AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Il Presidente

Omissis

Fasc. UVCP prot. n. 1040/2017

(da citare nelle comunicazioni)

Oggetto: - *Omissis* – Approvvigionamento di autobus destinati al trasporto pubblico siciliano – Nota di definizione in forma semplificata ai sensi dell'art. 21, comma 3, del Regolamento Anac sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4.7.2018

Si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, esaminati gi atti del fascicolo in epigrafe e la relazione dell'Ufficio istruttore, nell'Adunanza del 19 aprile 2023 ha deliberato la trasmissione della presente nota di definizione del procedimento.

Si premette che, in relazione ad alcuni approvvigionamenti di autobus destinati al trasporto pubblico siciliano, è stata già adottata una nota di definizione semplificata, trasmessa alla stazione appaltante in indirizzo con nota prot. n. 103420 del 23.12.2019, mentre l'istruttoria successiva, in questa sede conclusa, ha avuto ad oggetto ulteriori approvvigionamenti di autobus, disposti dalla società *omissis* mediante ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara, nonché ulteriori elementi di contestazione.

Nel dettaglio, l'istruttoria espletata dall'Ufficio istruttore ha avuto ad oggetto i soli acquisti e profili non ricompresi nella precedente nota di definizione del procedimento, e, segnatamente:

- acquisto di n. 20 autobus usati per l'importo pari a complessivi euro 1.866.000,00 e di n. 9 autobus usati per l'importo complessivo pari a 565.000,00 dall'operatore economico *omissis*, entrambi per ragioni di opportunità, ai sensi dell'art. 125, comma 1, lett. h) del codice dei contratti;

- acquisto dall'operatore economico *omissis* di n. 4 autobus nuovi, per un importo pari ad euro 340.000,00, ai sensi dell'art. 125, comma 1, lett. h) del codice dei contratti;

- acquisto da *omissis* di n. 7 autobus usati per l'importo di euro 237.850,00 (avvenuto con determina n. 02/DG del 24.02.2020), e di n. 3 autobus usati per il medesimo importo, entrambi ai sensi dell'art. 125, comma 1, lett. h) del codice dei contratti;

- acquisto da *omissis* di n. 5 autobus usati per un importo inizialmente stimato in euro 121.500,00, poi ribassato prima ad euro 206.000,00 e poi al prezzo di aggiudicazione di euro 200.000,00, avvenuto con determina n. 08/DG del 2.3.2021, ai sensi dell'art. 125, comma 1, lett. d) del codice dei contratti;

- ulteriore acquisto da *omissis* di n. 1 autobus usato per l'importo di euro 70.000 (determina 10/Dg del 22.3.2021), di n. 1 autobus usato per l'importo di euro 32.000,00 (determina 11/DG del 22.3.2021), entrambi avvenuti ai sensi dell'art. 125, comma 1, lett. h) del codice dei contratti.

Al riguardo, con note prot. U. nn. 72968 del 14.9.2022, 97535 del 23.11.2022, 5275 del 20.1.2023 sono state richieste informazioni alla stazione appaltante, invitandola, in particolar modo, ad evidenziare le ragioni del ricorso alla fattispecie di cui all'art. 125 del codice dei contratti e ad allegare la relativa documentazione a supporto.

Con note prot. nn. 82753 del 14.10.2022, 103884,103887 del 12.12.2022 e 8963 del 1.2.2023, *omissis* ha riscontrato le suindicate richieste, relazionando sulle ragioni del proprio operato ed allegando documentazione a supporto di quanto dichiarato.

***

L'istruttoria espletata ha evidenziato plurime criticità nel *modus operandi* della stazione appaltante, per tutti gli acquisti effettuati da *omissis* nel periodo di riferimento (2018 – 2021).

Infatti, sebbene la maggior parte delle procedure di acquisto esaminate non presenti elementi che, unitariamente considerati, denotino illegittimità ascrivibili alla stazione appaltante, si evidenzia che, nel complesso, l'operato di *omissis* si appalesa illegittimo per violazione dei principi di programmazione, trasparenza e concorrenza, oltre che per un utilizzo improprio della procedura negoziata senza bando di gara.

La stazione appaltante ha infatti provveduto a soddisfare il proprio fabbisogno relativo alla fornitura di mezzi necessari per la propria attività istituzionale **facendo ricorso ad acquisti fondati quasi esclusivamente su procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara, con il coinvolgimento di un numero assai limitato di operatori economici, e non ha dunque provveduto, se non in casi del tutto eccezionali, a disporre affidamenti tramite il ricorso a procedure competitive dirette a garantire il rispetto della concorrenza e la partecipazione di una pluralità di operatori economici di settore.**

Circa quest'ultimo aspetto, occorre premettere che il legislatore ha configurato quale eccezione alla regola il ricorso alle procedure negoziate, atteso che le stesse rappresentano una forte deroga alla concorrenza e al *favor partecipationis,* nella misura in cui limitano la platea di operatori economici potenzialmente interessati a partecipare alla procedura di affidamento.

Tale assunto è confermato, del resto, anche dal granitico indirizzo giurisprudenziale, per il quale, *"le ipotesi concernenti il ricorso al sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando rappresentano un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità*

devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva" (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 31 gennaio 2018, n. 641).

In senso conforme si richiamano poi i precedenti di questa Autorità, espressi sia nelle Linee Guida n. 8 (queste ultime adottate con specifico riferimento alle procedure negoziate per forniture e servizi ritenuti infungibili), che in precedenti Delibere dell'Autorità. Si richiama, in proposito, la Delibera ANAC n. 493 del 29 maggio 2019, per la quale "*il sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, costituendo un affidamento diretto e un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità, deve essere rigorosamente ancorato ai presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità, i quali non sono suscettibili d'interpretazione estensiva*".

Tali principi, applicati nelle richiamate pronunce con particolare riferimento ad affidamenti disposti nei settori ordinari, si ritengono pacificamente estensibili anche ai settori speciali, tra i quali rientra il settore dei trasporti, nel quale sono ricompresi gli acquisti contestati con la presente nota di definizione del procedimento. Si osserva, infatti, che, sebbene il legislatore abbia costruito la disciplina degli affidamenti nei settori speciali in termini meno rigorosi rispetto a quella descritta per gli affidamenti nei settori ordinari dagli artt. 59 e ss. del codice dei contratti, è comunque indubbio che il combinato disposto degli artt. 123 e 125, in accordo con la giurisprudenza prima citata, consideri come eccezionale il ricorso ad una procedura negoziata senza bando di gara, limitato pertanto ai soli casi tassativi disciplinati dall'art. 125.

In questa prospettiva, è del tutto evidente che, nell'operato di *omissis*, il ricorso alle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando non rappresenti un'eccezione, quanto piuttosto una regola, che denota un *modus operandi* nella predisposizione degli acquisti palesemente illegittimo.

Su specifica domanda dell'Autorità formulata con la richiesta di informazioni prot. U. n. 72968 del 14.9.2022, *omissis* ha infatti comunicato che, nel quadriennio di riferimento, gli unici acquisti effettuati senza ricorso alle procedure negoziate siano quelli disposti tramite ordine diretto su CONSIP - per un numero pari a 35 autobus - e che ulteriori 10 autobus sono stati acquistati con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ai sensi dell'art. 125, comma 1, lett. a), in considerazione del fatto che la gara è andata deserta (cfr. nota di riscontro acquisita al prot. n. 82753 del 14.10.2022).

In altre parole, solo per l'approvvigionamento di 35 autobus sugli oltre 90 acquistati (e dunque meno che per il 40% dei casi), *omissis* ha utilizzato una procedura diversa da quella disciplinata dall'art. 125 citato, in ciò evidenziandosi un palese difetto di programmazione, nonché un operato non conforme alla normativa di settore, estremamente penalizzante per operatori del mercato di riferimento diversi dagli aggiudicatari.

Un simile operato si pone anzitutto in contrasto con i principi di concorrenza e *favor partecipationis*, di cui all'art. 30 del codice dei contratti (principi questi pacificamente applicabili anche ai settori speciali), nella misura in cui non è in discussione la portata eccezionale della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, che si evince altresì dal Considerando 61 della Direttiva 25/2014/UE, per cui "*tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali*".

Tale violazione si appalesa ancor più grave in considerazione del fatto che, in tutti gli acquisti complessivamente considerati, non si ravvisa alcuna necessità di provvedere in deroga alle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione del bando (procedure queste equiparate nei settori speciali ai sensi dell'art. 123 del codice dei contratti), atteso che la stazione appaltante aveva manifestato, sin dai primi affidamenti del 2018, di voler procedere all'acquisto di autobus *"al fine di potenziare e ridurre la vetustà del proprio parco mezzi di linea"*, esigenza questa espressa nell'avviso di manifestazione di interesse del 21.9.2018 e poi riproposta più volte anche nelle successive determine di acquisto.

Si evidenzia, dunque, una totale assenza di programmazione in capo alla stazione appaltante, che, nonostante la perdurante esigenza di rinnovare il parco mezzi per l'espletamento della propria attività istituzionale, procede da anni con "acquisti-spot", in assenza di qualunque visione pluriennale che consenta di programmare il proprio fabbisogno attraverso la manifestazione delle proprie esigenze al mercato, con conseguenti riflessi negativi sulla concorrenza e la competitività delle P.M.I.

È dunque evidente che, nel caso di specie, la Stazione Appaltante non ha avuto una chiara determinazione del quadro delle esigenze, per la valutazione delle strategie di approvvigionamento, per l'ottimizzazione delle risorse e per il controllo delle fasi gestionali, in ciò ponendosi in contrasto con i più generali principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa. In altri termini, l'istruttoria ha evidenziato come in capo ad *omissis* sia mancata in radice un'adeguata programmazione, funzionale *"a garantire una visione d'insieme dell'intero ciclo di realizzazione dell'appalto, migliorando le chance di un'efficiente gestione dello stesso"* (Determinazione Anac n. 5 del 6 novembre 2013), con tutto quanto ne consegue in termini di violazione dei già richiamati principi di concorrenza e partecipazione.

Depone in tal senso, inoltre, la Delibera dell'Autorità n. 378 del 27 luglio 2022, per la quale "*nella gestione degli affidamenti, le stazioni appaltanti sono chiamate ad ispirarsi ai principi di buona amministrazione ed efficienza; ciò comporta che, nella fase di predisposizione della gara, l'amministrazione deve avere contezza del tipo di servizio di cui ha bisogno così da programmare in modo puntuale, anche con una visione rivolta al lungo periodo, la relativa gestione".*

In tal senso, si è espresso anche il Consiglio di Stato, sez V., che, nella sentenza 27.07.2021, n. 5561, ha precisato che, pur non sussistendo una giurisprudenza consolidata sull'efficacia della programmazione degli acquisiti e dunque sulle conseguenze dell'assenza della medesima, è però indubbio che *"non può negarsi l'incidenza della stessa sotto il profilo dell'impiego razionale delle risorse, e dunque, per coerenza, ammettersi che la carenza di programmazione possa riflettersi sulla frammentazione degli affidamenti".*

Alla luce di quanto sopra, non è dunque condivisibile l'operato di *omissis*, poiché l'istruttoria ha evidenziato una frammentazione degli acquisti che, per la ripetitività e ricorrenza degli stessi, risultano essere sintomo di una grave carenza di programmazione, in violazione delle norme a tutela della concorrenza.

Ne consegue che appare quanto meno anomalo e non giustificato il susseguirsi di affidamenti mediante procedura negoziata per "acquisti di opportunità", tutti aventi ad oggetto la medesima fornitura in favore dei medesimi soggetti. Le sopra citate forniture erano infatti perfettamente prevedibili (come dimostra la loro stabile ricorrenza a distanza di vari anni, almeno a partire dal 2018), e non può sottacersi la carenza di

programmazione da parte di *omissis*, che ben avrebbe potuto porre in essere una programmazione pluriennale, con conseguente indizione di una procedura di gara aperta che potesse garantire in un'unica volta la soddisfazione delle esigenze connesse all'attività istituzionale della società, anziché di fatto parcellizzare gli acquisti.

Dalla documentazione agli atti non risultano, tra l'altro, impedimenti oggettivi all'espletamento di una gara ad evidenza pubblica da parte di *omissis*, che possano giustificare il reiterato ricorso a procedure derogatorie ed eccezionali quali quelle dell'art. 125 del codice dei contratti.

***

Alla luce delle superiori considerazioni, il ricorso sistematico alle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara si pone in violazione della normativa di settore e si ritiene imputabile ad una carente attività di programmazione delle attività in esame da parte della società ed ad una totale assenza di contezza sulla normativa di settore.

Pertanto, si definisce la presente istruttoria ai sensi dell'art. 21, comma 3, del vigente Regolamento di vigilanza sui contratti pubblici, contestando ad *omissis* la violazione della normativa di settore, con specifico riferimento alle norme poste a tutela della concorrenza, per un improprio utilizzo dell'istituto della procedura negoziata senza previa indizione di un bando di gara e per un difetto di programmazione, da cui deriva la violazione dei principi di buon andamento ed efficienza dell'azione amministrativa.

Si raccomanda, poi, alla stazione appaltante di rimuovere, anche *pro futuro*, le illegittimità contestate, comunicando nel caso all'Autorità gli atti conseguenti.

Si dispone, infine, la pubblicazione della presente nota di definizione del procedimento sul sito istituzionale dell'Autorità e della Stazione Appaltante, ai sensi dell'art. 22 del vigente Regolamento interno di vigilanza sui contratti pubblici.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente