



DELIBERA N. 986 del 18 novembre 2020

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Safesec S.r.l. – Indagine di mercato tramite RDO competitiva per la fornitura di n. 6226 proiettori a LED per l’illuminazione delle gallerie autostradali in sostituzione degli attuali apparecchi Sodio Alta Pressione compresi gli accessori di posa – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: (orientativo) euro 2.374.020,00 - S.A.: Strada dei Parchi S.p.A.

PREC 199/2020/F

Riferimenti normativi

Art. 1, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50/2016

Artt. 164-178, d.lgs. n. 50/2016

Linee guida ANAC n.11/2018

Parole chiave

Concessione - Concessione autostradale – Procedure – RDO competitiva – MEPA - Affidamenti - Forniture

Massime

Concessionario autostradale – Affidamenti a terzi – Contratti di forniture

Ai sensi dell’art. 177, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 il concessionario autostradale scelto con procedura di gara ad evidenza pubblica, con le modalità previste dalla normativa vigente al momento della sottoscrizione della convenzione, non deve svolgere procedure di gara ad evidenza pubblica e secondo le norme del Codice per l’affidamento di un contratto di fornitura a terzi, ma ove si sia auto-vincolato su un piano pubblicistico attraverso l’avvio di una negoziazione con operatori economici invitati a presentare un’offerta e a competere ai fini dell’aggiudicazione del contratto, deve svolgere l’attività nel rispetto dei principi generali di correttezza, trasparenza e pubblicità della procedura.

Art. 1, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 - Art. 177, comma 1, d.lgs. n. 50/2016

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 18 novembre 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza prot. n. 68570 del 18/09/2020 con la quale la Safesec S.r.l. sottopone all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine alla procedura indetta da Strada dei Parchi S.p.A. per l'affidamento del contratto di fornitura di n. 6226 proiettori a LED per l'illuminazione delle gallerie autostradali in sostituzione degli attuali apparecchi Sodio Alta Pressione compresi gli accessori di posa, ritenendo non conforme alla normativa di settore la scelta di avviare un'indagine di mercato tramite RDO competitiva, procedura che sarebbe legittima solo in caso di affidamenti di valore inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria laddove il valore dell'affidamento in questione risulterebbe superiore alla soglia;

VISTO che l'istante solleva diversi rilievi critici relativi all'espletamento della procedura, relativamente alle fasi di valutazioni tecniche che sarebbero state affidate ad aziende esterne con personale in situazioni di conflitto di interessi, all'assenza di un confronto competitivo e alla violazione dei principi di trasparenza e di reale valutazione competitiva considerata l'assenza di una commissione e della comunicazione relativa agli esiti delle valutazioni tecnico economiche compiute;

VISTO che l'istante lamenta la mancata evasione dell'istanza di accesso agli atti e di restituzione delle campionature e staffaggi trasmessi, che sarebbero coperti da segreto industriale;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 73075 del 05/10/2020;

VISTE le memorie e i documenti trasmessi in atti dalle parti interessate;

CONSIDERATO che il presente parere è predisposto sulla base delle difese e della documentazione trasmesse in atti dalle parti interessate;

CONSIDERATO che, come riferisce Strada dei Parchi S.p.A. nella memoria acquisita al prot. n. 74678 del 12/10/2020, la società pubblicava la RDO su MEPA prot. n. 130 del 27/12/2019, richiedendo a n. 27 operatori economici di presentare un'offerta per la fornitura di apparecchi di illuminazione per galleria in tecnologia LED per la sostituzione su impianti con lampade SAP (Sodio Alta Pressione), per un importo presunto di circa euro 2.374.020,00; riferisce la società che alla RDO rispondevano soltanto n. 5 imprese, inclusa l'istante la cui offerta era valutata conforme insieme a quella di altre due imprese, mentre le altre tre erano ritenute non valide, sulla base di una valutazione compiuta dall'Ufficio Impianti di Strada dei Parchi che si avvaleva della consulenza tecnica di due studi di progettazione; quindi, il contratto era aggiudicato a un offerente rispetto al quale l'offerta dell'istante riceveva un punteggio più basso;



CONSIDERATO che Strada dei Parchi S.p.A. sostiene che non era obbligata, ai sensi dell'art. 177, d.lgs. n. 50/2016, a esperire procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento a terzi del contratto di fornitura in quanto concessionario autostradale scelto con gara e avente natura privatistica; la società evidenzia di esercitare l'attività di concessionario per la gestione della rete autostradale A24 e A25 all'esito di procedura selettiva indetta da ANAS con bando pubblicato in G.U.R.I. in data 29/11/2000, in quanto società di progetto costituita ai sensi dell'art. 37-quinquies, l. 109/1994 dall'ATI aggiudicataria formata da Autostrade S.p.A. e Toto S.p.A., avendo da ultimo siglato con ANAS la Convenzione Unica ai sensi dell'art. 2, comma 82 e ss., d.l. n. 262/2006; ad avviso di Strada dei Parchi S.p.A., la scelta di pubblicare la RDO su MEPA per l'acquisto delle forniture non comportava l'applicazione delle norme dettate dal decreto legislativo n. 50/2016 sulle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici; nel richiamare a sostegno della propria tesi il parere espresso dal Consiglio di Stato n. 823/2020, la società sostiene l'inammissibilità dell'istanza di parere in quanto la questione non atterrebbe ad una procedura di gara pubblica come dimostrerebbe la stessa RDO su MEPA che indicava espressamente che la richiesta di offerta non avrebbe vincolato «in alcun modo la Strada dei Parchi restando questa assolutamente libera nella scelta dell'affidatario (...); in ogni caso, sarebbe inoppugnabile sia l'atto iniziale della procedura, non contestato nei termini, sia l'aggiudicazione di cui l'istante veniva a conoscenza in data 02/09/2020, con conseguente inammissibilità della richiesta di parere sotto tale profilo; nel merito, la società contesta la infondatezza dei rilievi, in quanto in parte genericamente formulati (in particolare i rilievi riferiti alla sussistenza del conflitto di interesse) e contraddetti dalla circostanza che la procedura espletata non avesse natura di procedura di gara ad evidenza pubblica;

CONSIDERATO che, con memoria acquisita al prot. n. 74670 del 12/10/2020, Safesec S.r.l. ha integrato la richiesta di parere trasmettendo una serie di informazioni in ordine ai rapporti negoziali pregressi con Strada dei Parchi e avanzando diversi rilievi critici concernenti l'istruttoria e le scelte tecniche compiute dalla società, contestando la violazione di diverse norme del codice dei contratti pubblici (artt. 35, 31, 32, 34, 35, 53 e 77, d.lgs. n. 50/2016);

RITENUTO che l'istanza di parere sia ammissibile in quanto il Codice dei Contratti pubblici prevede la possibilità che i concessionari che non siano amministrazioni aggiudicatrici indicano gare per l'affidamento di contratti nell'attività di attuazione della concessione; infatti, l'art. 1, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 dispone che le disposizioni del Codice «si applicano, altresì, all'aggiudicazione dei seguenti contratti: (...) lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici»; inoltre, non ricorrerebbe la causa di inammissibilità dell'istanza prevista dall'art. 7, comma 1, lett. c) del Regolamento sull'esercizio della funzione di precontenzioso, che si applica nell'ipotesi in cui l'istanza è presentata allorché i termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale sono scaduti;

CONSIDERATO che, contrariamente a quanto sostiene Strada dei Parchi S.p.A., la pubblicazione di una RDO competitiva su MEA esprime la volontà della società di avvalersi di uno strumento procedimentale pubblicistico per scegliere il soggetto cui affidare il contratto di fornitura e di applicare talune norme pubblicistiche; tale volontà è comprovata dalla circostanza che la RDO richiedeva ai soggetti invitati alla procedura di presentare dichiarazioni attestanti il possesso di requisiti di ordine tecnico e organizzativo ed economico-finanziario insieme a dichiarazione sostitutiva ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 attestante «l'insussistenza delle cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di cui all'art. 80 in tutti i suoi numeri e lettere del D.Lgs. 50/2016»; sempre la RDO richiamava il criterio di aggiudicazione insieme ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica; inoltre, la RDO conteneva una clausola conclusiva della seguente portata: «Per tutto quanto non espressamente previsto dalla presente richiesta d'offerta, si rinvia convenzionalmente al D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. nonché alle altre norme vigenti in quanto applicabili al rapporto»; d'altro canto, sempre la RDO indicava espressamente che la richiesta di offerta non avrebbe vincolato «in alcun modo la Strada dei Parchi restando questa assolutamente libera nella scelta dell'affidatario (...);

CONSIDERATO che, come rilevato dal *Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 16/2011*, la sottoposizione o meno del contratto al regime pubblicistico «discende dalle caratteristiche oggettive dell'appalto e soggettive della stazione appaltante, e dunque dall'esistenza di un vincolo "eteronomo" e non dalla dichiarazione della stazione appaltante (cd autovincolo)» (cfr. sent. n. 16/2011);

CONSIDERATO che l'art. 164, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che «I concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza della presente Parte nonché le disposizioni di cui alle parti I e II in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, non derogate espressamente dalla presente parte»;

CONSIDERATO che, sullo specifico tema degli affidamenti dei concessionari, inclusi i concessionari autostradali, l'art. 177, comma 1, del Codice prevede l'obbligo di gara ove ricorrano determinati presupposti; si legge all'art. 177, comma 1, citato: «Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7, i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. La restante parte può essere realizzata da società in house di cui all'articolo 5 per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato. Per i titolari di concessioni autostradali, ferme restando le altre disposizioni del presente comma, la quota di cui al primo periodo è pari al sessanta per cento»;

CONSIDERATO che l'ANAC nelle Linee guida n. 11/2018, approvate con Deliberazione n. 614 del 04/07/2018 e aggiornate con Deliberazione n. 570 del 26/06/2019, ha indicato, tra l'altro, che l'art. 177, comma 1 non si applica «alle concessioni aggiudicate con le modalità previste dalla normativa in materia di affidamenti vigente al momento della sottoscrizione del contratto (...)»;

CONSIDERATO che, richiesto dall'ANAC di esprimere un parere sulle citate Linee guida, il *Consiglio di Stato*, nel *parere Comm. Spec., n. 1582 del 20 giugno 2018*, ha rilevato, tra l'altro, che l'art. 177 del Codice è disposizione «estranea al perimetro delle direttive UE 23, 24 e 25/2014, diretta ai concessionari in quanto tali, a prescindere dalla loro natura pubblica o privata, la cui ratio evidentemente risiede nella volontà del legislatore di restituire, a valle, parte della concorrenza "per il mercato" mancata a monte, secondo uno schema che ovviamente ha ad oggetto, in quota parte, le prestazioni relative alle concessioni a suo tempo affidate direttamente...»;



CONSIDERATO che sulle norme richiamate si è recentemente espresso il *Consiglio di Stato*, con il *parere n. 823 del 28/04/2020*, su richiesta dell'ANAC e del MEF, avente ad oggetto lo "Schema di contratto standard per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato"; con la richiesta di parere si domandava, tra l'altro, al Consiglio di Stato «di chiarire se il Concessionario che si è aggiudicato la gara per l'affidamento in concessione della progettazione, costruzione e gestione di una determinata opera sia obbligato ad affidare agli appaltatori eventuali lavori oggetto del contratto attraverso procedure selettive concorsuali o se invece possa scegliere gli stessi con procedure semplificate fermo il rispetto degli obblighi generali di trasparenza, restando salva la libertà del Concessionario di affidare lavori o servizi in subappalto a terzi senza il preventivo esperimento di una procedura di gara»; il Consiglio di Stato, dopo avere fornito un inquadramento generale e normativo del partenariato pubblico-privato, sullo specifico quesito, analizzando le norme del Codice dei Contratti e le tesi prospettate dal Ministero e dalla dottrina, ha considerato due ipotesi, l'una concernente le concessioni già in essere aggiudicate senza gara e l'altra le concessioni aggiudicate con gara, osservando quanto segue: «*Con riferimento alle concessioni già in essere, ed aggiudicate in precedenza senza gara, occorre prevedere l'obbligo di indire regolare procedura di evidenza pubblica per la scelta degli appaltatori. Solo in questo modo, infatti, si garantirà la concorrenza. Tali regole, oltre ad essere coerenti con l'articolo 1, comma 2, lett. c), Codice, si spiegano alla luce del fatto che, ogni qual volta sia mancata la gara a monte per la scelta del concessionario, è necessario garantire la concorrenza a valle, prevedendo delle gare pubbliche, per la scelta degli appaltatori. Sulla base poi del chiaro disposto dell'articolo 164, comma 4, le procedure di evidenza pubblica dovranno necessariamente essere rispettate in relazione "agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici", ove con il termine amministrazione aggiudicatrici si intendono "le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti" (art. 3, comma 1, lett. a). Ciò rende coerenti, come detto, l'articolo 1, comma 2, lett. c), l'art. 164, comma 4, e l'art. 177, Codice. Proprio tale ultima norma, infatti, con le sue disposizioni di dettaglio, è la conferma della necessità di imporre regole concorrenziali, seppure a valle, in una certa misura, quando sono mancate le gare a monte»»; invece, per i concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici e che sono stati scelti previo esperimento di gara pubblica, il Consiglio di Stato ha osservato che essi «*per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza delle disposizioni contenute agli artt. 164-178 (parte III del Codice) nonché delle disposizioni di cui alle parti I e II del codice in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, purché non derogate dalla parte III. Da ciò si ricava che tali concessionari, essendo stati scelti normalmente tramite gara e non rientrando tra le amministrazioni aggiudicatrici, potranno ricorrere al sub-appalto, più che all'appalto, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 174 Codice che, icasticamente, richiama anche l'art. 30 destinato ad individuare, tra l'altro, i principi generali cui si deve uniformare la disciplina degli appalti e delle concessioni»;**

RITENUTO che, tenuto conto dei principi normativi e giurisprudenziali sopra richiamati, alla luce delle difese e della documentazione trasmesse in atti dalle parti interessate, la concessionaria autostradale Strada dei Parchi S.p.A., aggiudicataria del contratto di concessione a seguito di procedura di gara ad evidenza pubblica, non fosse obbligata a esperire procedure ad evidenza pubblica secondo la normativa dettata dal Codice dei Contratti Pubblici per l'affidamento del contratto di forniture in oggetto; ciò in linea anche con l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato nel parere n. 823/2020 dove ha indicato che «*tali concessionari, essendo stati scelti normalmente tramite gara e non rientrando tra le amministrazioni aggiudicatrici, potranno ricorrere al sub-appalto, più che all'appalto, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 174 Codice che, icasticamente, richiama anche l'art. 30 destinato ad individuare, tra l'altro, i principi generali cui si deve uniformare la disciplina degli appalti e delle concessioni»;*

RITENUTO, d'altro canto, che nella qualità di concessionario autostradale, soggetto in parte alle previsioni del Codice (artt. 164 e ss., d.lgs. n. 50/2016), la società aveva la facoltà di auto-vincolarsi nell'ambito di una negoziazione avviata con procedura di rilievo pubblicistico, considerato anche che lo stesso art. 174, d.lgs. n. 50/2016 fa comunque salvo l'art. 30 del Codice nel dettare la rigorosa disciplina del subappalto nelle concessioni;

RITENUTO che, pur avvalendosi erroneamente dello strumento pubblicistico del MEPA istituito per gli affidamenti di contratti pubblici di importo sotto soglia di rilevanza comunitaria (art. 36, comma 6, d.lgs. n. 50/2016), avendo tuttavia avviato una negoziazione rilevante sul piano pubblicistico, invitando gli operatori economici qualificati a presentare un'offerta con campionature e indicando il criterio di aggiudicazione con i punteggi per la valutazione delle offerte ai sensi del decreto legislativo n. 50/2016, Strada dei Parchi S.p.A. ingenerava un affidamento nelle imprese quantomeno rispetto alla conformità della negoziazione avviata ai principi di trasparenza e concorrenzialità, ferma restando la clausola della RDO che consentiva a Strada dei Parchi S.p.A. di ritenersi comunque "libera nella scelta dell'aggiudicatario";

RITENUTO che l'attività di negoziazione posta in essere da Strada dei Parchi S.p.A. e rilevante su un piano pubblicistico sia in contrasto con i principi di trasparenza, in ragione delle omissioni contestate dall'istante sotto il profilo della mancata comunicazione delle informazioni relative alla valutazione compiuta e ai risultati della stessa, ivi incluse le informazioni relative all'offerente risultato aggiudicatario del contratto;

RITENUTO che ogni altro rilievo sollevato dall'istante esuli dall'ambito di esercizio della funzione di precontenzioso dell'Autorità; in particolare, l'Autorità non ha competenza a pronunciarsi sulla richiesta dell'istante relativa all'accesso agli atti (riscontrata da Strada dei Parchi in data 02/10/2020) e alla restituzione delle campionature, non rientrando l'istanza tra le "questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara" che valgono a incardinare la competenza dell'Autorità ai sensi dell'art. 211, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 e art. 3, comma 1, del Regolamento sull'esercizio della funzione di precontenzioso;

Pertanto, sulla base di quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'istanza di parere sia fondata per i profili inerenti la contestata violazione del principio di trasparenza nello svolgimento della negoziazione avviata con pubblicazione di RDO su MEPA per l'appalto delle forniture in oggetto.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio
In data 26 novembre 2020
Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

(*firmato digitalmente*)