



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

**DELIBERA N. 917**

**DEL 31 agosto 2016**

OGGETTO: Richiesta di parere del Ministero della Difesa prot. ANAC n. 112292 del 25.07.2016 - Motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione: ditta Di Paolo Srl.

**AG 33/16/AP**

#### **Cause di esclusione – Carichi pendenti**

La pendenza di un procedimento penale a carico dell'operatore economico interessato a partecipare alla procedura di gara non è circostanza idonea a ritenere configurata una causa di esclusione ex art. 80, d.lgs. 50/2016.

**Art. 80, d.lgs. 50/2016**

#### **Procedura negoziata per affidamenti sotto soglia - Principio di rotazione – Esclusione dalla procedura dell'aggiudicatario del precedente contratto**

L'applicazione del criterio di rotazione nella procedura negoziata per gli affidamenti di servizi e forniture di valore inferiore alla soglia comunitaria consente all'amministrazione aggiudicatrice di non invitare l'operatore economico affidatario del precedente contratto, fermo restando che la scelta compiuta deve essere motivata ove l'operatore economico escluso chieda di partecipare alla selezione.

**Art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. 50/2016**

### **Il Consiglio**

Visto il decreto legislativo n. 50/2016

Visto l'appunto dell'Ufficio Precontenzioso e Affari giuridici

#### **Considerato in fatto**

Con la nota in oggetto, il Ministero della Difesa – Segretariato Generale della Difesa e Direzione nazionale degli armamenti, sottopone all'attenzione dell'ANAC due quesiti concernenti la sussistenza di motivi di esclusione di un operatore economico (ditta Di Paolo Srl) dalla partecipazione a una procedura d'appalto o di concessione.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Il Segretariato del Ministero della Difesa fa presente che l'operatore economico in questione sottoscriveva, in data 21.05.2012, due contratti con il Raggruppamento autonomo del Ministero della Difesa aventi ad oggetto, tra l'altro, il servizio di riparazione di parti meccaniche ed elettriche di alcuni autoveicoli militari.

I contratti sottoscritti con la ditta in questione prevedevano la facoltà di rinnovo per ulteriori tre annualità ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. b), d.lgs. 163/2006, facoltà che veniva esercitata dall'amministrazione per due annualità; per la terza annualità, l'amministrazione comunicava all'operatore economico che la relativa facoltà non sarebbe stata esercitata in quanto non possibile nell'ambito dell'esercizio finanziario 2015. Inoltre, nella richiesta di parere, si rileva che il legale rappresentante della ditta è imputato in un procedimento penale per reati di cui agli artt. 110, 81 e 640 comma 2, c.p.

Il parere richiesto all'Autorità riguarda l'eventuale sussistenza di cause di esclusione a carico dell'impresa. In primo luogo, si domanda se l'impresa debba essere esclusa ai sensi dell'art. 80, d.lgs. 50/2016 nell'ambito della procedura negoziata che l'amministrazione intende svolgere ai fini del nuovo affidamento del contratto. In ogni caso, si domanda all'Autorità se, trattandosi di ditta già affidataria del precedente contratto, l'amministrazione possa escluderla dalla procedura in applicazione del criterio di rotazione e tenuto conto che la ditta ha richiesto con missiva di essere invitata alla procedura.

Ritenuta la questione prospettata di interesse generale e meritevole di riscontro, in risposta alla richiesta di parere in oggetto si osserva quanto segue.

#### **Ritenuto in diritto**

Con riferimento al primo quesito sollevato, si osserva che, ai sensi dell'art. 80, d.lgs. 50/2016, la sussistenza di un procedimento penale a carico di un operatore economico non configura una causa di esclusione dalle procedure di gara.

Conformemente a quanto previsto dall'abrogato art. 38, d.lgs. 163/2006, anche l'art. 80, comma 1, d.lgs. 50/2016 individua, tra le cause di esclusione da interpretarsi tassativamente, la sussistenza a carico del concorrente di una sentenza definitiva o di un decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o di una sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale per gli specifici reati indicati.

Ne consegue che la pendenza di un procedimento penale a carico dell'operatore economico interessato a partecipare alla procedura di gara non è circostanza idonea a ritenere configurata una causa di esclusione ex art. 80, d.lgs. 50/2016.

Per quanto concerne il secondo quesito relativo alla possibilità di escludere dalla procedura la ditta già affidataria del precedente contratto in ragione dell'applicazione del criterio di rotazione nell'ambito della procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. 50/2016 (previsto anche dall'abrogato art. 125,



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

comma 11, d.lgs. 163/2006), la normativa si limita a indicare che l'amministrazione aggiudicatrice proceda alla «previa consultazione, ove esistenti, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti».

La norma non esclude espressamente il precedente affidatario del contratto dalla procedura negoziata; tuttavia la giurisprudenza tende a interpretare il criterio nel senso di consentire all'amministrazione di invitare soggetti diversi dal precedente aggiudicatario. D'altra parte, sempre secondo la giurisprudenza amministrativa, l'invito rivolto anche al precedente aggiudicatario e l'eventuale affidamento del contratto a quest'ultimo non inficia l'affidamento.

Appare utile segnalare due precedenti del Consiglio di Stato da cui si evince come la giurisprudenza, nel valutare la legittimità della scelta di un'amministrazione di invitare o meno il precedente affidatario del contratto, tiene conto delle circostanze del caso concreto.

Nella sentenza 12.09.2014, n. 4661 il Consiglio di Stato (sez. III) ha ritenuto non pertinente il richiamo al principio della "rotazione" per giustificare il mancato invito alla procedura negoziata del precedente affidatario in una gara che era risultata caratterizzata da un'amplissima apertura alla concorrenza (oltre 1.700 soggetti invitati) e dall'assenza di ogni discrezionalità nella scelta dell'offerta valutata sulla base del maggior ribasso sul prezzo posto a base d'asta. Nella sentenza 14.05.2014, n. 2501 il Consiglio di Stato (sez. IV) si è espresso nel senso che se anche in base al criterio di rotazione all'amministrazione non è imposto di invitare il precedente affidatario del servizio, «costituisce regola di buona amministrazione quella di prendere atto della circostanza che, laddove questi richieda di partecipare non v'è ragione alcuna che legittimi l'Amministrazione a non rispondere chiarendo le ragioni del mancato invito (foss'anche richiamando la norma di legge, in teoria)».

Recentemente, richiamando la giurisprudenza in tema di criterio di rotazione, il TAR Lazio (sez. II), nella sentenza 11\03.2016, n. 3119 ha così riepilogato i principi elaborati rispetto all'applicazione del principio di rotazione: «A) la sua episodica mancata applicazione non vale ex se ad inficiare gli esiti di una gara già espletata, una volta che questa si sia conclusa con l'aggiudicazione in favore di un soggetto già in precedenza invitato a simili selezioni, ovvero già affidatario del servizio (Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2011, n. 6906); B) in difetto di situazioni particolari, riscontrabili ad esempio in ipotesi di precedenti inadempimenti contrattuali, non può essere invocato *sic et simpliciter* per escludere un concorrente che chieda di essere invitato a partecipare ad una procedura negoziata (T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, 14 ottobre 2015, n. 1325; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 16 gennaio 2015, n. 179; T.A.R. Molise Campobasso, Sez. I, 17 aprile 2014, n. 269)».

L'orientamento richiamato dal TAR Lazio alla lettera B) e che si sostanzia in un'applicazione meno restrittiva del criterio di rotazione, non appare trovare riscontro nelle richiamate pronunce del Consiglio di Stato che, al contrario, sembrerebbero propendere per il riconoscimento in linea generale di una



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

facoltà dell'amministrazione di non invitare l'impresa già affidataria del precedente contratto in virtù della mera applicazione del criterio di rotazione, fatti salvi casi particolari in cui l'esclusione dell'impresa non sarebbe legittima in quanto non coerente con le modalità di espletamento della procedura (es. procedura di fatto aperta alla concorrenza che garantisce un'ampia partecipazione delle imprese) o con l'oggetto del contratto in affidamento (es. il precedente affidatario è uno dei pochi operatori economici sul mercato in grado di eseguire correttamente il contratto nello specifico settore di riferimento).

Con riguardo all'applicazione del criterio di rotazione, l'orientamento dell'Autorità è restrittivo.

Il testo non definitivo delle Linee guida relative a *“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”*, deliberate dal Consiglio dell'ANAC nell'adunanza del 28.06.2016 e rispetto alle quali è stato richiesto il parere del Consiglio di Stato, della Commissione VIII - Lavori pubblici, comunicazioni del Senato della Repubblica e della Commissione VIII - Ambiente, Territorio e Lavori Pubblici della Camera dei Deputati, contiene le seguenti prescrizioni: «La stazione appaltante può invitare, oltre al numero minimo di cinque operatori, anche l'aggiudicatario uscente, dando adeguata motivazione in relazione alla competenza e all'esecuzione a regola d'arte del contratto precedente. Il criterio di rotazione non implica l'impossibilità di invitare un precedente fornitore per affidamenti aventi oggetto distinto o di importo significativamente superiore a quello dell'affidamento precedente».

L'ANAC ha, quindi, espresso il principio secondo cui il criterio di rotazione comporta in linea generale l'esclusione dell'affidatario del contratto uscente, salvo motivare la decisione contraria nei termini indicati connessi alla competenza e all'esecuzione a regola d'arte del precedente contratto.

In conclusione, con riferimento al caso in esame, si ritiene che l'amministrazione potrebbe decidere di non invitare il precedente affidatario, salvo che non sussistano motivi particolari che ne giustifichino la partecipazione. In ogni caso, la decisione dell'amministrazione dovrebbe essere motivata e in risposta alla richiesta della ditta di essere invitata alla procedura.

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- la pendenza di un procedimento penale a carico dell'operatore economico interessato a partecipare alla procedura di gara non è circostanza idonea a ritenere configurata una causa di esclusione ex art. 80, d.lgs. 50/2016;
- l'applicazione del criterio di rotazione nella procedura negoziata per gli affidamenti di servizi e forniture di valore inferiore alla soglia comunitaria consente all'amministrazione aggiudicatrice di non invitare l'operatore economico affidatario del precedente contratto, fermo restando che



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

la scelta compiuta deve essere motivata ove l'operatore economico escluso chieda di partecipare alla selezione.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 7 settembre 2016  
Il Segretario Maria Esposito