



Presidente

Alla Provincia di Vicenza  
Stazione Unica Appaltante  
(omissis)

Al Comune di Belluno  
c.a. Segretario e RPCT  
Rup (omissis)

All'avv. (omissis)

Fasc. Anac n. 520/2022 (omissis)

Oggetto

SUA Provincia di Vicenza – Comune di Belluno - Attività di vigilanza ex art. 213, comma 3 del d.lgs. 50/2016 - Gara per l'appalto relativo alla Rigenerazione e sviluppo dell'area dello stadio comunale di Belluno. Importo euro 520.816,38 - CIG 8963474CBB - Definizione del procedimento ex art. 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici

Con nota del 21 gennaio 2022, assunta al prot. ANAC n. 4666 del 24 gennaio 2022, inviata anche all'ANAC, la P. tramite il suo difensore, chiedeva alla SUA Provincia di Vicenza, per conto e nell'interesse del Comune di Belluno, di annullare in autotutela il bando di gara pubblicato su GU n. 150 del 29 dicembre 2021 ed il relativo disciplinare aventi ad oggetto l'affidamento dell'appalto di lavori relativo alla "*Rigenerazione e sviluppo dell'area dello stadio comunale di Belluno*" in quanto asseritamente lesivi del principio della massima concorrenza tra le imprese. Le criticità indicate nell'istanza di annullamento in autotutela della P., che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara, avrebbero di fatto limitato la partecipazione ad un solo operatore l'impresa T., unico concorrente, e predeterminato l'esito della gara.

Con nota prot. ANAC n. 13571 del 23 febbraio 2022 l'ANAC chiedeva alla SUA Provincia di Vicenza e al Comune di Belluno elementi informativi afferenti alla gara in oggetto.

Con nota prot. ANAC n. 18639 del 14 marzo 2022, la SUA Provincia di Vicenza riscontrava la richiesta di informazioni di ANAC.

## Fatto

Occorre innanzitutto ripercorrere le circostanze di fatto che sono seguite alla suddetta istanza di annullamento in autotutela.

Con nota prot. n. 3642 del 25 gennaio 2022, la SUA Provincia di Vicenza e il Comune di Belluno rigettavano la suddetta istanza di annullamento in autotutela della P. chiarendo tra l'altro che gli atti di gara non sarebbero restrittivi della concorrenza in quanto la voce di computo n. 08 dell'elenco prezzi non fa riferimento ad un unico dato prodotto (manto Regupol) ma ad un sistema generico riconducibile nel "tipo" Regupol; pertanto, la legge di gara non richiede la fornitura di un solo prodotto di una determinata marca, bensì anche prodotti equivalenti tipo Regupol presenti sul mercato italiano ed europeo.

Nella replica al primo diniego di annullamento in autotutela prot. 120371 del 11 febbraio 2022, la P. sostiene che l'eventuale partecipazione alla gara con un prodotto analogo non sarebbe stato possibile in quanto sarebbero state indicate negli atti di gara modalità esecutive e caratteristiche delle componenti che sono proprie del sistema Regupol (cfr valori del telo prefabbricato propri del sistema Regupol);

Sostiene in particolare la P. che:

- verrebbe richiesta nell'elenco prezzi la Certificazione Green Circle di cui nessun produttore di sistemi di piste di atletica, eccetto Regupol, è dotato, con attribuzione al concorrente di 5 punti su 88;
- verrebbe premiato con 9 punti tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica il sistema misto a discapito di tutti gli altri sistemi (a cui vengono attribuiti 0 punti);
- verrebbe richiesto un sistema con materassino prefabbricato omologato senza turapori che nessun produttore, eccetto Regupol, possiede, che consente l'attribuzione di 5 punti su 88 al concorrente;
- verrebbe richiesto di aver costruito in Italia 3 piste con sistema misto che solo l'impresa T., installatrice e partner del sistema Regupol, unica partecipante alla gara avrebbe realizzato. Tutto ciò avrebbe limitato la partecipazione alla gara alla sola impresa T., che della Regupol è installatore e partner, impedendo a tutte le altre possibili concorrenti di partecipare.

P. in via esemplificativa rammenta che neppure l'impresa C., unica concorrente dell'impresa Regupol, potrebbe partecipare alla gara riuscendone vincitrice in quanto, oltre a non avere la certificazione Green Circle, che ha solo il prodotto Regupol, non possiede un sistema con materassino prefabbricato omologato senza turapori, richiesto negli atti di gara, posseduto soltanto da Regupol.

Con nota prot. 14732 dell'8 marzo 2022, il Comune di Belluno controdeduceva alla replica di istanza di annullamento degli atti di gara della P. e confermava il rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela.

Con nota prot. 16897 del 8 marzo 2022, la P. inoltrava ad ANAC una nota del 23 febbraio 2022 con cui il progettista Ing. (omissis) forniva al Comune chiarimenti in ordine alle motivazioni sottostanti le scelte dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica.

Con nota prot. ANAC n. 19790 del 17 marzo 2022, il Comune di Belluno comunicava ad ANAC l'adozione della determina dirigenziale n. 169 del 16 marzo 2022 di aggiudicazione dei lavori di cui trattasi alla ditta T..

## Diritto

### 1. Elementi di criticità relativi alle specifiche tecniche

In via generale, occorre aver presente che, per principio generale, la stazione appaltante deve preferire l'interpretazione della *lex specialis* più rispettosa del *favor participationis*. Si rammenta che con delibera n. 1021 del 25 novembre 2020 (prec. 226/2020/S), il Consiglio dell'Autorità ha ritenuto che *"È, in particolare, l'esplicitazione dell'oggetto tramite la definizione delle specifiche tecniche che può incidere sull'ampiezza del mercato di riferimento. La discrezionalità di cui gode la stazione appaltante nella definizione dell'oggetto dell'appalto va esercitata nel rispetto dei principi di concorrenza e par condicio, per cui la stazione appaltante non può stabilire specifiche tecniche ingiustificatamente discriminatorie, ovvero obiettivamente restrittive della concorrenza senza essere, al contempo, sufficientemente idonee alla realizzazione dell'interesse pubblico perseguito attraverso la gara; esse devono essere collegate all'oggetto dell'appalto e proporzionate al suo valore e ai suoi obiettivi (cfr. art. 68, comma 1, d.lgs. n. 50/2016)"*.

Scendendo ora nel particolare, occorre verificare se, come segnalato, il Comune di Belluno abbia inserito nel computo dei prezzi la richiesta al prezzo n. 08 che richiede la *"Fornitura e posa in opera di manto sportivo per atletica leggera tipo REGUPOL AG conforme alla normativa FIDAL e omologato IAAF ART.08"* con lo scopo di restringere la concorrenza ad un solo concorrente e determinare dunque l'esito della gara. Sostiene la P. che nel computo metrico è inequivocabile il riferimento al Sistema Regupol AG ed è chiara la volontà della Stazione appaltante di favorire, nell'attribuzione del punteggio, l'operatore che offra tale sistema, non avendo aggiunto alla descrizione della fornitura "o equivalente".

Per completezza occorre rammentare che nel Capitolato speciale d'appalto al punto E8 sono indicate quali opere specialistiche *"la fornitura e la posa in opera di manto sintetico misto avente le caratteristiche prescritte nella circolare FIDAL per pavimentazioni di fascia 1 – tipologia 05 (manto sintetico misto, impermeabile, realizzato con uno strato di base in tappetino di gomma prefabbricata e finitura a topping seminato)"*.

Questa descrizione della pavimentazione corrisponde testualmente a quanto prescritto dalla Circolare Tecnica degli Impianti FIDAL 2019 per la realizzazione degli impianti di atletica leggera (capitolo V superfici di nuova realizzazione) per il manto di tipo 1 categoria 05.

Il Comune nega il richiesto **annullamento in autotutela** asserendo che con la previsione nell'elenco prezzi di un *"manto sportivo per atletica leggera tipo REGUPOL AG conforme alla normativa FIDAL e omologato IAAF ART.08"* *"non si fa riferimento al prodotto manto sportivo per atletica leggera Regupol Ag sic et simpliciter, ma si fa riferimento ad un manto tipo Regupol AG conforme alla normativa FIDAL e omologato IAAF ed a fortiori in calce alla voce, "il manto dovrà possedere certificazione IAAF in vigore, attestazione di materiale non inquinante secondo norma DIN V 18035-6, certificazione Green Circle, avere referenze di impianti omologati dove è*

stato installato questo manto nei cinque anni precedenti": *quindi un sistema generico riconducibile nel "tipo" Regupol AG che come tale conferma la non esclusività del sistema al solo prodotto della ditta indicata, essendo presenti prodotti equivalenti, come noto agli esperti del settore, sul mercato italiano ed europeo*". Afferma inoltre il Comune che *"la voce rispetta quanto richiesto dagli organi preposti né è stata richiesta modifica nel parere preventivo della FIDAL ottenuta sul progetto esecutivo"*.

Alla luce di quanto emerso, si osserva che il Comune non ha fornito elementi tali da indurre a ritenere che la richiesta nell'elenco Prezzi del manto tipo Regupol abbia ristretto la concorrenza ad un solo operatore sul mercato.

Il Comune ha effettuato scelte tecniche relative alla selezione del manto, non sindacabili nel merito se non per manifesta irrazionalità, che non appare ravvisabile nel caso di specie.

Si prende pertanto atto di tali scelte discrezionali, visto che ANAC non può sostituirsi al Comune di Belluno nel merito delle valutazioni ad esso riservate, pur rilevando tuttavia che l'indicazione del manto "tipo Regupol", senza l'indicazione "o equivalente" come richiesto dall'art. 68, comma 6 del d.lgs. 50.2016 non fa venir meno il consistente dubbio circa scelte restrittive della concorrenza da parte del Comune di Belluno.

Infatti, risulta all'evidenza molto anomalo che ad una procedura aperta a livello nazionale abbia partecipato un solo concorrente, con conseguente assenza di concorrenza tra le imprese del settore.

## **2. Elementi di criticità relativi ai criteri di gara.**

E' stato altresì segnalato dalla P. che anche alcuni dei criteri di gara sarebbero stati redatti ad arte per favorire o escludere alcuni concorrenti e non altri.

In particolare si sostiene che:

- verrebbe richiesta nell'elenco prezzi la Certificazione Green Circle di cui nessun produttore di sistemi di piste di atletica, eccetto Regupol, è dotato, con attribuzione al concorrente di 5 punti su 88;
- verrebbe premiato con 9 punti (A1) il sistema di pavimentazione misto a discapito dei sistemi prefabbricati o altri sistemi a cui vengono attribuiti 5-0 punti;
- verrebbe premiato con 5 punti (A.4) un sistema con materassino prefabbricato omologato senza turapori che nessun produttore, eccetto Regupol, possiede, a discapito dei sistemi che utilizzino il turapori a cui vengono attribuiti 0 punti;
- verrebbe premiata con 6 punti (C.1) l'esperienza specifica nel quinquennio 2016-2020 di aver costruito in Italia 3 piste di atletica omologate dalla FIDAL con soluzioni miste che, a dire del segnalante, solo l'impresa T., installatrice e partner del sistema Regupol, unica partecipante alla gara avrebbe realizzato, a discapito di altri tipi di esperienze specifiche a cui vengono attribuiti 2-0 punti.

Tutto ciò avrebbe limitato la partecipazione alla gara alla sola impresa T., che della Regupol è installatore e partner, impedendo a tutte le altre possibili concorrenti di partecipare.

Si osserva innanzitutto che il bando di gara al punto 11 stabiliva quali condizioni di partecipazione la qualificazione SOA per la categoria OS6 – classifica II. Pertanto, tutte le imprese in possesso di detto attestato di qualificazione avrebbero potuto partecipare alla gara. Quanto poi ai criteri di valutazione delle offerte ed in particolare quelle tecniche, ai sensi dell'art. 95 comma 6 del d.lgs. 50/2016 si rammenta che essi devono essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto e alla sola stazione appaltante è rimessa la scelta discrezionale dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica ritenuti più adeguati alla gara. Pertanto, i criteri di valutazione dell'offerta tecnica non impediscono la partecipazione alla gara ma costituiscono una griglia di valutazione delle offerte in ragione dell'interesse pubblico perseguito.

Si rammenta sul punto *"il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui la scelta operata dall'amministrazione appaltante, in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativamente ai criteri di valutazione delle offerte, ivi compresa anche la disaggregazione eventuale del singolo criterio valutativo in sub-criteri, è espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico; come tale è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale ed i criteri non siano trasparenti ed intellegibili (Cons. Stato, V, 30 aprile 2018, n. 2602; III, 2 maggio 2016, n. 1661; V, 18 giugno 2015, n. 3105)"* (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2094 del 26 marzo 2020).

Il disciplinare di gara per la valutazione dell'offerta tecnica stabiliva (punto 8.1 del disciplinare) i seguenti elementi di valutazione, cui veniva attribuito un **punteggio massimo complessivo di 88**

A)	Qualità e tipologia del sistema di pavimentazione	punti	26
B)	Omologabilità FIDAL, sicurezza ed eco-compatibilità	punti	25
C)	Esperienza, <i>know how</i> e capacità tecnica del concorrente	punti	37

La previsione di un punteggio massimo di 88/100 punti per l'offerta tecnica appare valorizzare eccessivamente quest'ultima a discapito dell'offerta economica per la quale sono previsti soltanto 10/100 punti, rendendo l'offerta economica quasi irrilevante ai fini della determinazione del punteggio complessivo; in tal modo sembrerebbe vanificato il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo richiesto dall'art. 95 del d.lgs. 50/2016 per il funzionamento del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Inoltre va osservato che l'esperienza pregressa non è valutabile in sede di offerta trattandosi di appalti di lavori, dove il possesso dei requisiti di capacità tecnica è dimostrato obbligatoriamente ed unicamente attraverso l'attestazione SOA (art. 84 del d.lgs. 50/2016) e non può essere oggetto di ulteriore valutazione in fase di aggiudicazione, attraverso l'indicazione di precedenti lavori analoghi.

Pertanto appare alquanto dubbia in un appalto di lavori la legittimità dei criteri di valutazione dell'offerta basati su requisiti soggettivi dell'impresa relativi alle esperienze pregresse del concorrente (cfr. delibera ANAC n. 472 del 23 maggio 2018 prec. 119/18/L) in quanto difficilmente idonei ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti sotto il profilo qualitativo della prestazione offerta.

In ogni caso, detto criterio esperienziale risulta in contrasto con il divieto di commistione tra i criteri di selezione e i criteri di aggiudicazione ove si consideri che per lo stesso è stato previsto un punteggio di ben 37 punti, dunque avente una notevole incidenza sulla soglia di sbarramento prevista ai fini dell'ammissione dell'offerta presentata 53 punti.

L'Autorità ha da tempo ammesso la possibilità di applicare in maniera attenuata il divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive della offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente al verificarsi di due condizioni: che il criterio esperienziale getti luce sulla qualità dell'offerta e che il punteggio assegnato non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo (cfr delibera ANAC n. 1091 dell'8 novembre 2017 e delibera ANAC n. 261 del 17 marzo 2020).

Successivamente le Linee Guida n. 2 (delibera n. 424 del 2 maggio 2018) aventi ad oggetto l'offerta economicamente più vantaggiosa chiariscono che *"viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica. Nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli; in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione. ..... Limitato deve essere, di regola, il peso attribuito ai criteri di natura soggettiva o agli elementi premianti, ad esempio non più di 10 punti sul totale, considerato che tali elementi non riguardano tanto il contenuto dell'offerta ma la natura dell'offerente".*

Nel caso di specie, si rileva che il disciplinare di gara attribuisce al sub criterio dell'esperienza di cui alla lettera C) *Esperienza, know how e capacità tecnica del concorrente* **ben 37 punti su 88** dunque un punteggio superiore a quello degli altri due criteri (rispettivamente di 26 e 27 punti) che incide in modo determinante sulla valutazione dell'offerta tecnica e comunque in contrasto con quanto previsto dalle linee guida n. 2 che limita il peso attribuito ai criteri di natura soggettiva a non più di 10 punti sul totale, *"considerato che tali elementi non riguardano tanto il contenuto dell'offerta ma la natura dell'offerente"*.

Il peso preponderante, se non esorbitante, attribuito a detto criterio nel disciplinare di gara del Comune di Belluno potrebbe essere foriero di una limitazione della concorrenza in quanto potrebbe pregiudicare i concorrenti non stabilmente radicati sul mercato, in violazione del principio di massima partecipazione alle pubbliche gare.

Scendendo più nel particolare, non si ritiene che il criterio dell'esperienza (C.1) (*"Esperienza specifica nel quinquennio 2016-2020 nella realizzazione di lavorazioni similari"*) massimo 6 punti) possa essere idoneo ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte ed a differenziarle a seconda della rispondenza o meno all'interesse pubblico del Comune di Belluno.

La realizzazione di piste di atletica omologate esprime un requisito soggettivo che qualifica l'operatore sul piano esperienziale, ma che non si correla, nel caso in esame, ad una specifica caratteristica dell'oggetto del contratto da aggiudicare (Cfr Cons. Stato, Sez. V, 24.1.2022 n. 611). Esso dunque appare in contrasto con l'art. 95, comma 6, lett. e) del d.lgs. 50/2016 non riguardando l'organizzazione dell'operatore economico né le qualifiche e l'esperienza del

personale effettivamente utilizzato nell'appalto (cfr. delibera n. 261 del 17.3.2020 prec 6/2020/S). Né risulta motivata la ragione per cui tale criterio abbia un impatto sulla qualità dell'offerta con la conseguenza che deve escludersi un'influenza significativa del criterio sull'esecuzione dell'appalto.

\*\*\*

Alla luce di quanto sopra, si ritiene l'indicazione dei criteri di natura soggettiva ovvero relativi all'esperienza del concorrente indicati nel disciplinare di gara non conforme all'art. 95, comma 6, lett. e) del d.lgs. n. 50/2016 e ai principi di libera concorrenza, non discriminazione e proporzionalità. Tale aspetto, in aggiunta alle specifiche modalità di formulazione del prezzo del manto sportivo per atletica leggera, potrebbe avere inciso sull'ampiezza del mercato di riferimento con il risultato di un solo partecipante alla gara. Ciò non fa venir meno il consistente dubbio circa scelte restrittive della concorrenza da parte del Comune di Belluno.

*Il Presidente*

*Avv. Giuseppe Busia*

Firmato digitalmente il 28 aprile 2022