



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 712

DEL 24 luglio 2018

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d. lgs. 50/2016 presentata da ANCE e Segretariato Regionale MIBACT per la Puglia - Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di completamento del recupero del Castello Carlo V di Lecce - Importo a base d'asta: euro 1.680.000,00 - S.A.: Segretariato Regionale MIBACT per la Puglia

PREC 152/18/L

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza prot. n. 48664 del 6 giugno 2018 l'ANCE - Associazione Nazionale Costruttori Edili ha rappresentato che nella procedura in oggetto, bandita dal Segretariato Regionale del MIBACT per la Puglia, è stato introdotto - tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica - un elemento riferito alle esperienze pregresse che si configurerebbe quale requisito soggettivo 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, il bando di gara prevede l'attribuzione di 18 punti all'offerta economica e di 82 punti all'offerta tecnica, sulla base dei seguenti criteri di valutazione e relativi punteggi: B1) Aspetti del progetto in funzione dei materiali rinnovabili, della sostenibilità ambientale in relazione alla distanza di approvvigionamento dei prodotti da costruzione (4 punti); B2) Aspetti del progetto in funzione della sostenibilità ambientale in relazione al controllo e monitoraggio dei consumi energetici (15 punti); B3) Aspetti del progetto in funzione di approfondimenti architettonico-tecnologici (29 punti); B4) Aspetti di dettaglio inerenti l'allestimento archeologico (15 punti); B5) Aspetti del progetto in funzione dell'ottimizzazione dell'area di cantiere (15 punti); B6) Esposizione di esperienze pregresse analoghe (4 punti).

Con riferimento al criterio B6), oggetto di contestazione, il bando specifica che «saranno valutati al massimo nr. 5 progetti realizzati che riguardano sia i lavori di restauro analoghi sia esposizioni all'interno di edifici monumentali. Ciascun caso pregresso sarà graficizzato in un'unica tavola rappresentativa del risultato finale». Secondo l'istante, tale criterio introduce profili di valutazione dei requisiti soggettivi dell'offerente che, per costante giurisprudenza, sono ammissibili soltanto laddove ci si riferisca al personale direttamente utilizzato nell'esecuzione dell'appalto e soltanto negli appalti di servizi, 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



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

oggetto di ulteriore valutazione in fase di aggiudicazione, attraverso l'indicazione di precedenti lavori analoghi. L'istante segnala inoltre che il criterio in esame determina un ulteriore effetto restrittivo della concorrenza, dal momento che assegna un vantaggio ad un'attività del tutto estranea all'oggetto dell'appalto, quale è l'esposizione all'interno di edifici monumentali.

Con istanza acquisita al prot. n. 53137 del 19 giugno 2018 il Segretariato Regionale del MIBACT per la Puglia 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, la stazione appaltante ha sostenuto che il criterio di carattere soggettivo prescelto sarebbe di per sé idoneo ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte e quindi, come tale, in linea con il dettato normativo e con la giurisprudenza, in quanto direttamente correlato alla struttura e all'organizzazione tecnica dell'impresa e volto ad evidenziare la professionalità della Direzione tecnica permanente della medesima, che in passato ha assicurato risultati apprezzabili in interventi analoghi.

Successivamente, il Segretariato Regionale del MIBACT per la Puglia ha inviato una memoria, acquisita al prot. n. 58559 del 3 luglio 2018, nella quale ha rimarcato che il criterio in contestazione, oltre ad essere giustificato 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, è altresì giustificato dalle particolari esigenze proprie del settore dei beni culturali, in cui è « necessario ottenere elementi utili rivenienti dall'efficacia e dalla buona applicazione delle tecniche impiegate dall'offerente. Tale analisi e valutazione non può essere relazionata solo alle qualifiche e alle esperienze pregresse del personale effettivamente proposto per l'appalto. Chi realizza il contratto non è la singola professionalità o la singola qualifica del personale da impiegare ma l'organizzazione-impresa nel suo insieme ». Inoltre, si sottolinea l'esiguità del punteggio attribuito al criterio, tale da non pregiudicare il principio di massima concorrenza e l'esito della gara.

A seguito dell'avvio del procedimento (prot. n. 59346 del 5 luglio 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



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

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 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.

La posizione dell'Autorità segue il più che consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, che afferma che nelle gare pubbliche è indebito includere, tra i criteri di valutazione delle offerte, elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa, anziché alla qualità dell'offerta, alla luce dei principi ostativi ad ogni commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e i criteri di valutazione dell'offerta, in funzione dell'esigenza di aprire il mercato e in applicazione del canone della *par condicio*, vietante asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo. Di qui la necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli pertinenti all'offerta e all'aggiudicazione, non potendo rientrare tra questi ultimi i requisiti soggettivi in sé considerati, avulsi dalla valutazione dell'incidenza dell'organizzazione sull'espletamento dello specifico appalto da aggiudicare (in tal senso Cons. Stato, 20 agosto 2013 n. 4191; Cons. Stato, 12 novembre 2015, n. 5181; TAR Lazio, 20 gennaio 2016, n. 19; TAR Veneto, 19 gennaio 2016, n. 30).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Sempre secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza amministrativa, 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 comunque al ricorrere di determinate condizioni, come nel caso in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano effettivamente illuminare la qualità dell'offerta (Cons. Stato, 17 gennaio 2018, n. 279). Deve ritenersi, quindi, che il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione 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 (TAR Napoli, sez. VIII, 6 marzo 2017, n. 1293).

Applicando i principi del quadro normativo appena ricostruito al caso di specie, occorre considerare che il bando ha per oggetto lavori di restauro architettonico e opere impiantistiche, per i quali è richiesta l'attestazione di qualificazione SOA nelle categorie OG2 e OG11. In particolare, la categoria OG 2 "Restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali" ha per oggetto «lo svolgimento di un insieme coordinato di lavorazioni specialistiche necessarie a recuperare, conservare, consolidare, trasformare, ripristinare, ristrutturare, sottoporre a manutenzione gli immobili di interesse storico soggetti a tutela a norma delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali. Riguarda altresì la realizzazione negli immobili di impianti elettromeccanici, elettrici, telefonici ed elettronici e finiture di qualsiasi tipo nonché di eventuali opere connesse, complementari e accessorie».

La qualificazione, come detto, presuppone la verifica a monte e quindi il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale previsti per ciascuna categoria e classifica, costituendo adeguato presidio, in questo senso, anche in presenza della specificità dei lavori in questione. Il sub criterio B6) "Esposizione di esperienze pregresse analoghe" prevede l'assegnazione di un punteggio a precedenti progetti di restauro analoghi ed esposizioni all'interno di edifici monumentali, quale referenza generale dell'impresa. Il dato che sembra emergere con chiarezza dalla richiamata descrizione del criterio motivazionale 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 migliori tecniche 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, ma bensì la semplice presunzione che le abilità dimostrate in precedenti lavori analoghi garantiscano di per sé una determinata qualità della prestazione offerta (Delibera n. 70 del 24 gennaio 2018; Delibera n. 472 del 23 maggio 2018).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Una conferma indiretta di quanto sopra, rispetto alle motivazioni addotte dalla stazione appaltante circa la necessità di una valutazione dell'organizzazione-impresa nel suo insieme, è rinvenibile nel decreto MIBACT 22 agosto 2017, n. 154, emanato in attuazione dell'art. 146, comma 4, del d. lgs. 50/2016. Il DM, recante il Regolamento sugli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati ai sensi del decreto legislativo 42/2004, in tema di idoneità tecnica, all'art. 7 co. 4, stabilisce: «Ai sensi dell'articolo 95, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti possono prevedere, fra i criteri di valutazione delle offerte, uno specifico regime di premialità per le offerte presentate da imprese che si avvalgano nella progettazione e nell'esecuzione dei lavori di personale in possesso di titoli rilasciati dalle scuole di cui al decreto del Ministro dell'università e della ricerca, di concerto con il Ministro per i beni e le attività culturali, 31 gennaio 2006, recante Riassetto delle scuole di specializzazione nel settore della tutela, gestione e valorizzazione del patrimonio culturale». La premialità è inequivocabilmente riferita alle risorse destinate all'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto.

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.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 luglio 2018

Il segretario Maria Esposito