



Presidente

Al Comune di Bivongi
Viale G. Matteotti, 3
89040 - Bivongi (RC)

Alla c. a. del Segretario Comunale e RPCT
(omissis)

Alla c.a. Responsabile del Servizio
Tecnico Manutentivo
(omissis)

Fasc. Anac n. 1797/2024

Oggetto

S.A. Comune di Bivongi – Attività di vigilanza ex art. 223, comma 3 del d.lgs. 36/2023- Affidamenti diretti di servizi di ingegneria ed architettura - Rotazione – OE invitato individualmente presenta offerta in RTP- Art. 48, comma 11 del d.lgs. 50/2016 - Nota di definizione ex art. 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

Nell'ambito dell'attività di vigilanza, effettuata ai sensi dell'art. 233, comma 3 del d.lgs. 36/2023, anche a seguito di una segnalazione prot. ANAC n. 32156 del 7 marzo 2024, sono emerse presunte irregolarità nelle attività di affidamenti diretti nei servizi di architettura ed ingegneria ed in particolare sul rispetto del principio di rotazione negli anni 2019-2023.

Nella segnalazione viene rappresentato che, pur esistendo una lista di professionisti per incarichi attinenti l'ingegneria e l'architettura, adottata con determina dell'Area Servizio Tecnico Manutentivo, R.G. 322 del 28.9.2018, in cui compaiono 27 professionisti, il Comune di Bivongi, nonostante faccia negli affidamenti segnalati espresso richiamo a detta lista, affiderebbe in via diretta i servizi di architettura ed ingegneria sempre agli stessi professionisti in mancata conformità con il principio di rotazione. A tal fine il segnalante allega nove determinate che dimostrerebbero i propri assunti. Inoltre viene rappresentata una ulteriore asserita criticità nell'operato della stazione appaltante inerente la mancata conformità al disposto dell'art. 48, comma 11 del d. lgs. 50/2016 in quanto alcuni professionisti, invitati singolarmente, non erano stati esclusi dalla partecipazione per aver presentato offerta, associandosi in RTP con altro professionista.

1) Mancata conformità al principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

L'attività di vigilanza dell'ANAC ha riguardato innanzitutto il profilo di segnalazione riguardante il presunto mancato rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti di cui all'art. 36 del d. lgs. 50/2016, successivamente sostituito dall'art. 49 del d. lgs. 36/2023, che appare non adeguatamente applicato, visto il ricorrere degli stessi soggetti affidatari degli incarichi fiduciari.

Dalla documentazione inviata infatti, parrebbe che l'operato della Stazione appaltante non si sia conformato al principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti,

Infatti, a decorrere quantomeno dal 1° giugno 2021, nel caso di affidamenti di servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, le stazioni appaltanti possono procedere mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici.

Posto quindi che non è più necessario, in tali casi, che l'affidamento sia preceduto da un confronto concorrenziale e che è rimessa ad una diretta individuazione della Stazione Appaltante la scelta dell'operatore economico con cui stipulare il contratto, non può esserci comunque un'integrale libertà di movimento, perché la stazione appaltante è tenuta al rispetto dei principi relativi ai contratti sotto soglia, tra cui il principio di rotazione, come previsto dall'art. 36, comma 1 del d.lgs. 50/2016 (cfr delibera ANAC n. 666 del 28.9.2021).

Dalla documentazione inoltrata dal segnalante emerge che con determina del Servizio Tecnico Manutentivo n. 123 Registro dell'Ufficio del 28 settembre 2018 R.G. n. 322 veniva costituito l'elenco dei professionisti per l'affidamento di servizi tecnici attinenti l'ingegneria e l'architettura connessi allo studio, progettazione, direzione dei lavori, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione delle opere, collaudo, supporto al R.U.P., e altre attività accessorie, di importo stimato inferiore a 100.000,00 EURO, I.V.A. e tasse esclusi, ai sensi dell'art. 31, comma 8, e art. 36 comma 2, lett. a) e b) del d.lgs. 50/2016, per un totale di 27 professionisti iscritti.

Gli incarichi diretti di servizi di ingegneria ed architettura che, secondo il segnalante, non risulterebbero conformi al principio di rotazione, sarebbero i seguenti:

- determina RG 269 del 26.7.2019 Incarico Progettazione di Fattibilità Tecnica ed Economica, Definitiva ed Esecutiva nonché Direzione e Contabilità dei lavori. **P.I. C.S.** (omissis) C.I.G. Z73295570B, euro 5.764,50.
- determina RG 189 del 26.5.2020 Lavori di efficientamento energetico Impianto pubblica illuminazione Incarico Progettazione di Fattibilità Tecnica ed Economica, Definitiva ed Esecutiva nonché Direzione e Contabilità dei lavori. **P.I. C.S.** (omissis) C.I.G. Z0B2D1B693 Euro 5.773,04.
- determina RG 219 del 11.6.2021 Completamento Centro enologico - CUP J47H21001710002 - Incarico Progettazione di Fattibilità Tecnica ed Economica, Definitiva ed Esecutiva nonché Direzione e Contabilità dei lavori. **RTP Arch. C.S. e Geom. S.R.** (omissis) C.I.G. Z1832107AA euro 21.432,00.
- determina RG 220 del 11.6.2021 Museo Espositivo Dell'Olio - CUP J47H21001710002 - Incarico Progettazione di Fattibilità Tecnica ed Economica, Definitiva ed Esecutiva nonché Direzione e Contabilità dei lavori. **RTP Ing. T.C. e Geom. F.M.** (omissis) C.I.G. Z623210705 euro 14.000,00.
- determina RG 222 del 11.6.2021 Reception - Info Point Multimediale - CUP J47H21001710002 - Incarico Progettazione di Fattibilità Tecnica ed Economica, Definitiva ed Esecutiva nonché Direzione e Contabilità dei lavori. **RTP Ing. G.M. e Geom. F.M.** (omissis) C.I.G. Z79321121F € 21.432,80.
- determina RG 359 del 8.10.2021 Investimenti per l'introduzione, il miglioramento o l'espansione di servizi di base a livello locale CUP E44E21000870009 - Incarico Progettazione Esecutiva nonché Direzione e Contabilità dei lavori. **RTP Arch. C.S. e Geom. S.R.** (omissis) C.I.G. ZFA335FFDB euro 3.092,78.
- determina RG 357 del 30.8.2022 Lavori di riefficientamento, potenziamento, ristrutturazione e ingegnerizzazione della Rete Idrica del Comune Di Bivongi - CUP J47H21001700002 - Incarico Progettazione di Fattibilità Tecnica ed Economica, Definitiva ed Esecutiva nonché Direzione e Contabilità dei lavori. **RTP Ing. G.M. e Ing. C.Z.** (omissis) C.I.G. Z3837907B2 euro 39.900,00.
- determina RG 419 del 11.10.2022 Progettazione Territoriale Opere Infrastrutturali e Completamento Via Cristoforo Colombo Collegamento con SP95 - CUP J42B22008190006 - Incarico Progettazione di Fattibilità Tecnica ed Economica- **RTP Ing. T.C.(capogruppo) Arch. C.S. e Geom. F.F.** (omissis) C.I.G. Z3D3819478 euro 9.800,00.

- determina RG 126 del 13.3.2023 Intervento Ripristino Strada Comunale Bivongi-Sperone (Via Grande) CUP J47H22001290002 - Incarico Progettazione di Fattibilità Tecnica ed Economica, Definitiva ed Esecutiva nonché Direzione e Contabilità dei lavori. **Ing. G.M.** (omissis) C.I.G. Z6739F5E1C euro 14.150,00.

Il mancato rispetto del principio di rotazione nel caso di specie emerge in maniera evidente laddove si consideri che nell'arco di circa quattro mesi il **RTP Arch. C.S. e Geom. S.R.** (omissis) ottiene ben due incarichi di servizi omogenei di progettazione di Fattibilità Tecnica ed Economica, Definitiva ed Esecutiva nonché Direzione e Contabilità dei lavori: il primo con determina RG 219 del **11.6.2021** avente ad oggetto Progetto strategico per la Valorizzazione dei Borghi della Calabria e Potenziamento dell'offerta turistica FSC 2000/2006 "Bivongi Exhibition" sottoprogetto n. 1 Completamento Centro enologico ; il secondo con determina RG 359 del **8.10.2021** avente ad oggetto PSR Calabria 2014/2020 Misura 7 "Servizi di base e rinnovamento dei villaggi nelle zone rurali". Intervento 7.4.1 Investimenti per l'introduzione, il miglioramento o l'espansione di servizi di base a livello locale.

Non solo

Il mancato rispetto del principio di rotazione emerge anche laddove si consideri che il **Geom. F.M.** (omissis), in associazione con l'**Ing. T. C. e l'Ing. G.M.** (omissis), con le due determine nn. 220 e 222 aventi la medesima data **11 giugno 2021** ottiene l'affidamento dell'incarico di Progettazione di Fattibilità Tecnica ed Economica, Definitiva ed Esecutiva nonché Direzione e Contabilità dei lavori dei due sottoprogetti n. 2 Museo Espositivo Dell'Olio -e 4 Reception - Info Point Multimediale, entrambi rientranti Progetto strategico per la Valorizzazione dei Borghi della Calabria e Potenziamento dell'offerta turistica FSC 2000/2006 "Bivongi Exhibition.

Si rammenta che il principio generale della rotazione degli affidamenti dei contratti sottosoglia di cui all'art. 36 del d. lgs. 50/2016, al cui rispetto è tenuta la stazione appaltante, "*costituisce un riferimento normativo "inviolabile" del procedimento amministrativo di affidamento dei contratti sotto soglia, in quanto volto a favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, e così ad evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese e, quindi, di rendite di posizione in capo al gestore uscente*"(Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292)" (parere precontenzioso n. 567 del 5 dicembre 2023).

A tal fine, si ritengono validi gli indirizzi forniti dalle Linee Guida n. 4, applicabili *ratione temporis*, al punto 3.6 che stabilivano che nei servizi (anche quelli di ingegneria ed architettura) si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti operati negli ultimi tre anni solari, 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 nella stesso settore di servizi.

Proseguivano le Linee Guida n. 4 chiarendo altresì che il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento (ora con l'entrata in vigore del d.lgs. 36/2023, questo divieto di invito non si applica più all'operatore invitato e non aggiudicatario).

Il divieto di riaffidamento nei confronti del contraente uscente non assume tuttavia valenza assoluta, in quanto si ritiene ammissibile una deroga da parte della stazione appaltante che reinviti o riaffidi al contraente uscente, purchè motivi in maniera puntuale la scelta "*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 punto 3.7).

Ebbene, nel caso di specie, non risulta motivato il riaffidamento al **RTP Arch. C.S. e Geom. S.R. e al Geom. F.M.** (omissis) (quest'ultimo in associazione con l'**Ing. T. C. e l'Ing. G.M.** (omissis)) dei servizi di progettazione

rientranti nelle medesime categorie di servizi precedentemente affidati: infatti nelle determine di affidamento non si fa alcun riferimento ai presupposti per procedere al riaffidamento nei confronti di detti professionisti affidatari uscenti.

In tutti e due i casi, trattasi dunque di prestazioni assolutamente sovrapponibili appartenenti alla stessa tipologia omogenea di servizi, che consentono di ritenere integrata la violazione del principio di rotazione, stante il riaffidamento di appalti rientranti nella medesima categoria al precedente affidatario.

Ebbene, nel caso di specie, come sopra riportato, i riaffidamenti rientranti nelle medesime categorie di servizi di quelle precedentemente affidate non risultano motivati, con conseguente venire in rilievo della criticità sopra riportata.

Si richiamano sul punto le indicazioni di carattere generale sul quadro normativo di riferimento, fornite dall'Autorità con la nota a firma del Presidente prot. ANAC n. 40149 del 27 marzo 2024 fasc. n. 5334/2023, pubblicata sul sito dell'Autorità, al link <https://www.anticorruzione.it/-/atto-del-presidente-del-13-marzo-2024-fasc.5334> affinché la stessa stazione appaltante, nel pieno esercizio della propria discrezionalità amministrativa, possa valutare, anche per il futuro, le azioni migliori da intraprendere per verificare la conformità del proprio operato al quadro normativo delineato.

2) Offerte presentate da professionisti associati, originariamente invitati individualmente.

Quanto poi alla segnalata asserita erronea mancata esclusione dalla gara delle offerte presentate da professionisti riuniti in RTP, originariamente individuati come professionisti singoli, si osserva che l'art. 48, comma 11 del d. lgs. 50/2016 ribadisce il principio fondamentale, di estrazione comunitaria, per il quale gli operatori economici possono associarsi ad altri operatori, costituendo ATI/RTP, per partecipare alle procedure di evidenza pubblica (art. 63 Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio; art. 48 del d. lgs. 50/2016 ora art. 68 d. lgs. 36/2023).

Si evidenzia a tale proposito che l'art. 19 della Direttiva 2014/24/UE, al paragrafo 2 recita: "*2. I raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, sono autorizzati a partecipare a procedure di appalto. Essi non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione*".

Non si rinviene, dunque, nel Codice e nelle direttive, alcuna preclusione a che un soggetto invitato a una procedura negoziata presenti un'offerta in raggruppamento temporaneo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2023 n. 532). Tanto più per l'affidamento diretto laddove, se così fosse, si arriverebbe ad un controsenso ossia quello di impedire la formazione spontanea di raggruppamenti di imprese proprio nelle procedure che dovrebbero essere svincolate da formalità.

Si chiarisce che quello preclusivo per la individuazione dell'offerente è il momento della sottoscrizione di impegni negoziali, quello in cui, in altre parole, si cristallizza l'operatore, che ben può essere una compagine associativa, partecipante alla procedura di gara.

Si rammenta che in giurisprudenza è stato pacificamente chiarito con riferimento alla procedura negoziata che "*La disciplina della direttiva ha una funzione di incentivo a supporto delle forme di cooperazione tra imprese. Disciplina che soddisfa l'interesse dell'amministrazione all'incremento della potenziale platea concorrenziale e, quindi, all'accresciuta capacità di scelta fra un numero più elevato di potenziali contraenti. Una volta individuato un soggetto all'interno di un elenco di operatori gestito dalla stazione appaltante non esiste alcuna regola che vieti a questo soggetto di cooperare con altri per partecipare alla gara alla quale è stato invitato. Non vi osta la direttiva 24/2014, non vi osta l'art. 48 del Codice dei contratti, e men che meno la disciplina della procedura negoziata che è una procedura semplificata e non aggravata*" (Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2023 n. 532).

Impedire la formazione spontanea di raggruppamento non risulta conforme al principio del *favor participationis* e del principio della concorrenza

Pertanto, anche nell'affidamento diretto, di cui trattasi, nulla osta a che il concorrente invitato singolarmente possa presentare offerta in associazione temporanea con altro professionista, senza l'obbligo, di svolgere funzioni di mandataria, come nel caso delle procedure ristrette o negoziate.

Infatti, come riconosciuto anche dallo stesso segnalante, la disciplina limitativa si applica solo alle procedure ristrette o negoziate e non agli affidamenti diretti, come nel caso di specie.

La mancata applicazione dell'art. 48 comma 11 del d. lgs. 50/2016 agli affidamenti diretti non significa quindi che il professionista, invitato singolarmente, debba essere escluso dalla gara perché ha presentato offerta in associazione con altri professionisti ma soltanto che non ha l'obbligo di fare il mandatario del raggruppamento, come previsto invece nelle procedure negoziate o ristrette.

Infatti, l'art.48 comma 1 del d. lgs. 50/2016 non impedisce, nelle procedure negoziate ed in quelle ristrette, la libera associazione delle imprese, ma impone soltanto l'obbligo per l'impresa invitata individualmente di svolgere funzioni di mandatario del raggruppamento che ha presentato offerta.

Trattandosi di un limite specifico al principio della libera associazione delle imprese non può che operare nei ristretti limiti voluti dal legislatore medesimo, come confermato anche dalla giurisprudenza (TAR Marche, Sez. 1, n. 468 del 7 giugno 2021).

Infatti, tale principio, se inteso in modo distorto, finisce per concretizzare una causa di esclusione dalle gare, da un lato non codificata, dall'altro in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza sul quale, occorre ricordare, si fonda tutto il sistema degli appalti.

Alla luce di quanto sopra esposto, in conclusione, non può comunque non evidenziarsi che la stazione appaltante appare aver posto in essere una gestione amministrativa degli incarichi di servizi di architettura ed ingegneria non improntata al principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti di cui all'art. 36 comma 1 del d.lgs. n. 50/2016.

Nello specifico la stazione appaltante parrebbe aver eluso il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti di cui agli artt. 30 e 36 del d.lgs. 50/2016 avendo affidato consecutivamente agli stessi professionisti più incarichi di progettazione omogenei rientranti nella medesima categoria di servizi.

Si invita questa stazione appaltante a voler tener conto, per i futuri affidamenti, di quanto specificamente dedotto e rilevato nella presente nota, in vista di un adeguato e puntuale rispetto della normativa di settore.

Si comunica, con il presente atto, soggetto a pubblicazione sul sito istituzionale dell'Autorità ed in attuazione del relativo deliberato consiliare del 17 giugno 2024, la definizione del presente procedimento ai sensi dell'art. 21 del Regolamento di vigilanza sui contratti pubblici.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente