

Numero 3/2022

Settembre/Dicembre



In collaborazione con



L&C Consulting s.r.l.

Rassegna di giurisprudenza

INDICE

Giurisprudenza nazionale

Consiglio di Stato – Sentenza del 15/11/2022 n. 10015

La Sentenza affronta, tra gli altri, il tema del conflitto di interessi e del rispetto dei requisiti di indipendenza, imparzialità e integrità della disciplina UNI CEI EN ISO/IEC 17020 nel caso in cui l'Organismo di tipo "C" appartenga ad un Gruppo imprenditoriale del quale fanno parte altre imprese, variamente coinvolte nello svolgimento di prestazioni connesse al medesimo Progetto.

UNI CEI EN ISO/IEC 17020; Organismo di tipo "C"; conflitto di interessi; indipendenza; imparzialità; integrità; incompatibilità; asimmetria informativa; gestione dei conflitti di interesse.

3

Consiglio di Stato – Sentenza del 15/11/2022 n. 10023

Il Consiglio di Stato si pronuncia in ordine al possesso da parte di un Raggruppamento Temporaneo di Imprese del requisito di ammissione alla gara, costituito dalla certificazione accreditata, ai sensi della PdR UNI 56/2019, delle competenze del personale tecnico addetto alle prove non distruttive nel campo dell'ingegneria.

Raggruppamento Temporaneo di Imprese; RTI; Prassi di Riferimento; PdR; chiarimenti; progettazione.

5



Consiglio di Stato

Sentenza del 15/11/2022 n. 10015

Conflitto di interessi

Il tema del conflitto di interessi nell'ambito della partecipazione alle gare pubbliche, determinato dalla precedente partecipazione dell'operatore economico – o di soggetti ad esso collegati – a fasi prodromiche alla celebrazione della gara stessa, quali ad esempio la fase di progettazione è da sempre particolarmente delicato e complesso.

La pronuncia del Consiglio di Stato si esprime sull'appello promosso avverso la sentenza del TAR Liguria n. 69/2022, già oggetto di commento nel primo numero del corrente anno della presente Rassegna, alla cui lettura si rimanda

La gara che ha dato origine al contenzioso era relativa all'affidamento dell'incarico di coordinamento progettuale, controllo qualità, direzione lavori, coordinamento della sicurezza e supporto tecnico (attività di project management consultant, o P.M.C.) nell'ambito dell'appalto integrato (progettazione + esecuzione) dei lavori per la realizzazione della nuova diga foranea del Porto di Genova.

A monte della procedura in questione si collocava l'affidamento della verifica del progetto di fattibilità tecnico economica dell'intervento (PFTE), che avrebbe per l'appunto costituito la base del futuro appalto integrato.

Incompatibilità

I ricorrenti ritenevano che fosse stato violato nella fattispecie il principio posto dall'art. 26 del D.Lgs. 50/2016 comma 7, ai sensi del quale *"lo svolgimento dell'attività di verifica è incompatibile con lo svolgimento, per il medesimo progetto, dell'attività di progettazione, del coordinamento della sicurezza della stessa, della direzione lavori e del collaudo"*, atteso che l'attività di verifica del progetto di fattibilità tecnico economica dell'intervento era stata effettuata da un'impresa appartenente al medesimo Gruppo imprenditoriale dell'aggiudicataria della successiva attività di coordinamento progettuale, controllo qualità, direzione lavori, coordinamento della sicurezza e supporto tecnico (attività di project management consultant, o P.M.C.) che proprio in relazione a tale progetto sarebbe stata esplicitata.

Il TAR ligure aveva rigettato lo specifico motivo di ricorso, ritenendo insussistenti sia conflitti di interesse che situazioni di incompatibilità ai sensi del citato art. 26 del Codice Contratti, pur accogliendo l'impugnativa per motivi differenti.

Con l'appello incidentale, gli originari ricorrenti in primo grado hanno riproposto le censure afferenti il supposto conflitto di interessi e l'asserita

incompatibilità nei confronti dell'impresa che si era classificata al primo posto della graduatoria e che erano state respinte.

Indipendenza Gli appellanti incidentali hanno sostenuto che l'impresa originariamente aggiudicataria non sarebbe in grado di assicurare l'indipendenza richiesta dalla legge di gara e, più in generale, dall'art. 26, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dalle Linee Guida n. 1 elaborate dall'ANAC il relazione ai servizi di architettura e ingegneria poiché si troverà ad eseguire il servizio di PMC (inclusivo dei Servizi di Coordinamento Progettuale, Controllo Qualità, Direzione Lavori, Coordinamento della Sicurezza e Supporto Tecnico e Gestionale) della nuova diga del porto di Genova su un progetto la cui verifica era stata affidata ad una società collegata, appartenente allo stesso gruppo imprenditoriale.

Imparzialità e integrità In sostanza, l'appartenenza dei due soggetti ad un medesimo Gruppo minerebbe, ad avviso degli appellanti incidentali, i necessari requisiti di imparzialità e integrità dell'operatore economico nello svolgimento delle prestazioni affidate.

Asimmetria informativa Non solo. Il rapporto esistente tra i due operatori economici avrebbe, altresì, generato un'asimmetria informativa dell'aggiudicataria originaria rispetto ai concorrenti e, conseguentemente, un indebito vantaggio competitivo in favore di quest'ultima che, sebbene anche solo potenziale, avrebbe determinato la necessità di procedere all'esclusione dell'impresa favorita.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, non si è lasciato convincere dalla tesi del RTI secondo classificato, osservando che la stazione appaltante aveva richiesto all'originaria aggiudicataria di presentare documentazione a comprova dell'insussistenza di potenziali conflitti di interessi e che tale documentazione era stata esaminata e ritenuta esaustiva.

Il Collegio ha osservato che dalla documentazione emerge che si tratta di due distinte società, tra loro autonome dai cui statuti societari si evince che sussiste una completa ed effettiva separazione tra le stesse, le quali, seppur assoggettate ad un comune controllo, costituiscono entità autonome e indipendenti sia dal punto di vista giuridico che da quello organizzativo.

Lo statuto della controllante, peraltro, prevede la rinuncia esplicita a qualsivoglia attività di direzione e coordinamento per tutto quanto riguarda l'ambito tecnico, nonché limiti rigorosi allo svolgimento di tale attività nei ben diversi ambiti in cui è ammessa.

Gestione del conflitto di interessi potenziale I Giudici di Palazzo Spada osservano, altresì, che il Gruppo aveva adottato linee guida specifiche per la prevenzione del conflitto di interessi, con la previsione di organi appositamente deputati al monitoraggio e alla risoluzione delle situazioni potenzialmente conflittuali.

Le cariche all'interno degli organi direttivi delle diverse società erano segregate e vi era una separazione delle rispettive catene gerarchiche.

UNI CEI EN ISO/IEC 17020 Ad avviso del Consiglio di Stato, il modello organizzativo implementato dal Gruppo in questione garantisce il rispetto dei requisiti di indipendenza,

Organismo di tipo "C"

imparzialità ed integrità della disciplina UNI CEI EN ISO/IEC 17020, nonché delle Linee Guida ANAC n. 1, recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria", che qualificano gli organismi di tipo "C" come "una struttura che può essere incardinata nell'ambito di organizzazioni che svolgono anche attività di progettazione; tuttavia, deve disporre, all'interno dell'organizzazione, di meccanismi di salvaguardia per assicurare adeguata separazione di responsabilità e di rendicontazione tra le ispezioni e le altre attività; la progettazione e l'ispezione dello stesso elemento, effettuate da un organismo di ispezione di Tipo C, non devono essere eseguite dalla stessa persona".

Conseguentemente, atteso che la situazione di conflitto di interessi deve essere accertata nel concreto e non in astratto, l'aggiudicazione originariamente disposta in favore dell'appellante incidentale è da ritenersi - in relazione a questo specifico aspetto - perfettamente valida e legittima.

Approfondimento

L'**appello incidentale** è lo strumento processuale attraverso il quale un soggetto al quale è stato notificato appello avverso una sentenza (c.d. **appello principale**) può proporre a propria volta nel medesimo giudizio appello avverso i capi della sentenza che risultino a lui sfavorevoli.

Nel caso in commento i Giudici di primo grado avevano rigettato i motivi di impugnativa relativi alla sussistenza del presunto conflitto di interessi in capo all'aggiudicataria, ma ne avevano accolti altri afferenti la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesti dalla *lex specialis* di gara.

La sentenza di prime cure era stata appellata dalla stazione appaltante (appello principale) e sia il ricorrente in primo grado che la controinteressata originaria aggiudicataria avevano interposto a propria volta appello rispetto alle parti della sentenza non favorevoli (appelli incidentali).



Consiglio di Stato

Sentenza del 15/11/2022 n. 10023

Il caso esaminato dal Consiglio di Stato concerne l'affidamento dei "Servizi di progettazione esecutiva, indagini diagnostiche e rilievi strutturali relativi ai lavori di manutenzione straordinaria di Ponti, Viadotti e Gallerie Artificiali".

Oggetto del contendere è, tra l'altro, il possesso dei requisiti speciali di partecipazione richiesti dalla documentazione di gara e, in particolare, la dimostrazione del possesso dei certificati emessi secondo la "UNI/PdR 56:2019, proveniente da organismo di certificazione accreditato da

UNI/PdR 56/2019

Accredia, ai sensi della UNI CEI ISO/IEC17024", relativamente a tutti i metodi di prova indicati nella richiamata lettera p".

Raggruppamento temporaneo di imprese

Il Raggruppamento aggiudicatario, secondo i ricorrenti, ne era privo, in quanto l'unico soggetto dotato della certificazione richiesta era un professionista esterno, il quale avrebbe sì assunto la responsabilità delle "indagini diagnostiche e rilievi strutturali" ma, non si sarebbe impegnato ad eseguire le relative prestazioni.

Sul punto la sentenza di primo grado aveva ritenuto di accogliere il ricorso dei secondi classificati osservando che la possibilità, per il concorrente, di soddisfare il requisito richiesto dal disciplinare di gara mediante figure esterne era ammessa solo nel caso in cui tra il professionista in questione e il concorrente vi fosse una particolare relazione. Nello specifico, era necessario che si trattasse di un rapporto non occasionale, ma di una forma di *"collaborazione coordinata e continuativa su base annua"*, oppure di un rapporto di consulenza, a patto però che il consulente avesse *"fatturato nei confronti del concorrente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA nei casi indicati dal D.M. 2 dicembre 2016, n. 263"*.

Chiarimenti

Nel corso della gara la stazione appaltante, su specifica richiesta degli aspiranti partecipanti, aveva fornito un chiarimento che avrebbe potuto essere interpretato, secondo gli aggiudicatari, nel senso di ammettere anche diverse forme di relazione contrattuale tra professionista esterno e concorrente.

La risposta fornita dalla stazione appaltante, difatti, si limitava a confermare *"la possibilità di poter usufruire, sia per la prestazione principale che per la secondaria, di collaboratori/consulenti esterni fermo restando l'obbligo da parte del Concorrente di produrre idonea documentazione a comprova del rapporto con il professionista/consulente indicato (es. copia del contratto di lavoro/di consulenza; lettera di impegno del consulente a fornire in caso di aggiudicazione della gara e per l'intera durata contrattuale del servizio la prestazione richiesta)"*.

Il Giudice di primo grado, pur ammettendo in astratto la possibilità di ricorrere a professionisti esterni per il soddisfacimento dei requisiti di partecipazione, riteneva fondato il ricorso atteso che, nel caso di specie, la legge speciale della gara – che non poteva essere modificata dai chiarimenti – era inequivoca nel pretendere che vi fosse uno specifico tipo di rapporto tra il concorrente e il soggetto esterno dotato della certificazione richiesta.

La decisione di appello

Il Consiglio di Stato ha confermato la pronuncia di primo grado, ritenendo che in effetti l'RTI concorrente fosse privo dei requisiti di partecipazione richiesti e, segnatamente, del possesso dei certificati emessi secondo la "UNI/PdR 56:2019, provenienti da organismo di certificazione accreditato da ACCREDIA, ai sensi della UNI CEI ISO/IEC17024", relativamente a tutti i metodi di prova indicati nella richiamata lettera p)"

Il Giudice di appello ha condiviso quanto statuito dal TAR in ordine al fatto che la *lex specialis* di gara, pur ammettendo la possibilità di avvalersi di professionisti esterni, per favorire al massimo la libera concorrenza agevolando la partecipazione di più operatori economici alla gara, richiedeva, allo stesso tempo, che i collaboratori esterni di cui il raggruppamento temporaneo intendeva avvalersi fossero legati da una relazione qualificata con lo stesso che si integrasse in una forma di collaborazione coordinata e continuativa da almeno un anno ovvero in una relazione di consulenza di una certa rilevanza economica nell'ultimo anno. La *ratio* della suddetta previsione consisteva nel richiedere l'esistenza di una non occasionale relazione tra i consulenti e il RTI, a garanzia della corretta esecuzione dell'accordo quadro nel corso del tempo.

Era evidente per il Collegio che tale stabile relazione mancasse nel caso specifico e che non potesse essere neppure teorizzato che i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante fossero integrativi o modificativi della legge di gara sul punto, essendo pacifico che essi non hanno alcuna natura provvedimentale e devono limitarsi semplicemente a rendere chiaro e comprensibile il contenuto di una disposizione incerta, ma non possono di certo modificarne o rettificarne la portata.

Approfondimento

Le PdR, acronimo di Prassi di Riferimento, sono documenti UNI (ovvero dell'Ente Italiano di Normazione) che introducono prescrizioni tecniche o modelli applicativi settoriali di norme tecniche, in mancanza di norme o progetti di norma nazionali, europei o internazionali.

Le PdR possono essere costituite da buone pratiche già in uso nei servizi al cittadino/consumatore, oppure possono essere applicazioni settoriali di specifiche esistenti, disciplinari industriali, protocolli per la gestione di marchi proprietari, modelli di gestione sperimentati a livello locale, adozioni di CWA a livello nazionale.

Sono elaborate sulla base di un rapido processo di condivisione tra i soli autori, non più di 9 mesi, in appositi Tavoli e sotto la conduzione operativa di UNI.

Le PdR stanno ultimamente acquisendo un'importanza sempre più rilevante per il settore dei contratti pubblici, consentendo di riempire di significato pratico concetti e principi privi di un contenuto precettivo specifico. Si possono citare, ad esempio, la recente PdR sulla parità di genere (PdR 125:2022) o quella promossa dalla Provincia Autonoma di Trento per la qualificazione delle stazioni appaltanti, attualmente in consultazione UNI o proprio quella oggetto della sentenza in commento, ovvero la PdR 56:2019, che stabilisce le linee guida per la certificazione del personale tecnico addetto alle prove non distruttive (PND) nel campo dell'ingegneria civile, inclusi i beni culturali e architettonici.

Le PdR sono valide per un periodo di 5 anni e possono essere certificate sotto accreditamento. Entro i 5 anni dalla loro emanazione possono essere trasformate in norme tecniche vere e proprie, oppure ritirate.

