



DELIBERA N. 132

17 febbraio 2021.

Oggetto

Istanza congiunta (per adesione successiva) di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dall'Impresa ETT S.p.a. e adesione successiva del Comune di Treviso – Procedura aperta in modalità telematica per l'appalto del servizio di realizzazione e gestione dell'InnovationLab #INNOTV – Treviso, ai sensi degli artt. 58 e 60 del D.Lgs. n. 50/2016 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 545.748,36 - S.A.: Comune di Treviso

PREC 24/2021/S

Riferimenti normativi

Art. 80, co. 5 lett. d) ed e); art. 42, co. 2; artt. 66 e 67 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Conflitto di interessi - vantaggio competitivo - par condicio

Massima

Vantaggio competitivo – par condicio

Il fatto che la S.A. abbia individuato preventivamente alcuni dei *partner* che avrebbero avuto un ruolo nella gestione del progetto, non consente di ritenere neutralizzato il vantaggio competitivo di tali soggetti rispetto agli altri concorrenti. La loro partecipazione alla gara per la "realizzazione e gestione" del progetto era idonea a ledere la *par condicio* fra i concorrenti.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 17 febbraio 2021



DELIBERA

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 1381 dell'8 gennaio 2021, e allegata memoria illustrativa, l'operatore economico ETT S.p.a. (capogruppo del costituendo RTI con Mixura S.r.l.) chiede un parere all'Autorità relativamente alla legittimità dell'aggiudicazione della gara svolta dal Comune di Treviso avente ad oggetto il servizio di "Realizzazione e gestione dell'*InnovationLab* #INNOTV – Treviso". Il raggruppamento istante rappresenta di essersi collocato al secondo posto in graduatoria, mentre al primo posto giungeva il costituendo RTI formato da t2i Trasferimento tecnologico e innovazione S.c.a r.l. (mandataria) insieme a Informatici senza Frontiere Onlus e Unindustria Servizi & Formazione Treviso Pordenone S.c.a r.l.. La gara veniva indetta a seguito della partecipazione del Comune di Treviso, in qualità di capofila di un'aggregazione di comuni, al bando della Regione Veneto per il finanziamento di progetti per la «Costituzione di *Innovationlab* diretti al consolidamento/sviluppo del *network*"centri p3-palestre digitali" e alla diffusione della cultura degli *open data*», all'esito del quale il progetto presentato dal Comune e denominato #INNOTV risultava assegnatario del finanziamento.

L'istante ETT S.p.a contesta ora l'aggiudicazione della gara per la realizzazione e gestione del progetto, in quanto le società componenti il raggruppamento aggiudicatario risultavano già *partner* scientifici del progetto presentato dal Comune di Treviso ai fini dell'ottenimento del finanziamento regionale. In particolare, l'istante osserva come la mandataria t2i Trasferimento tecnologico e innovazione S.c.ar.l. (partecipata dalla Camera di Commercio di Treviso, Belluno, Dolomiti; dalla Camera di Commercio di Venezia Rovigo; dalla Camera di Commercio di Verona) e la mandante Informatici senza Frontiere Onlus abbiano avuto un ruolo attivo nel progetto #INNOTV, sia nella fase di proposta progettuale sia nella partecipazione successiva al tavolo di innovazione permanente e ai gruppi tematici informali. Per tali ragioni l'istante ritiene che la partecipazione di tale raggruppamento fosse idonea a falsare la concorrenza, in violazione dell'art. 80, co. 5 lett. d) ed e), dell'art. 42, co.2 e degli artt. 66 e 67 del d.lgs. 50/2016.

A seguito dell'avvio del procedimento, effettuato con nota prot. 5124 del 21 gennaio 2021 e reiterato per un difetto di notifica con nota prot. 6843 del 27 gennaio 2021, venivano acquisite le memorie delle parti.

La stazione appaltante Comune di Treviso manifestava la propria adesione all'istanza di parere ai sensi dell'art. 4, co.3 del Regolamento in materia di precontenzioso, tramite nota acquisita al prot. 4320 del 19 gennaio 2021, e reiterava le proprie deduzioni con nota prot. 6483 del 26 gennaio 2021. Il Comune rappresenta che il bando regionale prevedeva la concessione di finanziamenti a favore di progetti di cui sarebbero state valutate, in sintesi, la capacità ed esperienza gestionale del proponente, la qualità della proposta progettuale anche con riferimento alla sostenibilità dell'iniziativa nel tempo e al modello di *governance*, la qualità delle *partnership* attivate con università e organismi di ricerca, la collaborazione con associazioni di volontariato e scuole presenti sul territorio. A tal fine, il Comune riferisce di aver richiesto a una platea di organismi pubblici e privati del territorio esperti nella gestione di progetti innovativi e di digitalizzazione (tra cui t2i s.c.a r.l., la Provincia di Treviso, la Camera di Commercio, ISRAA e altri enti facenti parte della rete TEN Treviso Europa Network, e associazioni del territorio come Informatici Senza Frontiere Onlus) «la propria disponibilità ad instaurare una *partnership* per la partecipazione alle attività di sviluppo e diffusione della cultura digitale nell'ambito delle azioni previste



dal bando regionale». Dal partenariato instaurato con i soggetti indicati scaturiva il Progetto #INNOTV, che veniva presentato alla Regione Veneto e otteneva il finanziamento. Per ciò che concerne la partecipazione al Tavolo di innovazione permanente e ai gruppi tematici informali, la S.A. evidenzia che essa è prevista anche per il soggetto aggiudicatario della realizzazione e gestione dell' *InnovationLab* e precisa che prima della predisposizione degli atti di gara si teneva una sola riunione di *kick-off*, mentre tutte le attività connesse alla *governance* venivano collocate temporalmente in un momento successivo alla stipula del contratto con l'aggiudicatario. L'Amministrazione contesta l'affermazione dell'istante per cui la partecipazione del raggruppamento aggiudicatario avrebbe configurato un conflitto di interessi, dal momento che la mandataria società t2i S.c.a r.l. non aveva alcun ruolo decisionale nella gestione della procedura di gara. Inoltre, con particolare riferimento agli artt. 66 e 67 del d.lgs. n. 50/2016, il Comune precisa che né t2i S.c.ar.l. né Informatici Senza Frontiere Onlus avevano collaborato o contribuito alla redazione degli atti di gara, e che tale attività si era basata su appalti analoghi avviati nell'ambito della Regione Veneto e non era stata oggetto di consultazioni preliminari di mercato. Il Comune evidenzia anche che per la presentazione delle offerte veniva fissato un ampio termine di 46 giorni e che le prescrizioni del disciplinare e del capitolato erano in linea con i vincoli stabiliti dal bando regionale. Inoltre essa sottolinea che il progetto #INNOTV recava solamente previsioni di carattere generale e di indirizzo, rispetto alle quali ciascun concorrente era libero di fare proposte. Infine, nel merito della valutazione dell'offerta tecnica effettuata dalla Commissione di gara, la S.A. osserva che il raggruppamento vincitore otteneva il punteggio massimo di 16 punti con particolare riferimento all'elemento n. 3 "Sostenibilità e coinvolgimento del territorio", volto a valorizzare la "completezza ed efficacia delle azioni proposte per il coinvolgimento di aziende, università, enti di ricerca e di formazione, scuole, biblioteche, musei, associazioni del territorio", con la seguente motivazione: «R.T.I. t2i: La commissione apprezza particolarmente la proposta, che è strutturata a partire da un'analisi di contesto ed arriva ad individuare concrete modalità di *networking*. Prevede inoltre collegamenti con iniziative del territorio ed un'attenzione particolare alle differenze socio culturali e di genere». Il raggruppamento odierno istante otteneva invece 8 punti con le seguenti motivazioni: «R.T.I. ETT: La commissione ritiene la proposta generica, in quanto vengono riproposti standard e modelli di coinvolgimento e di valutazione e monitoraggio dei benefici del progetto che potrebbero essere riproposti in qualsiasi situazione e territorio, senza una declinazione specifica relativamente al progetto #INNOTV». La S.A. osserva quindi che, considerata la valutazione complessiva delle offerte, che comportava una differenza finale di 1,70 punti, non sarebbe presente, nella gara in parola, alcun fattore lesivo della concorrenza e della *par condicio* fra concorrenti.

Ritenuto in diritto

La questione posta con l'istanza di parere in esame riguarda il possibile *vulnus* alle regole della concorrenza, sotto il profilo della lesione della *par condicio* fra i partecipanti alla gara, che si sarebbe verificata, secondo la prospettazione dell'istante, dal momento che i componenti del raggruppamento vincitore avevano contribuito al progetto ammesso al finanziamento e posto poi a base della gara successiva dedicata alla sua realizzazione e futura gestione.

Preliminarmente occorre richiamare le norme del codice dei contratti di cui l'istante assume la violazione. L'art. 80, co. 5 d.lgs. 50/2016 contempla, alla lettera d), una causa di esclusione dalla gara quando «la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile». La lettera e) della medesima disposizione prevede poi che costituisce causa di esclusione «una distorsione della concorrenza derivante dal



precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 67 che non possa essere risolta con misure meno intrusive».

L'ipotesi di conflitto di interessi di cui all'art. 42, co. 2 d.lgs. 50/2016, richiamata dalla citata lettera d), si verifica quando «il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62».

Come si può osservare, la fattispecie riguarda il caso in cui si verifichi una situazione di contrasto o di incompatibilità, anche solo potenziale, tra un determinato soggetto e la funzione che egli esercita, dovuta a un interesse finanziario, economico o altro interesse personale (v. delibera Anac n. 864 del 2 ottobre 2018). Le Linee Guida Anac n. 15 recanti «Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici», approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 494 del 5 giugno 2019, e alle quali si rinvia, evidenziano che l'articolo 42 del codice riguarda il caso in cui «la sussistenza di un interesse personale in capo ad un soggetto operante in nome o per conto della stazione appaltante, che interviene a qualsiasi titolo nella procedura di gara o potrebbe in qualsiasi modo influenzarne l'esito, è potenzialmente idonea a minare l'imparzialità e l'indipendenza della stazione appaltante nella procedura di gara». In altre parole, tale situazione si verifica quando decisioni che richiedono imparzialità di giudizio sono adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico. Come specificato nella Relazione illustrativa, l'interesse personale dell'agente deve essere tale da comportare la sussistenza di gravi ragioni di convenienza all'astensione.

Nel caso di specie, tuttavia, dagli atti del presente procedimento non emergono elementi a dimostrazione di una situazione specifica di incompatibilità, come sopra descritta, a carico di soggetti determinati dipendenti o incaricati della stazione appaltante, che siano intervenuti nella procedura di gara in un ruolo tale da generare una situazione di conflitto di interessi in ragione della funzione svolta. Pertanto non si ritiene che vi siano gli estremi per configurare un conflitto di interessi ai sensi dell'art. 42, co. 2 d.lgs. 50/2016.

Con riferimento alla fattispecie prevista dall'art. 67 d.lgs. 50/2016 ("Partecipazione precedente di candidati o offerenti"), richiamata, come visto, dall'art. 80, co. 5 lett. e) quale possibile causa di esclusione, la norma dispone che «1. Qualora un candidato o un offerente o un'impresa collegata a un candidato o a un offerente abbia fornito la documentazione di cui all'articolo 66, comma 2, o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice adotta misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente stesso. La comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura o ottenute a seguito di tale partecipazione, nonché la fissazione di termini adeguati per la ricezione delle offerte costituisce minima misura adeguata. 2. Qualora non sia in alcun modo possibile garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura. In ogni caso, prima di provvedere alla loro esclusione, la amministrazione aggiudicatrice invita i candidati e gli offerenti, entro un termine comunque non superiore a dieci giorni, a provare che la loro partecipazione alla preparazione della procedura di



aggiudicazione dell'appalto non costituisce causa di alterazione della concorrenza. 3. Le misure adottate dall'amministrazione aggiudicatrice sono indicate nella relazione unica prevista dall'articolo 99 del presente codice». In proposito, le Linee Guida Anac n. 14 recanti «Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato», approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 161 del 6 marzo 2019, e alle quali si rinvia, evidenziano che «Prima dell'avvio di una procedura selettiva, le stazioni appaltanti possono svolgere consultazioni del mercato finalizzate alla predisposizione degli atti di gara, allo svolgimento della relativa procedura, nonché a fornire informazioni agli operatori circa le procedure programmate e i requisiti relativi alle stesse». Le stazioni appaltanti sono chiamate a pubblicare un avviso che indichi i presupposti e le finalità della consultazione preliminare, che può riguardare ogni aspetto tecnico ritenuto utile alla preparazione del procedimento selettivo. Si tratta di uno strumento a disposizione della stazione appaltante con cui è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato onde acquisire quelle informazioni di cui è carente (Cons. Stato Sez. III, Sent. 23 settembre 2019, n. 6302). I soggetti che partecipano alla consultazione forniscono dunque, ai sensi dell'art. 66, consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica che la stazione appaltante utilizza ai fini dell'eventuale procedimento selettivo nel rispetto dei principi di proporzionalità, trasparenza, concorrenza e non discriminazione. Al fine di garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente alla consultazione preliminare, la stazione appaltante deve adottare misure volte a evitare che le informazioni, a qualunque titolo e in qualunque forma fornite in consultazione, comportino una lesione dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione. Ai sensi dell'art. 67, co. 1, del Codice costituiscono misure adeguate minime: la comunicazione, in tempo utile, da parte del RUP agli altri candidati o offerenti delle informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione alla preparazione della procedura, e la fissazione di termini adeguati per la presentazione delle offerte. Ai sensi del co. 2 del medesimo articolo, la stazione appaltante procede a escludere dalla gara il concorrente che ha partecipato alla consultazione preliminare, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 80, comma 5, lettera e) del Codice, solo nel caso in cui le misure minime adottate dalla stazione appaltante non siano state in grado di eliminare il vantaggio competitivo derivante dalla partecipazione del concorrente alla consultazione preliminare e non vi siano altri mezzi per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, e comunque non prima di averli invitati a provare che la loro partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non costituisce causa di alterazione della concorrenza (art. 67, co. 2).

Nel caso di specie, emerge che il Comune non svolgeva consultazioni preliminari di mercato, e che ai fini della predisposizione degli atti di gara prendeva spunto da appalti analoghi svolti nella Regione Veneto. Pertanto risulta che i componenti del raggruppamento aggiudicatario partecipavano solamente alla predisposizione del progetto di base #INNOTV. In proposito si rileva che il capitolato di gara descrive il progetto #INNOTV come «sede per incontri istituzionali e per lo sviluppo della conoscenza in materia di innovazione e digitale, rappresentando un punto d'incontro e di promozione della cultura digitale dove soggetti diversi (istituzioni, privati, imprese, ecc.) possono condividere e scambiare informazioni, nuove idee e progettualità, favorendo la collaborazione e l'inclusione digitale. #INNOTV si configura altresì come luogo abilitato ad ospitare postazioni di lavoro in modalità sia di Co-working sia di Smart Working per lo svolgimento dell'attività lavorativa in modo agile». Il capitolato rimanda al bando della Regione del Veneto e al progetto #INNOTV Treviso, che viene allegato e che, per espressa previsione, costituiva il «nucleo minimo delle attività da svolgere». Infatti, anche a tenore del disciplinare di gara, l'offerta tecnica doveva «rispettare le caratteristiche minime stabilite nel progetto e negli atti ivi richiamati, pena l'esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice». Pertanto, sotto il profilo della pubblicità e della trasparenza, sembra potersi affermare che l'Amministrazione, sebbene non sembra che abbia svolto delle consultazioni preliminari di mercato nel



senso indicato dalla norma, abbia comunque adottato le «misure minime adeguate» previste dall'art. 67 del Codice, nel mettere il progetto a disposizione di tutti i candidati e nel fissare termini congrui per la presentazione delle offerte.

Tuttavia, sotto il profilo della *par condicio* dei concorrenti, occorre svolgere alcune considerazioni riguardanti il ruolo svolto dai componenti del RTI aggiudicatario. Dall'esame dei criteri di valutazione presenti nell'Allegato A1 del bando regionale per l'ammissione a finanziamento, emerge che veniva richiesto di "Descrivere quali *partner* si intende coinvolgere per la gestione del progetto". In risposta a tale criterio l'Amministrazione comunale evidenziava di poter contare sull'esperienza e le tecnologie, fra gli altri, del laboratorio di Unindustria Servizi & Formazione Treviso Pordenone (mandante del RTI aggiudicatario), della Camera di Commercio Treviso Belluno (socio della t2i S.c.a.r.l., mandataria del RTI aggiudicatario), e di Informatici senza Frontiere Onlus (mandante del RTI aggiudicatario). Nel capitolo dedicato alla localizzazione del progetto, il Comune inseriva l'*InnovationLab* nel contesto del polo universitario cittadino, specificando che t2i S.c.a.r.l., "*partner* scientifico del progetto", ha la sua sede a 950 m. dall'insediamento dell'*InnovationLab*. Nella parte dedicata alla sostenibilità del progetto post-finanziamento si prevedeva l'istituzione di un "tavolo permanente di innovazione", di cui faranno parte «i soggetti già individuati come partner del progetto "#INNOTV"» e che sarà allargato ad altri soggetti del territorio selezionati «attraverso un avviso pubblico di manifestazione di interesse a diventare componenti del tavolo, costituendo di fatto un elenco di "innovatori" del territorio a cui sarà possibile candidarsi per tutta la durata del progetto». Nel capitolo dedicato alla qualità della *partnership*, era ribadito che l'*Innovation lab* "potrà contare sulle competenze e conoscenze", oltre che dell'Università, anche di di t2i S.c.a.r.l.. E appunto la *partnership* con la predetta t2i, Agenzia per l'Innovazione partecipata dalle Camere di Commercio di Treviso- Belluno, Venezia -Rovigo e Verona, nonché organismo di formazione accreditato dalla Regione Veneto per gli ambiti di "formazione superiore, formazione continua ed orientamento", era evidenziata sottolineandone la competenza in materia di formazione, innovazione e ricerca, e il ruolo di *Partner* in numerosi progetti europei di cooperazione territoriale. Era sottolineata quindi l'importanza di tale *partnership* al fine di "definire e portare avanti le azioni dell'*Innovation lab* sia dal punto di vista tecnico e scientifico, in quanto portatori di *knowhow* specifico, sia dal punto di vista sociale", e al fine di promuovere le iniziative che si terranno all'interno dell'*Innovation lab* contribuendo alla diffusione della cultura dell'innovazione nel territorio. La collaborazione era vista anche in un'ottica di lungo periodo, «attraverso l'individuazione di progettualità e azioni sinergiche volte a consolidare il ruolo dell'*Innovation lab* come hub dell'innovazione a servizio del territorio anche a conclusione del progetto». Infine, nel capitolo dedicato alla collaborazione con le associazioni di volontariato e le scuole, il comune di Treviso dichiarava di aver attivato una collaborazione con Informatici Senza Frontiere Onlus (mandante dell'odierna aggiudicataria). La stessa Amministrazione, nella propria memoria, spiega che «il Progetto #INNOTV presentato alla Regione del Veneto dà quindi atto del partenariato instaurato con i soggetti ivi indicati (tra cui T2I e Informatici Senza Frontiere) nei termini di cui al bando regionale. In particolare, detti *partner* hanno contribuito descrivendo le proprie attività e i propri mezzi e strutture tecnologiche ai fini della definizione del partenariato prevista dal bando. Relativamente al modello di *governance* indicato nel progetto e alla partecipazione di detti *partners* al Tavolo di innovazione permanente e ai gruppi tematici informali, si evidenzia che identica partecipazione è prevista per il soggetto aggiudicatario della realizzazione e gestione dell'*InnovationLab* ("Responsabile *InnovationLab*") nonché degli ulteriori *partners* da questi individuati nell'offerta tecnica presentata in sede di gara».

Da tutto quanto sopra evidenziato, è possibile affermare che i rimedi posti in essere dalla stazione appaltante per neutralizzare l'evidente vantaggio competitivo del raggruppamento aggiudicatario



consistevano nell'allegare agli atti di gara il progetto #INNOTV e nel concedere termini adeguati ai fini della presentazione dell'offerta. Ciò che desta perplessità, tuttavia, è il fatto che il ruolo dei componenti del RTI aggiudicatario nella gestione del progetto fosse di fatto già previsto all'interno del progetto stesso, che costituiva la base di riferimento per formulare le relative offerte tecniche e "nucleo minimo dell'attività da svolgere". Si ritiene pertanto che, essendo la gara stata indetta per la "realizzazione e gestione" del progetto, il fatto di aver individuato preventivamente alcuni dei *partner* che avrebbero avuto un ruolo nella "gestione", non consente di ritenere neutralizzato il vantaggio competitivo di tali soggetti rispetto agli altri concorrenti. **Si ritiene pertanto di rimettere al Comune la verifica, da formalizzare anche attraverso apposito atto, dell'assenza di un vantaggio competitivo in capo all'aggiudicatario, anche alla luce degli accordi di collaborazione/partenariato intervenuti e in relazione alla natura pubblica/privata dei soggetti con i quali tali accordi sarebbero stati conclusi;**

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

-essendo la gara stata indetta per la "realizzazione e gestione" del progetto, il fatto che la S.A. abbia individuato preventivamente alcuni dei *partner* che avrebbero avuto un ruolo nella "gestione", non consente di ritenere neutralizzato il vantaggio competitivo di tali soggetti rispetto agli altri concorrenti. **Pertanto l'aggiudicazione resta valida subordinatamente alla verifica, da parte della stazione appaltante, da formalizzare anche attraverso apposito atto, dell'assenza di un vantaggio competitivo in capo all'aggiudicatario.**

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24 febbraio 2021

Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente