

Parere n. 80 del 23 aprile 2014

PREC 234/13/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società Energas Engineering s.r.l. – “Servizio di distribuzione del gas naturale relativo all’Ambito Territoriale Torino 2 – Affidamento di servizi di assistenza tecnica e giuridica”. Importo a base di gara €300.000,00 – S.A. Provincia di Torino.

Clausole limitative della concorrenza.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 18 settembre 2013 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale la società Energas Engineering s.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità di alcune clausole del bando di gara che sarebbero limitative della concorrenza.

Segnatamente, la Provincia di Torino esige che il concorrente dichiari:

"5) di non avere, alla data di pubblicazione del presente bando, alcun rapporto economico o professionale pendente a qualsiasi titolo con Distributori del gas";

"10) che i componenti del gruppo di lavoro messo a disposizione come previsto dal punto precedente non hanno, alla data di pubblicazione del presente bando, alcun rapporto economico o professionale pendente a qualsiasi titolo con Distributori del gas".

Alla gara hanno partecipato n. 4 concorrenti, di cui la ENERGAS ENGINEERING S.R.L. - qui istante - esclusa dalla gara stessa, con nota prot. n. 158467 del 24/09/2013, n. 2 ammessi con riserva (A.T.I. SOCIETA' STUDIO FRACASSO SRL- AESS e CONSORZIO CONCESSIONI RETI GAS S.C.A.R.L) e n. 1 ammesso (STUDIO LEGALE ASSOCIATO MACCHI DI CELLERE CANGEMI - VIA GIUSEPPE CUBONI, 12 – ROMA).

In seguito all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 10 ottobre 2013, sono pervenute memorie della Provincia di Torino.

Ritenuto in diritto

La questione qui in rilievo concerne la legittimità di alcune clausole del bando di gara che sarebbero limitative della concorrenza. In particolare i punti 5) e 10) del bando secondo cui il concorrente deve dichiarare:

"5) di non avere, alla data di pubblicazione del presente bando, alcun rapporto economico o professionale pendente a qualsiasi titolo con Distributori del gas";

"10) che i componenti del gruppo di lavoro messo a disposizione come previsto dal punto precedente non hanno, alla data di pubblicazione del presente bando, alcun rapporto economico o professionale pendente a qualsiasi titolo con Distributori del gas".

Tali requisiti, così formulati, sembrerebbero impedire la partecipazione ad ogni soggetto che abbia rapporti economici e professionali, di qualsiasi tipo, con qualunque distributore del gas, sia esso pubblico o privato, e in qualunque territorio operi.

Per contro, l’Amministrazione evidenzia che il possesso degli specifici requisiti di comprovata esperienza e competenza nel settore - il quale avrebbe garantito l’imprescindibile elevata qualificazione necessaria per l’espletamento dei servizi - avrebbe dovuto bilanciarsi con un’altra imprescindibile esigenza: quella di evitare ogni possibile, anche potenziale, conflitto di interessi, in danno della stazione appaltante, dell’operatore economico selezionato che abbia un rapporto economico o professionale pendente con un potenziale concorrente di tale gara, identificabile nella generale categoria dei “Distributori del gas”.

Le clausole del bando qui in esame, per l’irragionevole e sproporzionata ampiezza della loro

formulazione, appaiono in contrasto con i principi comunitari di tutela della massima concorrenza e sono idonee ad escludere dalla competizione tutti quegli operatori del settore che, proprio per il profilo specialistico della materia che trattano (distribuzione del gas), collaborano abitualmente, non solo con gli Enti locali, ma anche con i soggetti che in tale settore svolgono le attività operative che richiedono apporti consulenziali, sia sul piano della progettazione/direzione lavori/ collaudi degli impianti, sia sul piano estimativo, sia sul piano tariffario, sia, più in generale, sul piano normativo e dei rapporti con l'AEEG. La mancanza di rapporti con distributori segnalerebbe anzi probabili carenze di competenze/esperienze specifiche.

Di ciò, del resto, è consapevole la stessa Stazione appaltante, la quale ha chiesto di dichiarare i seguenti requisiti di capacità tecnica (cfr. pag. 11 del Bando): "6) di aver svolto nel periodo dal 2006 alla data di pubblicazione del bando, su incarico di Pubbliche Amministrazioni, di Società a partecipazione pubblica o di privati incarichi analoghi di assistenza per l'affidamento in gara delle attività di distribuzione del gas naturale e/o di stima impianti per almeno complessivamente il 30% del numero di pdr (punti di riconsegna) interessati dalla procedura di gara"; "8) di avere comprovata esperienza nel campo della progettazione e della direzione lavori di impianti di distribuzione del gas metano per uso civile, per aver svolto la progettazione e/o la direzione lavori e/o collaudi di impianti su incarico di Pubbliche Amministrazioni, di Società a partecipazione pubblica o di privati per una lunghezza complessiva delle reti almeno pari complessivamente al 15% della lunghezza delle reti oggetto di gara".

Viene quindi richiesto, quale capacità del concorrente, che questi abbia avuto rapporti professionali con distributori (privati o società a partecipazione pubblica), mentre, d'altro canto, in modo del tutto contraddittorio, si esclude dalla gara il concorrente che abbia in corso detti rapporti professionali.

D'altro canto, se l'Amministrazione avesse voluto contemperare le opposte esigenze in gioco, avrebbe potuto, eventualmente, escludere dalla gara solo gli operatori economici che avevano in corso specifici rapporti professionali o economici con i distributori del gas titolari del servizio presso gli enti locali, c.d. uscenti.

Né il rapporto economico o professionale eventualmente pendente fra l'operatore economico selezionato con la procedura in corso ed un potenziale concorrente della gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas può, da solo, costituire alcun conflitto di interesse. Per contro, la clausola utilizzata dalla stazione appaltante è sicuramente violativa, in modo ingiustificato, del principio di massima concorrenza.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le clausole del bando in esame siano illegittime in quanto ingiustificatamente discriminatorie e restrittive della concorrenza.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 maggio 2014

Il Segretario: Maria Esposito