



Autorità Nazionale Anticorruzione

PARERE ai sensi dell'art. 211 comma 1-ter del d.lgs. n. 50/2016

Oggetto: gara CONSIP a procedura aperta ai sensi del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., per l'appalto dei servizi di gestione e manutenzione di sistemi IP e postazione di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni – edizione 2 – importo € 500.000.000.

Il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

visto l'articolo 213 del d.lgs. n. 50/2016 che definisce i poteri di vigilanza e controllo sui contratti pubblici dell'Autorità;

visto l'articolo 211 comma 1-bis d.lgs. n. 50/2016 che attribuisce all'Autorità la legittimazione ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture;

visto l'articolo 211 comma 1-ter, primo periodo, del d.lgs. n. 50/2016 che attribuisce all'Autorità, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del Codice, il potere di emanare, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale sono indicati specificamente i vizi di legittimità riscontrati;

visto l'articolo 211 comma 1-ter, secondo periodo, d.lgs. n. 50/2016 che attribuisce all'Autorità la legittimazione ad agire in giudizio se la stazione appaltante non si conforma al parere motivato reso ai sensi del primo periodo della richiamata norma, entro il termine assegnato, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione;

visto il Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. n. 50/2016, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 164 del 17 luglio 2018, che ha dettagliato le modalità di esercizio della legittimazione attiva attribuita all'ANAC dalle sopra richiamate disposizioni;

vista la relazione dell'Ufficio vigilanza collaborativa e vigilanze speciali;

visto l'art. 8 comma 1 del regolamento ANAC in base al quale *“In caso di urgenza il parere motivato è emesso dal Presidente, salva ratifica del Consiglio”*, tenuto conto che il termine di presentazione delle offerte è fissato per il 19 novembre p.v..

Considerato in fatto

Nel contesto della vigilanza speciale, l'Ufficio Vigilanza Collaborativa e Vigilanze Speciali ha effettuato un'indagine presso la Banca Dati dei Contratti Pubblici finalizzata all'individuazione di fattispecie di rilevante importo, connesse a procedure di carattere innovativo o complesso, al fine di verificarne la coerenza con il quadro regolatorio di riferimento.

Nel corso della descritta attività è stato individuato il bando di gara pubblicato da CONSIP sulla G.U.U.E. n. S 188 del 29/09/2018 e sulla G.U.R.I. n. 115 del 03/10/2018, relativo alla *“Gara a procedura aperta ai sensi del D. Lgs. 50/2016 e s.m.i., per l'appalto dei servizi di gestione e manutenzione di sistemi IP e postazione di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni – edizione 2.*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Si tratta di una procedura ex art. 60 d.lgs. n. 50/2016 per la stipula di una Convenzione ex art. 26 l. n. 488/199 e art. 58 l. n. 388/2000 e s.m.i. da espletarsi mediante utilizzo di piattaforma telematica; l'importo indicato è di € 500.000.000, mentre la durata della convenzione è di 24 mesi, con possibilità di proroga sino ad ulteriori 12 mesi. Il termine per la ricezione offerte è fissato per il 19 novembre 2018.

La gara è articolata nei seguenti 5 lotti:

- lotto n. 1 - Pubbliche Amministrazioni ed enti articolati a livello centrale (PAC) - Importo a base d'asta 95.000.000,00 Euro CIG 7624710DBA; si tratta dell'unico lotto funzionale previsto in quanto *"...la disponibilità di un fornitore unico per la gestione e manutenzione di gran parte dei sistemi ICT permetterà, in particolar modo alle PA di piccole e medie dimensioni, una maggiore efficienza tecnica e risparmi derivanti dalle sinergie ottimizzandone il relativo impegno per quanto riguarda gli aspetti organizzativi e logistici"*;
- lotto n. 2 Pubbliche Amministrazioni ed enti articolati a livello locale (PAL) – Piemonte, Valle d'Aosta, Liguria, Lombardia Importo a base d'asta - 65.000.000,00 Euro CIG 7624713038;
- lotto n. 3 Pubbliche Amministrazioni ed enti articolati a livello locale (PAL) – Trentino Alto Adige, Veneto, Friuli Venezia Giulia, Emilia Romagna - Importo a base d'asta 120.000.000,00 Euro – CIG 76247162B1;
- lotto n. 4 Pubbliche Amministrazioni ed enti articolati a livello locale (PAL) – Toscana, Umbria, Marche, Lazio, Sardegna Importo a base d'asta 100.000.000,00 Euro - CIG 7624717384;
- lotto n. 5 Pubbliche Amministrazioni ed enti articolati a livello locale (PAL) - Abruzzo, Molise, Campania, Basilicata, Puglia, Calabria, Sicilia - Importo a base d'asta 120.000.000,00 Euro - CIG 762471952A.

Il bando in questione presenta, pertanto, caratteristiche quali l'elevato importo e la complessità procedurale che, oltre alla sua individuazione dalla Banca dati, hanno reso opportuna una più approfondita analisi su tutta la documentazione che la stazione appaltante CONSIP ha pubblicato sul sito istituzionale (Bando e relativi allegati). L'attività dell'Autorità è stata conseguentemente rivolta, nel caso di specie, a verificare che il bando di gara non contenga clausole o misure ingiustificatamente restrittive della partecipazione e, più in generale, della concorrenza.

All'esito delle verifiche effettuate si è riscontrato che si tratta della seconda edizione di una gara già bandita nel 2016 e che è stata seguita la medesima impostazione per quanto riguarda l'articolazione in lotti (un solo lotto funzionale per le amministrazioni centrali e quattro lotti territoriali per le amministrazioni locali); l'importo a base di gara nella precedente edizione era di € 346.000.000,00, mentre quello di aggiudicazione è stato complessivamente di € 101.120.224,95; per tutti i lotti è risultato aggiudicatario il RTI Fastweb Spa – Maticmind Spa (RTI costituendo con Fastweb Spa in qualità di Mandataria e Maticmind Spa in qualità di mandante). Per la gara bandita nel 2016 CONSIP aveva previsto nell'ambito dell'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'attribuzione di 50 pt. per l'offerta economica e di 50 pt. per quella tecnica.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Per la gara appena bandita, è stato previsto di attribuire 30 pt. all'offerta economica e 70 pt. all'offerta tecnica, rimodulando, al contempo, i criteri di attribuzione del punteggio tecnico; proprio questi ultimi sembrano mostrare alcune criticità che inducono a formulare parere ai sensi dell'art. 211, comma 1 ter d. lgs. n. 50/2016, ricorrendo la fattispecie legittimante di cui all'art. 6, comma 2, lettera h) del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. 50/2016, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 164 del 17 luglio 2018, ossia la presenza nel bando di misure che appaiono ingiustificatamente restrittive della partecipazione.

Ritenuto in diritto

- In difformità rispetto alle previsioni di cui agli artt. dagli art. 30 e art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 il bando ed il disciplinare in questione prevedono l'attribuzione di un punteggio tecnico in relazione al possesso, da parte dei concorrenti, di sedi operative presenti alla data di presentazione dell'offerta sul territorio di ciascun lotto di riferimento, con personale esclusivamente dipendente. Più in particolare si osserva che il criterio di valutazione n. 3 prevede l'assegnazione di 3 punti per l'organizzazione territoriale del concorrente. Nel capitolato, si evidenzia, ulteriormente, che *".....assume particolare rilievo una presenza consolidata del Concorrente sull'intero territorio specifico di ciascun Lotto, tenuto conto delle modalità di adempimento dei servizi richiesti e dei livelli di servizio attesi. A tal riguardo, il numero di sedi del Concorrente già presenti alla data di presentazione dell'offerta sul territorio di ciascun lotto di riferimento con personale esclusivamente dipendente da impiegare nell'erogazione dei soli servizi di gestione e/o manutenzione in possesso delle competenze descritte al par. 10.3 del capitolato tecnico, costituirà un elemento oggetto di valutazione ai fini dell'acquisizione di un relativo punteggio tecnico secondo quanto previsto nel Disciplinare di Gara"*.

Ai fini dell'assegnazione del punteggio è in dettaglio richiesto:

Per il Lotto 1:

almeno 1 sede tra Puglia, Basilicata e Calabria;

almeno 1 sede in Campania;

almeno 1 sede tra Lombardia, Emilia Romagna e Veneto;

almeno 1 sede nel Lazio;

almeno 1 sede in Piemonte;

almeno 1 sede in Sardegna;

almeno 1 sede in Sicilia;

almeno 1 sede in Toscana;

per il Lotto 2:

almeno 1 sede in Piemonte;

almeno 1 sede in Lombardia;

per il Lotto 3:

almeno 1 sede in Emilia Romagna;

almeno 1 sede tra Veneto, Friuli-Venezia Giulia e Trentino-Alto Adige;

per il Lotto 4:

almeno 1 sede nel Lazio;

almeno 1 sede in Toscana;

almeno 1 sede in Sardegna;

per il Lotto 5:



Autorità Nazionale Anticorruzione

almeno 1 sede tra Puglia e Abruzzo;

almeno 1 sede in Campania;

almeno 1 sede in Sicilia;

Per tutti i lotti, le sedi ritenute valide sono esclusivamente quelle per le quali è dislocato personale dipendente da impiegare nell'erogazione dei soli servizi di gestione e/o manutenzione in possesso delle competenze descritte al par. 10.3 del capitolato tecnico.

Si tratta di un nuovo criterio di attribuzione del punteggio, non incluso tra quelli del disciplinare dell'analoga gara bandita nel 2016. In particolare tale criterio, per il lotto funzionale n. 1, premia solo un'amplissima e preesistente diffusione territoriale del concorrente, al quale si richiede già prima della presentazione dell'offerta di avere diverse sedi dislocate su gran parte del territorio nazionale dotate di personale dipendente, in possesso dei requisiti indicati; per gli altri lotti territoriali richiede di avere almeno una sede preesistente in ciascuna delle regioni interessate dal servizio.

Al riguardo si osserva che in base ad un principio da tempo affermato dalla giurisprudenza (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III sent., 4 marzo 2008, n. 290) ma anche da questa Autorità (comunicato AVCP del 20 ottobre 2010) non è legittimo introdurre nei bandi di gara limitazioni di carattere territoriale, quali disposizioni in grado di favorire gli operatori economici locali e di determinare effetti discriminatori nei confronti dei concorrenti non localizzati nel territorio; tali clausole devono ritenersi non conformi ai principi di uguaglianza e di libera circolazione delle persone, costituendo, peraltro, una limitazione del diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro professione, impiego o lavoro (cfr. Corte Cost., sentenza 22 dicembre 2006 n. 440). In questo ambito sono da comprendere non solo le clausole contemplanti requisiti di partecipazione alle gare a pena di esclusione, ma anche quelle che disciplinano le modalità di valutazione dell'offerta o di esecuzione dei contratti e che comportino discriminazioni in ragione della localizzazione del territorio.

Sull'ammissibilità delle clausole cc.dd. "territoriali" si è registrata da ultimo una certa apertura sulla scia del superamento della rigida separazione tra i requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica, registrato anche nelle linee guida n. 2 di ANAC di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" (vedi Delibera 21 settembre 2016 n. 1005). L'Autorità ha evidenziato, tra l'altro, che *".....Nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta e di valorizzare caratteristiche (...) ritenute particolarmente meritevoli"*.

Infatti, questo orientamento è stato di recente preso in considerazione dalla giurisprudenza amministrativa (Tar Emilia Romagna, Parma sez. I 19 marzo 2018 n. 80), al fine di motivare il giudizio di legittimità di un criterio di valutazione correlato alla dimostrazione di una articolata copertura territoriale dell'operatore economico concorrente, in quanto finalizzata a comprovare un'ottimale erogazione dei servizi. Tuttavia, nel caso esaminato nel precedente giurisprudenziale citato, il requisito della disponibilità di articolazioni territoriali poteva essere dimostrato dai partecipanti alla procedura di gara attraverso la produzione di copia di precontratti o di contratti già stipulati.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Di recente, anche il Tar Lazio (sezione II ter 21 novembre 2017 n. 11517) ha ritenuto legittima una clausola cd. “territoriale”, sulla base della considerazione che la stessa “.....*non ha introdotto un criterio di scelta dell’aggiudicatario legato al territorio di riferimento, né un valore preferenziale, ancorché indiretto, in grado di favorire taluni operatori a scapito di altri.....(ma).....ha inteso assegnare un esiguo punteggio (sei punti rispetto ai complessivi cento disponibili) in ragione di esigenze funzionali, organizzative ed economiche della stazione appaltante connesse a specifiche condizioni operative, secondo una logica non discriminatoria né irragionevole e neppure stringente al punto di insinuare il sospetto di essere stato elaborato per condizionare l’esito della gara in modo (apparentemente) preconstituito*”.

Tuttavia, anche quest’ultima clausola esaminata e ritenuta legittima dal Tar Lazio prevedeva l’assegnazione di un minimo punteggio per l’offerta tecnica (pari a 6 punti) in caso di “Disponibilità ad effettuare nel territorio italiano tutte le prove ed i collaudi del materiale da eseguire in fabbrica in base a quanto prescritto dalle Specifiche/Schede Tecniche e dall’art. 4 delle Condizioni di Fornitura”.

Si trattava, dunque, di una prescrizione del tutto differente da quella prevista nel bando CONSIP con la quale si intendeva solo impegnare l’operatore - in caso di aggiudicazione - a svolgere la prestazione su tutto il territorio nazionale. La clausola in esame invece, in quanto diretta a preferire operatori già dotati di numerose sedi operative con determinate caratteristiche pare idonea a determinare ingiustificate discriminazioni anche in ragione di quanto di seguito osservato.

Infatti, vero è che nel caso in questione al possesso delle sedi viene attribuito un massimo di tre punti, e dunque, in proporzione, un punteggio apparentemente irrilevante rispetto ai complessivi 70 punti destinati all’offerta tecnica. Tuttavia, il complesso della *lex specialis* che riguarda l’attribuzione dei punteggi per l’offerta tecnica è tale da attribuire a questo criterio una effettiva incidenza che non consente di ritenerlo ‘marginale’, nonostante il numero esiguo di punti attribuiti.



Autorità Nazionale Anticorruzione

In primo luogo, si deve considerare l'articolazione complessiva dei punteggi attribuiti ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica. Dalle tabelle contenute al paragrafo 17.1 del Disciplinare si ricava, infatti, una notevole frammentazione del punteggio, tale per cui la media dei punti attribuiti a singolo criterio di valutazione è 3,5. In questo contesto, i tre punti attribuiti all'organizzazione territoriale assumono un rilievo equivalente al punteggio attribuito ad altri aspetti tecnici dell'offerta. Non solo. Si deve ulteriormente considerare, da un lato, che vi sono elementi tecnici ai quali è attribuito un punteggio addirittura inferiore (meno di tre punti, ad esempio, al piano di esecuzione dei servizi, al tempo di intervento in reperibilità, ai tempi di completamento di alcuni interventi, quali IMAC e cablaggio o, infine, per la prevenzione dei malfunzionamenti) o solo di poco superiore, pur trattandosi di elementi determinanti ai fini dell'esecuzione del servizio (strumenti adottati per l'erogazione dei servizi, 5 punti). Dall'altro lato si deve considerare che l'articolazione territoriale delle sedi non è l'unico criterio soggettivo incluso nella lex specialis in esame, in quanto medesima natura soggettiva rivestono anche i criteri legati al possesso della Certificazione, rispettivamente ISO/IEC 27001 e ISO/IEC 20000, per un punteggio complessivo attribuito a tutti i criteri di natura soggettiva pari ad 8 punti. Ancora una volta, sebbene tale livello di punteggio rientri nel limite indicato dall'Autorità nelle Linee Guida n. 2 sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (massimo 10 punti), si tratta di un punteggio molto incisivo nel contesto della ripartizione dei punteggi per tutti i criteri di valutazione dell'offerta tecnica. Ma vi è di più. A ben guardare anche il criterio indicato al n. 4 'competenze tecnologiche' di fatto attiene a requisiti soggettivi del concorrente, in quanto si riferisce al possesso di certificati tecnici da parte del personale – peraltro già dipendente. Se si considera che a questo criterio vengono attribuiti 4 punti, il punteggio complessivamente assegnato a criteri soggettivi risulta pari a 12, quindi superiore al limite indicato dall'Autorità.

In secondo luogo, si devono considerare le ragioni di utilità per la stazione appaltante che sono sottese all'individuazione dei singoli criteri di valutazione dell'offerta tecnica. In particolare, il criterio del possesso delle sedi nel territorio di riferimento è normalmente legato all'esigenza di garantire un pronto presidio per la tempestività di esecuzione della prestazione. In assenza di ulteriori, diversi, chiarimenti o motivazioni nella lex specialis si deve ritenere che anche nel caso in questione sia quella l'esigenza sottesa all'individuazione del criterio territoriale. Tuttavia, sempre dalla tabella relativa all'attribuzione dei punteggi contenuta nel paragrafo 17.1 del Disciplinare si ricava che sono già presenti criteri di valutazione che attribuiscono un punteggio specificamente collegato all'esigenza di tempestività nell'esecuzione di ogni aspetto delle prestazioni richieste, con specifica correlazione con gli SLA previsti nel Capitolato tecnico. Anche sotto questo profilo, pertanto, l'inserimento del criterio soggettivo legato al possesso di sedi già esistenti appare sprovvisto di effettiva motivazione.

- In difformità rispetto alle relative prescrizioni di legge, l'importo a base di gara per ciascun lotto non tiene conto dell'eventuale aumento previsto all'art. 3 del disciplinare di gara che dispone che *“Nel caso in cui prima del decorso del termine di durata della Convenzione, anche prorogato, sia esaurito il predetto valore massimo, la Consip S.p.A. si riserva di incrementare tale valore, alle stesse condizioni, fino alla concorrenza di due quinti ai sensi dell'art. 27, comma 3, del D.M. 28.10.1985”*.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Al riguardo si rammenta che il già richiamato art. 27 comma 3 del D.M. recante il capitolato d'oneri generali per le forniture ed i servizi eseguiti a cura del Provveditorato generale dello Stato, prevede che in tal caso il prezzo deve essere considerato comprensivo dell'aumento così previsto; inoltre, l'art. 35 comma 4 del d.lgs. n. 50/2016 parimenti prescrive che *"Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara"*. Pertanto, si ritiene che l'eventuale aumento debba essere indicato e quantificato in termini economici anche nell'ambito dell'importo a base di gara per ciascun lotto.

- Infine, appare in contrasto con i principi di economicità nell'affidamento degli appalti pubblici, nonché di tutela della concorrenza, l'aver posto a base della nuova gara un importo quasi cinque volte superiore a quello di aggiudicazione della precedente gara, svoltasi appena due anni prima ed avente medesimo oggetto, tanto che rispetto ad essa il nuovo affidamento si pone espressamente come "seconda edizione". In relazione al principio di economicità si osserva, in particolare, che l'esito della precedente gara avrebbe dovuto consentire di trarre indicazioni per la determinazione di un importo a base d'asta coerente con l'offerta del mercato. La rilevata notevole divergenza (nuova base d'asta superiore di quasi cinque volte rispetto al precedente prezzo di aggiudicazione) va oltre il ragionevole incremento ed avrebbe richiesto quantomeno un'adeguata ed espresa motivazione, di cui in atti non v'è traccia. In relazione al principio di concorrenza si osserva, ulteriormente, che la fissazione di una base d'asta molto superiore rispetto al prezzo di mercato può indurre effetti anticoncorrenziali quali, ad esempio, intese collusive per la spartizione dei lotti, alterando in tal modo l'effettiva contendibilità dell'affidamento.

Sulla base di quanto sopra rappresentato,

dispone

- di trasmettere a CONSIP il presente parere motivato ai sensi dell'art. 211, comma 1 ter, d.lgs. n. 50/2016 e degli artt. 8 e 9 del sopra richiamato Regolamento ANAC, al fine di segnalare i vizi di legittimità riscontrati nell'esame del bando in oggetto, come in parte motiva meglio illustrati, al fine di consentire alla stazione appaltante, in un'ottica di collaborazione istituzionale, un adeguamento della documentazione di gara ai rilievi formulati, allo stato possibile anche mediante un avviso di rettifica, prima della scadenza del termine di presentazione delle domande;
- ai sensi dell'art. 13 del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. 50/2016 la pubblicazione del presente parere motivato sul sito istituzionale dell'Autorità;
- che il presente parere sia sottoposto al Consiglio dell'Autorità nella prossima adunanza.

Ai sensi del richiamato art. 211, comma 1 ter, d.lgs. 50/2016, si assegna a CONSIP termine di 30 giorni dalla ricezione del presente parere per agire in conformità, con avvertenza che, in mancanza, l'Autorità sarà legittimata ad impugnare il bando esaminato.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Ratificato dal Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 14 novembre 2018.