



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **DELIBERA N. 29 DEL 10 gennaio 2018**

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d. lgs. 50/2016 presentata da Gandino Paire Studio di Avvocati – Procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b) d. lgs. 50/2016 per l'affidamento della gestione dei servizi legali del Comune di Monsummano Terme - Importo a base di gara: euro 48.000,00 – S.A.: CDC Consorzio Energia Veneto (CEV) per conto del Comune di Monsummano (PI).

**PREC 153/17/S**

### **Il Consiglio**

VISTA l'istanza singola prot. n. 19987 del 7 febbraio 2017 presentata da Gandino Paire Studio di Avvocati nella quale si evidenziano i seguenti profili di illegittimità degli atti contestati: a) violazione del principio di segretezza delle offerte a seguito della pubblicazione, in forma non anonima, di una richiesta di chiarimento; b) mancata esclusione del concorrente secondo graduato per carenza del requisito di capacità tecnica e professionale relativo allo svolgimento di attività di consulenza e/o assistenza legale per conto di enti locali; c) mancata esclusione del concorrente primo graduato per incertezza assoluta circa la tempestiva allegazione dell'impegno a prestare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto; d) mancata esclusione del concorrente primo graduato per omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato in data 28 aprile 2017;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti, nello specifico il p.to 4.3 del disciplinare di gara che prevede quali requisiti di capacità tecnica e professionale: *“aver svolto, nel triennio precedente la data di pubblicazione dell'Avviso di indagine di mercato (...) documentata attività di consulenza e/o assistenza legale per altri Enti locali, così come definiti dall'art. 2 del d. lgs. 267/2000” e “aver maturato (...) esperienza specifica e documentabile nella gestione del contenzioso amministrativo innanzi ai TAR. Tale requisito si considera assolto anche nel caso in cui l'esperienza maturata sia riferita a patrocinio prestato nei confronti di soggetti privati”;*

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

CONSIDERATO, in riferimento al profilo di doglianza sub a), che l'anonimato nella pubblicazione dei chiarimenti risponde alla necessità di mantenere la competizione indenne da meccanismi di collusione e di impedire intese tra operatori economici volte a concordare i rispettivi comportamenti per influenzare l'esito della selezione, occorre tuttavia precisare che spetta alla stazione appaltante valutare, nella



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

propria discrezionalità, se la violazione in questione, per le modalità con cui essa è avvenuta e per gli effetti che ne potrebbero derivare, sia in grado di per sé di inficiare l'intera procedura di gara. Nello specifico, la pubblicazione del nominativo dell'autore della richiesta sembra aver unicamente consentito ai concorrenti di essere edotti dell'esistenza di un soggetto, persona fisica, richiedente tale informazione e del contenuto della sua domanda; tale circostanza non appare direttamente e automaticamente in contrasto con il divieto di cui all'art. 53 del d. lgs. 50/2016 di comunicare o rendere in qualunque modo noto l'elenco dei soggetti invitati prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte;

CONSIDERATO, in riferimento al profilo di doglianza sub b), che l'attività di consulenza e/o assistenza legale per conto di enti locali è stata comunque documentata dal concorrente, attraverso lo svolgimento di servizi di assistenza in giudizio a favore di vari Comuni della provincia di Lucca. Come rilevato nella memoria della stazione appaltante, l'attività di difesa in giudizio, richiamata nell'ambito della dimostrazione del secondo requisito richiesto, di esperienza nella gestione del contenzioso amministrativo, è comunque parte della più generale categoria della "assistenza legale" prevista nell'ambito del primo requisito. La *lex specialis* non precludeva la possibilità di utilizzare le medesime esperienze per ottemperare ai diversi criteri di selezione: ciò consente di ritenere integrati entrambi i requisiti richiesti in capo al soggetto che ha curato la difesa in giudizio di uno o più enti locali;

CONSIDERATO, in riferimento al profilo di doglianza sub c) e in base a quanto sostenuto dalla stazione appaltante, che l'impossibilità operativa di verificare la tempestiva allegazione sulla piattaforma telematica dell'impegno del fideiussore a prestare la garanzia definitiva non può costituire valida causa di esclusione dalla gara, non essendo l'omissione ascrivibile con certezza al concorrente. Il documento recante l'impegno del fideiussore, ripresentato dall'operatore economico in sede di chiarimento, risulta avere data certa e antecedente al termine di scadenza per la presentazione dell'offerta, quindi risponde pienamente alle disposizioni della *lex specialis* di gara;

CONSIDERATO, in riferimento al profilo di doglianza sub d), che il concorrente ha effettivamente compilato, sottoscritto ed allegato la dichiarazione relativa ai costi aziendali della sicurezza all'interno della busta economica. La dichiarazione afferma: "di avere considerato nel prezzo/sconto offerto i seguenti costi per la sicurezza aziendale, ai sensi dell'art. 95 comma 10 del d. lgs. 50/2016" e reca una tabella che il concorrente ha barrato. Tali circostanze inducono a ritenere che non si configuri un'ipotesi di mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, eventualmente sanzionabile con l'esclusione, quanto piuttosto di attestazione di assenza dei medesimi. A questo proposito, in riferimento alla disciplina applicabile *ratione temporis* all'appalto in argomento, vale rilevare che per i servizi di natura intellettuale, anche prima della novella del d. lgs. n. 56/2017 relativa all'espresso esonero dall'indicazione dei costi aziendali interni, la giurisprudenza ha ritenuto ammissibili le offerte che prevedono costi aziendali per la sicurezza pari a zero (da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, n. 3857 del 1 agosto 2017), dovendosi piuttosto valutare in concreto se tale dichiarazione sia congrua, in sede di verifica di congruità dell'offerta;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

RITENUTE pertanto non pertinenti le doglianze sollevate dall'istante;

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

l'operato della Stazione appaltante conforme alla disciplina normativa di settore.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 gennaio 2018

Per il Segretario, Rosetta Greco