



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 892 DEL 17 ottobre 2018

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da A.P. Systems Srl – Procedura telematica RDO per la fornitura di un sistema informatico web nativo integrato per la gestione delle banche dati comunali distribuito in modalità ASP – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: euro 149.999,66; S.A.: Comune di Anguillara Sabazia (RM)

PREC 130/18/F

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. ANAC n. 0083457 del 21.6.2017, la società A.P. Systems Srl (d'ora in avanti anche APS) contesta l'aggiudicazione dell'appalto indicato in oggetto alla società We-Com Srl in quanto quest'ultima sarebbe carente dei requisiti previsti dalla lex specialis a pena di esclusione e sarebbero illegittimi gli stessi criteri di valutazione dell'offerta nonché i punteggi attribuiti in base al Disciplinare di gara.

Più specificamente, l'istante ritiene che la procedura di gara sia viziata per i motivi di seguito sintetizzati:

- a) la società aggiudicataria è carente della certificazione ISO/IEC 27001:2014, che invece, dalla documentazione depositata con l'offerta, risulta intestata alla ditta PA Digitale Spa e ha presentato le referenze relative ai servizi analoghi a quello dell'appalto in contestazione appartenenti sempre alla ditta PA Digitale Spa;
- b) la società aggiudicataria ha omesso di indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro in violazione dell'art. 95, comma 10 del Codice appalti;
- c) la Commissione di gara, in violazione dell'art. 95, commi 8 e 9 del Codice, ha attribuito i punteggi all'offerta tecnica in assenza di qualsivoglia motivazione e senza spiegare quale applicazione è stata fatta dei vari criteri motivazionali contemplati nel Disciplinare di gara, di modo che risulta incomprensibile l'iter logico e applicativo seguito in concreto nel valutare i singoli progetti presentati dai concorrenti;
- d) la Stazione appaltante, in violazione dell'art. 95, comma 6 del Codice, ha previsto dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica in cui risultano indebitamente inclusi parametri ed elementi attinenti alla capacità tecnica e all'organizzazione dell'impresa, anziché alla qualità dell'offerta,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

per giunta con l'attribuzione di un punteggio piuttosto elevato (ossia 42 punti su 80 complessivi).

Con nota prot. ANAC n. 0043401 del 22.5.2018, l'Autorità ha comunicato alle parti l'avvio del procedimento e con successiva nota prot. ANAC n. 0065989 del 26.7.2018 ha inoltrato una richiesta di integrazione documentale alla Stazione appaltante, con particolare riferimento all'acquisizione di una memoria che illustrasse le motivazioni del proprio operato relativamente alle contestazioni di APS.

La Stazione appaltante, in data 16.8.2018, ha riscontrato tuttavia solo parzialmente tale richiesta, provvedendo ad inviare parte della documentazione relativa alla gara, ma omettendo ancora una volta di produrre la memoria controdeduttiva, non potendo ritenersi sufficiente né conferente il mero rinvio alle giustificazioni addotte dalla We-Com Srl a fronte di una richiesta di chiarimenti fatta dalla medesima Stazione appaltante con nota del 16.3.2017 prima dell'aggiudicazione definitiva.

Ritenuto in diritto

Relativamente alla contestazione di cui al sopraindicato punto **a)** si ritengono fondate le motivazioni addotte a propria difesa dalla società We-Com.

La certificazione ISO/IEC 27001:2014 (Tecnologia delle informazioni - Tecniche di sicurezza - Sistemi di gestione della sicurezza delle informazioni - Requisiti) è una norma internazionale che definisce i requisiti per impostare e gestire un sistema di gestione della sicurezza delle informazioni e include aspetti relativi alla sicurezza logica, fisica e organizzativa.

We-Com ha dichiarato di aver stipulato un contratto di esclusiva grazie al quale è autorizzata a commercializzare e mantenere il sistema Urbi Smart, realizzato da PA Digitale Spa e oggetto della propria offerta, che tuttavia rimane di proprietà di quest'ultima e dalla stessa gestito.

Poiché, dunque, l'obiettivo dello standard ISO 27001 è quello di proteggere i dati e le informazioni da minacce di vario tipo e di assicurarne l'integrità, la riservatezza e la disponibilità e atteso che tale compito spetta inevitabilmente non a chi commercializza il software su cui essi "viaggiano" ma a chi lo realizza e lo gestisce, la certificazione non potrà che essere richiesta alla società proprietaria del software offerto.

Persuasiva appare inoltre l'interpretazione che We-Com offre in merito alle disposizioni contenute nella 'Richiesta di offerta', laddove emerge che, mentre il possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2008 è richiesto direttamente in capo alle "aziende proponenti" (e la We-Com ha dichiarato di esserne in possesso), la certificazione ISO/IEC 27001:2013 è richiesta con riferimento ai "servizi di Data Center", vale a dire anch'essa all'operatore economico che partecipa alla gara solo nel caso in cui questi, oltre ad essere il fornitore del sistema, ne abbia anche la titolarità (proprietà intellettuale) e la diretta gestione.

In definitiva, la società aggiudicataria possiede in proprio la certificazione ISO 9001 e fornisce il sistema informatico web oggetto di affidamento (nel caso di specie 'Urbi Smart' creato dalla società PA Digitale) che è certificato in conformità allo standard di qualità ISO 27001, dimostrando in tal modo di possedere entrambe le certificazioni richieste per la partecipazione alla gara.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Per quanto concerne, poi, le referenze sui servizi e sulle forniture analoghe a quella oggetto di affidamento (per un importo non inferiore a euro 75.000,00), la contestazione avanzata dall'istante è probabilmente frutto di una errata lettura della documentazione di gara, atteso che We-Com ha fornito un elenco dei propri clienti (Comuni e Amministrazioni pubbliche) con gli importi complessivi delle relative commesse, mentre l'elenco dei clienti di PA Digitale, contenuto nel progetto tecnico, è stato inserito, verosimilmente, al solo fine di descrivere e dimostrare la pregressa esperienza anche di tale partner commerciale.

Si ritiene parimenti infondata la contestazione di cui al punto **b)**, ovvero quella relativa all'omessa indicazione, da parte di We-Com, dei propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Dalla documentazione di gara in realtà risulta che We-Com abbia indicato i costi in materia di sicurezza aziendale, ancorché pari a zero e pertanto la questione si incentra sulla legittimità o meno di tale indicazione di ordine negativo.

Secondo l'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50/2017, nella formulazione in vigore al momento dello svolgimento della gara, ovvero prima delle modifiche introdotte con il d.lgs. n. 56/2017, "Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro".

Al riguardo, pur nella vigenza del d.lgs. n. 163/2006, la giurisprudenza già aveva (condivisibilmente) chiarito che l'indicazione, nell'offerta economica, degli oneri della sicurezza aziendali pari a zero fosse formalmente rispettosa della prescrizione contenuta nell'art. 87 del d.lgs. n. 163/2006, specificando che, in tal caso, la quantificazione di tali costi assumeva rilievo ai fini del giudizio di anomalia, non risolvendosi in causa di esclusione dalla gara, ma incidendo sulla valutazione della congruità dell'offerta (così TAR Lombardia, sez. IV, 27 ottobre 2016, n. 1977 e TAR Lazio, sez. I ter, 13 dicembre 2016, n. 12442).

Tale impostazione è stata ripresa anche dalla giurisprudenza successiva secondo la quale «[...] in relazione alla dedotta violazione della norma di cui all'art. 95 comma 10 d.lgs. 50/2016 per mancata indicazione dei costi in materia di salute e sicurezza, pur condividendo l'impostazione di parte ricorrente circa la doverosità dell'indicazione ora imposta dalla norma, nel caso di specie l'offerta della controinteressata è stata accompagnata dalla compilazione del previsto modulo anche sul punto in questione» e «pur dinanzi ad un valore a prima vista del tutto anomalo (indicato come pari a 0), il dato formale dell'indicazione dei presunti costi sussiste, cosicché la verifica in capo alla stazione appaltante si sposta sul versante dell'eventuale sostenibilità ed anomalia dell'offerta, non certo sul dedotto profilo formale della violazione della norma invocata» (così TAR Liguria, sez. I, 2 marzo 2017, n. 163).

Successivamente il legislatore, anche per tentare di risolvere i problemi interpretativi e applicativi sorti sotto il vigore della prima versione del comma 10 dell'art. 95 e per conformarsi, altresì, agli ormai prevalenti orientamenti giurisprudenziali in materia, ha riformulato tale norma introducendo una importante deroga all'obbligo di indicare gli oneri aziendali per la sicurezza (oltre ai costi per la



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

manodopera) nei casi «delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)».

Sebbene tale norma non possa applicarsi – *ratione temporis* – all'appalto in esame, essa costituisce una conferma a posteriori della bontà dell'interpretazione che si intende qui sostenere: poiché la fornitura oggetto dell'appalto in contestazione (sistema informatico-software) rientra tra le “forniture senza posa in opera”, per le quali non si ritiene che le aziende debbano sostenere e dunque prevedere e indicare nelle proprie offerte di gara dei costi per la sicurezza, e poiché la sanzione dell'espulsione automatica dalla gara, anche sotto il vigore della precedente norma, poteva semmai essere comminata solo laddove fosse mancata qualsivoglia indicazione in merito agli oneri per la sicurezza e non nel caso di una sua indicazione, ancorché negativa (pari a zero), la valutazione della Stazione appaltante si doveva concentrare esclusivamente sulla congruità dell'offerta nel suo complesso; valutazione che, pur in assenza di documentazione e di relazione esplicativa sul punto, si deve presumere essersi conclusa in termini positivi attesa l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla We-Com.

Le doglianze dell'istante si spostano, infine, sul tema della valutazione dell'offerta tecnica e più precisamente sull'assenza di adeguate motivazioni in ordine all'assegnazione dei punteggi ai concorrenti, nonché sull'indebita commistione operata dalla Stazione appaltante tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione.

Per quanto riguarda il primo aspetto la contestazione non appare fondata.

Come è noto, le valutazioni della Commissione di gara in relazione ai contenuti delle offerte tecniche dei diversi partecipanti costituiscono uno degli esempi più nitidi di esercizio di una potestà amministrativa di natura tecnico-discrezionale. Secondo la giurisprudenza amministrativa assolutamente maggioritaria ed in stretta connessione con la fattispecie oggetto di valutazione, «a fronte dei giudizi tecnici espressi dalla Commissione di gara, sono inammissibili le censure con cui il ricorrente non evidenzia palesi illogicità o travisamenti degli stessi, ma miri solo a sostituire il giudizio della Commissione – avente margini di opinabilità – con il proprio giudizio» (Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2014). Nell'ambito del sistema di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le valutazioni tecniche delle Commissioni di gara costituiscono espressione di ampia discrezionalità, suscettibili di sindacato solo nei limiti della manifesta illogicità: pertanto, le valutazioni delle Commissioni di gara relativamente agli aspetti tecnici delle offerte sono espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile non mediante una sostituzione dei giudizi, ma soltanto per difetto di motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto, incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti, non plausibilità dei criteri valutativi o della loro applicazione” (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 27 aprile 2015 n. 2098; id., Sez. III, 2 aprile 2015 n. 1741). Sotto tale aspetto, nella procedura in esame non si ravvisano i vizi dianzi elencati né, soprattutto, l'istante illustra i motivi per i quali sarebbero stati attribuiti in modo erroneo i punteggi previsti per l'offerta tecnica dalla *lex specialis*, limitandosi a sostenere apoditticamente una presunta “carenza di motivazione”.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In ogni caso, in ordine alla presunta insufficienza motivazionale nei giudizi espressi dalla Commissione, il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa è nel senso di ritenere il punteggio numerico, assegnato ai singoli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, idoneo ad integrare una motivazione sufficiente, purché siano prefissati, con chiarezza e adeguato grado di dettaglio, i criteri di valutazione, prevedendo un punteggio minimo ed uno massimo; ciò che nel caso di specie risulta essere avvenuto.

Per quanto concerne il secondo aspetto, ovvero l'asserita indebita commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione, l'istante contesta, più specificamente, il primo criterio, il quale prevede: «Descrizione dell'azienda con indicazione di dimostrata esperienza e capacità organizzativa in attività analoghe all'oggetto della presente procedura; Struttura organizzativa proposta per l'espletamento dei servizi in gara in termini di numero di unità impiegate, figure professionali previste, relative qualifiche e caratteristiche, dotazione. **Max 5 punti**».

Il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta ha origini risalenti nella stessa giurisprudenza comunitaria (v. Corte di Giustizia, 24 gennaio 2008, C.532/06; 19 giugno 2003, C-315/01). Questa posizione, ritenuta eccessivamente rigorosa, ha trovato però nel giudice nazionale importanti temperamenti in relazione a situazioni specifiche in cui si è ammessa la possibilità di considerare – nella valutazione dell'offerta – aspetti soggettivi afferenti l'appaltatore che, normalmente, dovrebbero essere considerati come autentici requisiti di partecipazione. Il temperamento dell'approccio più rigoroso è intervenuto soprattutto in relazione all'aggiudicazione di servizi in cui l'Amministrazione aggiudicatrice, esigendo un fare specifico, ha ritenuto che lo stesso potesse essere qualificato solo attraverso una considerazione/valutazione dell'esperienza pregressa nel settore inciso dall'appalto da parte dei soggetti esecutori.

Tale orientamento meno rigoroso trova, oggi, una conferma anche nel Codice dei contratti, il quale ammette che fra i criteri di aggiudicazione possa rientrare “l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto”, ancorché solo nel caso in cui “la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello di esecuzione dell'appalto” (art. 95, co. 6, lett. e).

Come precisato dalle Linee guida in materia di offerta economicamente più vantaggiosa, con l'articolo 95 citato, è «definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica», sicché si può ritenere che i requisiti di natura soggettiva possono essere introdotti nella valutazione delle offerte quando questi permettono di valutare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o per premiare il concorrente che presenta determinati requisiti ritenuti particolarmente meritevoli (v. Parere di precontenzioso n. 287 del 22 marzo 2017).

Deve concludersi, 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



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

apprezzati in quanto tali – ossia in modo avulso dal contesto dell’offerta, come dato relativo alla mera affidabilità soggettiva – bensì 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 (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279; TAR Napoli, Sez. VIII, 6 marzo 2017, n. 1293).

Secondo tale pacifico orientamento della giurisprudenza amministrativa, tuttavia, la 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.

Nella fattispecie in disamina si ritiene che sussistano tutte le condizioni appena declinate e che, soprattutto, il punteggio massimo previsto per il criterio di valutazione contestato ha una incidenza minima sul punteggio complessivo massimo assegnabile nell’ambito del Capitolo 1 (relativo ad “Azienda e sistema gestionale”), ovvero 5 punti sui 42 totali.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, l’operato della Stazione appaltante conforme alla disciplina normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 ottobre 2018

Il Segretario Maria Esposito