

Repubblica Italiana
REGIONE SICILIANA



***Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana***

Prot. n. 11383/57/11/2020 del 30 giugno 2020

Pos. Coll. e Coord. n. 2

Dipartimento regionale della Protezione Civile
Direzione Generale
(Rif. nota 15 giugno 2020, n.33399)

Oggetto: *O.C.D.P.C. n. 340/2016 – Affidamento diretto ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. a) del d.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii. per l’esecuzione delle Indagini Geognostiche preliminari propedeutiche alla realizzazione dell’intervento denominato 340_C22 – Comune di pagliara (ME) “ripristino acquedotto e opere idrauliche di protezione” – Importo complessivo di Piano € 770.000,00. Istanza di riammissione alla gara ditta GXXXXX CONSULTING s.a.s. di SXXXXX &C..*

Con la nota in riferimento codesta Amministrazione sottopone a questo Ufficio la problematica inerente la riammissione, alla procedura di affidamento in oggetto richiamata, della ditta GXXXXX CONSULTING s.a.s..

Nella fattispecie, il Richiedente Dipartimento, nel premettere che il Servizio 11 - Attività per il superamento dell'emergenza del DRPC Sicilia - è stato autorizzato a procedere all'affidamento diretto per l'esecuzione delle indagini geognostiche preliminari per l'intervento in questione, mediante pubblicazione di lettera di invito a cinque operatori,

rappresenta che, in data 23 marzo 2020, sia pervenuta un'unica offerta da parte della citata ditta, il cui legale rappresentante coincide con il tecnico già incaricato dall'Amministrazione comunale della redazione del progetto di indagini oggetto della gara.

Tale circostanza ha indotto codesto Soggetto Attuatore a ritenere la domanda non ammissibile ai sensi dell'art. 24, comma 7, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

A fronte del provvedimento di esclusione adottato, la ditta GXXXXX CONSULTING ha trasmesso, in data 20 maggio 2020, istanza di riammissione alla gara, sostenendo come non si possa ritenere violata la disposizione normativa richiamata, posta a tutela della concorrenza, non potendosi sostenere, in astratto, che l'attività di progettazione posta in favore dell'Ente Locale abbia determinato un vantaggio nei confronti degli altri operatori economici; ciò soprattutto in considerazione degli esiti della procedura, alla quale, come evidenziato, ha partecipato un unico interessato.

Alla luce di quanto rappresentato, codesto Dipartimento chiede l'avviso di questo Ufficio in relazione all'interpretazione del citato art. 24, comma 7, del codice degli appalti, ai fini di valutare la legittimità dell'operato della Stazione appaltante.

2. Va preliminarmente osservato che questo Ufficio è istituzionalmente chiamato a rendere pareri sulla interpretazione o sull'applicazione di norme regionali (di fonte legislativa o regolamentare) in favore dell'Amministrazione centrale della Regione. e non anche ad esprimersi in ordine alla legittimità e/o correttezza di atti o provvedimenti, non potendosi sostituire, all'Amministrazione attiva, nel dovere di quest'ultima di provvedere.

In un'ottica di fattiva collaborazione tra Dipartimenti, si rassegnano, tuttavia, le seguenti considerazioni di ordine generale, limitatamente all'interpretazione delle leggi di riferimento.

3. L'art. 24, comma 7, del decreto legislativo n. 50/2016 dispone che: *“Fermo restando quanto previsto dall'articolo 59, comma 1¹, quarto periodo, gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara non possono essere affidatari degli appalti, nonché degli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione. Ai medesimi appalti, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. 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”.*

Come ha avuto modo di sottolineare la ditta esclusa, la giurisprudenza, anche eurounitaria, ha, nel tempo, circoscritto l'applicabilità della disposizione in parola con riferimento all'analogo divieto disciplinato all'art. 90 del precedente codice degli appalti, decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

A titolo esemplificativo si richiamano le pronunce del **Consiglio di Stato n. 7130/2003; n. 1691/2020 e n. 2333/2020**, con le quali si è avuto modo di sottolineare come: *“ (...) il legislatore, vietando a coloro che direttamente o indirettamente (agli affidatari degli incarichi di progettazione ed ai loro dipendenti e collaboratori) abbiano partecipato alla progettazione di concorrere nelle gare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori progettati, ha voluto assicurare la massima autonomia e l'assoluta separazione tra attività di progettazione dei lavori e le attività esecutive degli stessi e, quindi, evitare*

¹ **Art. 59, comma 1, decreto legislativo n. 50/2016:** *“(...) E' vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità, locazione finanziaria, nonché delle opere di urbanizzazione a scomputo di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e). Si applica l'articolo 216, comma 4-bis”*.

che il redattore del progetto possa essere in modo diretto o indiretto anche l'esecutore dei lavori. (...) la disposizione in questione, incidendo sulla partecipazione dei soggetti alla gara e quindi sulla libertà di impresa, deve essere interpretata in senso rigoroso, quanto alle ipotesi che in concreto possono comportare un'incompatibilità e quindi un divieto di partecipazione alla gara; al contempo, peraltro, essendo espressiva di un principio generale di tutela della par condicio dei concorrenti e quindi in definitiva della tutela della concorrenza, la disposizione (...) è volta ad impedire posizioni di vantaggio dipendenti da forme di contiguità con la stazione appaltante e quindi estensibile a fattispecie che descrivono un'analogica problematica (Cons. Stato, IV, 3 maggio 2011, n. 2650). Occorre comunque sempre individuare con rigore le ipotesi in cui sia ravvisabile la violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione (...). Il previsto divieto: "(...) postula, (...) che i soggetti in questione abbiano acquisito in ragione del fatto di avere curato la progettazione dell'opera una <<esperienza (...) tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori>> nell'affidamento dei relativi lavori. Il vantaggio è dunque presunto per legge ma è possibile per l'interessato offrire la prova contraria (la regola risale alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 3 marzo 2005, C-21/03 e 34/03, Fabricom SA;²). (...) la predisposizione di un progetto di opera pubblica da parte di un professionista privato non comporta alcun automatismo escludente per il suo concorso all'affidamento dei relativi lavori: in

² *Le direttive 92/50, 93/36, 93/37, come modificate dalla direttiva 97/52, e la direttiva 93/38, come modificata dalla direttiva 98/4, che coordinano rispettivamente le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, di forniture, di lavori e nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, più in particolare la disposizione di ciascuna di tali direttive secondo la quale le autorità aggiudicatrici provvedono a garantire la parità di trattamento tra gli offerenti, ostano ad una normativa nazionale in forza della quale non viene ammessa la presentazione di una domanda di partecipazione o la formulazione di un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi da parte di una persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda alla medesima la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza. Tenuto conto della situazione favorevole in cui potrebbe trovarsi la persona che ha effettuato siffatti lavori preparatori, non si può certo sostenere che il principio della parità di trattamento obbliga a trattare la medesima allo stesso modo degli altri offerenti. Tuttavia, una norma che non lascia alla detta persona alcuna possibilità di dimostrare che, nel suo caso specifico, questa situazione non è tale da falsare la concorrenza, eccede quanto necessario per raggiungere l'obiettivo della parità di trattamento fra tutti gli offerenti.*

conformità al principio di proporzionalità di matrice Euro-unitaria deve infatti essergli consentito di dimostrare che dalla redazione del progetto a base di gara non gli è derivato alcun vantaggio competitivo”.

Ne discende che, codesto Dipartimento, nella qualità di Stazione appaltante, è chiamato innanzitutto a consentire all'operatore economico che si trovi nelle condizioni richiamate, a dimostrare, prima dell'adozione di qualsiasi provvedimento, che l'esperienza acquisita nell'espletamento dell'incarico di progettazione, in favore di altro committente, non abbia determinato un vantaggio tale da falsare la concorrenza con gli altri operatori nella fase di selezione delle domande e successivamente a valutare, nel rispetto dei canoni di proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione, correlati agli esiti delle consultazioni avviate, la fattibilità di un provvedimento di esclusione.

Nelle superiori considerazioni è l'avviso dello Scrivente.

Si ricorda che, in conformità alla circolare presidenziale 8 settembre 1998, n. 16586/66 98.12, trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere senza che codesta Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere inserito nella banca dati "FONS".

*F.to Avv. Giuseppa Mistretta

L'AVVOCATO GENERALE

* F.to Avv. Giovanni Bologna

*firma autografa sostituita a mezzo stampa, ai sensi dell'art.3 comma 2 d.lgs.39/1993