



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 53 DEL 1 febbraio 2017

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da A.N.C.E. Associazione Nazionale Costruttori Edili – Accordo quadro triennale per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria della pavimentazione stradale delle tratte gestite da ANAS – Area Centro. Lotto 1 Regione Toscana: euro 20.000.000,00; Lotto 2 Regione Lazio: euro 15.000.000,00; Lotto 3 Regione Marche: euro 15.000.000,00; Lotto 4 Regione Umbria: euro 10.000.000,00; Lotto 5 Regione Abruzzo: euro 10.000.000,00; Lotto 6 Regione Molise: euro 10.000.000,00. S.A.: ANAS S.p.A.

PREC 74/16/L

La difficoltà o complessità dell'opera (della fornitura o del servizio) rileva quale presupposto per poter ricorrere alla corretta applicazione della previsione dell'art. 91 del d.lgs. 50/2016. Tenuto conto della definizione fornita dal legislatore di «lavori complessi», spetta alla stazione appaltante valutare e motivare l'esistenza dei presupposti che consentano di ricorrere alla possibilità di ridurre il numero di candidati altrimenti qualificati da invitare a partecipare.

Art. 91, d.lgs. 50/2016;

In ossequio ai principi comunitari in materia di appalti pubblici, le stazioni appaltanti sono tenute a motivare la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica, altresì indicano se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti.

Art. 51, d.lgs.50/2016.

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere acquisita al prot. n. 160523 del 31.10.2016 l'Associazione Nazionale Costruttori Edili – A.N.C.E. ha chiesto all'Autorità di formulare un'ipotesi di soluzione della questione insorta tra le parti relativamente all'accordo quadro triennale per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria della pavimentazione stradale delle tratte gestite da ANAS – Area Centro (Lotto 1 Regione Toscana: euro 20.000.000,00; Lotto 2 Regione Lazio: euro 15.000.000,00; Lotto 3 Regione Marche: euro 15.000.000,00; Lotto 4 Regione Umbria: euro 10.000.000,00; Lotto 5 Regione Abruzzo: euro 10.000.000,00; Lotto 6 Regione Molise: euro 10.000.000,00).

In particolare, l'A.N.C.E. solleva due profili di criticità afferenti: 1) da un lato il previsto numero massimo di concorrenti (cinquanta) da invitare alla procedura in questione (punto II.2.9 del bando di gara), utilizzando la facoltà concessa dall'art. 91 del d.lgs. 50/2016 nel caso in cui ci sia un numero di candidature superiore a tale numero massimo per ogni singolo lotto, gli operatori economici da invitare



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

saranno individuati mediante sorteggio pubblico; 2) dall'altro, la possibilità prevista nel bando di gara (punto II.2.14), ai sensi dell'art. 51, comma 2, d.lgs. 50/2016 che ciascun concorrente possa presentare domanda per un solo lotto, qualificandosi unicamente per il lotto prescelto.

L'associazione istante ritiene che ANAS non abbia soddisfatto l'obbligo motivazionale sotteso sia alla corretta applicazione della disposizione contenuta all'art. 91 d.lgs. 50/2016 (Riduzione del numero di candidati altrimenti qualificati da invitare a partecipare), sia con riferimento alla facoltà di limitare le possibilità dei partecipanti a uno o più lotti oggetto dell'appalto in quanto, così utilizzata, risulterebbe una misura penalizzante per le piccole medie imprese e con effetti distorsivi per il mercato.

All'esito dell'avvio dell'istruttoria, è pervenuta da parte della stazione appaltante una memoria con la quale contesta le censure mosse dall'A.N.C.E., ribadendo la correttezza del proprio operato nella definizione non solo del bando di gara in questione, ma anche di tutti i bandi di gara relativi alle procedure ristrette per l'affidamento di accordi quadro per l'esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria della pavimentazione stradale di competenza ANAS (Area Nord, 7 lotti; Area Sud, 5 lotti; Regione Sicilia, 2 lotti).

In via preliminare, l'ANAS evidenzia che il paventato rischio di limitazione della concorrenza non si è in concreto realizzato a fronte delle corpose candidature pervenute rispettivamente per le diverse aree: Area Nord n. 124 candidati; Area Centro n. 122 candidati; Area Sud n. 84 candidati; Area Sicilia n. 29 candidati.

Con riferimento al presunto illegittimo utilizzo della forcella quale strumento di selezione del numero dei candidati, la stazione appaltante rappresenta che, stante il modificarsi del contesto normativo di riferimento con il conseguente effetto di rendere complessi procedimenti di affidamento di appalti di lavori, quali quelli di interventi di manutenzione, che in precedenza risultavano semplici, anche a voler interpretare in maniera restrittiva, come sostenuto da A.N.C.E., l'art. 91 del d.lgs. 50/2016 che indica quale presupposto espresso per il ricorso all'uso dell'istituto *de quo*, la complessità dell'oggetto del contratto di appalto, il caso di specie vi ricade comunque.

Inoltre, l'ANAS evidenzia che nessuno dei lotti oggetto dei bandi contestati ha raggiunto il numero massimo di candidati (cinquanta), con conseguente mancata concreta applicazione dell'art. 91 del d.lgs. 50/2016.

Con riguardo al previsto utilizzo del criterio del sorteggio quale strumento di selezione dei candidati, la stazione appaltante ritiene che tale mezzo caratterizzato da automatismo e assenza di valutazione discrezionale appare il più coerente con le esigenze di obiettività e non discriminazione previste dalla norma stessa.

Infine, con riguardo alla presunta violazione dell'obbligo di motivazione relativamente alla suddivisione in lotti e alla modalità di partecipazione prevista, l'ANAS sostiene che siffatta scelta possa tutelare maggiormente le piccole e medie imprese con una distribuzione razionale degli attori economici secondo lotti diversificati per importi, garantendo una effettiva concorrenza.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto al vaglio dell'Autorità concerne la legittimità o meno di due disposizioni di gara contenute nel bando di gara predisposto dall'ANAS, relativamente alla procedura ristretta per l'affidamento dell'accordo quadro triennale per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria della pavimentazione stradale delle tratte gestite da Anas, Area centro (6 lotti).

Più precisamente, la parte istante chiede lumi circa la corretta interpretazione della facoltà di riduzione del numero di candidati da invitare ai sensi dell'art. 91, d.lgs. 50/2016 anche alla luce del principio di suddivisione in lotti.

Preliminarmente, per dirimere la questione, al fine di verificare se la stazione appaltante abbia correttamente operato è opportuno analizzare la *lex specialis* di gara nonché il quadro normativo di riferimento.

Occorre infatti precisare che, secondo quanto previsto nel bando di gara, al punto II.2.9) la stazione appaltante ha previsto sia il numero minimo di candidati invitati a partecipare, pari a cinque, sia il numero massimo, pari a cinquanta e che, nel caso di un numero di candidature superiore al numero massimo previsto per ogni singolo lotto, si proceda tramite sorteggio pubblico al fine di individuare gli operatori economici da invitare alle successive fasi della procedura di gara.

Altresì, l'ANAS ha previsto al successivo punto II.2.14) che al fine di garantire il più ampio accesso alla procedura, i concorrenti possano partecipare presentando domanda di partecipazione per un solo lotto, qualificandosi unicamente per il lotto prescelto.

Dall'esame del quadro normativo di riferimento emerge che l'art. 91 d.lgs. 50/2016 prevede: «1. Nelle procedure ristrette, nelle procedure competitive con negoziazione, nelle procedure di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione, le stazioni appaltanti, quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell'opera, della fornitura o del servizio, possono limitare il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e che possono essere invitati a presentare un'offerta, a negoziare o a partecipare al dialogo, purché sia assicurato il numero minimo, di cui al comma 2, di candidati qualificati. 2. Quando si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse i criteri oggettivi e non discriminatori, secondo il principio di proporzionalità che intendono applicare, il numero minimo dei candidati che intendono invitare, e, ove lo ritengano opportuno per motivate esigenze di buon andamento, il numero massimo. Nelle procedure ristrette il numero minimo di candidati non può essere inferiore a cinque. Nella procedura competitiva con negoziazione, nella procedura di dialogo competitivo e nel partenariato per l'innovazione il numero minimo di candidati non può essere inferiore a tre. In ogni caso il numero di candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza. Le stazioni appaltanti invitano un numero di candidati pari almeno al numero minimo. Tuttavia, se il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e i livelli minimi di capacità di cui all'art. 83 è inferiore al numero minimo, la stazione appaltante può proseguire la procedura invitando i candidati in possesso delle capacità richieste. La stazione appaltante non può includere nella stessa procedura altri operatori economici che non abbiano chiesto di partecipare o candidati che non abbiano le capacità richieste».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Risulta evidente che quali presupposti per l'applicazione del c.d. strumento della forcella vi sia un'esigenza di limitazione del numero dei partecipanti, in relazione alla difficoltà o complessità delle prestazioni richieste.

La norma in questione, infatti, prevede che le stazioni appaltanti fissino *ex ante* nel bando di gara i criteri selettivi (oggettivi, non discriminatori, in ossequio al principio di proporzionalità) per determinare il numero minimo di candidati ed, eventualmente, anche il numero massimo.

Si evidenzia come spetti alla stazione appaltante valutare e motivare l'esistenza del presupposto per ricorrere allo strumento c.d. della forcella, in considerazione di cosa si intenda per "lavori complessi". A tale riguardo, il d.lgs. 50/2016 fornisce all'art. 3, comma 1, lett. oo) la relativa definizione: «*lavori che superano la soglia di 15 milioni di euro e sono caratterizzati da particolare complessità in relazione alla tipologia delle opere, all'utilizzo di materiali e componenti innovativi, alla esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistiche o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali*».

Orbene, nel caso di specie, la scelta della stazione appaltante di ricorrere alla determinazione del numero minimo/massimo di concorrenti da invitare, non appare conforme al dettato della norma di riferimento, in quanto non risulta sufficiente la motivazione addotta circa «la complessità dei procedimenti di affidamento di appalti di lavori», rilevando invece quale presupposto proprio la complessità dell'opera, secondo il perimetro interpretativo offerto dalla definizione sopra indicata.

Tuttavia, fermo restando un siffatto difetto motivazionale, non risulta essere stato compromesso il principio di *favor participationis* in quanto, secondo quanto rappresentato dall'ANAS, nessuno dei lotti oggetto del bando contestati ha raggiunto il numero massimo di candidati (cinquanta), con conseguente mancata concreta applicazione dell'art. 91 del d.lgs. 50/2016.

Con riferimento poi alla possibilità prevista di ricorrere al sorteggio pubblico, nel caso di superamento del limite massimo previsto di numero di concorrenti, si ritiene che siffatta scelta appare coerente con la tipologia di procedura prescelta (una procedura negoziata) posto che detta procedura si caratterizza per la speditezza, economicità ed informalità che altrimenti ne verrebbero frustrate.

Risulta, infatti che mediante relativo avviso contenente data e luogo del sorteggio, reso noto con idonea forma di pubblicità (pubblicato sul portale dell'ANAS, almeno 48 ore prima), l'estrazione dei concorrenti da invitare avvenga in pubblica seduta, modalità, questa, che garantisce più di ogni altra l'imparzialità in quanto elimina l'intervento discrezionale da parte della stazione appaltante.

Relativamente al secondo profilo di doglianza sollevato, giova ricordare quanto previsto dall'art. 51 del d.lgs. 50/2016 laddove stabilisce che, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali, ovvero in lotti prestazionali, in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture.

Le stazioni appaltanti sono tenute a motivare la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica. È previsto il divieto per le stazioni appaltanti di ricorrere alla suddivisione in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del Codice dei Contratti, nonchè di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Si evidenzia come, pur entro il suddetto divieto, il frazionamento in lotti implica anche l'attingere a mercati diversi e a imprenditori differenti e, in particolare, può consentire la partecipazione concorrenziale di imprese di piccole dimensioni, anche in forma non necessariamente aggregata (in tal senso parere sulla normativa AG 02/13 del 24 aprile 2013).

Il comma 2 della disposizione in esame inoltre ha definito che le stazioni appaltanti indichino, altresì, nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti.

Il successivo comma 3, prevede che le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare. Nei medesimi documenti di gara indicano, altresì, le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati, qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo.

Il legislatore, quindi, in ossequio alla disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, fornisce indicazione circa l'ammissibilità dell'offerta per alcuni o per tutti i lotti ovvero l'aggiudicazione esclusiva o plurima dei medesimi. Ciò conformemente a quanto già indicato nella Direttiva 2014/24/UE, sia al Considerando 79, laddove si prevede: «*Se l'appalto è suddiviso in lotti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un'offerta, ad esempio allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento; dovrebbero altresì avere la facoltà di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a uno stesso offerente*», che all'art. 46 – *Suddivisione degli appalti in lotti*.

Pertanto, con riguardo alla sollevata eccezione circa il difetto motivazionale in ordine al ricorrere alla c.d. clausola di vincolo di partecipazione/aggiudicazione, si ritiene che la suddetta previsione, così come inserita nel bando di gara in questione, appare comunque conforme alla normativa vigente secondo quanto stabilito dall'art. 51, comma 2 d.lgs. 50/2016.

In base a tutto quanto sopra rappresentato e alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- appare fondata l'eccezione sollevata da parte istante circa il difetto motivazionale sotteso alla corretta applicazione della disposizione contenuta all'art. 91 d.lgs. 50/2016 in quanto, tenuto conto della definizione fornita dal legislatore di «*lavori complessi*», spetta alla stazione appaltante valutare e motivare l'esistenza dei presupposti che consentano di ricorrere alla possibilità di ridurre il numero di candidati altrimenti qualificati da invitare a partecipare;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- in relazione all'eccezione sollevata da parte istante circa il difetto motivazionale in ordine al ricorrere alla c.d. clausola di vincolo di partecipazione/aggiudicazione, si ritiene che la suddetta previsione, così come inserita nel bando di gara in questione, appare comunque conforme alla normativa vigente secondo quanto stabilito dall'art. 51, comma 2 d.lgs. 50/2016.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 8 febbraio 2017

Il segretario Maria Esposito