



Alla Corte dei Conti
Ufficio di controllo sugli atti del Ministero dell'Istruzione,
dell'Università e della ricerca, del Ministero per i beni e le
attività culturali, del Ministero della Salute e del Ministero
del lavoro e delle politiche sociali
controllo.legittimita.min.serv.beni.cult@corteconticert.it

e p.c.
Al Ministero del lavoro e delle politiche sociali
Gabinetto del Ministro
segrgabinetto@lavoro.gov.it
Segretariato Generale
segretariatogenerale@lavoro.gov.it

Al Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento
RGS- Ufficio Centrale di Bilancio presso il Ministero del
Lavoro e delle Politiche Sociali
rgs.ucb-lavoro.gedoc@pec.mef.gov.it

**Oggetto: D.D. 24 settembre 2021, n. 142, di approvazione del contratto rep. n. 326/2021 – Procedura aperta ai sensi dell'art. 60, d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento a Deloitte & Touch S.p.A. del servizio di assistenza specialistica e di supporto tecnico specialistico in favore dell'Autorità di Audit dei Programmi operativi nazionali Fse 2014-2020 'Iniziativa occupazione giovani', 'Sistemi di politiche attive per l'occupazione' e 'Inclusione', CIG 8732112EC4 (Silea n. 73187)
Osservazioni dell'Ufficio di controllo. Riscontro**

Si fa riferimento alle osservazioni formulate da codesto spett.le Organo di controllo con documento prot. n. CORTE DEI CONTI - SCEN_LEA - SCCLA - 0048715 del 25 ottobre 2021 e si forniscono i seguenti chiarimenti.

1) Assenza di duplicazione rispetto alle prestazioni già aggiudicate dal MLPS ricorrendo al lotto 9 della Convenzione Consip avente ad oggetto *“l'erogazione di supporto specialistico e assistenza tecnica alle Autorità di Gestione e di Certificazione istituite presso le Amministrazioni titolari dei Programmi di sviluppo cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea per l'attuazione dei Programmi Operativi 2014-2020”*.

Con riferimento a quanto osservato al punto 1), si rassicura codesta Corte riguardo l'assenza della duplicazione rispetto alle prestazioni già aggiudicate dal Ministero mediante adesione al Lotto 9 della Convenzione CONSIP. Ciò in quanto, mentre i servizi oggetto del Lotto 9 della Convenzione Consip detta sono a supporto delle Autorità di Gestione e di Certificazione dei PON in parola, i servizi oggetto del contratto sottoposto all'esame di codesta Corte sono a supporto delle diverse funzioni dell'Autorità di Audit dei PON a titolarità del MLPS. Trattasi di servizi oggettivamente distinti, per l'erogazione dei quali sussistono fra l'altro rigorose regole di separatezza funzionale, di modo che resta escluso che un medesimo fornitore possa erogare gli uni e gli altri servizi, a supporto quindi tanto delle AdG o AdC come delle AdA.

Nel caso specifico, quindi, nessuna duplicazione appare, in astratto, così come in concreto, configurabile.

Al riguardo, si ritiene utile fare presente che l'appalto in argomento, come anche riportato nelle premesse del D.D. n. 62 del 21 aprile 2021, di approvazione del Programma biennale degli acquisti 2021-2022, registrato da codesta spettabile Corte in data 13 maggio 2021, al n. 1690, è finanziato a valere sul *“Programma complementare di azione coesione per la Governance dei sistemi di gestione e controllo 2014/2020”* a titolarità del Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, che prevede espressamente i servizi di supporto specialistico di assistenza tecnica all'AdA per il rafforzamento strutturale delle stesse.

Si rappresenta, infine, per quanto possa rilevare, che nel contratto stipulato è espressamente prevista (art. 14) la facoltà di recesso nel caso in cui in corso di rapporto sopraggiunga strumento di acquisto CONSIP (ad oggi non disponibile) per servizio corrispondente a quello qui in affidamento, per il quale siano previste condizioni economiche più vantaggiose. In merito, va detto che, nel corso delle consuete riunioni di coordinamento con il Ministero dell'economia e delle finanze, Dipartimento RGS-IGRUE, è stato reso noto alle Autorità di Audit che la nuova Convenzione Consip per l'assistenza tecnica alle AdA dovrebbe essere presumibilmente fruibile non prima del mese di giugno 2022.

2-3) Conseguenze del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM

Per quanto riguarda le conseguenze del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, si rileva che la sussistenza di tale provvedimento non costituisce – *ex lege*, secondo quanto espressamente riportato anche nell'annotazione presente a riguardo sul casellario Informatico tenuto dall'ANAC – causa automatica di esclusione dalla partecipazione a gare pubbliche.

Tuttavia, l'esistenza del citato provvedimento ha doverosamente comportato approfondita valutazione circa le possibili ricadute del medesimo in ordine alla persistente affidabilità del soggetto destinatario, secondo un giudizio ispirato – come d'uopo - a criteri di ragionevolezza e proporzionalità, oltreché agli specifici canoni di valutazione individuati nelle Linee Guida ANAC in materia (n. 6).

Tanto più tale esame è stato scrupolosamente effettuato in quanto la condotta sanzionata appare *ex se* certamente rilevante nei tratti costitutivi, nonché pertinente rispetto al settore di riferimento (come correttamente anche osservato da codesto Organo di controllo).

All'esito di tale necessario esame, sulla base essenzialmente delle ragioni di seguito illustrate, si è pervenuti alla conclusione che le condotte contestate (relative o strettamente correlate al provvedimento AGCM 26815/2017) non incidano in concreto sull'affidabilità dell'Impresa detta, con riferimento alla specifica attività che la stessa è potenzialmente chiamata a svolgere in esecuzione del contratto ora in affidamento, quantomeno sino al punto da doverne o poterne comminare l'esclusione dalla procedura.

- **Assenza di comminatoria di esclusione da parte dell'ANAC**

Come dianzi anticipato, l'ANAC ha registrato le circostanze sopra riferite nel Casellario informatico dalla stessa tenuto, debitamente consultato.

Tali circostanze risultano tuttavia ivi annotate con espressa specificazione, da parte dell'ANAC, che le stesse non comportano l'automatica esclusione dalle procedure di gara.

Preso atto di ciò, restando esclusa ogni automaticità di giudizio, secondo quanto su indicato, si è conseguentemente proceduto ad analizzare e valutare tali circostanze in concreto, secondo i termini ed i criteri individuati in via generale dalla stessa ANAC nelle apposite Linee Guida approvate (n. 6), applicati, come si conviene, allo specifico contesto di riferimento della procedura.

L'assenza di specifica comminatoria di esclusione da parte dell'ANAC ha costituito quindi la precondizione e ad un tempo la giustificazione delle analisi condotte, delle quali è dato appresso conto.

- **Non definitività del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM**

Come opportunamente ricordato da codesto Organo di controllo, la non definitività dell'accertamento, in quanto comunque esecutivo, sicuramente non escludeva il medesimo dalle valutazioni di gravità ed incidenza rimesse alla stazione appaltante. Appare tuttavia indubbio che lo stato di persistente contestazione in giudizio del provvedimento sia comunque meritevole di considerazione. Il mancato riconoscimento dell'addebito mosso e la persistente possibilità che lo stesso venga ritenuto, all'esito dei giudizi in corso, non fondato, espone infatti la stazione appaltante ad adottare una decisione immediatamente produttiva di effetti gravemente lesivi per l'impresa (oltre che per gli stessi interessi curati dall'Amministrazione procedente, qualora si tratti dell'operatore che abbia presentato la migliore offerta) sulla base di provvedimento invece ancora suscettibile di revisione (parziale o totale). Il diverso responso fornito dai due Collegi giudicanti che si sono pronunciati a riguardo (TAR Lazio e Consiglio di Stato) induce doverosamente a ritenere la questione loro sottoposta quantomeno non scontata, ovvero passibile di ricostruzioni ed esiti anche diversi.

Seppure evidentemente non dirimente, l'aver tenuto conto, in concorso con gli altri elementi segnalati, agli effetti del giudizio di affidabilità rimesso alla stazione appaltante, della non definitività del provvedimento dell'AGCM si ritiene risponda a criteri di prudenza, ragionevolezza e proporzionalità.

- **Obiettiva diversità, per struttura e livello di articolazione, della presente procedura (a lotto unico) rispetto alla procedura (per lotti distinti) con riferimento alla quale è stato adottato il provvedimento sanzionatorio**

Si è detto che il mercato di riferimento dei servizi in affidamento non è diverso dal mercato di riferimento dell'operazione Consip contestata.

Tale considerazione, peraltro, se comporta la necessità di valutare gli effetti della condotta incriminata con riferimento alla procedura in corso, certamente non è di per sé sufficiente a denotare la gravità e rilevanza di tale condotta agli effetti dell'onere di valutazione a cui è tenuta la stazione appaltante.

Nel caso di specie, poi, le stesse finalità sottese a tale processo valutativo (ovvero essenzialmente l'apprezzamento del rischio di reiterazione di analoghe condotte illecite), nonchè la diversa articolazione e struttura della procedura nel cui ambito è maturata la condotta contestata appaiono comunque meritevoli di considerazione. Ciò in quanto la dinamica illecita attenzionata dalla citata Autorità, ovvero intesa anticoncorrenziale realizzata attraverso la contestata *spartizione* dei lotti di gara, certamente non può essere intervenuta nella presente procedura, poichè a lotto unico e quindi

insuscettibile di qualsiasi corrispondente o analoga intesa.

Da sottolinearsi, allo stesso riguardo, come anche in ragione del ben diverso livello economico delle due procedure di gara (con base d'asta complessiva superiore a 66 milioni di euro, quella svolta da Consip; con base d'asta inferiore a 2 milioni di euro, quella espletata dalla scrivente), le stesse procedure devono intendersi sufficientemente diverse da potersi ragionevolmente ritenere quantomeno altamente improbabile il ripetersi delle indebite intese (volte ad assicurare reciproci vantaggi) contestate dall'AGCM.

- **Risalenza delle condotte contestate**

Le condotte contestate risalgono ai primi mesi del 2015, ovvero ad un periodo di oltre 6 anni antecedente all'indizione della procedura espletata dalla scrivente.

La risalenza del fatto è espressamente presa in considerazione tanto dal Codice come dalle Linee Guida n. 6 dell'ANAC, agli effetti della valutazione circa la rilevanza del fatto stesso rispetto a nuove procedure di gara.

Seppure non risulta esservi, per il caso specifico, un termine prefissato immediatamente applicabile entro il quale il fatto deve assumersi come rilevante (oppure oltre il quale deve assumersi come irrilevante), nondimeno l'art. 80, comma 10 bis, del Codice fornisce, a riguardo, un utile ordine di grandezza tendenziale, laddove individua in tre anni il periodo di esclusione per i casi rientranti nel comma 5 dello stesso articolo 80 (con diversa decorrenza, a seconda della contestazione in giudizio, o meno, della decisione di riferimento).

L'essere trascorso nel caso di specie, dalla condotta illecita contestata, un periodo più che doppio rispetto a quello suindicato, in assenza di qualsiasi evidenza o segnalazione di nuovi illeciti da parte dello stesso Operatore, è stata ritenuta circostanza meritevole di apprezzamento e considerazione, agli effetti delle conseguenti valutazioni discrezionali.

In concorso con gli altri elementi segnalati, dunque, anche tale elemento è stato tenuto in conto rispetto al previsto giudizio di affidabilità complessiva dell'Operatore.

- **Misure di *self cleaning***

Altro elemento preso in esame rispetto al giudizio di affidabilità suindicato, sulla base delle indicazioni fornite a riguardo dall'ANAC nelle Linee Guida citate, sono state le misure di *self cleaning* adottate *medio tempore* dall'Operatore affidatario, il cui programma risulta essere stato riconosciuto utile dalla

stessa AGCM.

Se anche, ragionevolmente, si tratta di elemento di per sè non idoneo (qualora autonomamente considerato) a determinare una decisione di ammissione / mantenimento nella procedura, tuttavia lo stesso appare non privo di incidenza nella valutazione complessiva della situazione oggetto d'esame.

La conclusione a cui si è pervenuti, dunque, risulta essere la conseguenza della complessiva valutazione di tutti gli elementi sopra brevemente esplicitati.

La decisione di mantenimento nella procedura dell'Operatore affidatario è stata infatti assunta in quanto non ritenuto invece proporzionale e giustificato dalle evidenze documentali acquisite un provvedimento, di esclusione fondato:

- su un provvedimento amministrativo (AGCM) non ancora stabile e definitivo;
- su un provvedimento amministrativo (AGCM) adottato con riferimento a procedura di affidamento (svolta in sede Consip) scarsamente o non sufficientemente assimilabile, per articolazione e livello, alla procedura oggetto di esame;
- su condotte contestate comunque oggettivamente risalenti, anche rispetto agli standard ordinariamente presi in considerazione dall'ANAC (sia pure non immediatamente applicabili), in assenza di ulteriori segnalazioni di reiterazione dell'illecito e, per converso, in presenza di significative misure di *self cleaning* medio tempore adottate.

4) Requisito di capacità commisurato al fatturato d'impresa

Rileva codesta Corte che la partecipazione alla procedura è risultata in concreto limitata (n. 2 concorrenti), prospettando la possibilità che questo sia in qualche misura da imputarsi al requisito di capacità economico-finanziaria stabilito nel Disciplinare della procedura.

Prima di fornire le richieste assicurazioni a riguardo, si ritiene opportuno sottolineare come l'area dei servizi di supporto oggetto di affidamento (ovvero servizi a beneficio di Autorità di Audit) rappresenti comunque e di per sè un sub-settore connotato da un livello di specializzazione oggettivamente diverso (e per alcuni aspetti anche superiore) rispetto anche ai servizi di supporto da erogarsi a beneficio delle funzioni di gestione e certificazione dei Programmi europei. A tale sub-settore, di conseguenza, ordinariamente accede un limitato numero di operatori specializzati.

Questo dipende non solo dalla speciale complessità ed articolazione delle prestazioni richieste (nonchè delle responsabilità ad esse connesse), ma anche e soprattutto dal regime di incompatibilità che

caratterizza l'affidamento delle prestazioni dette. Essendo infatti a supporto diretto della funzione di controllo dei PON affidata alle Autorità di Audit, lo svolgimento di tale servizio è necessariamente incompatibile con l'esecuzione di servizi di assistenza tecnica resi in favore delle diverse Autorità (o Organismi intermedi da queste delegati) invece responsabili della gestione e certificazione degli stessi Programmi, con estensione di tale incompatibilità anche ai singoli componenti del gruppo di lavoro.

Uguualmente, è ritenuto incompatibile con l'espletamento dei servizi di supporto all'Autorità di Audit lo svolgimento di incarichi a favore di beneficiari di fondi a valere sui Programmi Operativi oggetto di controllo, così come lo svolgimento di incarichi a favore di Autorità di Gestione / Organismi Intermedi e Autorità di Certificazione a valere sui medesimi Programmi Operativi (v.si capitolato, paragrafo 8).

La scelta di campo cui le Imprese sono dunque chiamate ad operare a riguardo, inevitabilmente e in via del tutto naturale, riduce d'ordinario la consistenza della partecipazione nel settore caratterizzato dal minor assorbimento di risorse, ovvero appunto, per distacco, il settore delle Autorità di Audit, rispetto a quello delle Autorità di Gestione, Autorità di Certificazione, Organismi Intermedi dei vari PON del FSE, sia per numerosità che per volume di attività.

Nello specifico, il volume di fatturato richiesto per la partecipazione è stato contenuto nel minimo ritenuto indispensabile a fornire garanzie di solidità e consistenza economico-finanziaria adeguate alle peculiarità e soprattutto al carattere nevralgico del servizio in affidamento, il quale, come è noto, rappresenta un anello assolutamente essenziale della lunga catena del processo di gestione e controllo dei Programmi Operativi di riferimento, notoriamente connotato da un sistema di adempimenti perentori di particolare articolazione e complessità.

Va detto, altresì, che il comma 5 dell'articolo 83 del Codice individua nel doppio del valore stimato dell'appalto il limite massimo del fatturato che può essere previsto dalla *lex specialis* di gara quale requisito per la partecipazione alla procedura (incrementabile, peraltro, in caso di "*circostanze adeguatamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture*").

Nella procedura in esame il valore di fatturato richiesto è pari al valore annuo stimato del contratto (€ 1.872.000 / 18 mesi x 12 mesi) e quindi ampiamente inferiore al tetto sopra indicato.

Inoltre, appunto per agevolare la partecipazione alla procedura, non è stato richiesto alcun fatturato specifico di settore (come invece d'ordinario si prevede, ai sensi dell'art. 83, cit., comma 4, lett. a), il possesso del quale rappresenta, nella normalità dei casi, requisito di partecipazione ben più selettivo rispetto al fatturato globale d'impresa.

Neppure si è inteso avvalersi della facoltà di indicare una quota minima di fatturato in capo all'impresa

mandataria di RTI (fatto salvo ovviamente solo l'elemento della misura percentuale maggioritaria rispetto alle Imprese mandanti, stabilito all'art. 83, comma 8, del Codice), così come della facoltà di indicare una quota minima del requisito in capo a ciascuna mandante (facoltà entrambe di uso assolutamente frequente nel settore).

Si tratta di un elemento molto importante, poiché in questo modo nessuna Impresa risultava esclusa in radice dalla partecipazione alla procedura, neppure, all'estremo, un'impresa a fatturato nullo, potendo anche questa partecipare in aggregazione (temporanea o consortile) con altre imprese, ferma solo la dimostrazione del possesso del requisito richiesto a livello di RTI nel suo complesso (v.si paragrafo 8.4 del capitolato).

Si vuole anche sottolineare che a norma dell'art. 86, comma 4, del Codice, l'operatore economico, che per fondati motivi non risulti in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

A differenza di requisiti di altro genere, il requisito di capacità economico-finanziaria, sotto il profilo degli strumenti di prova, conosce dunque una flessibilità potenziale (seppure ovviamente limitata) superiore rispetto agli ulteriori requisiti di partecipazione previsti dalla normativa di riferimento.

Infine, con riferimento alla opportuna considerazione formulata da codesto Organo di controllo circa la maggiore prudenza da osservarsi, nel corrente periodo pandemico, nel ricorso al fatturato minimo quale mezzo di prova di capacità economica, si fa presente che nel Disciplinare di gara, anche in ragione di ciò, si è evitato di prendere a riferimento il fatturato globale minimo annuo riferito a ciascuno degli esercizi finanziari di riferimento (1° opzione Disciplinare Tipo ANAC), prendendo invece a riferimento il fatturato medio del triennio.

Poiché la pandemia, come noto, ha avuto inizio (in Italia) nei primi mesi del 2020, è almeno verosimile che l'unica annualità di bilancio potenzialmente condizionata dalla stessa sia stata appunto il 2020 e non invece le annualità precedenti.

Anche una diminuzione del fatturato nel 2020 (di cui peraltro non si ha specifica notizia nel settore degli Interventi comunitari, il quale invece, su impulso delle Autorità sia comunitarie che nazionali, potrebbe addirittura aver ricevuto sprone dalle esigenze straordinarie sopravvenute, specie nell'ambito del FSE), poteva quindi ampiamente compensarsi nel calcolo del fatturato globale riferito in via complessiva all'intero triennio di riferimento (ultimi tre esercizi approvati, ovvero il massimo consentito sulla base del Disciplinare Tipo ANAC su richiamato).

Sulla base di tutto quanto sin qui sinteticamente esposto dovrebbe risultare confermato che il ricorso allo strumento del fatturato è avvenuto nel rispetto dei principi normativi e di proporzionalità di riferimento e comunque nella specifica prospettiva di non introdurre alcuna ingiustificata limitazione della platea dei potenziali partecipanti alla procedura.

Naturalmente, in ossequio alle osservazioni di codesto spett.le Organo di controllo, nelle procedure di prossima indizione ancora maggiore attenzione verrà prestata rispetto all'eventuale ricorso al fatturato quale indice di capacità economica dei concorrenti.

Nell'auspicare che nei chiarimenti forniti, codesta spett.le Corte possa trovare le rassicurazioni richieste, e nel rimanere a disposizione per qualsiasi ulteriore evenienza, l'occasione è gradita per i migliori saluti.

Il Direttore Generale
Anita Pisarro

Documento firmato digitalmente secondo le indicazioni sulla dematerializzazione ai sensi e per gli effetti degli articoli 20 e 21 del D.lgs. 7 marzo 2005 n. 82 "Codice dell'Amministrazione Digitale" e s.m.i.