

## **Deliberazione n. 58 Adunanza del 30 maggio 2012**

### **Fascicolo 3184/2011**

**Oggetto:** Procedura aperta per l'affidamento del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva, coordinamento sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, misura e contabilità, assistenza e sorveglianza continuativa in cantiere, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione lavori ed attività connesse ai sensi degli artt.123 a 127 del d.P.R. 554/99, per: interventi urgenti di adeguamento e potenziamento di infrastrutture ed impianti in area di manovra con implementazione AVL per cat. II-III presso l'aeroporto "G.Galilei" di Pisa S. Giusto.

**Stazione Appaltante:** S.A.T. Società Aeroporto Toscano S.p.A.

**Riferimenti normativi:** artt. 43 e 49 Trattato CE

direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

d.lgs.163/06, art.90, comma 8

### **Il Consiglio**

**Vista** la relazione della Direzione generale vigilanza lavori, servizi e forniture

### **Considerato in fatto**

Con nota pervenuta in data 19.9.2011, n. 97826, l'esponente Angarano Group Architetti Associati segnalava presunte violazioni nell'affidamento dell'incarico in oggetto, relative, in particolare:

-all'asserita coincidenza tra il redattore del progetto preliminare e l'aggiudicatario della progettazione definitiva ed esecutiva;

-all'asserita carenza, in capo all'aggiudicatario, dei requisiti tecnico-organizzativi richiesti, documentati, secondo quanto riferito dall'esponente, con fatture falsamente quietanzate.

Alla richiesta di informazioni e chiarimenti avanzata dalla Direzione generale della vigilanza, la stazione appaltante S.A.T. Società Aeroporto Toscano S.p.A. ha risposto con nota del 28.11.2011.

Dall'esame degli atti e dalla documentazione acquisita è emerso quanto segue.

Con bando di gara pubblicato in GUCE il 18.6.2010 e relativo Disciplinare di gara, è stata indetta una procedura selettiva aperta per l'affidamento dei servizi di ingegneria indicati in oggetto, nell'ambito dei lavori finalizzati all'adeguamento degli standard funzionali e di sicurezza delle infrastrutture di volo in area di manovra presso l'aeroporto "G.Galilei" di Pisa S.Giusto.

Hanno partecipato alla procedura, tra gli altri, l'ATI Angarano Group Architetti Associati e la Società Tecno Engineering 2C s.r.l.(TE2C).

Con comunicazione del 3.8.2010, SAT S.p.A. ha reso nota l'aggiudicazione definitiva dell'appalto all'ATI Angarano e agli altri concorrenti.

La TE2C, seconda in graduatoria, ha proposto ricorso al TAR Toscana avverso tale aggiudicazione, ritenendo l'aggiudicataria ATI non in possesso dei requisiti previsti, ed ha avanzato istanza di sospensiva poi rigettata dallo stesso TAR con ordinanza n. 933 del 21.10.2010.

In data 16.11.2011 veniva stipulato il contratto con la ATI aggiudicataria e, successivamente, veniva proposto ricorso in appello al Consiglio di Stato dalla TE2C, accolto dal Consiglio di Stato, che disponeva la sospensione dell'aggiudicazione.

A seguito di ulteriore ricorso della TE2C, che impugnava la mancata sospensione anche del contratto nel frattempo stipulato con l'aggiudicataria ATI e portato a completa esecuzione mediante il deposito degli elaborati progettuali nel termine, il TAR Toscana si pronunciava in data 25.5.2011, con dispositivo di sentenza n.930/2011, dichiarando l'inefficacia del contratto già stipulato con l'ATI con effetto ex tunc, e disponendo il subentro di TE2C non ravvisando la necessità di rifacimento dell'intera gara essendo sufficiente la riduzione del punteggio da riconoscere all'originario aggiudicatario e il conseguente primo posto nella graduatoria di merito, corretta in favore della società ricorrente TE2C.

Al momento, per effetto delle vicende processuali, che si sono svolte mentre contemporaneamente procedevano tra le parti i necessari rapporti negoziali, la TE2C è risultata aggiudicataria ed è subentrata nel contratto, mentre la ATI Angarano ha proposto un nuovo ricorso al TAR Toscana, eccependo la falsità delle fatturazioni presentate da TE2C e proponendo istanza cautelare, rigettata con ordinanza n. 1148/2011.

Le vicende processuali descritte, riassunte anche dall'esponente, sono state riepilogate dalla stazione appaltante nella nota di risposta a questa Autorità in data 28.11.2011, in cui sono state evidenziate altresì le ragioni giuridiche e di fatto che hanno motivato la condotta della SAT S.p.A. stessa.

In particolare, a fronte del primo motivo alla base dell'esposto, relativo alla coincidenza tra il redattore del progetto preliminare e l'aggiudicatario (sempre TE2C), la s.a. fa presente che la lamentata violazione dell'art. 90, comma 8, del d.lgs.163/06, non sussiste per un duplice ordine di motivi:

-in primo luogo perché la citata disposizione non trova applicazione nella progettazione e realizzazione delle opere appartenenti ai settori speciali (nel caso di specie aeroportuale);

-in secondo luogo perché, quand'anche essa trovasse applicazione, non sarebbe conferente al caso di specie, in quanto la norma vieta agli affidatari di incarichi di progettazione la partecipazione ad appalti o concessioni dei lavori progettati, mentre nel caso concreto l'aggiudicataria aveva partecipato ad una gara per gli ulteriori livelli di progettazione e servizi connessi.

Relativamente all'ulteriore anomalia segnalata dall'esponente, la s.a. precisa di non aver ritenuto rilevante la mancata dimostrazione del pagamento di alcune fatture prodotte in gara, quietanzate ma non realmente pagate, in quanto le prestazioni professionali sono state comunque rese e che i requisiti professionali di partecipazione da parte della società TE2C sarebbero stati egualmente posseduti dalla Società a prescindere dall'importo di tali fatture, come riconosciuto anche dal TAR Toscana con ordinanza n.1148/11 in sede di rigetto dell'istanza cautelare proposta dall'ATI Angarano.

### **Ritenuto in diritto**

Va chiarita preliminarmente la questione eccepita dalla s.a. circa "l'applicabilità dell'art. 90, comma 8, del Codice, alla progettazione e realizzazione delle opere appartenenti ai settori speciali, come è quello aeroportuale (art.206, comma1 del Codice)".

Non vi è dubbio che la disciplina comunitaria dei settori speciali è caratterizzata da una minore rigidità rispetto a quella generale dei settori ordinari, ma la specificità dell'oggetto dei contratti nei settori speciali si è venuta sempre più atteggiando in termini di specialità più che di eccezione.

L'art. 206 stabilisce che si applicano ai settori speciali esclusivamente determinati articoli della parte II del Codice, con ciò chiarendo il carattere tassativo delle disposizioni in esso richiamate e, quindi, il divieto di applicazione analogica o estensiva di ulteriori disposizioni della parte II; ciò indurrebbe a ritenere che ne restano escluse le norme sulle attività di progettazione recate dall'art.90.

Una lettura coerente e sistematica delle norme, tuttavia, non può prescindere dalla considerazione che, nell'ambito dei contratti 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.

E' in quest'ottica che va dunque esaminata la regolarità della procedura di gara ed è solo rispetto a detti principi che la questione può essere valutata.

La prima questione da esaminare riguarda la possibilità per il soggetto che ha redatto il progetto preliminare di partecipare alla gara per l'affidamento dei servizi di ingegneria concernenti, tra l'altro, la progettazione di secondo e terzo livello e la necessità di stabilire se questo costituisca un vulnus al principio di par condicio e di simmetria informativa, elementi portanti alla base di un sano principio concorrenziale.

Ad avviso dell'esponente sarebbe desumibile dall'art. 90, comma 8, la regola secondo cui il progettista che abbia partecipato ad una fase di progettazione non può partecipare alle fasi di progettazione successive, in quanto questi si troverebbe in una posizione di vantaggio a detrimento degli altri potenziali concorrenti.

Tale disposizione, che deriva dall'art.17, comma 10, della legge 109/94 e riafferma il principio per cui chi partecipa alla redazione del progetto non può successivamente partecipare ad appalti o concessioni, relativi alla stessa opera, è stata normalmente interpretata in senso piuttosto restrittivo, posto che il divieto da essa recato non doveva ritenersi espressione di un principio generale, quanto piuttosto- poiché limitativo della concorrenza e della possibilità di partecipare alle gare pubbliche- suscettibile di applicazione per i soli casi stabiliti, tanto che la giurisprudenza, che da diverse angolazioni ha avuto modo di affrontare il problema (Corte di Giustizia UE, 3 marzo 2005, in cause C-21/03 e C34/03; Cons.Stato ,sez.V,15 gennaio 2008,n.36; TAR Piemonte, sez.I,5 luglio 2008,n.1510; sez.I,28 febbraio 2007,n.882; TAR FVG 24 aprile 2009,n.294) ha comunque precisato che:

-non si applica al di là dei casi da essa stessa previsti (redazione del progetto rispetto alla gara per i lavori);

-va accertata, caso per caso, la lesione effettiva della concorrenza , in quanto deve essere provato che l'esperienza acquisita "grazie al progetto" ha "effettivamente" falsato la concorrenza.

Tale avviso è stato espresso anche da questa Autorità con parere n.137 del 20.7.2011 laddove, in merito al divieto di partecipazione alla gara per la progettazione di secondo e terzo livello a chi abbia redatto il progetto preliminare, ha affermato: " E' opportuno, inoltre, considerare che l'unico divieto posto dal legislatore per gli affidatari degli incarichi di progettazione è quello fissato dall'art. 90, comma 8, d.lgs. n. 163/2006, che impone a questi ultimi di non partecipare alla gara per l'affidamento dei lavori dagli stessi progettati. Tale disposizione, incidendo sulla partecipazione dei soggetti alle gare e, quindi, sulla libertà di impresa va interpretata in senso rigoroso, quanto alle ipotesi che possono comportare una incompatibilità, e, conseguentemente, l'esclusione dalla gara (Cons. Stato, Sez. VI 13.2.2004 n.561, TAR Piemonte, Sez. I, 28.2.2007 n. 882). In base all'analisi delle disposizioni su richiamate si può, quindi, evincere che il legislatore ha inteso privilegiare un criterio di continuità nello svolgimento delle varie fasi della progettazione (TAR Piemonte, Sez. I, 5.7.2008 n. 1510; Cons. Stato Sez. VI, 13.2.2004 n.561), consentendo al soggetto che ha redatto il progetto preliminare di concorrere all'affidamento degli ulteriori livelli di progettazione".

Quasi contemporaneamente il Consiglio di Stato (sez. IV, 3 maggio 2001, n.2650) si è interrogato sull'esatta interpretazione della norma e cioè sul se, in base alla medesima, sia configurabile un assoluto divieto di partecipazione alle gare per chi ha redatto la progettazione preliminare anche in relazione alle diverse fasi della progettazione, pervenendo ad una condivisibile interpretazione estensiva della norma, sempre tuttavia ancorata all'oggettivo riscontro (anche a livello di indizi "gravi,precisi e concordanti") dell'esistenza di una posizione di squilibrio di un concorrente nei confronti degli altri, tale da determinare, indipendentemente dal concretizzarsi del vantaggio, una violazione della par condicio .

Si tratta evidentemente di una lettura sistematica della norma alla luce dei principi di derivazione comunitaria tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza.

"E' del tutto evidente che la portata della disposizione, incidendo sulla partecipazione dei soggetti alle gare, e quindi sulla libertà di impresa (oltre che sul principio di buon andamento, che riceve attuazione attraverso la più ampia partecipazione alle gare), deve essere interpretata in senso rigoroso, quanto alle ipotesi che possono comportare una incompatibilità, e quindi un divieto di partecipazione alla gara (in tal senso, Cons. stato, sez. VI, .13 febbraio 2004 n. 561).

Ma proprio in quanto espressiva del principio generale di tutela della par condicio dei concorrenti, e quindi in definitiva della tutela della concorrenza, la disposizione, oltre che applicabile al caso specifico da essa considerato, è volta ad impedire "posizioni di vantaggio dipendenti da forme di contiguità con la stazione appaltante" e, quindi, applicabile ai casi in cui tali posizioni siano configurabili.

Ovviamente, tale ricerca deve essere condotta con attenzione e rigore, dovendosi essa concludere negativamente nel caso in cui difettino indizi seri, precisi e concordanti sulla circostanza che il partecipante alla gara, o il soggetto a questo collegato, abbia rivestito un ruolo determinante nell'indirizzo delle scelte dell'amministrazione o ne abbia ricevuto un tale flusso di informazioni riservate da falsare la concorrenza (Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2008 n. 36).

In definitiva, l'art. 90, comma 8, citato, costituisce applicazione del più generale principio enunciato all'art. 2, comma 1, del Codice, laddove si afferma che l'affidamento deve rispettare "i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità . . .".

"Principio che, oltre che essere il cardine del Trattato e delle direttive comunitarie in materia, costituisce altresì invero dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, ex art. 97 Cost., che sovrintendono all'azione amministrativa, nonché dello stessa libertà di iniziativa economica, ex art. 41 Cost., che non potrebbe essere seriamente tale laddove l'ordinamento ammettesse, in generale e nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, posizioni di vantaggio ovvero squilibri e/o disomogeneità di trattamento e di rapporti.

"Anche se la norma dell'art. 90, comma 8, si riferisce al rapporto tra appalti di lavori e preventiva progettazione, non si può non ritenere applicabile il principio generale del divieto di partecipazione di chi abbia una posizione di vantaggio relativamente agli appalti di servizi" (categoria nella quale rientra l'appalto oggetto della presente controversia).

Quindi, la valutazione in merito al divieto di partecipazione deve trovare fondamento in una oggettiva posizione di vantaggio del concorrente rispetto agli altri."

Nel caso oggetto della gara indetta da SAT, la situazione di vantaggio si correla in primo luogo alla disponibilità, da parte di chi ha concorso alla progettazione preliminare, della documentazione tecnica a base di gara.

La lex specialis di gara prevedeva la messa a disposizione di un solo elaborato .

Tale elaborato era stato redatto dalla TE2C e riportava graficamente gli interventi da prevedersi nelle successive fasi di progettazione oggetto del bando.

Ai singoli partecipanti la s.a. non aveva previsto, tramite gli atti di gara, di far visionare gli elaborati del progetto preliminare in modo da rendere conoscibile la progettazione preliminare sulla quale le successive avrebbero dovuto essere elaborate.

A tale proposito, sollevato dalla ATI Angarano il quesito (n.24) in merito a come intendesse la s.a. garantire il rispetto dei principi di par condicio e di simmetria informativa a tutti i partecipanti dal momento che uno dei potenziali concorrenti poteva essere l'estensore di tutta la progettazione preliminare, la s.a. rispondeva che il progetto preliminare non poteva essere messo a disposizione in quanto non ancora approvato e che, comunque, non avrebbe interferito in alcun modo con gli elementi di valutazione dell'offerta.

Invece, tra i criteri metodologici, tecnici e qualitativi previsti nel disciplinare, venivano indicati, tra gli altri, quelli da adottare per lo sviluppo dei successivi livelli di progettazione(1a) e quelli per prevenire e gestire le interferenze dei lavori con la specifica attività aeroportuale(1e).

E' evidente che tali criteri potevano essere conosciuti solo da chi li aveva già affrontati in sede di progettazione preliminare. Tanto è vero che risulta la commissione giudicatrice abbia attribuito il massimo dei punteggi previsti per i suddetti punti 1a ed 1e solo alla TE2C.

E' da sottolineare che il progetto preliminare completo è stato messo a disposizione da SAT solo al momento della stipula del contratto con l'originario aggiudicatario ATI Angarano, ed è stato solo in quell'occasione che l'esponente ha potuto constatare che l'unico elaborato progettuale messo a disposizione dei concorrenti prima della gara era quello elaborato dalla TE2C, successivamente anche modificato, mentre l'intera progettazione preliminare era composta di 15 elaborati tra grafici e descrittivi, tutti redatti da TE2C, circostanza questa mai confutata dalla s.a.

Inoltre, per esplicita ammissione della s.a. in sede di risposta ai quesiti, la gara è stata indetta in assenza di un progetto preliminare regolarmente approvato.

Ora, come già affermato dalla giurisprudenza citata "non si tratta, quindi, di ricercare ipotesi tipiche, normativamente individuate dal legislatore, .....ma di valutare se vi sia stata una differente posizione di partenza nella partecipazione alla procedura che abbia dato un possibile indebito vantaggio per l'aggiudicataria". La regola generale dell'incompatibilità garantisce la genuinità della gara, e il suo rispetto prescinde dal fatto che si sia dato un vantaggio ad un concorrente. Quel che rileva è la situazione dei partecipanti alla gara, il cui esame deve evidenziare, in modo oggettivo, una disomogeneità di partenza per la particolare posizione in cui qualche concorrente viene a trovarsi. Le norme sull'incompatibilità, tendono a prevenire il pericolo di pregiudizio ed a salvaguardare la genuinità della gara. Esse prevengono il pregiudizio, non presuppongono intervenuta la lesione, né presuppongono la sussistenza di un concreto tentativo di compromissione.

E' dunque sufficiente che gli indizi riguardino situazioni che oggettivamente pongono un determinato concorrente in una posizione di squilibrio (per sé favorevole) nei confronti degli altri concorrenti, e tale da determinare- indipendentemente dal concretarsi del vantaggio- una violazione della par condicio.

E' evidente che l'aver redatto un documento che ha costituito il presupposto per la valutazione delle offerte, che a quello dovevano conformarsi, ha posto il redattore in una indubbia posizione soggettiva di vantaggio.

E' da censurare dunque il comportamento della s.a. che, non ponendo i concorrenti in posizione di eguaglianza, ha creato posizioni di partenza squilibrate e disomogenee, non rispettando i principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità.

La s.a. ha ritenuto non rilevante la mancata regolarità delle fatture presentate ravvisando in tale circostanza un' ipotesi di "falso innocuo", dovuto ad un mero errore materiale poiché riferite ad altra gara, benché l'effettivo pagamento non sia stato mai dimostrato.

La circostanza dell'ininfluenza delle fatture non quietanzate sull'ammontare degli importi richiesti ai fini della determinazione del requisito tecnico-professionale di partecipazione, inoltre, non esime la s.a. da un rigoroso controllo dei requisiti di partecipazione.

In base a quanto considerato

## **Il Consiglio**

- rileva che le procedure poste in essere dalla S.A.T. Società Aeroporto Toscano S.p.A. in relazione all'affidamento dell'appalto in oggetto non risultano conformi alla normativa degli appalti pubblici e, in particolare, alle regole di trasparenza, par condicio e simmetria

informativa;

- censura il comportamento della stazione appaltante, richiamando la stessa ad una più scrupolosa osservanza alla normativa di settore ed invitandola a valutare l'opportunità di riesaminare gli atti di gara in virtù delle osservazioni espresse nella presente delibera;
- dispone la trasmissione, da parte della Direzione generale vigilanza lavori, servizi e forniture, della presente delibera alla S.A.T. Società Aeroporto Toscano S.p.A. e al responsabile del procedimento con l'invito a comunicare entro 30 giorni dal ricevimento della presente deliberazione le eventuali iniziative assunte nonché l'esito del contenzioso giurisdizionale in atto;
- dispone infine l'invio della presente delibera all'esponente.

Il Consigliere Relatore: Luciano Berarducci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 giugno 2012

Il Segretario: Maria Esposito