



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

#### **DELIBERA N. 679 DEL 17 luglio 2019**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle questioni controverse ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_S.r.l – Procedura aperta per l'affidamento dell'appalto dei lavori di realizzazione del collettore fognario dal depuratore di Stabbia al depuratore Aquarno di Santa Croce sull'Arno - Importo a base d'asta: euro 12.454.616,05 - S.A.: Acque S.p.A.

#### **PREC 81/19/L**

### **Il Consiglio**

#### **Considerato in fatto**

Con istanza di parere acquisita al protocollo n. 29992 dell'11 aprile 2019, la società \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_S.r.l. sottopone all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere contestando l'illegittimità dei criteri di aggiudicazione previsti dal bando di gara pubblicato da Acque S.p.A. ai fini dell'affidamento dei lavori di realizzazione del collettore fognario dal depuratore di Stabbia al depuratore Aquarno di Santa Croce sull'Arno, da assegnare sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'istante sostiene che i sub-criteri di valutazione dell'offerta tecnica, individuati nel capitolato speciale d'appalto al punto n. 20 relativo a "Servizi analoghi all'opera in oggetto relativamente alla categoria prevalente" (5 punti) e al punto n. 21 relativo a "Esperienza dei direttori tecnici; dei responsabili di cantiere, acquisita in qualità di responsabile di cantiere o di progetto" (2 punti), sarebbero illegittimi in quanto violerebbero il divieto di commistione tra i requisiti di qualificazione dell'offerente e i criteri di aggiudicazione. I predetti sub-criteri sarebbero illegittimi anche sotto il profilo della violazione del principio di sufficienza dell'attestazione SOA negli affidamenti di contratti aventi ad oggetto lavori pubblici.

L'avvio del procedimento di precontenzioso è stato comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 46929 dell'11/06/2019.

La stazione appaltante ha trasmesso memorie e documenti sostenendo la legittimità della scelta compiuta alla luce della normativa di settore. In particolare, la stazione appaltante richiama l'art. 83, comma 6, secondo periodo, d.lgs. 50/2016 nella parte in cui prevede, per le forniture comportanti lavori di posa in opera o di installazione, che «la capacità professionale degli operatori economici di fornire tali servizi o di eseguire l'installazione o i lavori è valutata con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza e affidabilità»; indica che l'aver limitato il giudizio d'inerenza ai lavori della "categoria prevalente" esclude che una generica esperienza pregressa possa rilevare ai fini dell'attribuzione del punteggio; sostiene l'ampia discrezionalità della commissione di gara nella valutazione delle offerte e nell'attribuzione dei punteggi, che sarebbero immuni da censure in mancanza



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

di profili di irragionevolezza, illogicità, arbitrarietà e travisamento dei fatti. Infine, la stazione appaltante rileva come i due criteri contestati –sommati tra loro – risultano idonei ad assegnare al massimo punti 7 su un totale di 70 punti per l’offerta tecnica, trattandosi di criteri “di corredo” rispetto agli altri, volti più propriamente ad evidenziare le “caratteristiche migliorative delle offerte” pervenute.

#### **Ritenuto in diritto.**

Con la richiesta di parere presentata all’Autorità la società \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_S.r.l. contesta l’illegittimità della *lex specialis* di gara nella parte in cui, nel definire taluni sub-criteri di valutazione dell’offerta tecnica nell’ambito della procedura di aggiudicazione secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, avrebbe violato il divieto di commistione dei criteri di aggiudicazione con i requisiti di partecipazione.

Il divieto di commistione risulterebbe confermato nella disciplina dettata dall’art. 95, comma 6, d.lgs. 50/2016 laddove si prevede: «I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell’offerta, pertinenti alla natura, all’oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all’oggetto dell’appalto». Laddove la norma prevede alla lettera e) che «Nell’ambito di tali criteri possono rientrare: (...) l’organizzazione, le qualifiche e l’esperienza del personale effettivamente utilizzato nell’appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un’influenza significativa sul livello dell’esecuzione dell’appalto» il temperamento al principio dovrebbe giustificarsi in ragione della connessione tra l’elemento soggettivo e la qualità della prestazione richiesta nell’ambito del contratto di appalto, ciò che non si dimostrerebbe nel caso di specie.

La questione principale oggetto della controversia insorta tra le parti verte, quindi, sulla corretta interpretazione ed applicazione del principio di separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione alla luce delle previsioni contenute nell’art. 95, comma 6, lett. e) del Codice dei contratti pubblici.

Sulla questione, la giurisprudenza amministrativa si è espressa considerando come non possano rientrare tra i criteri di aggiudicazione, i requisiti in sé considerati, avulsi dalla valutazione dell’incidenza dell’organizzazione sull’espletamento dello specifico servizio da espletare. Si legge in Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 17 gennaio 2018, n. 279: «E’ vero che il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione della gara può essere interpretato “cum grano salis”, per cui dunque le Stazioni appaltanti -nei casi in cui ravvisino l’opportunità che determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti l’oggetto del contratto, siano valutate anche per la selezione dell’offerta - possono prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell’offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti, in particolare, la specifica attitudine del concorrente, anche sulla base di analoghe esperienze pregresse, a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara. Secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza amministrativa, tuttavia, la



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

possibilità di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo riguarda solo gli appalti di servizi e sempre che ricorrano determinate condizioni, come nel caso in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano effettivamente illuminare la qualità dell'offerta; inoltre, lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non deve incidere in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo». E ancora in Consiglio di Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6026: «la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la possibilità di applicare in modo attenuato il tendenziale divieto di commistione tra le caratteristiche oggettive della offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente, alla duplice condizione a) che taluni aspetti dell'attività dell'impresa possano effettivamente 'illuminare' la qualità della offerta e b) che lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo (in tal senso: Cons. Stato, V, 3 ottobre 2012, n. 5197)». Anche alla luce della giurisprudenza richiamata appare evidente che, in ogni caso, si rende necessaria una specifica analisi dei criteri predisposti nella documentazione di gara al fine di accertare «se vi sia un'effettiva e coerente corrispondenza tra il criterio di valutazione individuato – ancorché di natura soggettiva – e il contenuto qualitativo dell'offerta e quale che sia l'effettiva incidenza di tale criterio rispetto alla scelta della migliore offerta» (cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2016, n. 3970).

In linea con la giurisprudenza amministrativa, l'Autorità, nelle linee guida n. 2 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", approvate con Delibera n. 1005/2016 e aggiornate con Delibera n. 424/2018, ha fornito indicazioni alle stazioni appaltanti in ordine all'interpretazione e applicazione dell'art. 95, comma 6, lett. e), d.lgs. 50/2016 considerando che, con l'elenco dei criteri di aggiudicazione dettato all'art. 95 del Codice dei contratti pubblici, deve ritenersi definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione in quanto nella valutazione delle offerte tecniche «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». L'Autorità ha precisato che i profili di carattere soggettivo eventualmente introdotti dalle stazioni appaltanti nella valutazione delle offerte tecniche «in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione». L'Autorità ha, altresì, osservato che «la valutazione dell'offerta riguarda, di regola, solo la parte eccedente la soglia richiesta per la partecipazione alla gara, purché ciò non si traduca in un escamotage per introdurre criteri dimensionali».

In diverse occasioni, rispetto all'art. 95, comma 6, lett. e), d.lgs. 50/2016, l'Autorità ha avuto modo di ribadire l'orientamento espresso nelle linee guida citate applicandolo a fattispecie concrete sottoposte alla sua valutazione di legittimità. Così, nella Delibera n. 472 del 23 maggio 2018, in relazione a una procedura di affidamento di lavori di restauro conservativo dove tra i sub-criteri di valutazione era menzionata in più punti l'esperienza specifica maturata rispetto a specifiche tipologie di interventi (su murature antiche anche affrescate, nel consolidamento e restauro di orizzontamenti strutturali lignei e nella realizzazione di impianti su beni sottoposti a tutela ai sensi del d.lgs. 42/2004), l'Autorità ha



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

considerato che il mero richiamo all'esperienza pregressa per gli interventi indicati - tra l'altro senza alcun riferimento alla specifica professionalità del personale messo a disposizione per l'esecuzione dei lavori - non fosse conforme alla normativa in quanto i criteri specificati non apparivano concretamente idonei ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti sotto il profilo qualitativo della prestazione offerta. Ancora, nella Delibera n. 1142 del 12 dicembre 2018, con riferimento a lavori di nuova costruzione di edifici/alloggi, l'Autorità si è espressa nel senso che, al fine di prevenire possibili distorsioni, la possibilità di attribuire valore premiante alle caratteristiche soggettive è «condizionata alla circostanza che dette caratteristiche siano in grado, effettivamente, di incidere sulla prestazione offerta» come può avvenire quando, per talune categorie di prestazioni, la professionalità del personale impiegato è tale da incidere sulla qualità della prestazione offerta; quindi, nell'esaminare sub-criteri di valutazione di natura soggettiva quali l'anzianità e la professionalità delle maestranze e la professionalità del referente tecnico, l'Autorità ha espresso il seguente convincimento: «Se risulta pacifico il contributo che può essere prestato all'appalto da un referente tecnico in possesso di particolari qualificazioni, sotto il profilo formativo ed esperienziale, non risulta invece in alcun modo dimostrato che la prestazione resa da un componente delle maestranze impiegate nel cantiere possa rivelarsi più efficiente ed efficace, e dunque migliorativa sotto il profilo qualitativo, qualora il dipendente di cui trattasi sia diplomato, o addirittura laureato, ed abbia un'anzianità professionale particolarmente elevata svolta sempre presso l'operatore economico che presenta l'offerta». Infine, con la delibera n. 70 del 24 gennaio 2018, l'Autorità ha ritenuto che le previsioni della *lex specialis*, relative ai criteri di valutazione dell'elemento qualità dell'offerta tecnica (struttura di impresa; organizzazione del personale; organizzazione tecnica) e i relativi sub criteri fossero riferibili ai requisiti di partecipazione del concorrente piuttosto che ad elementi relativi alle caratteristiche migliorative dell'offerta tecnica sotto un profilo qualitativo della prestazione offerta, concludendo che gli stessi così come definiti, non fossero concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti sotto un profilo qualitativo della prestazione offerta.

Tornando alla fattispecie in esame, le contestate clausole della *lex specialis* di gara concernono i sub-criteri di valutazione dell'offerta tecnica come individuati nel capitolato speciale d'appalto al punto n. 20 relativo a “Servizi analoghi all'opera in oggetto relativamente alla categoria prevalente” (5 punti) e al punto n. 21 relativo a “Esperienza dei direttori tecnici; dei responsabili di cantiere, acquisita in qualità di responsabile di cantiere o di progetto” (2 punti).

Ferma restando la piena discrezionalità della commissione di gara nell'attribuzione dei punteggi sulla base dei criteri di valutazione stabiliti dal capitolato speciale di gara, i sub-criteri stabiliti nel capitolato speciale d'appalto restano valutabili rispetto all'art. 95, d.lgs. 50/2016. Infatti, pur essendo, come sostiene la stazione appaltante, criteri “di corredo” (sommati tra loro sarebbero idonei ad assegnare al massimo punti 7 su un totale di 70 punti per l'offerta tecnica), tuttavia non si ritengono così come formulati conformi alla *ratio* dell'art. 95, comma 6, lett. e), d.lgs. 50/2016, riferendosi genericamente all'esperienza pregressa dell'operatore economico e del personale tecnico senza alcuno specifico



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

riferimento alla qualità professionale dello stesso e alla idoneità dell'esperienza richiamata a impattare sulla qualità dell'offerta tecnica presentata.

In tal senso, i predetti sub-criteri appaiono altresì ingiustificati in considerazione del principio di sufficienza dell'attestazione SOA negli affidamenti di contratti aventi ad oggetto lavori pubblici.

Né appare conferente il richiamo che la stazione appaltante compie all'art. 83, comma 6, d.lgs. 50/2016 che è norma disciplinante i criteri di selezione dei concorrenti ai fini della partecipazione alle procedure di gara e non i criteri di aggiudicazione dell'appalto.

Pertanto, in base a tutto quanto sopra rappresentato ed alla luce delle considerazioni sopra esposte, ritenuta assorbita ogni ulteriore censura,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- i criteri di valutazione di carattere soggettivo dell'offerta tecnica, così come definiti negli atti di gara, non appaiono conformi alla normativa di settore in quanto concretamente non idonei ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti sotto il profilo qualitativo della prestazione offerta.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 luglio 2019

Il Segretario, *Maria Esposito*