinaria programmata e non programmabile delle strade comunali"*, afferente all'Area 6 e suddivisa in cinque lotti per un importo stimato complessivo di 2.850.000,02 €.

Secondo la Stazione Appaltante in questa ipotesi sarebbe sempre stato rispettato il principio di rotazione, in quanto i due affidamenti diretti appartenerebbero a due categorie diverse, afferendo il primo a lavori stradali di categoria SOA OG3 ed il secondo a lavori edili di categoria SOA OG1, mentre le due gare per lotti sarebbero state bandite da due centri decisionali differenti. Rilevava ancora che *"in tali ultime due procedure per lotti, riferite comunque a due categorie merceologiche diverse, rispettivamente categoria SOA OG1 e categoria SOA OG3, si esclude nei relativi bandi, avendo predisposto un unico elenco di soggetti da invitare ed avvenendo la gara in maniera contestuale, la possibilità di aggiudicare allo stesso operatore economico più di un lotto"*.

Similare il caso dell'impresa M. [omissis] s.r.l. che è risultata aggiudicataria in data 02/08/2021 della procedura negoziata "agenti inquinanti te est: rotatorie via de Gasperi/circ.ne Ragusa e via Po/via F. Regina" per un valore stimato di 487.007,13 € e successivamente è stata invitata a tutte le cinque procedure negoziate espletate in relazione all'accordo quadro triennale "per miglioramento tecnico funzionale e manutenzione straordinaria programmata e non programmabile delle strade comunali".

Peraltro la stessa era già risultata aggiudicataria nel 2019 dell'affidamento diretto "movimento franoso in Località Mezzanotte s.c. Fonte del Lupo e c.da de Contro" avente un valore stimato di 54.000 € e della procedura aperta per la "manutenzione straordinaria programmata su pavimentazioni stradali e spazi pubblici in zone varie del territorio comunale" del valore di 250.480,00 €.

Anche in questa seconda ipotesi la Stazione Appaltante ha ritenuto di non aver violato il principio di rotazione, dato che "l'operatore economico in questione non è mai stato nella posizione di contraente uscente e/o invitato e non aggiudicatario del precedente affidamento" e comunque si esclude nella gara per lotti la possibilità di aggiudicare allo stesso operatore economico più di un lotto.

Gli esempi potrebbero essere ancora molteplici, come nel caso della C. [omissis] s.r.l., affidataria in via diretta dell'esecuzione dei lavori relativi al "piano antincendio 2020". Affidamento dei lavori di adeguamento alle vigenti norme di prevenzione incendi della scuola dell'infanzia 'Fantasia' - scuola primaria 'Serroni'", alla quale a distanza di un mese, con altro affidamento diretto, sono stati aggiudicati ulteriori lavori supplementari afferenti lo stesso piano, per un valore stimato complessivo di 179.124,41 €. Poco dopo la stessa è poi risultata aggiudicataria della procedura negoziata per i "lavori di adeguamento sismico, energetico, impiantistico e funzionale della scuola dell'infanzia 'Villa Ripa", avente un valore stimato di 235.412,78 €.

In quest'ultima ipotesi la Stazione Appaltante ha giustificato l'invito della C. [omissis] s.r.l. alla procedura negoziata adducendo la difficoltà, emersa durante preliminari consultazioni, ad "individuare operatori economici disponibili a partecipare alla gara (senza il rischio di vederla andare deserta, come non infrequentemente accaduto) a causa della concomitante e perdurante anomalia generata dal Superbonus 110%".

Si consideri inoltre il caso della D. [omissis] s.r.l., destinataria di due affidamenti diretti nello stesso giorno, uno afferente ai "lavori relativi agli interventi di adeguamento e di adattamento funzionale degli spazi e delle aule didattiche in conseguenza dell'emergenza sanitaria da covid-19, presso l'istituto comprensivo TE1 'M. Zippilli-Noã Lucidi'" e l'altro relativo "agli interventi di adeguamento e di adattamento funzionale degli spazi e delle aule didattiche in conseguenza dell'emergenza sanitaria da covid-19, presso l'istituto comprensivo TE3 'D'Alessandro - Risorgimento'".

La mancata rotazione in quest'ultimo caso sarebbe giustificata, secondo l'ente, dal fatto che la ditta inizialmente individuata per l'esecuzione dei lavori presso i plessi scolastici dell'Istituto Comprensivo Teramo 3 non abbia presentato DURC regolare in sede di affidamento, per cui si è reso necessario affidare l'incarico alla D. [omissis] s.r.l. essendo "l'unica impresa tra quelle contattate per le vie brevi dalla Stazione Appaltante, che ha manifestato la disponibilità ad approvvigionarsi immediatamente del materiale e a eseguire i lavori in tempi ragionevoli e compatibili con l'attività didattica".

Oltre questi casi analizzati singolarmente nella nota di riscontro della Stazione Appaltante, possiamo citarne ulteriori a dimostrazione della pratica diffusa nell'Ente di affidare appalti e di invitare alle procedure negoziate sempre la stessa platea di operatori economici.



Si pensi alla F. [omissis] S.r.l.u., alla quale, dopo essere risultata aggiudicataria della procedura negoziata relativa al "progetto di completamento della nuova scuola dell'infanzia di Colleaterrato", avente un valore stimato di 272.804,2 €, è stato direttamente affidato poco più di un mese dopo anche l'appalto per il "piano antincendio 2020". Affidamento dei lavori di adeguamento alle vigenti norme di prevenzione incendi della scuola secondaria di primo grado 'M. Zippilli' del valore di 148.000 €. Stessa cosa dicasi per la G. [omissis] srl che a distanza di pochi mesi è risultata aggiudicataria di un affidamento diretto per i "lavori di somma urgenza per opere provvisoriale di messa in sicurezza in Frazione Villa Ripa" e di una procedura negoziata per i lavori di "Sistemazione della piazza antistante la ex scuola Carlo Febbo - Progetto di completamento Lotto C2", oltre ad essere stata invitata nello stesso anno ad altre 4 procedure negoziate.

Si cita ancora l'esempio della D. [omissis] srl che, nell'arco di un anno e mezzo, è risultata aggiudicataria di un affidamento diretto per i lavori di "realizzazione di percorsi pedonali protetti" ed è stata invitata a ben 11 procedure negoziate, di cui 2 aggiudicate ("realizzazione in emergenza di nuovi loculi presso i cimiteri di Cavuccio, Forcella, Miano, Poggio cono Putignano e San Nicolo' a Tordino al fine di scongiurare l'emergenza sanitaria connessa alla mancata disponibilità - Il lotto realizzazione loculi cimitero di Putignano e di Forcella" e "accordo quadro triennale per miglioramento tecnico funzionale e manutenzione straordinaria programmata e non programmabile delle strade comunali-lotto 3").

Simili le posizioni della E. [omissis] S.r.l. e del Consorzio Stabile R. [omissis] che, pur essendo già aggiudicatarie di un affidamento diretto nel 2021 - rispettivamente per il "piano antincendio 2020". Affidamento dei lavori di adeguamento alle vigenti norme di prevenzione incendi della scuola primaria San Berardo" e per il "piano antincendio 2020". affidamento dei lavori di adeguamento alle vigenti norme di prevenzione incendi della scuola primaria 'risorgimento"-, sono state invitate successivamente a ben 5 procedure negoziate. Così come l'A. [omissis] S.P.A. che, pur essendo già aggiudicataria dell'affidamento diretto per la "manutenzione straordinaria programmata su pavimentazioni stradali e di spazi pubblici nelle frazioni di Colleaterrato Basso Villa Pavone e Villa Vomano", risulta invitata anche ad altre 8 procedure negoziate.

Oltre ai casi appena citati, potrebbero riportarsi molti altri esempi che in questa sede, per finalità di sintesi, si ritiene di omettere. In tutte queste ipotesi, ad ogni modo, rileva la costante abitudine della Stazione Appaltante di rivolgersi sempre alla stessa platea di operatori economici, peraltro aventi quasi tutti sede legale a Teramo e provincia.

Si rammenta a tal proposito che L'art. 36, comma 1, del d.lgs. 50/2016 afferma 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 in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese". Il comma 2, lett. a) dello stesso articolo, invece, precisa che nel caso di affidamenti di importo inferiore ai 40.000 €, le Stazioni Appaltanti possono procedere mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici, mentre alle lett. b) e c) si prevede la possibilità di procedere all'affidamento di lavori mediante procedura negoziata, previa valutazione di almeno tre preventivi per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro, e previa consultazione di almeno dieci operatori per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro.

Allo stato attuale la normativa risulta integrata all'art. 1 della legge n. 120 del 2020, secondo cui *"le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità: a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro. In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione; b) procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 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, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 139.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016".*

Di conseguenza, se è vero che gli istituti previsti dall'art. 36, comma 2, del d.lgs. 50/2016 riconoscono alle Amministrazioni un'ampia discrezionalità nell'affidamento dei contratti, gli stessi devono essere bilanciati con l'applicazione puntuale dei principi di cui al comma 1 sopra ricordati e, in particolare, col principio di rotazione, sia con riferimento agli inviti che agli affidamenti. Tale principio comporta prima di tutto il divieto di affidamento diretto o invito a procedure negoziate per l'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento.

La ratio di questo divieto è quella di *"evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio"* (Cons. Stato, sez. VI, n. 3755 del 04/06/2019).

Anche questa Autorità, infatti, ha ribadito nelle linee guida n. 4, che *"l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture secondo le procedure semplificate di cui all'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici, ivi compreso l'affidamento diretto, avvengono nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, rotazione degli inviti e degli affidamenti, di tutela dell'effettiva possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, nonché dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale e del principio di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interessi"*, precisando ancora in relazione alle procedure semplificate di cui al richiamato articolo 36, che le stazioni appaltanti garantiscono in aderenza al principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti *"il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico"*.



Codesto Ente quindi, nell'ambito del potere discrezionale riconosciutogli dal codice, avrebbe dovuto cercare di diversificare maggiormente la scelta delle potenziali controparti contrattuali, ampliando la lista di operatori economici cui rivolgersi. Ciò a garanzia, non solo del principio di concorrenza e rotazione degli affidamenti, ma anche del principio di economicità ed efficacia della pubblica amministrazione, la quale potendo esaminare un maggior numero di offerte provenienti da operatori differenti, sarebbe facilitata nel scegliere quella più consona alle esigenze del caso.

In proposito, non può assurgersi a giustificazione di una tale ripetitività la circostanza che il Settore di riferimento del Comune sia suddiviso in due Aree, aventi due centri decisionali differenti. Infatti, i criteri di organizzazione interna degli uffici di una p.a. non possono e non devono compromettere il rispetto dei principi cardine dell'ordinamento giuridico in tema di appalti. Peraltro, per ovviare a tale problematica, sarebbe stato sufficiente predisporre in fase di consultazioni preliminari un elenco più corposo di operatori economici cui attingere con sorteggio o procedere tramite la pubblicazione di un avviso di manifestazione di interesse, in modo da rendere meno probabile il concomitante o ravvicinato invito di una stessa impresa alle procedure di gara bandite dalle due differenti Aree di settore, nonché assicurare una circolazione informatizzata di dati e informazioni in tale ambito tra le Aree stesse.

Si consideri, inoltre, che quasi tutte le imprese invitate alle procedure negoziate o destinarie di affidamenti diretti hanno la loro sede legale nel comune di Teramo o nelle immediate vicinanze; ciò, oltre a prospettare una non adeguata applicazione del criterio della territorialità, con possibile lesione dei principi di libera concorrenza e non discriminazione, determina un'importante limitazione della platea degli operatori economici disponibili e una scarsa diversificazione degli stessi. Appare chiaro, infatti, che ampliando l'area geografica di appartenenza delle imprese da invitare alle procedure negoziate, ne aumenta consequenzialmente il numero e si riduce anche il rischio che la gara possa andare deserta, così come paventato dalla Stazione Appaltante con riferimento ai *"lavori di adeguamento sismico, energetico, impiantistico e funzionale della scuola dell'infanzia 'Villa Ripa'"*. Anche in questo caso, infatti, le imprese invitate risultavano tutte ubicate a Teramo o nelle immediate vicinanze del comune.

Un simile ragionamento può essere fatto valere anche per quel che concerne i lavori relativi *agli "interventi di adeguamento e di adattamento funzionale degli spazi e delle aule didattiche in conseguenza dell'emergenza sanitaria da covid-19, presso l'istituto comprensivo TE3 'D'Alessandro - Risorgimento'"*, i quali sono stati affidati al contraente uscente dal precedente affidamento diretto, essendo stato l'unico tra le imprese contattate per le vie brevi dalla Stazione Appaltante, ad aver manifestato la disponibilità a procurarsi immediatamente il materiale e a eseguire i lavori in tempi ragionevoli e compatibili con l'attività didattica.

Si rammenta, a tal proposito, che il principio di rotazione può effettivamente essere derogato *"in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento"* (linee guida n. 4). In queste ipotesi, però, qualora la Stazione Appaltante affidi all'operatore uscente un nuovo appalto, derogando così al principio di rotazione, è necessario che quest'ultima illustri quantomeno le motivazioni specifiche che hanno condotto a tale scelta e le ragioni per cui non risultino percorribili alternative differenti.

Nei casi in esame, invece, non sembra potersi ritenere che l'Ente abbia riscontrato un'effettiva assenza di alternative, essendosi limitato, da un lato, ad invitare sempre le solite aziende per l'infondato timore che la gara andasse deserta e, dall'altro, ad affidare direttamente l'appalto al contraente uscente semplicemente dopo aver contattato *"per le vie brevi"* alcune imprese.

Ad ogni modo, nonostante le linee guida ANAC n. 4 sull'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, facciano salva la possibilità di derogare al principio di rotazione per motivate esigenze, non può ritenersi che una simile ragione possa assurgere a giustificazione di costanti e reiterati affidamenti e inviti sempre agli stessi operatori economici. Una diversa conclusione, infatti, darebbe adito a prassi illegittime, in palese violazione della normativa europea a tutela della concorrenza.

A tal proposito, le Linee Guida n. 4 precisano che *"l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: ... (omissis)... alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici"*.

Con riferimento ai lavori supplementari afferenti al *"piano antincendio 2020". Affidamento dei lavori di adeguamento alle vigenti norme di prevenzione incendi della scuola dell'infanzia 'Fantasia' - scuola primaria 'Serroni'"*, invece, è lo stesso art 106, comma 1, lett. b) del D.lgs. 50/2016 a chiarire che il riaffidamento al contraente originario possa avvenire soltanto nel caso in cui *"un cambiamento del contraente produca entrambi i seguenti effetti... (omissis): 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale; 2) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi"*.

Tale motivazione, perciò, deve essere particolarmente circostanziata e non può limitarsi a fare un generico richiamo a *"sopravvenute esigenze"*, così come affermato dalla Stazione Appaltante nella nota di riscontro. La motivazione, infatti, non potrà limitarsi ad indicare supposti vantaggi di natura tecnica o economica derivanti dall'utilizzo dell'istituto dei lavori supplementari, ma dovrà specificare gli effettivi problemi o difficoltà cui si addiverrebbe seguendo le regole concorrenziali e di evidenza pubblica. A tal proposito, la giurisprudenza ha chiarito che *"la disposizione primaria che consente la deroga all'obbligo della gara richiede però, rigorosamente, non la generica sussistenza di un vantaggio di tipo tecnico, ma piuttosto la sussistenza di un requisito logicamente simmetrico e speculare, vale a dire la documentata impossibilità di interazione rispetto agli strumenti dell'appalto iniziale"* (Consiglio di Stato, sez. III, 07.10.2020 n. 5962).

Per quanto riguarda, invece, la possibilità di affidare ad una stessa impresa appalti di categorie economiche differenti, pare doveroso precisare che il principio di rotazione trova applicazione ogniqualvolta il nuovo affidamento sottosoglia, abbia ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico dell'affidamento precedente, ovvero la stessa categoria di opere, ovvero ancora lo stesso settore di servizi (linee guida n. 4). A tal proposito il Consiglio di Stato, nel parere 361 del 12/02/2018 sullo schema di linee guida n. 4 ANAC, ha chiarito che per stesso settore merceologico debba intendersi non soltanto l'affidamento o l'invito di una commessa identica a quella immediatamente precedente, bensì anche commesse appartenenti a settori merceologici analoghi.

Partendo da queste premesse l'Autorità *"ha esteso la portata del canone 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. 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"*. (Delibera ANAC n. 539 del 06/06/2018).



Nelle ipotesi sopra riportate e più in particolare nel caso della M. [omissis]s.r.l., può notarsi che tutte le gare cui la medesima ha partecipato, siano esse affidamenti diretti o procedure negoziate, appartenevano sempre alle categorie SOA OG1 e OG3. Stessa cosa dicasi per la M. A. [omissis]s.r.l., la quale ha partecipato sempre a gare riguardanti anche lavori afferenti alla categoria SOA OG3, quindi appartenenti a settori merceologici omogenei. Lo stesso discorso può farsi ancora per la C. [omissis]s.r.l. e per la D. [omissis]s.r.l., oltre che per buona parte delle altre imprese sopra analizzate.

Si ricorda, a tal proposito, che la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara, ha lo scopo di evitare che il gestore uscente, forte della precedente specifica esperienza con la medesima Stazione Appaltante, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta. In quest'ottica appare chiara la valenza sostanziale del principio di rotazione, come diretto ad evitare la creazione di rendite di posizione, ovvero evitare che la stazione appaltante affidi i lavori sempre allo stesso affidatario o, in relazione ad un procedimento ad inviti, rivolga la propria attenzione sempre alla stessa platea di concorrenti.

Come visto nelle premesse, peraltro, la violazione del principio di rotazione parrebbe ancora più evidente in relazione alle ipotesi in cui gli appalti sono stati suddivisi in lotti, in quanto nelle procedure relative ai singoli lotti vengono invitati sempre gli stessi operatori economici, così risultando invitate anche le imprese aggiudicatrici dei lavori relativi agli altri lotti. Per esempio, nell'appalto di lavori per "la manutenzione straordinaria programmata su pavimentazioni stradali 2021", suddivisa in tre lotti per un importo complessivo di € 564.203,76, nelle procedure negoziate relative ad ognuno di essi sono state invitate sempre le stesse dieci imprese e tra queste figurano anche la P. [omissis]s.r.l., poi aggiudicataria dei lavori per il lotto I e la M. [omissis]s.r.l., aggiudicataria dei lavori per il lotto II.

Stessa cosa dicasi in relazione all'accordo quadro triennale "per il miglioramento tecnico funzionale e manutenzione straordinaria programmata e non programmabile delle strade comunali", suddiviso in cinque lotti per un importo stimato complessivo di 2.850.000,02 € e all'appalto per i lavori di "realizzazione in emergenza di nuovi loculi presso i cimiteri di Cavuccio, Forcella, Miano, Poggio Cono Putignano e San Nicolò a Tordino al fine di scongiurare l'emergenza sanitaria connessa alla mancata disponibilità", suddiviso in tre lotti, aventi un importo stimato complessivo di 319.059,3 €. In entrambi i casi, infatti, per le singole procedure negoziate sono stati invitati sempre gli stessi operatori economici, incluse dunque le imprese poi risultate aggiudicatrici dei diversi lotti.

Un tale *modus operandi* non può ritenersi conforme al principio di rotazione, avendo l'effetto di circoscrivere ad un ristretto gruppo di operatori economici, la possibilità di partecipare ad un consistente numero di appalti differenti. Infatti, come più volte affermato dalla giurisprudenza, una gara suddivisa in più lotti non costituisce un'unica procedura, ma tante gare autonome e distinte quanti sono i lotti (*ex multis* Cons. St., Sez. III, 31/12/2021, n.8749, Cons. St., sez. V, 12/02/2020, n. 1070), con la conseguenza che " il decreto di indizione della gara, che la stazione appaltante adotta con riferimento a tutti i lotti, costituisce atto ad oggetto plurimo disciplinante un numero di gare corrispondente al numero dei lotti da aggiudicare, sia nel senso che contiene le disposizioni per lo svolgimento non di un'unica gara finalizzata all'affidamento di un unico contratto, bensì quelle per l'indizione e la realizzazione di tante gare contestuali quanti sono i lotti cui sono connessi i contratti da aggiudicare; sia nel senso che gli atti di gara (intesi non in senso cartolare) relativi al contenuto dei contratti da aggiudicare devono essere necessariamente differenziati per ciascun lotto e devono essere tanti quanti sono i contratti da aggiudicare"(Cons. St., sez. V, 20 settembre 2021, n. 6402).

Corollario di tale premessa è che trattandosi di procedure distinte e indipendenti, deve assicurarsi la rotazione degli inviti per ognuna di esse, non potendosi semplicemente stilare un unico e circoscritto elenco di operatori economici da invitare in maniera indifferenziata a tutte le procedure afferenti i diversi lotti.

A tal proposito, non rileva il fatto che la Stazione Appaltante abbia inserito nei relativi bandi la clausola secondo cui l'aggiudicatario di un lotto non possa aggiudicarsi i lotti successivi, dato che il principio di rotazione trova applicazione non solo in relazione agli aggiudicatari, ma anche in relazione agli operatori economici invitati e non aggiudicatari di altri appalti.

Peraltro, la scelta di invitare per tutti i lotti lo stesso gruppo di imprese, fa venire meno quella che è la ratio concorrenziale dell'istituto della suddivisione in lotti, la quale mira ad assicurare la massima partecipazione alla gara delle imprese in possesso dei requisiti richiesti. Ciò è ancora più vero se si considera che il futuro aggiudicatario di uno dei lotti, essendo stato ricompreso anche tra gli invitati degli altri lotti, ha così occupato inutilmente la posizione di un altro possibile offerente.

Lo scopo della suddivisione in lotti, infatti, così come disciplinata dall'art. 51 D.lgs. 50/2016, è quella di favorire *"l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese"*, in modo da incentivare da un lato *"l'impulso all'apertura dei mercati attraverso la partecipazione alle gare e la possibile aggiudicazione delle stesse da parte del più alto numero di imprese possibile – le quali in tal modo, in un circolo "virtuoso", potrebbero acquisire le qualificazioni ed i requisiti necessari alla partecipazione ad un numero sempre maggiore di gare"* e dall'altro consentire *"l'individuazione del "giusto" contraente dell'amministrazione, vale a dire del contraente in grado di offrire le migliori prestazioni e garanzie alle condizioni più vantaggiose"* (TAR Roma, 26.01.2017 n. 1345).

La scelta della stazione appaltante, pertanto, ha violato il fondamentale principio del *favor participationis* limitando in modo irragionevole la possibilità di partecipare alle gare ad altre imprese, non garantendo in tal modo né l'esplicitarsi di una piena apertura del mercato alla concorrenza né i risparmi di spesa potenzialmente derivanti da una più ampia gamma di offerte relative ai singoli lotti.

In conclusione, si ritiene che la gestione degli appalti di lavori attuata dal Comune di Teramo nel periodo di riferimento, compreso tra il 2019 e la prima metà del 2022, non sia conforme alla normativa di settore, riscontrandosi molteplici violazioni del principio di rotazione e del più generale principio del *favor participationis*, oltre che dei principi di economicità ed efficacia dell'agire della Pubblica Amministrazione. A ciò va aggiunto che, per stessa ammissione dell'Amministrazione, il Comune di Teramo non si è sinora dotato del Regolamento per l'affidamento degli appalti sotto soglia di cui alla Linea guida ANAC n. 4/2016.

Tutto ciò considerato e ritenuto, in esito all'istruttoria espletata nell'ambito del procedimento di vigilanza in epigrafe

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 11 gennaio 2023

DELIBERA

- la non conformità della gestione delle procedure di affidamento degli appalti di lavori attuata dal Comune di Teramo nel periodo di riferimento, compreso tra il 2019 e la prima metà del 2022, al disposto di cui agli articoli 36, commi 1 e 2, 106, comma 1, lett. b) e 51, comma 1, del D.lgs. 50/2016, stante le



riscontrate molteplici violazioni del principio di rotazione e del più generale principio del *favor participationis*, oltre che dei principi di economicità ed efficacia dell'agire della Pubblica Amministrazione;

- di trasmettere a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori la presente deliberazione al Comune di Teramo invitando l'Ente alle valutazioni di competenza e a dare notizia circa le eventuali determinazioni assunte nel termine di 30 giorni.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio 19 gennaio 2023

Il Segretario

Laura Mascali

Atto firmato digitalmente