



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1356

DEL 20 dicembre 2017

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d. lgs. 50/2016 presentata da RTP costituendo arch. Lombardi, ing. Boragine, ing. Verdone – Procedura negoziata senza previa indizione di gara per l'affidamento dei servizi di ingegneria nel campo della progettazione, direzione lavori, collaudi ed attività inerenti all'assolvimento degli obblighi di cui al d. lgs. n. 81/2008 nel campo della realizzazione e sostituzione di reti di distribuzione gas – Importo a base di gara: euro 2.500.000,00 – S.A.: Toscana Energia S.p.a.

PREC 281/17/S

Il Consiglio

VISTA l'istanza singola prot. n. 43330 del 22 marzo 2017 presentata dal RTP costituendo arch. Lombardi, ing. Boragine e ing. Verdone, nella quale si evidenziano i seguenti profili di illegittimità degli atti contestati: a) affidamento mediante unico contratto di appalto, ad unico appaltatore, di servizi diversi tra loro incompatibili; b) nomina della commissione giudicatrice in data antecedente al termine fissato per la presentazione delle offerte e mancata pubblicazione sul profilo di committente del relativo provvedimento e dei curricula dei componenti; c) valutazione contraddittoria in ordine al possesso dei requisiti di idoneità professionale da parte del geometra progettista; d) esclusione dalla gara per ipotesi di collegamento tra concorrenti; e) esclusione dalla gara per carenza dei requisiti, in ipotesi di avvalimento interno tra i membri del costituendo RTP;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato in data 11 settembre 2017;

VISTA la documentazione in atti, la memoria prodotta dal costituendo RTP istante e la successiva memoria integrativa del medesimo RTP in riscontro alla comunicazione di avvio del procedimento, dalle quali risultano gli elementi nel seguito elencati. Quanto al profilo sub a): la lettera di invito alla procedura negoziata, indetta ai sensi degli artt. 123 comma 5, 125 comma 1 lett. a) e 63 del d. lgs. 50/2016, aveva ad oggetto l'affidamento, in quote percentuali diverse, delle attività di progettazione, direzione lavori, collaudi ed attività inerenti all'assolvimento degli obblighi di cui al d. lgs. n. 81/2008 nel campo della realizzazione e sostituzione di reti di distribuzione gas, per la durata di due anni; l'appalto era suddiviso in tre lotti articolati su base territoriale. Quanto al profilo sub d): la comunicazione di esclusione, ai sensi dell'art. 80 comma 5, lettera m) del Codice, si riferiva alla circostanza che uno dei mandanti, professionista persona fisica membro del RTP istante, risultava altresì dipendente part-time di una società partecipante alla medesima gara in veste di mandante di altro RTP concorrente; la comunicazione di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

esclusione richiamava inoltre ulteriori elementi fattuali relativi alle concrete modalità di presentazione delle due offerte, tali da renderle imputabili ad un unico centro decisionale. Quanto al profilo sub e): la comunicazione di esclusione considerava non ammissibile un contratto di avvalimento interno, finalizzato all'acquisizione del requisito dell'esperienza professionale richiesta con riferimento all'attività di Responsabile Lavori, poichè indicava quale ausiliario uno dei professionisti già presente come mandante nel medesimo RTP, con diverso ruolo nella struttura organizzativa minima richiesta dalla procedura di gara;

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;

VISTA la disciplina del d. lgs. n. 50/2016 relativa ai settori speciali, in particolare: l'art. 3, comma 1, lett. e), che individua quali enti aggiudicatori le imprese pubbliche che svolgono le attività di cui agli artt. da 115 a 121 del medesimo decreto legislativo, con la conseguente soggezione alla specifica disciplina di settore; l'art. 114, che individua le norme e l'ambito soggettivo di applicazione degli appalti nei settori speciali, con ciò evidenziando il carattere tassativo delle disposizioni in esso richiamate e, quindi, il divieto di applicazione analogica o estensiva di ulteriori disposizioni del Codice dei contratti pubblici;

RILEVATO che l'applicabilità della Parte II, Titolo VI, Capo I del Codice richiede la contemporanea presenza, oltre che dell'elemento soggettivo, concernente i soggetti - definiti enti aggiudicatori - che operano nei cosiddetti settori speciali, anche di quello oggettivo, inteso come riferibilità della concreta prestazione, oggetto dell'appalto, al settore speciale di attività, come precisato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 16 del 1° agosto 2011 e più volte ribadito dalla successiva giurisprudenza (così anche sostanzialmente Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2026; 8 ottobre 2013, n. 4934);

RILEVATO che, nel caso di specie, anche rispetto al profilo oggettivo trova applicazione la disciplina dei settori speciali, trattandosi di appalto di servizi relativo alla gestione di reti di distribuzione di gas, dunque strumentale all'esercizio delle attività oggetto della disciplina speciale;

CONSIDERATO che, al riguardo, questa Autorità nella delibera n. 973 del 14 settembre 2016, Linee Guida n. 1, di attuazione del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*" ha specificato che le disposizioni dei settori ordinari trovano applicazione per i settori speciali nei limiti di quanto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

previsto dall'art. 114 del Codice, con esclusione quindi delle disposizioni di cui all'art. 157 del Codice stesso;

RITENUTO che una lettura coerente e sistematica delle norme, tuttavia, non può prescindere dalla considerazione che, nell'ambito dei settori speciali, sebbene non debbano necessariamente essere applicate le disposizioni normative specifiche sulle procedure di gara, devono tuttavia essere osservati alcuni indefettibili principi concorrenziali, desumibili dal Trattato UE, quali la trasparenza e la par condicio;

CONSIDERATO, circa il profilo di doglianza sub a), che l'affidamento congiunto di servizi tra loro incompatibili non può essere invocato, non essendo richiamati, nell'ambito della disciplina applicabile ai settori speciali di cui all'art. 114 del Codice, i corrispondenti articoli dei settori ordinari che prevedono vincoli in tal senso;

CONSIDERATO, circa il profilo di doglianza sub b), che le disposizioni di cui all'art. 77 relative alla commissione giudicatrice, per espressa previsione del comma 13 del medesimo articolo, non si applicano alle procedure di aggiudicazione effettuate da enti aggiudicatori che non siano amministrazioni aggiudicatrici quando svolgono una delle attività previste dagli artt. da 115 a 121; è per contro applicabile l'art. 29, che impone la pubblicazione sul profilo del committente di tutti gli atti relativi alle procedure di affidamento, ivi inclusi la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'art. 53 ovvero secretati ai sensi dell'art. 162;

CONSIDERATA, circa il profilo di doglianza profilo sub c), l'attestazione di avvenuto superamento della questione, contenuta nella memoria integrativa del RTP istante;

CONSIDERATO, circa il profilo di doglianza sub d), che per giurisprudenza costante le ipotesi di collegamento sostanziale tra concorrenti devono essere valutate sulla base di una pluralità di elementi oggettivi ed univoci, atti ad evidenziare che nel caso concreto la relazione tra i due concorrenti possa far sospettare che vi sia conoscenza reciproca delle offerte (in tal senso, tra le altre, Cons. St., Sez. V, sent. 2397 del 2 maggio 2013). La verifica e l'eventuale esclusione possono essere disposte soltanto dopo adeguata istruttoria e previa motivazione in ordine all'effettiva incidenza dei rapporti tra i due operatori economici sul contegno assunto nella gara. La giurisprudenza considera illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto nel caso in cui risulti che la medesima persona fisica ricopra la carica di Presidente del Consiglio di Amministrazione della società mandante del RTC risultato aggiudicatario e la carica di Presidente del Consiglio di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Amministrazione di un'altra società partecipante alla gara stessa; tale elemento, infatti, ancorché unico, è da solo sufficiente a considerare le due offerte ascrivibili a un unico centro decisionale e a ritenere sussistente un "collegamento sostanziale" tra le imprese interessate, tale da comportare l'automatica esclusione delle stesse (Cons. St, Sez. III, sent. 2173 del 10 maggio 2017). Per contro, negli altri casi, occorre fare riferimento ad ulteriori indizi, legati tra loro da un nesso oggettivo di gravità, precisione e concordanza, quali ad esempio: identità di sede; rapporti di parentela; analogia nelle modalità di formulazione dell'offerta. Nel caso di specie, allo stato degli atti, sembrano non ravvisarsi i presupposti per disporre l'esclusione automatica dei due concorrenti, in base alla semplice somiglianza della veste formale delle offerte o degli esiti di una precedente procedura di gara, né dell'indizio costituito dal rapporto di dipendenza part-time di un partecipante al RTP, peraltro privo di alcun ruolo di governo, direzione o vigilanza nell'ambito dell'altra società partecipante alla medesima gara, fermo restando il potere della stazione appaltante di accertare l'imputabilità delle offerte ad un unico centro di interessi, mediante un esame sostanziale delle stesse (AVCP, Parere 16 gennaio 2014 n. 06; Delibera ANAC 3 febbraio 2016 n. 80; AVCP, Parere 20 novembre 2013 n. 191). Ciò è ancor più necessario quando, come in questo caso, i criteri per la valutazione dell'offerta tecnica prevedono l'attribuzione di punteggi assoluti in modalità tabellare, senza ricorrere a formule che determinano l'interdipendenza tra le diverse offerte e la possibilità di orientare la valutazione mediante accordi collusivi tra i concorrenti;

CONSIDERATO, circa il profilo di doglianza sub e), che l'art. 89 del Codice in tema di avvalimento, pur in assenza di un richiamo esplicito, può ritenersi applicabile anche agli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria di cui all'art. 46 del Codice, esso risulta altresì applicabile ai settori speciali in base al richiamo di cui all'art. 135 comma 3 del Codice. La possibilità di avvalimento interno per i componenti un RTC è ora espressamente ammessa dall'art. 89 comma 1 del Codice; peraltro, già nella disciplina previgente tale facoltà veniva riconosciuta, quando i requisiti di partecipazione dell'impresa avvalsa sono sufficienti a consentirle di partecipare sia come concorrente in RTI sia come ausiliario nel medesimo RTC (TAR Catanzaro, Sez. II, sent. 1621 del 21/10/2015; Determinazione AVCP n. 2 del 1 agosto 2012 "L'avvalimento nelle procedure di gara").

Nel caso di specie, in particolare, non si ravvisa una incompatibilità tra la necessità che l'ausiliario esegua direttamente i servizi per i quali sono richieste determinate esperienze professionali (come prevede l'art. 89, comma 1 del Codice) e il rispetto del requisito di partecipazione relativo alla composizione della struttura organizzativa. Mediante il prestito dei requisiti effettuato con l'avvalimento interno è infatti assicurata la presenza delle dieci unità di personale tecnico professionalmente qualificate come richiesto; la circostanza che l'ausiliario,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

componente del RTP, possa svolgere anche servizi attinenti a figure professionali diverse, in assenza di specifiche previsioni della lettera di invito - anche ai sensi dell'art. 45 comma 5 del Codice - non rileva ai fini dell'esclusione dalla gara;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- nell'ambito degli appalti nei settori speciali, non sono applicabili le norme dei settori ordinari relative alle incompatibilità negli affidamenti di servizi di architettura e ingegneria;
- nell'ambito dei settori speciali, non è conforme alla normativa di settore l'omessa pubblicazione sul profilo del committente di tutti gli atti relativi alle procedure di affidamento di appalti pubblici, ivi inclusi la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'art. 53 ovvero secretati ai sensi dell'art. 162;
- allo stato degli atti, non ricorrono i presupposti per l'esclusione del RTP istante, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m) del Codice, in assenza di concreti elementi di prova circa l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale;
- non è conforme alla normativa di settore l'esclusione del concorrente in RTP per carenza dei requisiti di capacità tecnica in ipotesi di avalimento interno.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 gennaio 2018

Il Segretario Rosetta Greco