AS1650 - NOMINA COMMISSARI NELLE GARE PER L'AGGIUDICAZIONE DELLE CONCESSIONI DI DISTRIBUZIONE DEL GAS NATURALE NEGLI AMBITI TERRITORIALI MINIMI ATEM

Roma, 20 febbraio 2020

Ministero dello Sviluppo economico
Dipartimento per gli Affari Regionali e le Autonomie

L'Autorità, nella sua riunione del 4 febbraio 2020, ha ritenuto di svolgere, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/1990, le seguenti considerazioni in merito alle criticità concorrenziali rilevate in ordine ai requisiti per la nomina a Commissario delle gare per l'aggiudicazione delle concessioni di distribuzione del gas naturale negli Ambiti Territoriali Minimi (ATEM), di cui all'articolo 11 del Decreto interministeriale del 12 novembre 2011, n. 226 (c.d. Regolamento criteri)¹.

La disposizione in esame, ai fini della scelta dei commissari di gara, impone, tra l'altro, la selezione di *"esperti di comprovata esperienza nel campo della distribuzione gas o dei servizi pubblici locali [...] scelti tra professionisti iscritti da almeno dieci anni negli albi professionali o laureati con almeno dieci anni di esperienza nel settore gas presso imprese e/o istituzioni o professori universitari di ruolo"* (articolo 11, commi 1 e 5).

Inoltre, per prevenire condizionamenti riconducibili a pregresse e future esperienze professionali, nonché, più in generale, possibili conflitti di interessi, il citato articolo 11, oltre a escludere i soggetti che, nei cinque anni precedenti la scadenza della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, siano stati pubblici amministratori o dipendenti degli Enti locali appartenenti all'ambito di gara, della relativa Provincia o Regione o che abbiano avuto rapporti di collaborazione con le suddette istituzioni (comma 4), stabilisce che *"I commissari non devono essere in potenziale conflitto di interesse, e in particolare, oltre a soddisfare i requisiti di cui al comma 4, non devono aver svolto nel biennio precedente né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente allo specifico contratto di affidamento"* (comma 6).

Ciò posto, l'Autorità ritiene che, alla luce della necessità di garantire la parità di condizioni nelle c.d. gare d'ATEM, il predetto comma 6 debba essere opportunamente modificato nel senso di estendere il divieto di nomina a Commissario di gara a soggetti che, al momento della nomina, ricoprono o abbiano ricoperto, nei precedenti cinque anni, cariche dirigenziali o svolto funzioni operative in società distributrici di gas naturale attive in ATEM limitrofi a quello interessato dalla gara.

Tale modifica appare necessaria alla luce della possibilità che una Stazione appaltante, in ragione dei criteri attualmente previsti dal D.M. n. 226/2011, nomini Commissario di una gara d'ATEM un amministratore, un dirigente, un dipendente o un collaboratore di una società attiva nella distribuzione del gas naturale che, sebbene non partecipi alla specifica gara, sia comunque una potenziale partecipante ad altre gare negli ATEM limitrofi.

Una tale circostanza, benché non comporti necessariamente rischi di interferenza del corretto svolgimento della specifica gara, cui non partecipa la società di appartenenza del Commissario di gara, determina indubbiamente il rischio di un'indebita alterazione della concorrenza in altre gare d'ATEM. Ciò in ragione dell'assunzione, da parte del Commissario di gara, di segreti industriali e commerciali contenuti nelle offerte tecnico-economiche presentate che potrebbero essere trasferiti alla società di provenienza che può trarne vantaggio in altre gare d'ATEM cui partecipa insieme agli stessi *competitor*.

L'importanza del rilevato rischio è confermata dal particolare rigore che caratterizza la normativa e la giurisprudenza in materia di tutela dei segreti aziendali e commerciali contenuti in offerte in gara. Invero, i partecipanti a una gara possono acquisire conoscenza delle offerte altrui solo attraverso il c.d. accesso difensivo di cui all'articolo 53, D.lgs. n. 50/2016², ammissibile nei *"soli casi in cui si impugnino atti della procedura di affidamento, ai fini di ottenerne*

¹ [Decreto del Ministero dello Sviluppo economico di concerto con il Ministro per i Rapporti con le Regioni e la coesione territoriale, del 12 novembre 2011, n. 226, recante "Regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, in attuazione dell'art. 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222" (c.d. Decreto o Regolamento criteri).]

² [Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture", in G.U.R.I., Serie Generale n. 91 del 19 aprile 2016, S.O. n. 10.]

l'annullamento e, comunque, il risarcimento del danno, anche in via autonoma"³. In sede di valutazione della legittimità di un'istanza di c.d. accesso difensivo agli atti di una gara, il Giudice amministrativo sembra, inoltre, porre grande attenzione ad evitare che l'accesso sia finalizzato non già a soddisfare esigenze difensive, ma ad incrementare, attraverso l'acquisizione di informazioni di altri partecipanti coperte da segreto industriale o commerciale, la propria competitività in caso di partecipazione ad analoga gara⁴. I predetti limiti a tutela della riservatezza dei segreti industriali e commerciali contenuti nella documentazione di gara non sono superabili neppure ricorrendo al c.d. accesso civico generalizzato⁵, introdotto dal D.lgs. n. 97/2016⁶.

In conclusione, quindi, si auspica che le Istituzioni in indirizzo intervengano per modificare il testo dell'articolo 11, comma 6, del Decreto interministeriale n. 226/201, introducendo espressamente tra le cause di esclusione dalla nomina a commissario di gara la circostanza di svolgere o di aver svolto, nei precedenti cinque anni e a qualsiasi titolo, funzioni, incarichi o collaborazioni in società attive nella distribuzione del gas naturale in ATEM limitrofi a quello oggetto della gara in questione.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/1990.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

³ [Cfr. *Tar Lazio*, sez. I, sentenza n. 10738/2017. Il Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 6083/2018, ha addirittura ritenuto "necessario l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate [...] [con conseguente] necessario preliminare espletamento della c.d. prova di resistenza nei confronti dell'offerta della ricorrente, allo specifico fine di verificare la sussistenza del concreto nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e la tutela difesa in giudizio degli interessi della stessa impresa ricorrente, quale partecipante alla procedura di gara pubblica il cui esito è controverso".]

⁴ [Cfr. *Tar Puglia*, sez. I, sentenza n. 1301/2019: "l'acquisizione della documentazione tecnica della ditta contro interessata a fini di incremento della propria competitività concorrenziale ai danni di quest'ultima costituisce un esercizio abusivo del diritto di accesso [da parte del richiedente l'accesso stesso], in quanto mirante a una inappropriata acquisizione indiretta di informazioni coperte da segreto industriale e commerciale, tanto che la medesima ricorrente non aveva autorizzato l'Ente all'ostensione della documentazione tecnica di sua provenienza".]

⁵ [In merito, cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 3780/2019.]

⁶ [Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, recante "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", in G.U.R.I. 8 giugno 2016, n. 132.]