ANAC: “Forcella” possibile per lavori sopra i 15 milioni di particolare complessità

11 Maggio 2018
L’ANAC, con la **delibera n. 348 del 5 aprile 2018**, è tornata a pronunciarsi sui presupposti in presenza dei quali la stazione appaltante può utilizzare la facoltà, concessa dall’articolo 91 del D.lgs. 50/2016, di ridurre il numero di candidati che possono essere invitati a presentare offerta (cd “Forcella”).

Sul punto, la stessa Autorità si era già espressa con la **delibera n. 53 del 1 febbraio 2017** – peraltro, richiamata nel testo del provvedimento in commento – con cui aveva accolto le ragioni dell’istanza di precontenzioso presentata da ANCE, che contestavano l’utilizzo in via generalizzata dell’istituto della cd forcella.

In particolare, l’ANCE, in linea con le previsioni contenute nel citato art. 91, ha ritenuto sussistere, in caso di utilizzo di tale strumento, un obbligo, a carico della stazione appaltante, di motivare in merito al ricorrere dei presupposti di legge, ossia in merito alla particolare difficoltà o complessità dell’opera, della fornitura e del servizio; ciò, logicamente, a tutela della concorrenza e del mercato, dal momento che la riduzione del numero dei candidati rappresenta, comunque, un *vulnus* al principio di concorrenza e di massima partecipazione.

L’ANAC, con la delibera in commento, è tornata a ribadire che spetta alla stazione appaltante motivare in merito all’esistenza del complessità dei lavori per ricorrere allo strumento della cd forcella.

Complessità dei lavori che l’ANAC ritiene sussistere al ricorrere delle condizioni di cui all’art. 3, comma 1, lett. oo) del Codice dei contratti, ossia in caso di lavori che presentano le seguenti caratteristiche :

1) importo superiore ai 15 milioni di euro;
2) 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 ambienta.

In assenza di tali requisiti, quindi, è illegittimo limitare il numero di candidati che possono essere invitati a presentare offerta.

Fatte tali premesse, l’ANAC ha ritenuto corretto l’operato della stazione appaltante nel caso specifico in quanto ha adeguatamente motivato in merito alla complessità dell’attività da affidare, sia in termini di importo sia con riferimento alle “*oggettive difficoltà logistiche derivanti dalla delicatezza delle attività istituzionali svolte contemporaneamente all’interno dei luoghi di esecuzione dei lavori*”; nonché in considerazione del numero di operatori che la stazione stessa ha ritenuto di invitare.

La scelta di selezionare i candidati da invitare viene, infatti, limitata ai soli casi in cui pervengano un numero di candidature superiore a 15, ossia un numero pari a tre volte in numero minimo contemplato all’art. 91 del Codice.

Sono questi due elementi, espressi nel dispositivo finale della libera, che hanno indotto l’ANAC a

ritenere non lesiva della concorrenza la scelta della stazione appaltante di avvalersi della forcella.

La delibera fa anche un accenno, meramente incidentale, al fatto che la selezione, stante la forcella, sia avvenuta mediante sorteggio.

Significativa è la circostanza che l'ANAC sottolinei il carattere residuale del sorteggio, dal momento che è stato previsto negli atti di gara solo qualora il numero delle candidature sia superiore al numero minimo previsto dal bando, pari a 15, e che, peraltro, ciò sia possibile solo in quanto tale numero è pari a tre volte il numero minimo contemplato all'art. 91 del Codice.

Ciò premesso, il sorteggio resta una prassi che svilisce la qualificazione delle imprese. Infatti, tale meccanismo non rappresenta affatto quel criterio di selezione oggettivo proporzionale e non discriminatorio che la norma sulla forcella richiederebbe ai fini del suo legittimo esercizio: in particolare, il sorteggio è una "non scelta", più che una scelta oggettiva.

32599-Anac_sorteggio_Del_prec348_2018.pdfApri