



# DELIBERA N. 27

17 gennaio 2024

## Oggetto

Istanza SINGOLA presentata dalla Costruzioni Ruberto S.r.l. - Procedura ristretta per l'appalto integrato avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori necessari alla realizzazione dell'intervento denominato "Aumento Resilienza Rete Stradale Secondaria: Fondovalle Calore II Stralcio-Tratto D - E", CUP H71B21007400001, CIG 97419943C5. Importo a base di gara euro: 49.987.349,66. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: ACaMIR - Agenzia Campana Mobilità Infrastrutture e Reti.

**UPREC-PRE- 831 – 2023 - L-PRE**

## Riferimenti normativi

Art. 61 del d.lgs. 50/2016

Art. 95 del d.lgs 50/2016

## Parole chiave

Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Procedura Ristretta – Lettera di invito – criteri premiali – difformità con disciplinare di prequalifica – non sussiste

## Massima

**Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Procedura Ristretta – Lettera di invito – Criteri premiali – difformità con disciplinare di prequalifica – non sussiste**

Non massimabile

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 17 gennaio 2024



## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 106989 del 29 novembre 2023, con cui la Soc. Costruzioni Ruberto s.r.l. ha contestato la previsione della lettera di invito, in una procedura ristretta, inerente il possesso da tale momento di precipua certificazione UNI PdR125:2022, quando tale elemento non era richiesto anche nel disciplinare di prequalifica;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 107509 del 1 dicembre 2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalla parte e dalla stazione appaltante;

VISTO pertanto che ai sensi del c.d. "disciplinare di prequalifica" del 28.3.2023 è previsto all'art. 13 *"criterio di aggiudicazione (fase 2) l'aggiudicazione avverrà con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base dei criteri fissati dalla stazione appaltante. La valutazione sarà effettuata in base ai seguenti punteggi: ... il punteggio dell'offerta tecnica sarà attribuito sulla base dei criteri di valutazione elencati nella sottostante tabella con la relativa ripartizione dei punteggi. ... Caratteristiche professionali e metodologiche dell'offerta per l'esecuzione dei lavori ... B3 Organizzazione della logistica del cantiere e modalità di esecuzione"*;

VISTO invece che nella c.d. lettera di invito alla gara, trasmessa all'istante in data 31.10.2023, *"attesa la positiva conclusione della fase di prequalificazione, giusta determinazione direttoriale n. 387 del 7.7.2023"*, veniva indicato al punto E.1.3 *"Caratteristiche professionali e metodologiche dell'offerta per l'esecuzione dei lavori B – Organizzazione dell'impresa con indicazione di struttura tecnica, gestione cantiere, certificazioni ... B3 Organizzazione della logistica del cantiere e modalità di esecuzione ... B3.4 Capacità di applicazione misure sul sistema di gestione per la parità di genere dimostrato attraverso il possesso della Certificazione UNI PdR 125:2022 rilasciata da Enti di certificazione accreditati, unitamente all'impegno, in caso di aggiudicazione di mantenere detta certificazione per tutta la durata dell'appalto."* Al successivo punto G), rubricato *"criterio di aggiudicazione"*, inoltre, veniva ulteriormente specificato che il possesso del suddetto criterio B.3.4., inerente la certificazione UNI PdR 125:2022, dovrà sussistere *"dalla data di invio della lettera di invito a partecipare alla procedura"* e che tale possesso determina l'attribuzione di un punteggio di 4 su un massimo di 85 per l'intera offerta tecnica;

PRESO ATTO che preliminarmente la stazione appaltante ACAMIR solleva questione di improcedibilità basata su una mancata impugnazione nei termini di legge della lettera di invito in sede giudiziaria, oltre che su una presunta carenza di interesse dell'o.e., stante la pendenza della procedura di gara. Con riferimento alla duplice questione dedotta, si osserva preliminarmente che, ai sensi dell'art. 211 del d.lgs 50/2016, è sancito che *"Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara"*, evidenziando, come emerge peraltro dalla stessa denominazione dell'istituto in questione, che il c.d. precontenzioso è – in estrema sintesi – un metodo per la risoluzione delle controversie alternativo a quello esperibile in sede giudiziale, connotato, tuttavia, da una maggiore flessibilità, rapidità ed assenza di particolari formalismi e di costi, sebbene privo di efficacia vincolante, salvo diverso accordo tra le parti. Considerato quanto sopra e sul rilievo oggettivo che precipuo oggetto di contestazione è la summenzionata lettera di invito, trasmessa lo scorso 30.10.2023, appare evidente che nel caso in esame non può ritenersi integrata alcuna scadenza del termine di impugnazione ex artt. 119 e 120 del c.p.a. e quindi l'istanza deve ritenersi validamente proposta ex art. 7, co. 1, lett c) del Regolamento in materia di pareri ex art. 211 del d.lgs 50/2016. A ciò si aggiunga che l'istituto del



precontenzioso è volto proprio a prevenire un contenzioso giurisdizionale tra le parti, fornendo l'A.N.AC. il proprio contributo ermeneutico onde prevenire possibili applicazioni non corrette della normativa in materia di appalti senza dubbio anche durante le procedure ad evidenza pubblica. In funzione di ciò anche la pretesa carenza di interesse dell'o.e. al rilascio del parere non appare fondata;

RILEVATO che la doglianza proposta verte essenzialmente sulla presunta discordanza tra la genericità del disciplinare di prequalifica e la successiva lettera di invito che invece prevede, alla stregua di criterio premiale, il possesso alla data del 31.10.2023 di precippua certificazione UNI PdR 125:2022. L'istante in particolare eccepisce l'illegittimità di tale previsione secondo la quale tale criterio deve essere posseduto fin dalla lettera di invito e non anche dalla data - successiva - di presentazione delle offerte, costituendo tale situazione una evidente contrazione del principio del *favor participationis*;

RILEVATO preliminarmente che quella in esame è una procedura ristretta ex art. 61 del d.lgs 50/2016 e il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95 è previsto *"Compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta"*, con l'effetto che, da un punto di vista formale, la previsione in esame, contenuta nella lettera di invito, appare corretta contrariamente al rilievo introduttivo di parte istante secondo cui solo l'avviso pubblico e il disciplinare di prequalifica costituirebbero la *lex specialis* e quindi, a differenza della lettera di invito, gli unici deputati ad avere un contenuto prescrittivo (cfr. in senso conforme Cons. Stato sez. V, n. 693/2018);

CONSIDERATO che, con riferimento alla prima questione inerente la summenzionata discordanza tra le previsioni della *lex specialis* e dall'esame della documentazione prodotta, nonché dalle memorie trasmesse dalle parti, si evince che la lettera di invito contiene, rispetto ai precedenti documenti di gara, una disciplina maggiormente dettagliata delle regole attraverso cui la stazione appaltante intende aggiudicare l'appalto. Tale provvedimento si pone, rispetto al disciplinare di prequalifica, in rapporto di specificazione delle previsioni ivi originariamente contenute, in considerazione della evidente genericità dell'atto più risalente nel tempo. In particolare, per quanto di interesse, il criterio premiale indicato in entrambi i documenti alla voce B.3 (segnatamente *"organizzazione della logistica del cantiere e modalità di esecuzione"*), viene meglio esplicitato nella lettera di invito, mediante le sottovoci B.3.1, B.3.2, B.3.3, B.3.4 e B.3.5. Come documentato in epigrafe, infatti, la stazione appaltante nella fase successiva alla prequalifica ha determinato il punteggio da attribuire per singole caratteristiche: se pertanto nel disciplinare di prequalifica veniva genericamente prevista l'attribuzione di un punteggio per la *"organizzazione logistica del cantiere e modalità di esecuzione"* per un totale di 26 punti su complessivi 85 di offerta tecnica, tale voce assumeva un maggior livello di dettaglio nella successiva lettera di invito, attraverso l'individuazione di 5 sottovoci (ognuna indicante i criteri discrezionali e quantitativi per la valutazione dell'offerta tecnica), tra cui la sottovoce B.3.4, ai sensi della quale viene attribuito un punteggio (4 su 85) in caso di possesso della contestata certificazione UNI PdR 125:2022;

PRESO ATTO che ai sensi dell'art. 61 viene disposto che *"Nelle procedure ristrette qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente i dati di cui all'allegato XIV, parte I, lettera B o C"* e che il citato allegato XIV a sua volta dispone che detto avviso deve contenere solo *"una breve descrizione dei criteri di selezione"*. Viceversa, ai sensi dell'art. 75 del d.lgs 50/2016, viene previsto espressamente che nel caso di procedure ristrette *"le stazioni appaltanti invitano simultaneamente e per iscritto, di norma con procedure telematiche, i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte ... Con le stesse modalità le stazioni appaltanti invitano, nel caso di indizione di gara tramite un avviso di preinformazione, gli operatori economici che"*



*già hanno espresso interesse, a confermare nuovamente interesse. Gli inviti di cui al comma 1 menzionano l'indirizzo elettronico al quale sono stati resi direttamente disponibili per via elettronica i documenti di gara e comprendono le informazioni indicate nell'allegato XV". Il richiamato allegato XV a sua volta sancisce alla lettera e) che i suddetti inviti devono contenere "la ponderazione relativa dei criteri di aggiudicazione dell'appalto, oppure, all'occorrenza, l'ordine decrescente di importanza di tali criteri, se essi non figurano nel bando di gara, nell'invito a confermare interesse, nelle specifiche tecniche o nel documento descrittivo", viene pertanto confermato, perlomeno in termini generali, la potenziale natura integrativa dell'invito rispetto al bando di gara ed alla documentazione di prequalifica;*

RITENUTO quanto sopra, dalle descritte evidenze risulta che dalla specificazione in parola non sembra derivare alcuna illegittimità, tenuto altresì conto che in primo luogo la richiesta certificazione rientra per espressa previsione della lex specialis tra i meri criteri premiali e quindi non incidente sul favor participationis a differenza dei requisiti di partecipazione. In secondo luogo, diversamente argomentando, se la lettera di invito non avesse potuto specificare in maniera efficace la originaria previsione dell'attribuzione di criteri valutativi, tale clausola, sub voce B.3, vista la sua evidente genericità ed indeterminatezza, non avrebbe potuto essere concretamente eseguita o – peggio – lasciata all'arbitrio della stazione appaltante che avrebbe potuto attribuire quasi il 30% dei criteri premiali senza precisi vincoli operativi (come già evidenziato, 26 punti su 85 dell'intera offerta tecnica);

RITENUTO infine in via dirimente che la certificazione UNI PdR 125:2022, conformemente anche alle indicazioni ricavabili dal Comunicato del Presidente ANAC del 30 novembre 2022, rientra tra le prescrizioni da inserire negli atti di gara al fine di dare attuazione al decreto legge 30 aprile 2022, n. 36 recante "Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, convertito con legge 29 giugno 2022, n. 79" in particolare l'art. 34 rubricato "Rafforzamento del sistema di certificazione della parità di genere", ciò determina che la previsione di un siffatto criterio appare, contrariamente alle doglianze dell'istante, coerente con la normativa di riferimento, oltre che opportunamente e logicamente previsto in procedura e di per sé non ulteriormente suscettibile di censure;

CONSIDERATO inoltre che l'ulteriore doglianza investe la decorrenza temporale del possesso del criterio premiale in esame, per cui – afferma la Costruzioni Ruberto s.r.l. – dovrebbe essere posseduto dal concorrente soltanto dal momento della presentazione dell'offerta e non anche dalla lettera di invito, come invece ivi previsto, si osserva quanto segue;

RILEVATO innanzitutto che in ossequio a quanto affermato dalla giurisprudenza (cfr., ad esempio, Consiglio di Stato, V, 22 luglio 2021, n. 5513) "nell'ambito delle procedure di affidamento da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la scelta dei criteri di valutazione delle offerte operata dalla stazione appaltante, ivi compreso il peso da attribuire a singoli elementi, specificamente indicati nella lex specialis, è espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico, come tale sindacabile in sede di legittimità solo allorché sia manifestamente illogica, abnorme ed irragionevole e i criteri non siano trasparenti ed intelleggibili (cfr, anche, tra le tante, Consiglio di Stato, V, 13 novembre 2019, n. 7805, e Consiglio di Stato, V, 30 aprile 2018, n. 2602)", si rileva che nel caso di specie la doglianza non è stata comprovata, giacché l'istante si è limitato a produrre a sostegno dei precedenti giurisprudenziali (cfr. Cons. Stato sez. V n. 4492/2022, in cui si afferma che il possesso di criteri di valutazione dell'offerta deve sussistere in tempo per formulare l'offerta e non prima, all'emanazione del bando) che non sono tuttavia perfettamente aderenti alla questione de qua, in quanto vertono su una casistica del tutto peculiare per cui il criterio premiale di valutazione dell'offerta tecnica è anche un – fondamentale – requisito di esecuzione (nel caso ivi



esaminato si trattava del automezzi ecosostenibili in un appalto di servizi la cui disponibilità anticipata ad un momento anteriore dell'offerta "*legittimerebbe una abusiva compromissione della più ampia facoltà di partecipazione, in danno delle imprese che, pur non possedendo i requisiti richiesti, siano in grado di procurarsell*"), vieppiù evidenziandosi che altri precedenti giurisprudenziali rilevano invece che la continuità del possesso dei requisiti sorga fin dalle fasi di prequalifica (cfr. Cons. Stato sez. V, 15 marzo 2018, n. 1543). Al di là peraltro delle specifiche posizioni giurisprudenziali, giova piuttosto osservare che nel caso in esame la stazione appaltante ha invece proficuamente chiarito le ragioni poste a fondamento della propria scelta orientata nel richiedere la sussistenza della certificazione sin dalla lettera di invito, evidenziando come tale vaglio sia stato dettato, in estrema sintesi, dalla esigenza di "*valorizzare l'esperienza pregressa alla ricerca della migliore affidabilità dell'offerente*" senza pertanto, come apoditticamente affermato dal ricorrente, contrarre il principio del favor participationis. Dirimente in tal senso appare anche il rilievo formulato dalla stessa ACAMIR per cui la certificazione UNI PdR 125:2022 è un criterio premiale che ha un peso ponderale minimo, inferiore al 5% del totale dell'offerta tecnica e pertanto non in grado di incidere in alcun modo sulla possibilità di formulare una valida offerta tecnica;

CONSIDERATO quanto sopra si conclude evidenziando che la stazione appaltante ha agito in conformità alla disciplina di riferimento;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che la previsione della *lex specialis*, la quale prescrive il possesso della certificazione UNI PdR 125:2022 risulta conforme alla disciplina di riferimento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24 gennaio 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente