



Delibera n. 6

Adunanza del 14 gennaio 2025

Fascicolo 3458/2024

(da citare nella risposta)

Oggetto

Comune di Oriolo – Procedura telematica negoziata per l'appalto misto di lavori, forniture e servizi per la valorizzazione del patrimonio storico, culturale e naturalistico del comune di Oriolo denominato 'dal Kàstron bizantino alla fortezza Normanno-Sveva: Oriolo la vedetta dell'alto Ionio' - CUP: C53D20004370001 - CIG B031F444CF - Asmel Consortile scarl

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

visto il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36;

visto il "*Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia dei contratti pubblici*" (approvato con Delibera n. 270 del 20 giugno 2023);

vista la comunicazione di avvio del procedimento, la comunicazione di risultanze istruttorie, i riscontri pervenuti dalle parti e la documentazione istruttoria esaminata;

CONSIDERATO IN FATTO

Il comune di Oriolo, al tempo dell'avvio della procedura di gara in oggetto, non era iscritto nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate, detenuto dall'ANAC.

La procedura di gara in esame doveva essere svolta da soggetto qualificato, in quanto avente ad oggetto un appalto misto, con prevalenza lavori, per un importo pari ad € 684.058,87, superiore all'importo per il quale è prevista la necessaria qualificazione delle stazioni appaltanti, ex art. 63, co. 2, d.lgs. 36/2023.

Pertanto, con decisione a contrarre n. 16 del 1.2.2024, il comune, con il supporto di Asmel Consortile scarl, all'epoca iscritta nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate, come

centrale di committenza¹, ha imbastito lo svolgimento della procedura di gara. L'affidamento in esame è stato dunque avviato mediante procedura negoziata ai sensi degli artt. 50 e 76, comma 2, lett. a) del d. lgs. n. 36/2023, in data 1.2.2024², ed è stato aggiudicato all'unico partecipante alla gara, nonostante dalla determina a contrarre si desuma un invito a 5 diversi operatori economici.

Valutata la sussistenza di alcune criticità, con nota prot. U. n. 92999 del 6 agosto 2024, l'Autorità ha trasmesso al comune di Oriolo e alla Asmel Consortile Scarl una comunicazione di avvio del procedimento, contestando:

- che sebbene si trattasse di gara su delega dell'amministrazione comunale non qualificata, l'intera procedura di affidamento risultava effettivamente condotta dal RUP di quest'ultima, anche considerato che il soggetto qualificato delegato non aveva neppure nominato un proprio RUP, il tutto in violazione degli artt. 62 e 63 del Codice dell'art. 1, comma 2, dell'Allegato II.4 al Codice;
- la mancata pubblicazione dell'elenco degli operatori economici invitati alla procedura negoziata, in violazione dell'art. 50, comma 9, del Codice.

Le suddette contestazioni sono state riscontrate da Asmel e dal comune interessato, rispettivamente con note prot. I. n. 101279 e 101353 del 4 settembre 2024.

Nel riscontrare le contestazioni dell'Autorità, la società ha innanzitutto richiamato il principio dell'unicità del RUP, asserendo di conseguenza che, anche in caso di attività di committenza delegata dall'amministrazione non qualificata, resterebbe esclusivamente in capo a quest'ultima l'obbligo di nominare un RUP unico per l'intero procedimento; ha poi precisato che, in ogni caso, relativamente alla gara in oggetto, i servizi richiesti forniti da Asmel *"sono stati esclusivamente ausiliari senza alcuna gestione della procedura in nome e per conto del Comune di Oriolo"*. Tale assunto emerge inoltre dalle controdeduzioni rese dal comune di Oriolo, per le quali *"all'epoca dell'espletamento della procedura sono stati delegati i servizi di committenza ausiliaria ad Asmel Consortile, la quale era qualificata per le procedure di lavori beni e servizi LSF1"*. Nella nota di controdeduzioni, Asmel ha poi dichiarato di aver provveduto, in seguito alle contestazioni dell'Autorità, a pubblicare l'elenco degli operatori economici invitati a presentare un'offerta, che risulta effettivamente pubblicato sulla piattaforma telematica in data 2 settembre 2024, motivo per il quale la citata contestazione può dirsi superata in considerazione dell'adempimento (seppur tardivo) da parte della stazione appaltante.

¹ Asmel Consortile scrl è stata poi cancellata dall'elenco delle stazioni appaltanti qualificate con Delibera ANAC 195 del 23.4.2024.

² La relativa documentazione di gara è disponibile al seguente indirizzo <https://piattaforma.asmecomm.it/gare/dettaglio.php?codice=20662>

All'esito delle controdeduzioni rese delle parti, valutato che, per come rappresentata la fattispecie dalla società e dal comune, sarebbero state delegate alla prima mere attività di committenza ausiliaria, non riconducibili all'espletamento della gara in nome e per conto del secondo, con comunicazione di risultanze istruttorie trasmessa al comune di Oriolo e, per conoscenza, ad Asmel (prot. U. n. 124484 del 24 ottobre 2024) l'Autorità ha contestato all'ente locale, non qualificato, di aver gestito in autonomia una procedura di affidamento per un importo superiore alle soglie di qualificazione, in violazione delle norme di settore.

Nel riscontrare la citata comunicazione di risultanze istruttorie, Asmel, con nota prot. l. n. 133060 del 13 novembre 2024, ha sostanzialmente confermato le controdeduzioni precedenti, alle quali si è altresì riportato il comune di Oriolo nella propria nota di riscontro (prot. l. n. 133387 del 14 novembre 2024).

La criticità contestata con la comunicazione di risultanze istruttorie deve dunque ritenersi confermata anche a seguito dei chiarimenti offerti in sede istruttoria dalle parti, che vengono riportati nell'ambito dei seguenti paragrafi.

CONSIDERAZIONI IN DIRITTO

Anche in ragione delle eccezioni formulate, va preliminarmente chiarito il quadro normativo di riferimento.

Sotto il **profilo normativo**, si osserva che gli artt. 62 e 63 d.lgs. 36/2023 prevedono che gli affidamenti superiori a determinate soglie, differenziate per lavori o servizi e forniture, siano svolte da stazioni appaltanti qualificate; ove la stazione appaltante non sia qualificata, può rivolgersi ad una centrale di committenza oppure ad altra stazione appaltante qualificata che svolga l'affidamento per conto della prima.

L'art. 63 e l'Allegato II.4 d.lgs. 36/2023 disciplinano poi i requisiti, il procedimento di qualificazione delle stazioni appaltanti e le relative deroghe, affidando all'ANAC la tenuta dei relativi elenchi.

Vale la pena aggiungere che il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti costituisce una delle novità fondamentali del nuovo codice dei contratti pubblici, che ha il chiaro obiettivo di elevare il livello qualitativo delle stazioni appaltanti, riservando solo a quelle qualificate lo svolgimento degli affidamenti più complessi. In questa prospettiva, come evidenziato nella recente Delibera ANAC n. 168 del 10 aprile 2024, *"la corretta attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, e con essa la verifica in ordine all'effettivo svolgimento delle procedure di gara da parte di soggetti adeguatamente qualificati, garantisce la realizzazione degli obiettivi prefissi dalla riforma del 2023. Ne discende una peculiare attenzione da parte dell'Autorità in sede di vigilanza"*.

Come riportato nelle recenti e connesse Delibere nn. 465, 466, 467, 468 e 469 del 23 ottobre 2024, il legislatore, dunque, *"con l'introduzione del delineato sistema di necessaria*

qualificazione delle stazioni appaltanti, ha riservato a soggetti qualificati (centrali di committenza o stazioni appaltanti) lo svolgimento delle procedure di affidamento superiori a determinate soglie previste dalla legge, in ragione della maggiore complessità delle stesse e della maggiore competenza degli enti qualificati. Con la qualificazione delle stazioni appaltanti, infatti, si è inteso prevedere un sistema idoneo ad attestare le capacità di gestione delle attività che caratterizzano il processo di affidamento dei contratti pubblici”.

Tanto premesso sul piano normativo, nel caso di specie risulta di tutta evidenza come l'affidamento contestato abbia ad oggetto un appalto misto, con prevalenza lavori, per un importo complessivo superiore ad € 500.000,00, per il quale occorreva dunque una qualificazione effettivamente non posseduta dal comune, non iscritto nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate; non vi è pertanto alcun dubbio che la gara in oggetto dovesse essere svolta da soggetto qualificato, non sussistendo, sul punto, alcuna deroga prevista per legge. Risultano, per l'effetto, pacificamente violati gli artt. 62 e 63 d.lgs. 36/2023, i quali impongono che gli affidamenti di lavori superiori ad € 500.000,00 siano svolti da una stazione appaltante qualificata.

A tal proposito, l'istruttoria ha evidenziato in maniera certa ed incontestata come la procedura - nonostante alcuni elementi di ambiguità contenuti nella documentazione di gara e in quella che regola i rapporti tra il comune ed Asmel - risulti condotta interamente dall'ente locale non qualificato; quest'ultimo, nella nota di controdeduzioni alla comunicazione di risultanze istruttorie, ha in proposito ribadito che il regolamento operativo Asmel, approvato dal comune di Oriolo con delibera 209 del 02/11/2023 *“evidenzia inconfutabilmente che il comune di Oriolo si avvale di Asmel consortile per lo svolgimento delle funzioni di committenza ausiliaria art. 62, comma 11, d.lgs. n. 36/2023”.*

In altre parole, relativamente all'affidamento contestato, per specifica ammissione delle parti, Asmel Consortile scarl ha solamente fornito un mero supporto tecnico/legale all'ente locale, nonché una mera attività di consulenza e assistenza nelle procedure di appalto e di messa a disposizione della piattaforma.

Tra l'altro, le motivazioni addotte dall'ente locale a sostegno della legittimità del proprio operato appaiono contraddittorie, nonché indicative di una scarsa conoscenza della normativa di settore: da un lato, infatti, l'ente premette di aver voluto affidare alla Asmel le attività di mera consulenza ausiliaria, per poi affermare, d'altro canto che la procedura oggetto di vigilanza *“è stata espletata quando ancora Asmel era in possesso dell'iscrizione risultando qualificata per i livelli L1 e SF1 per le fasi di progettazione e per l'affidamento di lavori”*, che *“l'art. 63, comma 12, d.lgs. n. 36/2023 è chiaro nell'affermare che «se la qualificazione viene meno o è sospesa, le procedure in corso sono comunque portate a compimento»”* e che sarebbe dunque confermato, di conseguenza, che il soggetto qualificato delegato ha assunto

“la responsabilità della fase di gara e quindi del contenuto degli atti di gara e dello svolgimento dell’intera procedura fino al provvedimento di aggiudicazione dell’affidamento”.

In altri termini, nella stessa nota di riscontro, il comune prima afferma categoricamente di aver affidato ad Asmel meri servizi di committenza ausiliaria, per poi chiarire che la stessa società avrebbe correttamente assunto le responsabilità nello svolgimento della fase di affidamento in qualità di soggetto delegato.

Ad inequivoca riprova di quanto sopra, va evidenziato che tutti i provvedimenti essenziali e qualificanti il procedimento di affidamento (nel caso di specie, si ricorda trattarsi di una procedura negoziata, ex comma 2 lett. a), dell’art. 76 del D.Lgs. n. 36/2023) sono stati adottati esclusivamente dall’ente comunale non qualificato. Quest’ultimo ha adottato la decisione a contrarre e la conseguente lettera di invito, ha nominato l’autorità monocratica di gara ed ha infine adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva. In particolare, nell’ambito del provvedimento di aggiudicazione, il RUP nominato dall’ente comunale dà espressamente atto di aver egli stesso verificato il possesso dei requisiti e l’adeguatezza dell’offerta presentata dall’unico concorrente.

In via conclusiva, la procedura di gara di importo superiore alle soglie di qualificazione è stata svolta da stazione appaltante non qualificata, in violazione degli artt. 62 e 63 d.lgs. 36/2023. Pertanto, la suddetta criticità - afferendo alla competenza nello svolgimento del procedimento di gara - risulta estremamente grave e dovrebbe condurre all’annullamento in autotutela dell’intera procedura di affidamento, valutazione che è comunque rimessa al prudente apprezzamento discrezionale dell’amministrazione comunale, ai sensi dell’art. 21 octies L. 241/90.

L’Autorità, comunque, **raccomanda** di tenere conto, anche *pro futuro*, delle osservazioni rese nella presente Delibera e di provvedere ad un’applicazione rigorosa della disciplina codicistica. Per tutto quanto esposto, il Consiglio dell’Autorità, ai sensi dell’art. 18 del *“Regolamento sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia dei contratti pubblici”*, approvato con Delibera n. 270 del 20 giugno 2023

DELIBERA

che l’affidamento in oggetto è caratterizzato dalla suesposta criticità ed invita il comune di Oriolo a comunicare all’Autorità le eventuali determinazioni che intende assumere al riguardo, entro il termine di **30 giorni** dalla comunicazione della presente delibera, per la quale si dispone la pubblicazione sia sul sito istituzionale dell’Autorità che su quello dell’ente locale ai sensi dell’art. 22, co. 1, del predetto Regolamento.

Si avvisa che la reiterazione delle violazioni accertate nella presente delibera può dar luogo

all'attivazione dei poteri di cui all'art. 220, co. 3, d.lgs. 36/2023, ai sensi dell'art. 6, co. 2, lett. j) del Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 220, commi 2, 3 e 4 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Legittimazione straordinaria) - Del. n. 268 del 20.06.2023.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17 gennaio 2024
Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente