



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **DELIBERA N. 472 DEL 23 maggio 2018**

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d. lgs. 50/2016 presentata da ANCE - Associazione Nazionale Costruttori Edili e INVITALIA - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a. – Procedura aperta per l'affidamento della “Prosecuzione dei lavori di restauro conservativo valorizzazione del patrimonio storico culturale e naturale del Real Sito borbonico di Carditello-San Tammaro (CE)” - Importo a base d'asta: euro 4.332.741,36 - S.A.: Invitalia S.p.a.

### **PREC 119/18/L**

### **Il Consiglio**

#### **Considerato in fatto**

Con istanza prot. n. 23929 del 15 marzo 2018 l'ANCE - Associazione Nazionale Costruttori Edili ha rappresentato che nella procedura in oggetto, bandita da INVITALIA - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a. in qualità di centrale di committenza per il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, sono stati introdotti - tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica - alcuni elementi riferiti alle esperienze pregresse che si configurerebbero quali requisiti soggettivi di qualificazione degli offerenti. In tal modo si sarebbe operata un'illegittima commistione tra requisiti di partecipazione relativi alla capacità tecnico-professionale e criteri di valutazione dell'offerta.

In particolare, nell'ambito del criterio “A-Professionalità”, il rilievo riguarda i seguenti sub-criteri previsti dal disciplinare di gara: A01 «esperienza specifica maturata in interventi su murature antiche anche affrescate» (3 punti); A02 «esperienza nel consolidamento e restauro di orizzontamenti strutturali lignei (solai o coperture) di beni immobili ed edifici soggetti a tutela ai sensi del d. lgs. 42/2004» (5 punti); A03 «esperienza maturata nella realizzazione di impianti eseguiti in aree ed edifici soggetti a tutela ai sensi del d. lgs. 42/2004» (5 punti).

Con nota acquisita al prot. n. 27970 del 28 marzo 2018 INVITALIA S.p.a. ha comunicato, ai sensi dell'art. 3, comma 3, del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del d. lgs. 50/2016, la propria volontà di aderire all'istanza di parere relativa alla procedura in epigrafe. Contestualmente, in relazione al rilievo formulato dall'ANCE, INVITALIA ha sostenuto che i criteri di carattere soggettivo prescelti - oltre ad essere giustificati sul piano normativo in virtù del superamento del principio della netta separazione tra requisiti soggettivi di qualificazione e criteri di aggiudicazione operato dal nuovo codice dei contratti, come dimostra la previsione dell'art. 95, comma 6, lett. e) del d. lgs. 50/2016 – sarebbero di per sé idonei ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

presentate e quindi, come tali, in linea con la normativa e con la giurisprudenza, essendo altresì giustificati dalle particolari esigenze proprie del settore dei beni culturali, in cui «è necessario e doveroso valutare maggiormente la capacità dell'operatore di formulare delle proposte tecniche migliorative, anche attraverso l'utilizzo di tecnologie e tecniche già utilizzate dallo stesso in esperienze pregresse».

Con successiva memoria suppletiva acquisita al prot. n. 33958 del 18 aprile 2018, l'ANCE ha rimarcato il principio che l'esperienza pregressa è valutabile in sede di offerta soltanto laddove si riferisca al personale direttamente utilizzato nell'esecuzione dell'appalto, sottolineando tra l'altro che essa rileva solo negli appalti di servizi e non nel caso dei lavori, dove il possesso dei requisiti di capacità tecnica è dimostrato obbligatoriamente ed unicamente attraverso l'attestazione SOA e non può essere oggetto di ulteriore valutazione in fase di aggiudicazione, attraverso l'indicazione di precedenti lavori analoghi.

Da ultimo, INVITALIA, con nota pervenuta al prot. 36288 del 26 aprile 2018, ha precisato che la *ratio* degli elementi soggettivi richiesti ai fini della valutazione delle offerte, come si evince dai criteri motivazionali indicati nel disciplinare, è quella di ottenere informazioni utili circa le modalità in cui le lavorazioni sarebbero svolte, al fine di poter valutare l'efficacia delle tecniche normalmente impiegate dall'offerente e non la sua capacità professionale. Tali elementi, ha aggiunto la stazione appaltante, non si possono considerare "esorbitanti" poiché prevedono l'attribuzione di un massimo di soli 13 punti sui 100 disponibili.

A seguito dell'avvio del procedimento (prot. n. 37885 del 3 maggio 2018) non è pervenuta ulteriore documentazione dalle parti.

### **Ritenuto in diritto**

La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda la legittimità dei criteri di valutazione dell'offerta basati sulle esperienze pregresse del concorrente, con particolare riferimento ai lavori nel settore dei beni culturali.

L'art. 95 comma 6, del d. lgs. 50/2016 prevede che i criteri di valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo devono essere oggettivi e pertinenti alla natura e all'oggetto dell'appalto. Sulla base degli obiettivi perseguiti e nel rispetto dei principi che presiedono all'affidamento dei contratti pubblici, la stazione appaltante ha piena discrezionalità nella determinazione dei criteri di valutazione delle offerte.

Al riguardo questa Autorità, nella delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 - Linee guida n. 2, di attuazione del d. lgs. 50/2016 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", ha chiarito che sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto quei criteri che: riguardano lavori, forniture o servizi da effettuare nell'ambito dell'affidamento sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del ciclo di vita; attengono alle caratteristiche ritenute più rilevanti dalla stazione appaltante ai fini della soddisfazione delle proprie esigenze e degli ulteriori profili indicati dal codice dei contratti pubblici.

Nelle medesime Linee guida l'Autorità ha specificato che i criteri devono essere idonei ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. In riferimento alla disposizione di cui all'art. 95, comma 6, lett. e) concernente «l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto», le Linee guida riconoscono il superamento della rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione e consentono che nella valutazione dell'offerta possano essere considerati profili di carattere soggettivo, qualora essi permettano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta, a condizione che attengano ad aspetti che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione e che non rappresentino una via per introdurre surrettiziamente criteri dimensionali. In tema di ponderazione, l'Autorità ha altresì precisato che ai criteri di natura soggettiva deve essere attribuito un peso limitato, ad esempio non più di dieci punti sul totale, considerato che tali elementi non riguardano tanto il contenuto dell'offerta ma piuttosto la natura dell'offerente.

Tale impostazione è del tutto coerente con la giurisprudenza consolidata, che indica quale principio generale regolatore delle gare pubbliche quello che vieta la commistione fra criteri soggettivi di prequalificazione ed elementi oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta. Questo principio trova il suo sostanziale supporto logico nella necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che attengono all'offerta e, quindi, all'aggiudicazione. Tuttavia, spesso, il filo che separa il canone oggettivo di valutazione dell'offerta e il requisito soggettivo del competitore è particolarmente sottile, stante la potenziale idoneità dei profili esperienziali e di organizzazione soggettiva a riverberarsi sull'affidabilità e sull'efficienza dell'offerta e, quindi, della prestazione. Deve ritenersi, quindi, che il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione non risulti eluso o violato allorché gli aspetti organizzativi o quelli relativi alle esperienze pregresse non siano destinati ad essere apprezzati in quanto tali - in modo avulso quindi dal contesto dell'offerta, come dato relativo alla mera affidabilità soggettiva - ma quale garanzia dell'esecuzione delle prestazioni secondo le modalità prospettate nell'offerta, come elemento, cioè, incidente sulle modalità esecutive dello specifico appalto e, quindi, come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta (Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279; TAR Napoli, sez. VIII, 6 marzo 2017, n. 1293).

Applicando i principi del quadro normativo appena ricostruito al caso di specie, occorre considerare quanto previsto al p.to 20.2.1 del disciplinare di gara, che specifica la documentazione richiesta per la formulazione dell'offerta tecnica e gli elementi di valutazione con i relativi criteri motivazionali. Per il sub-criterio A01 (ed analogamente per gli altri due sub-criteri A02 e A03) si prevede che «saranno considerate migliori le esperienze nelle quali l'operatore ha dimostrato di utilizzare tecniche di intervento innovative in contesti analoghi al presente» e si richiede la presentazione della documentazione relativa a massimo due interventi già svolti, che abbiano affinità con quelli oggetto della gara, scelti tra quelli ritenuti maggiormente significativi dal concorrente. In particolare, si prevede che l'elaborato descrittivo illustri i lavori effettuati in modo da poter «rilevare la qualità delle metodologie e delle tecniche impiegate su tipologie costruttive analoghe a quelle oggetto d'appalto».

Pur tenendo conto della specificità dei lavori in questione, peraltro già "presidiata" dalla necessità di possedere la qualificazione SOA nella categoria OS2-A, nonché delle precisazioni fornite dalla stazione appaltante alle richieste di chiarimenti (ovvero che «i profili di carattere soggettivo A01, A02 e A03



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

sono valutati unicamente al fine di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta tecnica, al fine di valorizzare caratteristiche della stessa ritenute particolarmente meritevoli, in quanto incidenti in maniera diretta sulla qualità della prestazione»), il dato che sembra emergere con chiarezza dalle richiamate descrizioni dei criteri motivazionali è il riferimento esclusivo della "esperienza maturata" a precedenti attività analoghe, senza alcun aggancio alle caratteristiche migliorative dell'offerta sotto il profilo qualitativo della prestazione che si intende fornire nell'esecuzione dell'attuale appalto: le tecniche normalmente impiegate dall'appaltatore non possono infatti essere considerate coincidenti con le modalità offerte per l'esecuzione dell'appalto.

Non si rileva, in altri termini, alcun elemento direttamente attinente agli aspetti evidenziati dall'art. 95, comma 6, d.lgs. 50/2016 (come sarebbe stato possibile, ad esempio, con l'indicazione della composizione e dell'esperienza del personale effettivamente messo a disposizione per l'esecuzione dell'appalto), ma bensì la semplice presunzione che le abilità dimostrate in precedenti lavori analoghi garantiscano di per sé una determinata qualità della prestazione offerta.

Alla luce di quanto sopra considerato,

### **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 1 giugno 2018

Il segretario Maria Esposito