

I paletti fissati dal Tar del Lazio **Fuori dall'appalto** *chi fa il progetto*

DI ANDREA MASCOLINI

Chi ha predisposto gli atti progettuali posti a base di gara di un appalto non può partecipare alla procedura di affidamento dell'appalto stesso; lo svolgimento delle attività di supporto, anche progettuale, svolte per la stazione appaltante determinano una posizione di indebito vantaggio rispetto agli altri concorrenti, anche se la prestazione progettuale svolta è stata parziale.

È quanto ha affermato il Tar del Lazio, sezione III, con la sentenza del 5 novembre 2010 che ha preso in esame una fattispecie in cui una società aveva predisposto delle linee guida sulla sicurezza in galleria per l'ANAS, successivamente poste a base di gara per l'affidamento di un incarico di studio e consulenza, con utilizzo di analisi di rischio, sempre in materia di sicurezza in galleria. I giudici, in particolare, si sono dovuti occupare in via preliminare di un ricorso incidentale con il quale si eccepeva la legittimità della partecipazione di una società (ricorrente principale) che aveva messo a punto le linee guida poste a base di gara, nel presupposto che si fosse generata una lesione della parità di trattamento e della concorrenza. Il Tar ha accolto il ricorso ritenendo legittima l'esclusione, ai sensi dell'art. 90 comma 8 del d.lgs. 163/06, in quanto la redazione delle linee guida oggetto di appalto avrebbe creato una posizione di indebito vantaggio,

nei confronti degli altri concorrenti, al fine dell'aggiudicazione della gara. Secondo i giudici l'esclusione si configura anche nel caso in cui, come nella fattispecie, si tratta di un oggetto non corrispondente ma parziale rispetto a quello delle linee guida, in quanto la parziale redazione delle linee guida ha comunque già comportato uno studio preliminare che può portare ad una posizione di vantaggio, anche solo in termini di risparmio di ore di lavoro". Inoltre, secondo il Tar, a nulla rileva il fatto che il concorrente dichiarò di aver prestato la propria attività solo per una parte dello studio perché "l'applicazione dei principi fondamentali in materia di affidamento conduce ad escludere comunque la partecipazione di soggetti che possano avere una situazione di vantaggio dall'aver precedentemente svolto attività di progettazione, anche se solo in parte o solo tramite alcuni professionisti che fanno parte della società; infine, la stessa norma dell'art 90 estende i divieti di partecipazione ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico". In ultima analisi, secondo i giudici, la ratio dell'art. 90 del Codice porta a ritenere che il divieto di partecipazione si debba applicare anche per gli appalti di servizi in generale e quindi oltre il suo ristretto ambito operativo del comma 8 della norma. Pertanto "anche se la norma dell'art 90 comma 8 si riferisce al rapporto tra appalti di lavori e preventiva progettazione, non si può non ritenere applicabile il principio generale del divieto di partecipazione di chi abbia

una posizione di vantaggio relativamente agli appalti di servizi. Ciò deriva da una

lettura comunitariamente orientata della norma, in relazione, quindi, al rispetto dei principi di concorrenza e di parità di trattamento; in base a tali principi non avrebbe alcuna ratio giustificatrice la limitazione della incompatibilità agli appalti di lavori". Va poi ricordato che nel Dpr 554/99 esiste anche una disposizione (l'articolo 8, comma 6) che prevede l'incompatibilità per chi ha svolto servizi di supporto a favore della stazione appaltante rispetto alla partecipazione ad affidamenti di progettazione e di appalto o concessioni di lavori pubblici. Nel caso di specie, poi, i giudici notano che "tra i soggetti che hanno predisposto attività di studio sulla sicurezza (linee guida sulla sicurezza in galleria) rispetto ad una ulteriore attività di studio sulla sicurezza (servizi di consulenza per studi sulla sicurezza in galleria) la omogeneità può essere totale, trattandosi dell'affidamento del medesimo servizio di studio sulla sicurezza". Da ciò quindi la configurazione di una posizione di vantaggio molto sensibile rispetto agli altri concorrenti.

lettura comunitariamente orientata della norma, in relazione, quindi, al rispetto dei principi di concorrenza e di parità di trattamento; in base a tali principi non avrebbe alcuna ratio giustificatrice la limitazione della incompatibilità agli appalti di lavori". Va poi ricordato che nel Dpr 554/99 esiste anche una disposizione (l'articolo 8, comma 6) che prevede l'incompatibilità per chi ha svolto servizi di supporto a favore della stazione appaltante rispetto alla partecipazione ad affidamenti di progettazione e di appalto o concessioni di lavori pubblici. Nel caso di specie, poi, i giudici notano che "tra i soggetti che hanno predisposto attività di studio sulla sicurezza (linee guida sulla sicurezza in galleria) rispetto ad una ulteriore attività di studio sulla sicurezza (servizi di consulenza per studi sulla sicurezza in galleria) la omogeneità può essere totale, trattandosi dell'affidamento del medesimo servizio di studio sulla sicurezza". Da ciò quindi la configurazione di una posizione di vantaggio molto sensibile rispetto agli altri concorrenti.

