

AS1649 - COMUNE DI GENGA (AN) - GARA PER IL COMPLETAMENTO DEGLI INTERVENTI URGENTI DI MITIGAZIONE DEL RISCHIO IDROGEOLOGICO E EX STRADA PROVINCIALE GOLA DI FRASASSI

Roma, 29 novembre 2019

Comune di Genga

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 27 novembre 2019, ha deliberato di esprimere il proprio parere ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, così come introdotto dal decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, relativamente ad alcuni requisiti della Determinazione di Codesto Comune n. 177/349 del 3 ottobre 2019, recante "Avviso pubblico di indagine di mercato per l'espletamento di procedure negoziate per l'esecuzione di lavori pubblici" e riguardante il completamento degli interventi urgenti di mitigazione del rischio idrogeologico e ex strada provinciale "Gola di Frasassi", e a ogni altro atto ad esso presupposto, connesso e conseguente (di seguito anche Determinazione del 3 ottobre 2019 o Determinazione).

La Determinazione del 3 ottobre 2019, pubblicata nell'Albo Pretorio del Comune dal 21 ottobre al 5 novembre 2019, ha ad oggetto un'indagine di mercato per individuare gli operatori economici potenzialmente interessati a partecipare alla procedura negoziata, da aggiudicarsi secondo il criterio del maggior ribasso offerto rispetto al prezzo posto a base di gara (punto 5 della Determinazione)¹.

Il punto 9 della Determinazione definisce i punteggi da assegnare, secondo i seguenti criteri:

1. *Appartenenza alla categoria delle micro, piccole o medie imprese operanti sul territorio (...), punti 10;*
2. *Esecuzione di lavori analoghi a quelli oggetto del contratto da affidare realizzati nei 5 anni precedenti all'avvio della procedura nello specifico settore e categoria SOA (...): punti assegnabili massimo 50 così ripartiti:*
 - a) *lavori analoghi (medesima categoria SOA) eseguiti per conto di Enti Pubblici della Regione Marche – punti 30 (max 5 punti per ogni lavoro analogo);*
 - b) *lavori analoghi (medesima categoria SOA) eseguiti per conto di altre Stazioni Appaltanti sul territorio nazionale – punti 10 (max 1 punto per ogni lavoro analogo)", nonché 5 punti ciascuno, per il possesso di specifiche certificazioni in materia di sicurezza dei lavoratori e ambientale.*

L'Autorità, sul punto, intende svolgere le seguenti considerazioni.

La Determinazione del 3 ottobre 2019 appare idonea a circoscrivere la platea dei potenziali partecipanti alle imprese del territorio, per effetto della previsione combinata dei due criteri di selezione che attribuiscono i maggiori punteggi (ovvero i requisiti 1 e 2 del punto 9 della Determinazione): da un lato, 10 punti sono assegnati a micro, piccole o medie imprese, non in quanto tali, ma in quanto "operanti sul territorio", producendo una prima selezione su base territoriale dei soggetti ammessi a manifestare il proprio interesse; dall'altro, ben 30 punti (sui 50 previsti per valorizzare l'esperienza specifica pregressa per lavori specifici analoghi a quelli oggetto di affidamento) sono assegnati ai soggetti che possano documentare lavori in favore di "Enti Pubblici della Regione Marche", mentre, per quelli analoghi svolti in favore di altre stazioni appaltanti sul territorio nazionale, sono riconosciuti soltanto 10 punti. Peraltro, la medesima sproporzione appena rilevata opera anche nel punteggio massimo attribuibile a ciascun lavoro analogo svolto, pari, rispettivamente, a massimo 5 punti e 1 punto.

La Determinazione si inserisce nel solco dei numerosi precedenti interventi dell'Autorità aventi ad oggetto la previsione di requisiti di accesso/esercizio dell'attività economiche su base territoriale².

Si ricorda, peraltro, che, nel 2015, l'Autorità ha segnalato provvedimenti proprio della Regione Marche volti alla formazione di "Elenchi di professionisti per incarichi di microzonazione sismica e analisi della condizione limite per l'emergenza", che assegnavano il maggior punteggio attribuibile (35/100) al criterio della documentata "conoscenza approfondita del territorio" in cui dovrà essere svolto l'incarico, rilevando che la previsione e valorizzazione di un

¹ [La Determinazione del 3 ottobre 2019 prevede che la procedura di gara si svolga tra il 12 novembre e il 12 dicembre 2019, si concluda tra il 18 dicembre 2019 e il 21 gennaio 2020 con l'affidamento definitivo e che si stipuli il contratto tra gennaio e febbraio 2020 (punto 4 della Determinazione).]

² [Cfr., ex multis, le segnalazioni del 19 giugno 2014, AS1135 - Previsioni contenute in alcune leggi regionali e provinciali in materia di professioni turistiche, del 9 maggio 2012, AS948 - Comune di Roma - Disposizioni in materia del servizio di noleggio con conducente, del 14 luglio 2010, AS732 - Criteri di affidamento dei contributi per i fondi di garanzia fidi, e del 16 settembre 2009, AS615 - Provincia di Trento - Requisiti minimi per l'accreditamento delle imprese per le dichiarazioni ICEF; il parere ex art. 22 della L. n. 287/90 del 25 gennaio 2012, AS914 - Bozza di decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri sulle professioni turistiche; i pareri motivati ex art. 21-*bis* della L. n. 287/90 dell'11 febbraio 2015, AS1190 - CCIAA di PADOVA - Bando per i consorzi fidi per la partecipazione al fondo camerale, del 23 aprile 2013, AS1053 - Provincia di Bergamo - Requisiti per l'iscrizione all'albo regionale delle cooperative.]

requisito su base territoriale aveva l'effetto di restringere arbitrariamente la platea di soggetti tra i quali l'amministrazione è chiamata a scegliere, in violazione dei principi di liberalizzazione delle attività economiche sanciti, in particolare, dagli artt. 10 e 12 del D.Lgs. n. 59/2010, che recepisce la c.d. Direttiva Servizi³.

In definitiva, la Determinazione del 3 ottobre 2019, nella misura in cui riconosce il maggior punteggio attribuibile a imprese operanti nel territorio di esecuzione dei lavori oggetto di affidamento appare idonea, come più volte rilevato, a limitare indebitamente la platea dei soggetti che potranno essere ammessi a partecipare, in applicazione di criteri discriminatori su base territoriale espressamente vietati, ai sensi degli artt. 10 e 12 del D.Lgs. n. 59/2010, e in violazione degli artt. 3, 41 e 117 Cost.

Ai sensi dell'articolo 21-bis, comma 2, della legge n. 287/90, il Comune di Genga dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere la violazione della concorrenza sopra esposta. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

Il presente parere sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

Comunicato in merito all'adeguamento del Comune di Genga al parere motivato espresso dall'Autorità ex articolo 21-bis della legge n. 287/1990 in materia di requisiti su base territoriale per l'affidamento dei lavori di Completamento degli interventi urgenti di mitigazione del rischio idrogeologico ex strada provinciale Gola di Frasassi.

Nella propria riunione del 26 novembre 2019, l'Autorità ha deliberato di adottare un parere motivato ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, pubblicato in calce alla presente comunicazione, in merito alla Determinazione del Comune di Genga n. 177/349 del 3 ottobre 2019, recante "Avviso pubblico di indagine di mercato per l'espletamento di procedure negoziate per l'esecuzione di lavori pubblici", riguardante il completamento degli interventi urgenti di mitigazione del rischio idrogeologico ed ex strada provinciale "Gola di Frasassi", nonché ogni altro atto ad essa presupposto, connesso e conseguente. Tale Determinazione, infatti, riconosce il maggior punteggio attribuibile alle imprese operanti nel territorio di esecuzione dei lavori oggetto di affidamento e per lavori svolti in favore di enti pubblici della Regione Marche. Essa risulta, pertanto, idonea a limitare indebitamente la platea dei soggetti che potranno essere ammessi a partecipare, e applica criteri discriminatori su base territoriale espressamente vietati, ai sensi degli artt. 10 e 12 del D.Lgs. n. 59/2010, e in violazione degli artt. 3, 41 e 117 Cost.

Nel termine normativamente previsto di sessanta giorni dal ricevimento del parere motivato, avvenuto in data 29 novembre 2019, il Comune di Genga non ha fornito alcun riscontro.

Tuttavia, il 19 febbraio 2020, il Comune di Genga ha fatto pervenire copia della Determinazione n. 230_470 del 4 dicembre 2019, con cui l'Amministrazione interessata, sulla scorta del citato parere motivato dell'Autorità e della giurisprudenza in materia di revoca degli atti di aggiudicazione (provvisoria e definitiva), ha annullato l'intera procedura "in modo da evitare il ... successivo ricorso che potrebbe creare gravi danni alla stazione appaltante". Pertanto, nella propria riunione del 25 febbraio 2020, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha deliberato di non procedere all'impugnazione davanti al TAR Marche della menzionata Determinazione.

³ [Cfr. la segnalazione del 23 settembre 2015, AS1213, in Boll. n. 36/2015, in cui l'Autorità ha rilevato che siffatto criterio appariva "idoneo a favorire i professionisti già attivi nel territorio, in violazione del principio di non discriminazione che vieta di effettuare una selezione di concorrenti, privilegiando coloro che esercitano prevalentemente la loro attività nell'ambito territoriale in cui devono essere svolte le prestazioni", peraltro in assenza di giustificazione oggettive. Infatti, "ogni professionista, anche attivo in altri ambiti territoriali ma con esperienza nei servizi affidati, sarebbe in grado, avvalendosi della tecnologia in uso nel settore, di acquisire la necessaria conoscenza delle caratteristiche geologiche e strutturali del territorio, a prescindere dall'ambito nel quale ha svolto la propria attività pregressa e/o dall'albo professionale di appartenenza. Ciò, peraltro, a prescindere dalla considerazione che acquisire tale conoscenza costituisce un mero e doveroso adempimento rientrante nella diligenza professionale".]