

DELIBERA N. 584

28 luglio 2021.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla [OMISSIS] – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di valutazione indipendente del Programma Operativo Regionale Sardegna Fondo Europeo di Sviluppo Regionale 2014-2020 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 800.000,00 – S.A.: [OMISSIS]

PREC 149/2021/S

Riferimenti normativi

Art. 125 del Regolamento (UE) 1303/2013

Art. 48, comma 19 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

PO FESR – Gestione risorse, valutazione indipendente e controlli di I livello – Soggetti competenti – Aggiudicatario del servizio di valutazione indipendente – Clausola contrattuale di incompatibilità con altri benefici o contratti a valere sul medesimo PO – Legittimità clausola – Applicabilità art. 48, comma 19.

Massima

Non massimabile

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 luglio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0048346 del 17.6.2021, con la quale la [OMISSIS] chiede parere all'Autorità in ordine all'esatta interpretazione da attribuire alla clausola contenuta nell'art. 10 del Capitolato tecnico (recante "Principi di buona pratica valutativa, requisiti di etica e incompatibilità"),

laddove viene previsto che: *«Al fine di garantire la massima indipendenza delle attività valutative, per tutta la durata del Contratto l'Aggiudicatario, e ciascun componente il team di lavoro, non potrà partecipare, singolarmente o quale componente di un gruppo ad altri progetti finanziati nell'ambito del POR Sardegna FESR 2014-2020, né essere titolare, per il medesimo Programma, di richieste, di contributi o attività a valere sul Programma operativo, né ancora collaborare con terzi alla presentazione di progetti cofinanziati dal POR Sardegna FESR 2014-2020 o ad altre attività a valere sullo stesso»;*

CONSIDERATO, più dettagliatamente, che il dubbio interpretativo sorge con riferimento all'eventuale applicabilità della suindicata clausola di incompatibilità al RTI costituito da [OMISSIS], in qualità di mandataria, e t33 Srl in qualità di mandante, il quale, in data 04/02/2021, è risultato aggiudicatario della gara in oggetto, mentre successivamente la sola società [OMISSIS], in data 25/05/2021, ha sottoscritto con la [OMISSIS], il contratto disciplinante l'affidamento e l'esecuzione dei Servizi di "Assistenza Tecnica per l'attuazione delle attività di controllo di primo livello di competenza del CRP relative alla Programmazione Unitaria, ai PO FESR Sardegna 2014-2020 e 2021-2027";

CONSIDERATO che l'Ente istante pone, quindi, all'Autorità i seguenti quesiti:

- *«può questa Amministrazione sottoscrivere con il RTI, costituito da [OMISSIS] in qualità di mandataria e t33 Srl in qualità di mandante, il contratto per l'affidamento del servizio di valutazione indipendente del Programma Operativo Regionale Sardegna Fondo Europeo di Sviluppo Regionale 2014-2020 oppure, stante la previsione della lex specialis sopra citata, tale affidamento è da ritenersi incompatibile?»;*
- *«nell'ipotesi in cui Codesta Autorità dovesse ritenere incompatibile l'affidamento del servizio a favore del citato RTI, può l'Amministrazione scrivente disporre l'aggiudicazione esclusivamente a favore della Società (mandante) t33 Srl, previa verifica del possesso dei requisiti in capo a quest'ultimo soggetto, oppure è tenuta ad effettuare lo scorrimento della graduatoria di gara e disporre il subentro e l'affidamento a favore del secondo soggetto in graduatoria?»;*

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 23.6.2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che a parere della società [OMISSIS], aggiudicataria delle due gare in discussione, non sussiste alcun tipo di incompatibilità, in quanto *«Nel momento in cui l'A.d.G. ([OMISSIS] – n.d.r.) si determina ad affidare esternamente l'esecuzione di tali attività, è evidente come non possa sussistere alcun tipo di incompatibilità tra il soggetto chiamato a effettuare l'attività di controllo di primo livello (relativa alle modalità di utilizzo dei fondi) e l'attività di valutazione del programma in quanto, qualora dette attività venissero effettuate direttamente dall'Autorità di gestione, nessuna forma di incompatibilità interna risulterebbe rinvenibile in capo agli uffici dell'[OMISSIS]»;* da cui la conclusione che *«La norma di cui all'art. 10 del Capitolato del servizio di valutazione, infatti, è intesa a ravvisare incompatibilità qualora il medesimo soggetto vada a svolgere attività per soggetti beneficiari, ove tra questi non può ritenersi compresa la medesima [OMISSIS], relativamente agli interventi effettuati a titolarità per l'affidamento del servizio di Assistenza Tecnica»;*

CONSIDERATO, inoltre, che a riprova di tale interpretazione, la stessa [OMISSIS] riferisce di un precedente riguardante la Regione Friuli Venezia Giulia, la quale, in una FAQ relativa all'affidamento del servizio di valutazione per il "Programma Operativo Regionale FESR 2007/2013" (risposta a quesito n. 7), chiarisce che *«l'obbligo a non assumere incarichi di consulenza a favore di beneficiari del Programma o alla posizione di fruitore di regimi di aiuto nell'ambito del medesimo Programma è da intendersi riferita ai beneficiari diversi dall'[OMISSIS]del Programma»;*

RILEVATO che oggetto dell'affidamento del **Servizio di valutazione indipendente** di cui alla gara in oggetto *«è la prestazione di servizi professionali riguardanti le attività di valutazione del POR FESR 2014-2020*

(d'ora in poi POR FESR). Scopo del Servizio è quello di supportare i processi di apprendimento comune sulle politiche di sviluppo, fornendo elementi conoscitivi e valutativi necessari e utili, oltreché a rispondere agli obblighi comunitari, ad orientare le decisioni sul Programma e a migliorarne costantemente la qualità progettuale e l'esecuzione. Il Servizio risponde anche all'esigenza di trasparenza nei confronti dei principali stakeholders, e di coinvolgimento di questi ultimi nel ciclo delle policy, anche attraverso la verifica dell'efficacia delle azioni di informazione e di comunicazione e sul grado di conoscenza/percezione della Politica di Coesione dell'UE e dei Fondi Strutturali in Sardegna» (art. 2 del Capitolato tecnico);

RILEVATO che l'oggetto dell'affidamento del servizio di **"Assistenza Tecnica per l'attuazione delle attività di controllo di primo livello di competenza del CRP relative alla Programmazione Unitaria, ai PO FESR Sardegna 2014-2020 e 2021-2027"**, *«afferisce alla prestazione dei servizi di Assistenza Tecnica per l'attuazione dei controlli di primo livello di competenza del Centro Regionale di Programmazione relativi alla Programmazione Unitaria, ai PO FESR Sardegna 2014-2020 e 2021-27. Rientrano nell'appalto le attività di verifica di cui all'art. 125 paragrafo 5 e 6 Reg. CE 1303/13 e ss.mm.ii. –Categoria 11-servizi di consulenza gestionale. I contenuti del Servizio sono dettagliati nel successivo paragrafo 3. La finalità che l'amministrazione regionale si prefigge di raggiungere tramite il presente appalto è il supporto alla Direzione del Centro Regionale di Programmazione nonché all'[OMISSIS][[OMISSIS]] del Programma Operativo FESR per la realizzazione e il coordinamento delle attività di controllo di I livello di propria competenza. Tali attività sono dirette a verificare sia la corretta esecuzione delle operazioni e delle spese dichiarate dai beneficiari, sia la conformità di tali spese alle disposizioni comunitarie e nazionali in materia di aiuti di stato, di ambiente, pari opportunità e non discriminazione, sia, infine, il rispetto della normativa comunitaria e nazionale in materia di appalti, oltre che degli obblighi in materia di informazione e di pubblicità. (art. 72, REG UE 1303/2013, SIGECO, Par 2.2.3.6)»;*

RITENUTO che l'obiettivo che si intende perseguire con l'inserimento nella *lex specialis* della clausola di incompatibilità oggetto di controversia è, evidentemente, quello duplice di garantire, da un lato, l'autonomia e l'indipendenza nelle attività di valutazione e di scongiurare, dall'altro, il rischio che l'aggiudicatario del servizio in questione, dalla particolare e delicata attività svolta, possa trarre, direttamente o indirettamente, benefici competitivi tali da attribuirgli una condizione illegittimamente privilegiata rispetto ad altri operatori economici interessati a progetti, attività, richieste o contributi finanziati con risorse a valere sul POR Sardegna FESR 2014-2020;

RITENUTO che, malgrado risulti alquanto singolare che sia lo stesso soggetto che ha predisposto gli atti e, quindi, anche la clausola in discussione, a richiedere un parere in ordine alla sua corretta esegesi, la formulazione di tale disposizione risulti abbastanza chiara nell'escludere la possibilità che l'aggiudicatario della gara *de qua* possa contemporaneamente essere titolare, per il medesimo PO, di "richieste, contributi o attività a valere sul PO FESR Sardegna 2014-2020";

RITENUTO che il riferimento alle FAQ della Regione Friuli Venezia Giulia non sia pertinente, considerato il diverso tenore letterale della clausola, solo apparentemente analoga, inserita nella *lex specialis* della relativa gara, la quale fa riferimento all'ipotesi affatto diversa, e non ammessa, in cui l'aggiudicatario del contratto intenda effettuare attività di consulenza per soggetti già beneficiari di risorse a valere sul Programma Regionale in questione;

RITENUTO che, a prescindere da ogni valutazione in merito alla corretta interpretazione e applicazione delle normative europee sulla gestione dei Fondi Europei di Sviluppo Regionale in materia di valutazione, controllo, vigilanza e monitoraggio sull'utilizzo delle risorse messe a disposizione, che non costituisce oggetto della presente richiesta di parere, né, d'altra parte, rientra tra le competenze di questa Autorità, la circostanza che parte di tali attività di competenza di 'gruppi di lavoro' funzionalmente distinti dell'[OMISSIS] sia stata affidata ad uno stesso operatore economico sembra comunque determinare, di per sé, una incompatibilità per difetto di indipendenza;

RITENUTO, quindi, dando risposta al primo quesito posto, che la concentrazione di entrambi i contratti oggetto di controversia nelle mani della medesima società affidataria appare non conforme alla clausola di incompatibilità in commento, oltre a destare forti perplessità la circostanza che tale società così risulti direttamente coinvolta in processi decisionali per i quali dovrebbe essere garantito un soddisfacente livello di indipendenza funzionale e autonomia valutativa tra le due differenti attività dedotte nei rispettivi contratti; indipendenza e autonomia della cui effettiva esistenza non pare essere fornita una persuasiva dimostrazione dalle argomentazioni difensive spese da [OMISSIS] sul punto (non può essere accolto, ad esempio, il parallelismo che viene istituito tra *“affidamento a soggetto in house specializzato in ricerca e/o valutazione”* dei servizi in discussione e la loro esternalizzazione a soggetti privati per dimostrare che se la prima soluzione non entra in contrasto con la lettera del dettato regolamentare, atteso che – laddove praticata – non risulta essere mai stata oggetto di contestazione, la stessa cosa potrebbe sostenersi per la seconda, in quanto mentre la società *in house* costituisce comunque un’articolazione in senso sostanziale della pubblica amministrazione da cui promana e non un soggetto giuridico ad essa esterno e da essa autonomo e, pertanto, a prescindere dalla commissione di specifici reati, si presuppone che i singoli dipendenti siano mossi solo dalla cura degli interessi pubblici, gli operatori economici privati, per definizione, coltivano interessi privati e individuali; ciò che determina, quindi, la necessità di predisporre misure diverse e ulteriori atte a garantire il perseguimento degli interessi della collettività beneficiaria dei fondi strutturali in commento);

CONSIDERATO, relativamente al secondo quesito, che l’art. 48, comma 19 del Codice dispone che *«E’ ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara»* e che *la ratio* che sorregge la sopra riportata disciplina estensiva delle deroghe al principio dell’immodificabilità della composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari è costituita sia dall’incentivazione della libera concorrenza e della massima partecipazione sia dall’esigenza di garantire, per quanto possibile, la stabilizzazione dell’offerta risultata migliore nell’interesse pubblico della qualità delle opere, dei servizi o delle forniture, nonché, nella fase dell’esecuzione, la continuità e tempestività delle prestazioni contrattuali, secondo il principio per cui la procedura ad evidenza pubblica mira sempre a premiare non solo la migliore offerta, ma anche il migliore operatore economico;

CONSIDERATO, sempre in argomento, che la clausola in discussione non costituisce un requisito di partecipazione, bensì un mero obbligo contrattuale, legittimo sotto il profilo formale e ragionevole sotto il profilo sostanziale, imposto dalla *lex specialis* al futuro aggiudicatario, il quale, già al momento della partecipazione, è ben consapevole delle possibili conseguenze connesse all’inverarsi delle ipotesi (onnicomprensive) di incompatibilità descritte nella stessa;

CONSIDERATO, ancora, che secondo la giurisprudenza consolidata l’elusione, quale limite della modifica in riduzione, va quindi apprezzata in ragione del motivo posto alla base dell’operazione riduttiva e del tempo di emersione del relativo motivo, sicché l’esercizio della facoltà non deve configurarsi come strumentale a sanare *ex post* una situazione di preclusione all’ammissione alla procedura riguardante il soggetto uscente/recedente sussistente al momento dell’offerta, a pena di violazione della *par condicio* tra i concorrenti, bensì, come nel caso di specie, a consentire l’uscita della mandataria dal raggruppamento successivamente all’aggiudicazione definitiva, dunque successivamente alla valutazione delle offerte di tutte le imprese concorrenti nel rispetto dei criteri fissati dal bando e della *par condicio*, per *“sopravvenute esigenze organizzative”*, tra le quali si ritiene possa rientrare anche l’ipotesi in discussione, in cui la successiva sottoscrizione del contratto per il servizio di assistenza tecnica per



l'attuazione delle attività di controllo di primo livello di competenza del CRP ha reso la società [OMISSIS] automaticamente incompatibile con la posizione di aggiudicatario del servizio di valutazione indipendente del PO Sardegna FESR 2014-2020 precedentemente conseguita (cfr. Cons. Stato, VI, 30.7.2020 n. 4858), imponendo, così, al RTI aggiudicatario la necessità di una rimodulazione organizzativa, in assenza della quale né il raggruppamento né ciascuno degli operatori economici che ne fanno parte sono legittimati a sottoscrivere il contratto *de quo*;

RITENUTO, in definitiva, per rispondere al quesito posto dall'istante, che l'Amministrazione precedente potrebbe disporre l'aggiudicazione a favore della società (mandante) t33 Srl, previa verifica del possesso, *ab origine* e non successivamente acquisito, dei requisiti in capo a quest'ultimo soggetto secondo le disposizioni di cui all'art. 48, comma 19 citato,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono e limitatamente alla questione prospettata dall'istante, che:

- la clausola di incompatibilità di cui all'art. 10 del Capitolato tecnico della gara *de qua* non consenta all'Amministrazione committente di stipulare con il RTI aggiudicatario il contratto per il servizio di valutazione indipendente del PO Sardegna FESR 2014-2020 a causa dell'attuale titolarità da parte della società mandataria [OMISSIS] del contratto di assistenza tecnica per l'attuazione delle attività di controllo di primo livello di competenza del CRP relative alla Programmazione Unitaria, ai PO FESR Sardegna 2014-2020 e 2021-2027;
- la stessa Amministrazione possa disporre l'aggiudicazione della gara in oggetto a favore della società mandante t33 Srl ai sensi dell'art. 48, comma 19 del Codice.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente