



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 225

DEL 4 marzo 2020

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Teorema S.p.A. – Affidamento degli interventi di completamento delle attività di bonifica dell'area "Ex Eternit"- Sin di Bagnoli-Coroglio - Importo a base di gara: 19.987.569,46 euro - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Invitalia S.p.A.

PREC 19/20/L

Art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50/2016

Affidatari di incarichi di supporto alla progettazione - non possono essere affidatari degli appalti di lavori per i quali abbiano svolto la suddetta attività di supporto alla progettazione – prova contraria - dimostrazione che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di supporto alla progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori – è onere della stazione appaltante chiedere all'operatore economico di fornire la prova liberatoria

Nel caso in cui la *lex specialis* di gara non richieda ai soggetti potenzialmente attinti dalla causa di incompatibilità di cui al comma 7 dell'art. 24 d.lgs. n. 50/2016 la produzione di documentazione atta ad assolvere la prova liberatoria di cui all'ultimo periodo della richiamata norma, è onere della stazione appaltante porre l'operatore economico nella condizione di dimostrare che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione o di supporto alla progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori.

VISTA l'istanza, acquisita al protocollo n. 357 del 3 gennaio 2020, nella quale l'operatore economico Teorema S.p.A., secondo graduato nella gara in epigrafe, ha contestato l'ammissione alla procedura del costituendo RTI Edilgen (mandataria)/Fratelli Gentile S.r.l./Esse A3 S.r.l./Ireos S.p.A./Trivel Sondaggi S.r.l./Natura S.r.l./Studio Alfa S.p.A., collocatosi primo in graduatoria, poiché asseritamente avvenuta in violazione al divieto di cui all'art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50/2016 (ai sensi del quale, gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara, nonché gli affidatari di attività di supporto alla progettazione, non possono essere affidatari degli appalti per i quali abbiano svolto le suddette attività, salvo che non dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento di detti incarichi non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori);

VISTO, al riguardo, quanto rappresentato dall'istante circa l'avvenuta redazione, da parte di due operatori economici (Fratelli Gentile S.r.l. e Natura S.r.l.) componenti del richiamato raggruppamento, di un elaborato, facente parte integrante del progetto esecutivo posto a base di gara, denominato Relazione Tecnica Conclusiva (Allegato 2 alla Relazione Generale), quale prodotto dello svolgimento di attività riconducibili ad attività di collaborazione e supporto alla progettazione, in occasione delle quali, i citati operatori economici potrebbero avere conseguito, in ragione delle informazioni acquisite, una situazione di vantaggio idonea ad alterare la *par condicio* dei concorrenti;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 5717 del 23 gennaio 2020;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTA la nota acquisita al prot. n. 7147 del 28 gennaio 2020, nella quale Edilgen S.p.A., in proprio e in qualità di mandatario del costituendo RTI, ha evidenziato come l'attività svolta dagli operatori economici Fratelli Gentile S.r.l. e Natura S.r.l. sia consistita nella mera esecuzione di lavori necessari per la successiva realizzazione dell'intervento oggetto del presente appalto e come i risultati di tale attività materiale siano confluiti nella Relazione tecnica conclusiva messa a disposizione di tutti i concorrenti, con ciò escludendo che possa avere comportato alcun tipo di vantaggio competitivo;

VISTA la nota acquisita al prot. n. 7285 del 29 gennaio 2020, nella quale la stazione appaltante Invitalia S.p.A. ha, preliminarmente, eccepito l'improcedibilità dell'istanza per omessa comunicazione della stessa ai sensi dell'art. 4, comma 2, del Regolamento di precontenzioso del 9 gennaio 2019 e, nel merito, ha puntualizzato che: 1) l'attività svolta dagli operatori economici Fratelli Gentile S.r.l. e Natura S.r.l. non è configurabile come attività propriamente di progettazione; 2) i documenti posti a base di gara per l'affidamento della suddetta attività non contenevano alcuna informazione che possa avere avvantaggiato il RTI aggiudicatario nella redazione dell'offerta tecnica o economica; 3) al fine di consentire a tutti gli operatori economici effettiva conoscenza dello stato dei luoghi è stata prevista l'obbligatorietà del sopralluogo sul sito oggetto dell'appalto;

VISTA la documentazione prodotta dalle parti;

RITENUTO, preliminarmente, che l'istanza è procedibile, poiché, come evincibile dalla "Ricevuta di avvenuta consegna" prodotta dall'istante, è stata debitamente comunicata tramite PEC alla stazione appaltante in data 3 gennaio 2020;

VISTO l'art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50/2016, secondo cui «(...) gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara non possono essere affidatari degli appalti, nonché degli eventuali subappalti e cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione (...) I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti. Tali divieti non si applicano laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori»;

CONSIDERATA la *ratio* della sancita incompatibilità - già presente nella legge n. 109/1994 (art. 17, comma 9) - tra affidatario dell'incarico di progettazione e di supporto alla progettazione e affidatario dell'appalto di lavori, rinvenibile nella tutela della trasparenza, dell'imparzialità e della parità di trattamento, affinché non si creino posizioni di vantaggio, dipendenti da forme di contiguità con la stazione appaltante, in capo a soggetti che hanno rivestito un ruolo determinante nell'indirizzo delle scelte dell'amministrazione in fase progettuale o che comunque hanno ricevuto un flusso di informazioni riservate tale da falsare la concorrenza;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO, altresì, il superamento dell'automatismo dell'originario divieto, da parte del legislatore del 2014 che, a seguito della procedura di infrazione comunitaria Eu Pilot 4860/13/MARKT, ha introdotto la possibilità, per i soggetti potenzialmente attinti dall'incompatibilità, di dimostrare che la pregressa attività non ha consentito loro di acquisire un indebito vantaggio competitivo rispetto agli altri concorrenti;

VISTA l'attività svolta, nel caso in esame, dagli operatori economici Fratelli Gentile S.r.l. e Natura S.r.l. (in RTI con altre imprese), consistita, come ricavabile dall'elaborato "Relazione tecnica conclusiva", in attività preliminari (bonifica da ordigni bellici e rilievi e tracciamenti topografici dei sondaggi, geotecnici e ambientali, da eseguire), indagini e prove geotecniche (sondaggi geotecnici, prove penetrometriche dinamiche S.P.T., indagini sismiche MASW), caratterizzazione ambientale (prelievi di varie tipologie di campioni) e rimozione dei big bags contenenti amianto;

CONSIDERATO che il risultato di tali attività è confluito in un elaborato che è parte integrante del progetto esecutivo (Allegato 2 alla Relazione Generale);

CONSIDERATO che, ai fini dell'integrazione della causa di incompatibilità di cui all'art. 24, comma 7, la norma equipara la progettazione alle attività di supporto alla progettazione e che la distinzione tra attività di progettazione e attività di supporto alla progettazione è delineata dall'art. 31, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, laddove si vieta il subappalto dell'attività di progettazione, consentendo il subappalto delle sole attività di "indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali" (cfr. Consiglio di Stato, 15 marzo 2019, n. 1708); attività che, in quanto meramente strumentali alla progettazione, sono qualificabili come attività di supporto alla progettazione (cfr. Paragrafo 5 "Attività di supporto alla progettazione", Linee guida n. 1);

RITENUTO, alla luce di quanto sopra, che almeno parte delle attività svolte dagli operatori economici Fratelli Gentile S.r.l. e Natura S.r.l. – si fa riferimento alle indagini e alle prove geotecniche – sono qualificabili come attività di supporto alla progettazione e dunque determinano, ai sensi dell'art. 24, comma 7, in capo al costituendo RTI di cui tali imprese sono componenti, una situazione di potenziale incompatibilità rispetto all'affidamento dell'esecuzione dell'intervento oggetto della gara in epigrafe;

CONSIDERATO altresì che l'art. 27, comma 4, non costituisce una clausola di esclusione operante automaticamente;

CONSIDERATO che, nel caso in esame, la *lex specialis* di gara, pur prevedendo la "non ricorrenza del divieto di cui all'articolo 24, co. 7, del Codice dei Contratti" tra i requisiti di partecipazione d'ordine generale (Par. 12.1, punto V, Disciplinare di gara), non richiede ai soggetti potenzialmente attinti dalla causa di incompatibilità la produzione di documentazione atta ad assolvere la prova liberatoria di cui all'ultimo periodo del comma 7 dell'art. 24 e che la stazione appaltante, in sede di verifica dei requisiti di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

partecipazione, non ha rilevato la potenziale incompatibilità né, tantomeno, ha sollecitato il costituendo RTI aggiudicatario a fornire la richiamata dimostrazione (cfr. verbali di gara);

CONSIDERATO che è onere della stazione appaltante verificare che i partecipanti alla gara non incorrano nel divieto di cui all'art. 24, comma 7;

RITENUTO conseguentemente che, nel caso in esame, sia onere della stazione appaltante porre il costituendo RTI nella condizione di dimostrare che il patrimonio informativo che è stato messo a disposizione degli operatori economici Fratelli Gentile S.r.l. e Natura S.r.l., in occasione dell'affidamento delle attività di supporto alla progettazione (tramite la documentazione posta a base della gara per l'affidamento dell'attività di supporto alla progettazione o la frequentazione degli uffici della stazione appaltante), non è stato tale da avere determinato un vantaggio idoneo a falsare la concorrenza con gli altri operatori;

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, che

- l'attività confluita nella Relazione Tecnica Conclusiva (Allegato 2 alla Relazione Generale del progetto esecutivo) svolta dagli operatori economici Fratelli Gentile S.r.l. e Natura S.r.l. sia qualificabile come attività di supporto alla progettazione;
- spetti alla stazione appaltante ammettere il costituendo RTI Edilgen (mandataria)/Fratelli Gentile S.r.l./Esse A3 S.r.l./Ireos S.p.A./Trivel Sondaggi S.r.l./Natura S.r.l./Studio Alfa S.p.A. a fornire la prova di cui all'art. 24, comma 7, ultimo periodo, d.lgs. n. 50/2016;
- spetti alla stazione appaltante valutare, in concreto, l'idoneità della documentazione prodotta in tale sede ad assolvere l'onere probatorio posto dal legislatore a carico dell'operatore economico.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 marzo 2020

Il Segretario Rosetta Greco