



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 817 del 18 settembre 2019

Fascicolo UVCS n. 3154_2018

Oggetto: CONSIP S.p.A. – Segnalazione in materia di bandi pubblici di servizi relativa alla gara comunitaria a procedura aperta ai sensi del d.lgs. n. 163/2006 per l'erogazione di supporto specialistico e assistenza tecnica alle Autorità di Gestione e di Certificazione per l'attuazione dei Programmi Operativi 2014-2020 - ID SIGEF 1698. Base d'asta euro 261.600.000,00.

Il Consiglio

nell'adunanza del 18 settembre 2019;

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;

Visti i decreti legislativi n. 163 del 12 aprile 2006 e n. 50 del 18 aprile 2016, e successive modificazioni, integrazioni e abrogazioni;

Considerato in fatto

In data 21 febbraio 2017 e successivamente con note integrative del 26 luglio 2017 e del 18 giugno 2018, le società di consulenza Vision & Value s.r.l. unitamente a Jo Consulting s.r.l., depositavano presso l'Anac una segnalazione in ordine alla regolarità del bando di gara comunitaria Consip a procedura aperta ai sensi del d.lgs. n. 163/2006 per l'erogazione di supporto specialistico e assistenza tecnica alle Autorità di Gestione e di Certificazione per l'attuazione dei Programmi Operativi 2014-2020 - ID SIGEF 1698.

Nello specifico, la gara comunitaria a procedura aperta, suddivisa in 10 Lotti, era stata bandita dalla Consip ai sensi del d.lgs. 163/2006 pubblicata in data 21.12.2015, scadente il 18.3.2016, aggiudicata con l'offerta economicamente più vantaggiosa per un importo a base d'asta pari ad euro 261.600.000,00 oltre IVA in data 19.5.2017 (Lotti 2,3,4,5,6,7,8,9 e 10) ed in data 19.6.2017 (Lotto 1). La

durata di ciascun incarico era previsto essere di 24 mesi con la possibilità di prolungare il servizio sino a 48 mesi.

Gli esponenti indicavano alcune specifiche criticità della gara in argomento. Le problematiche sollevate avrebbero riguardato:

- i requisiti di capacità economica e finanziaria per aver accesso alla gara. Quelli indicati nel bando prevedevano per ogni Lotto dei dieci definiti, una soglia di fatturato globale (maturato nel triennio precedente alla data di pubblicazione della gara) nonché un'ulteriore soglia di *fatturato specifico*, riferibile in teoria al tipo di servizio che ciascun Lotto mette a gara, ma in realtà, come indicato dalla documentazione di gara predisposta dalla Consip (in particolare articolo 17.2 del bando di gara), il fatturato specifico non avrebbe riguardato la natura del servizio richiesto (programmazione e attuazione, monitoraggio, sorveglianza, controllo, comunicazione, procedure manualistica e strumenti, controlli di competenza delle AdC, gestione e recuperi, presentazione annuale dei conti) ma la fonte del finanziamento della policy, la cui implementazione viene supportata da quel servizio. Ciò avrebbe avuto l'effetto di escludere tutti coloro che hanno fornito lo stesso servizio a favore di soggetti di identica natura che si fossero trovati a gestire politiche dello stesso tipo delle politiche di coesione, nel caso in cui tali politiche siano finanziate non con fondi strutturali o perché non erano "Autorità di Gestione";
- la consultazione di mercato effettuata dalla Consip per preparare la gara in argomento, avrebbe influenzato la strutturazione della gara medesima, in quanto limitata solo a sedici soggetti convocati, senza prevedere la presenza di Università, società di consulenza strategica, aziende specializzate in comunicazione, né società di assistenza tecnica non italiane;
- la divisione della gara in dieci Lotti, prevista dall'art. 7 del capitolato, riunirebbe per ciascun Lotto ben nove attività del tutto distinte tra di loro. Ciò comporterebbe conseguenze assai restrittive del mercato e la conseguenza sarebbe per gli operatori del mercato quella di aggregarsi in raggruppamenti Temporanei d'impresa. Inoltre il bando riuniva nei vari Lotti (articolo 3.1 del Capitolato) Amministrazioni pubbliche che tra di loro hanno caratteristiche assai distinte e di fatto sarebbe stata tolta alle singole Amministrazioni la possibilità di tarare le offerte in base alle proprie necessità, caratteristiche istituzionali, politiche perseguite (ad esempio Campania e Puglia sarebbero nello stesso Lotto pur avendo fatto scelte di specializzazione produttiva e di ricerca assai diverse). Tale criticità non sarebbe attenuata dalla previsione di limiti di aggiudicazione dei Lotti (nello specifico nessun concorrente

poteva vincere più di quattro dei dieci Lotti) e del fatto che la Convenzione Consip non fosse obbligatoria;

- da ultimo tutto l'impianto dei dieci Lotti previsti in gara sarebbe in contrasto con le recenti disposizioni di cui al d.lgs. n. 50/2016, in particolare all'articolo 51 con riferimento al "lotto funzionale" e al "lotto prestazionale". I Lotti avrebbero seguito esclusivamente un criterio geografico e soggettivo.

In considerazione degli elementi rappresentati l'Anac con nota del 12 luglio 2018 avviava il procedimento di vigilanza ai sensi dell'art. 13 dell'allora vigente Regolamento Anac.

Nello specifico venivano richiesti a Consip elementi da fornire tramite una specifica e dettagliata informativa, quali:

- le motivazioni ed i criteri adottati dalla Società Consip per suddividere la gara in numero di dieci lotti;
- le motivazioni che hanno condotto la Società Consip a richiedere i requisiti specifici;
- l'elenco dei partecipanti alla gara suddiviso per ciascuno Lotto e l'elenco dei soggetti ammessi;
- i ribassi ottenuti ed i punteggi tecnici ed economici dei vari operatori economici;
- ogni ulteriore elemento che si riteneva di comunicare.

Con nota del 10 settembre 2018, veniva riscontrata la comunicazione di avvio del procedimento ex art. 13 del regolamento di Vigilanza Anac.

Nella nota trasmessa dalla Consip venivano forniti all'Anac specifiche in merito a quanto richiesto con nota del 12 luglio 2018, premettendo che tutti i Lotti della Convenzione in esame risultavano, alla data dell'invio delle memorie, stipulati ed attivati e che sotto il profilo della concorrenza prima della pubblicazione della documentazione di gara la stessa era stata sottoposta al preventivo parere dell'AGCM che nell'adunanza del 2 dicembre 2015 aveva espresso parere favorevole sugli atti di gara, ritenendoli sostanzialmente conformi agli orientamenti già espressi in materia di bandi di gara predisposti da Consip.

Sotto il profilo della suddivisione in dieci lotti, la Consip, nell'evidenziare che tale suddivisione è stata condivisa con il MEF - Ispettorato generale per i rapporti finanziari con l'Unione Europea (IGRUE) rappresentava che in sede di predisposizione della gara era prevalsa la volontà di omogeneizzare il valore dei Lotti con la gara espletata precedentemente (19.3.2015), avente per oggetto i servizi di "*Supporto e assistenza tecnica per l'esercizio e lo sviluppo della funzione di Sorveglianza e Audit dei Programmi cofinanziati dall'UE*" (così detta gara ADA). Tale scelta sarebbe stata dettata dalla necessità di

tener insieme territori contigui e di tener conto della incompatibilità del fornitore in caso di aggiudicazione del medesimo lotto delle due gare a supportare sia l'AdG/AdC sia l'ADA istituite presso la medesima Amministrazione in ragione della natura delle attività da prestare nelle due diverse iniziative di gara.

Per ovviare a tale criticità la Consip avrebbe stabilito di precludere la partecipazione all'iniziativa di gara in esame ai soggetti aggiudicatari del medesimo lotto della gara ADA. A tale fine si sarebbe reso indispensabile che la struttura dei Lotti fosse stata identica nelle due gare.

Sotto il profilo delle motivazioni della scelta di prevedere requisiti specifici, l'individuazione degli stessi sarebbe stata quella di un'ampia partecipazione alla gara, e dall'altro, l'individuazione di operatori solidi e dotati di tutte le competenze necessarie. Vale a dire, relativamente ai requisiti di capacità economica e finanziaria, gli stessi sarebbero stati definiti proporzionalmente al valore del contratto al fine di garantire la congruità della capacità produttiva dell'impresa fornitrice e al contempo, garantire la più ampia partecipazione alla gara da parte degli operatori economici.

Il fatturato specifico, in particolare, sarebbe stato determinato in rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, non limitando indebitamente l'accesso alla procedura di gara e giustificato da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto.

Il supporto specialistico e l'assistenza tecnica alle Autorità di gestione e di certificazione per l'attuazione dei Programmi Operativi 2014-2020 sarebbe un servizio con caratteristiche specifiche, anche tenuto conto delle peculiari regole delle rendicontazioni comunitarie, tale da ritenere opportuno inserire la previsione di un fatturato specifico che possa confermare che i partecipanti abbiano già in precedenza svolto attività del tutto assimilabili.

Inoltre, secondo la Consip, i valori fissati (20% dell'importo del/i Lotto/i per cui si concorre realizzato complessivamente negli ultimi tre esercizi finanziari approvati alla data di pubblicazione del bando, per il fatturato globale e 2% dell'importo del/i lotto/i per cui si concorre realizzato complessivamente negli ultimi tre esercizi finanziari approvati alla data di pubblicazione del bando, per il fatturato specifico), sono stati elaborati ed individuati anche in considerazione dei dati forniti dal mercato della fornitura in sede di consultazione del mercato.

Alla consultazione del mercato fatta prima dell'avvio dell'iniziativa, avrebbero partecipato 17 fornitori. A parere della Consip, proprio per incentivare la partecipazione, a differenza della gara ADA, i requisiti economici richiesti sono stati ridotti in misura molto significativa, infatti alla gara ADA è stato richiesto un fatturato globale pari al 40% dell'importo a base d'asta del lotto realizzato complessivamente negli ultimi tre esercizi finanziari approvati alla data di pubblicazione del bando in argomento ed un fatturato specifico pari al 10% dell'importo a base d'asta del lotto realizzato complessivamente negli ultimi tre esercizi finanziari approvati alla data di pubblicazione del bando stesso.

L'Autorità in riscontro a quanto rappresentato dalla Società Consip in sede di controdeduzioni, in data 18 giugno 2019 inviava comunicazione delle risultanze istruttorie.

Nel richiamare la delibera Anac n. 123 del 13 febbraio 2019, con riferimento all'ampia disamina sull'indicazione dimensionale dei lotti, venivano evidenziate criticità in sede di redazione del bando di gara quali:

- non aver esteso la partecipazione della gara ad un ampio numero di operatori economici;
- l'importo a base di gara per ciascun lotto dei dieci definiti apparirebbe sovradimensionato, con i relativi requisiti eccessivamente elevati;
- il fatturato specifico richiesto dal bando di gara non sarebbe risultato correlato all'oggetto della gara, bensì alla fonte di finanziamento delle esperienze pregresse degli operatori economici;
- nella divisione in n. 10 Lotti, in ciascun Lotto sarebbero concentrate ben nove attività del tutto distinte tra loro;
- dall'analisi delle Tabelle trasmesse dalla Consip in merito agli operatori economici aggiudicatari e con riferimento ai punteggi tecnici ed economici, si evidenziava che aggiudicatari di diversi lotti erano le Società così dette "*big four*".

Da ultimo si sarebbe dovuto considerare ai fini del rispetto dei requisiti di carattere generale di alcuni aggiudicatari, la rilevanza del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM del 18.10.2017, n. 26815.

2. Controdeduzioni alla comunicazione delle risultanze istruttorie e diritto

La Consip, con nota del 17 luglio 2019, riscontrava quanto rappresentato dall'Autorità nella nota relativa alla comunicazione delle risultanze istruttorie.

Nello specifico, allegando una ulteriore Tabella *xls* la società Consip evidenziava che il numero complessivo degli operatori che hanno partecipato alla gara è stato pari a 43, singolarmente o in raggruppamento e solo 13 non avrebbero potuto partecipare singolarmente nemmeno ad uno dei dieci lotti previsti sulla base dei requisiti di fatturato richiesti.

Dal lato dell'aspetto dell'importo a base di gara per ciascun lotto, sul "sovradimensionato" evidenziato dall'Autorità, la società Consip sottolinea che sulla base delle analisi di mercato condotte, in realtà le stime si sono reputate estremamente cautelative sotto il profilo della partecipazione e comunque ampiamente al di sotto dei limiti oggi previsti dall'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016.

L'iniziativa in esame costituiva per Consip una prima edizione per la quale non si disponeva di dati pregressi anche in relazione alle percentuali di sconto praticate dai concorrenti al fine di poter calibrare le basi d'asta sulla base di tali informazioni, e che, al fine di incentivare la partecipazione, si è deciso di non utilizzare delle basi d'asta stringenti, ma di attestarsi sulle tariffe medie utilizzate dalle altre Amministrazioni.

Con riferimento al fatturato specifico, la Consip ribadisce quanto già affermato nella memoria prodotta in riscontro alla comunicazione di avvio del procedimento con riferimento alla peculiarità che caratterizzano il supporto specialistico e l'assistenza tecnica delle Autorità di Gestione e Certificazione per l'attuazione dei programmi operativi finanziati da fondi strutturali europei, che imporrebbero che i soggetti selezionati (anche attraverso il possesso di un adeguato fatturato specifico), abbiano le necessarie competenze per poter supportare le Amministrazioni beneficiarie dei Fondi strutturali europei.

Con riferimento alla suddivisione in lotti, al di là del richiamo a quanto previsto dal recente art. 51 del d.lgs. n. 50/2016, all'epoca del bando non ancora applicabile, la Consip evidenzia che la scelta si è posta come una scelta vincolata dovendo imprescindibilmente tener conto della suddivisione in lotti adottata nella precedente gara per il supporto specialistico alle ADA e del fatto che l'aggiudicatario del corrispondente lotto della gara ADA sarebbe risultato incompatibile rispetto all'attività di supporto alle ADG/ADC per le ragioni già esplicitate in precedenza.

Una ulteriore suddivisione in lotti funzionali o prestazionali sarebbe risultata impraticabile, oltre che per gli effetti di incompatibilità anche per il fatto che le attività accorpate, in ciascuno dei dieci lotti (programmazione e attuazione, monitoraggio, rendicontazione, comunicazione..ecc.) sono attività strettamente connesse l'una a l'altra in modo tale che l'ipotesi di frazionarle, facendole oggetto di lotti distinti, si sarebbe rilevata una scelta antieconomica e che avrebbe rischiato di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto, costringendo l'Amministrazione ad interfacciarsi con diversi fornitori per attività che costituiscono in definitiva, fasi di un processo che può considerarsi unico.

Tale circostanza risulterebbe confermata anche dalla prassi adottata dalle singole amministrazioni che nella predisposizione delle proprie gare, con oggetti simili, non suddividono la gara in lotti funzionali/merceologici, identificando il servizio come indivisibile al fine di non pregiudicare l'esecuzione dell'appalto.

Da ultimo, con riferimento al provvedimento AGCM n. 26815/2017 emesso nell'ambito di una diversa gara bandita da Consip (c.d. gara ADA), a seguito di un accertamento, in via incidentale presso l'AGCM dell'assenza di una intesa anticoncorrenziale nell'ambito della gara in esame, Consip evidenziava che non vi erano i presupposti per far valere la clausola risolutiva espressa, di cui all'art. 10, comma 2, delle Condizioni Generali del Contratto.

La Società evidenziava inoltre che, sotto il profilo della sussistenza dei requisiti minimi richiesti per la partecipazione alla gara, da mantenere per tutta l'esecuzione del contratto, con particolare riferimento alla onorabilità ed integrità degli operatori economici colpiti dal provvedimento sanzionatorio AGCM, la riconducibilità dell'illecito anticoncorrenziale nell'ambito della fattispecie dell'errore professionale di cui all'art. 38, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006 era questione dibattuta dalla giurisprudenza che ha seguito nel tempo orientamenti opposti.

Soltanto di recente, con ordinanza del 4 giugno 2019 la Corte di Giustizia europea chiamata a pronunciarsi sull'argomento a seguito di rinvio disposto dal TAR Piemonte, si è pronunciata chiarendo che *“sarebbe in contrasto con la normativa comunitaria una normativa nazionale che fosse interpretata nel senso di escludere dall'ambito dell'”errore grave” commesso da un operatore economico “nell'esercizio della propria attività professionale” i comportamenti che integrano una violazione delle norme in materia di concorrenza, accertati e sanzionati dall'Autorità Nazionale Garante della concorrenza con un procedimento confermato da un organo giurisdizionale e che precluda alle amministrazioni”*. Nella medesima ordinanza la Corte di Giustizia ha tuttavia chiarito che una decisione dell'AGCM che accerti una violazione delle norme in materia di concorrenza non può comportare l'esclusione automatica di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico e che l'accertamento della sussistenza di un “errore grave” necessita di una valutazione specifica e concreta del comportamento dell'operatore economico.

Sulla base di quanto rappresentato solo oggi la stazione appaltante avrebbe potuto, sulla scorta dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia, effettuare una valutazione circa l'incidenza del comportamento degli operatori economici aggiudicatari di alcuni lotti della gara in esame.

Tuttavia la Consip evidenzia che allo stato tutti i lotti della convenzione sono in scadenza ed in molti il massimale risulta eroso in maniera significativa. Una valutazione ad oggi dell'incidenza del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM sull'affidabilità degli operatori interessati richiederebbe di compromettere l'interesse pubblico alla continuità dell'azione amministrativa senza avere effetti in concreto, intervenendo ad esecuzione del contratto ormai quasi concluso.

Si evidenzia altresì che l'Autorità riceveva per conoscenza, sull'argomento, da parte dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato in data 2 agosto 2019, un atto di segnalazione ai sensi dell'art. 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 indirizzato al Ministero dell'Economia e delle Finanze, in merito alle possibili restrizioni concorrenziali derivanti dalla formulazione di alcuni bandi di gara per l'affidamento di servizi di consulenza per l'implementazione delle politiche di coesione dell'Unione Europea.

Nello specifico, l'AGCM nella sua adunanza del 31 luglio 2019 ha ritenuto di svolgere alcune osservazioni al fine di garantire che l'affidamento dei servizi di assistenza tecnica sia attuato favorendo il più ampio confronto concorrenziale e la scelta del migliore contraente.

L'azione dovrebbe essere volta ad introdurre alcuni miglioramenti nei bandi di gara al fine di favorire una selezione più concorrenziale dei prestatori di servizi.

Sotto questo profilo a parere dell'AGCM *“potrebbero attuarsi efficaci criteri di capacità economica/finanziaria e tecnica/professionale da inserire nei bandi. Parimenti potrebbero essere individuati criteri di valutazione dell'offerta tecnica che consentano di valorizzare le professionalità specifiche dei diversi fornitori del servizio.”*

In conclusione l'Autorità ritiene opportuno che siano valutati, con attenzione, i requisiti dimensionali da richiedere ai fini della partecipazione al bando, limitando il più possibile gli stessi e utilizzando anche criteri differenti rispetto a quello, maggiormente diffuso, del “fatturato minimo”, ciò al fine di garantire la più ampia partecipazione possibile delle imprese nel rispetto delle esigenze di affidabilità e serietà legittimamente vantate dai committenti.

L'AGCM sottolinea l'importanza di inserire, nella valutazione dell'offerta tecnica, criteri che tengano conto anche delle specifiche professionalità offerte dalle imprese, come, ad esempio, la valutazione dei componenti del gruppo di lavoro che svolgerà il servizio. Ciò potrebbe avere effetti significativi sul livello qualitativo dei servizi offerti e sulla partecipazione anche delle piccole/medie imprese alle gare

Con riferimento a quanto rappresentato dalla Consip e contrariamente a quanto indicato dalla stessa Società, la previsione di maggiori lotti in sede di redazione del bando di gara ha lo scopo di estendere la partecipazione alla gara ad un ampio numero di operatori economici sparsi per tutto il territorio nazionale.

Come rilevato dai dati contenuti nel 9° Rapporto 2017/2018 dell'Assoconsult, il settore del *management consulting* in Italia è molto frammentato, per un totale di circa 21.900 società. Le ulteriori Tabelle trasmesse dalla Consip in allegato alla comunicazione delle risultanze istruttorie metterebbero in evidenza un elenco di operatori economici intervenuti comunque molto contenuto (n. 43 operatori economici, pari allo 0,19% del mercato se si considerassero tutte le società di consulenza anche quelle di dimensione molto ridotta) rispetto ad un potenziale numeroso di operatori economici presenti sul mercato nazionale nel settore specifico; alcuni operatori di quelli indicati da Consip, successivamente, hanno dovuto, necessariamente, utilizzare le forme di aggregazione previste dal bando.

Anche la concentrazione delle nove attività in un unico lotto non appare giustificabile sulla stretta correlazione dei servizi, perché mentre ciò potrebbe essere condivisibile per un primo gruppo di servizi quali la programmazione e attuazione, il monitoraggio, la sorveglianza, il controllo, la

comunicazione, offerti alle Amministrazioni che svolgano a qualsiasi titolo, funzione di Autorità di Gestione dei Programmi Operativi Regionali e dei Programmi Operativi Nazionali, (come indicato a pag. 10 del Capitolato tecnico), altri servizi offerti alle Amministrazioni che svolgano, a qualsiasi titolo, funzione di Autorità di Certificazione dei Programmi Operativi Regionali e dei Programmi Operativi Nazionali non apparirebbero fasi di un processo che si vorrebbe considerare unico (procedure, manualistica e strumenti, controlli di competenza della AdC, gestione e recuperi, presentazione annuale dei conti).

Su tale orientamento si pone anche l'Atto di segnalazione dell'AGCM ai sensi dell'art. 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 pervenuto all'Anac in data 2.8.2019, laddove rileva che anche le imprese medio piccole possono svolgere servizi a livelli professionali elevati, in quanto vantano, tra i propri dipendenti, personale altamente specializzato con una lunga esperienza nei servizi di consulenza.

A parere dell'AGCM quest'ultimo elemento che potrebbe avere un peso nella valutazione dell'offerta tecnica, al contrario, spesso non sarebbe valutato in quanto non è prevista la presentazione, già in sede di offerta, della composizione del gruppo di lavoro che dovrà occuparsi del servizio.

Sarebbe stato auspicabile, sotto questo aspetto, dunque, prevedere un numero più ampio di lotti come già ampiamente scritto nella comunicazione delle risultanze istruttorie, nonché con riferimento alla delibera Anac n. 123 del 13.2.2019.

Da ultimo sulla scorta del recente orientamento espresso dalla Corte di Giustizia europea nell'ordinanza dello scorso 4 giugno 2019, in merito alla sussistenza dei requisiti minimi richiesti per la partecipazione alla gara, si evidenzia alla stazione appaltante di voler valutare oggi l'incidenza del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM sull'affidabilità degli operatori economici interessati.

Per tutti i motivi sopra indicati

DELIBERA

che nella gara in questione, per i motivi espressi nei precedenti considerato, i criteri di suddivisione in lotti non risultano conformi alle previsioni dell'art. 2, comma 1 bis, del dlgs. n. 163/2006, vigente *ratione temporis*.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 ottobre 2019

Il Segretario
Maria Esposito