



DELIBERA N. 242

Del 23 marzo 2021.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Il Globo Vigilanza Srl – Affidamento di un anno del servizio di vigilanza armata notturna per gli immobili presso la Loggia dei Lanzi alla Galleria degli Uffizi – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 97.900,00 – S.A.: MiBACT-Gallerie degli Uffizi.

PREC 59/2021/S

Riferimenti normativi

Art. 95 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Offerta economicamente più vantaggiosa – Criteri discrezionali e criteri tabellari – Proposte migliorative e prestazioni aggiuntive – Criteri di natura soggettiva

Massima

Offerta economicamente più vantaggiosa – Criteri discrezionali e criteri tabellari (modalità di attribuzione punteggio c.d. on/off) – Proposte migliorative e prestazioni aggiuntive – Valutazione secondo criterio on/off – Incongruità del criterio rispetto alle proposte migliorative/aggiuntive – Criteri di natura soggettiva – Peso relativo sul punteggio tecnico complessivo – Ammissibilità circostanziata

L'attribuzione del punteggio relativo al merito tecnico dell'offerta secondo modalità di tipo on/off (vale a dire, sulla base di criteri oggettivi il cui possesso o mancato possesso determina l'attribuzione del punteggio), pur essendo una scelta ammissibile in linea di principio (sostanzialmente riportandola alla possibilità, per la Stazione appaltante, di predeterminare i "pesi" rispettivi di ciascun elemento di valutazione dell'offerta tecnica), purché però tale scelta non risulti manifestamente irragionevole, irrazionale, sproporzionata o illogica, non sembra coerente con le finalità che si intendono generalmente perseguire prevenendo la possibilità di assegnare un punteggio anche per questo tipo di proposte. Proprio la valutazione delle proposte migliorative e delle prestazioni aggiuntive, infatti, ha per definizione natura ampiamente discrezionale, che mal si concilia con il criterio di assegnazione del punteggio di tipo tabellare (on/off), che invece presuppone, a monte, un estremo dettaglio nella descrizione del criterio.



Il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di pre-qualificazione e criteri di aggiudicazione della gara non preclude alle Stazioni appaltanti – ove risulti l'opportunità di valutare, anche per la selezione dell'offerta, determinate caratteristiche soggettive del concorrente direttamente incidenti sull'oggetto del contratto – di prevedere nel bando anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti, in particolare, la specifica attitudine del concorrente, anche sulla base di analoghe esperienze pregresse, a realizzare le specifiche prestazioni oggetto di gara.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 23 marzo 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0012952 del 12.2.2021, con la quale la società Il Globo Vigilanza Srl contesta la legittimità della procedura di gara e, dunque, il suo esito «*essendo a monte del tutto illegittimi i criteri: (a) relativi alle miglorie, rivelatisi determinanti per la competizione, in quanto: (i) totalmente generici, poiché privi dell'adeguato grado di dettaglio in grado di orientare i concorrenti sulle "miglorie" che sarebbero potute essere premiate in quanto rispondenti agli interessi dell'amministrazione e pertanto così come formulati; (ii) inidonei ad essere qualificati come "tabellari", in assenza dei requisiti di "automaticità" su cui il sistema "on/off" si fonda; (b) volti a premiare elementi soggettivi, in violazione del divieto di commistione tra criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti la valutazione dell'offerta*»;

CONSIDERATO, più in dettaglio, che – come riferisce l'istante – il disciplinare di gara prevedeva che l'offerta tecnica fosse formulata secondo 3 macro-criteri di valutazione (1. Organizzazione del servizio proposto; 2. Certificazioni conseguite dall'operatore economico; 3. Proposte migliorative/prestazioni aggiuntive), per un massimo di 70 punti e che all'interno del macro-criterio "proposte migliorative/prestazione aggiuntive", cui erano destinati complessivamente 25 punti, erano premiati con 10 punti, per il sub criterio 3.1., le "miglorie offerte rispetto alle prestazioni del capitolato" e con altri 15, per il sub criterio 3.2., i "servizi liberamente offerti, purché ritenuti di interesse dalla stazione appaltante";

CONSIDERATO che la società Securitas Metronotte Toscana Srl, prima classificata, nella propria memoria controdeduttiva, contesta:

- a) preliminarmente, l'inammissibilità dell'istanza in oggetto per tardività, atteso che «*La stessa infatti è stata presentata in data 12 febbraio 2021 ad una distanza di ben 57 giorni dalla data dell'aggiudicazione. Invero, il provvedimento che ha definito la procedura in esame è del 17 dicembre 2020, facendo risultare palesemente fuori tempo massimo la richiesta de Il Globo*», anche in considerazione del fatto che «*nel caso in esame, le contestazioni si appigliano su aspetti conosciuti dal concorrente già al momento della pubblicazione della gara e divenuti lesivi al momento in cui l'impresa è venuta a conoscenza della graduatoria definitiva. Quest'ultima era visibile a tutti i concorrenti sin dall'11 dicembre 2020, sicché da tale data doveva iniziare a decorrere il termine per impugnare davanti al Giudice competente l'aggiudicazione oppure per adire codesta Ill.ma Autorità*»;
- b) nel merito, in ordine al criterio n. 3, che «*contrariamente a quanto affermato da Il Globo, la lex specialis abbia guidato adeguatamente il percorso valutativo che la commissione di gara avrebbe dovuto seguire. In altre parole, la legge di gara non lasciava spazio all'asserito arbitrio dei commissari, i quali avrebbero dovuto effettuare le rispettive valutazioni su ambiti ben specificati e puntuali*», di talché «*Diversamente da quanto lamenta l'istante, l'operazione risulta perfettamente compresa nell'alveo di quelle prerogative proprie dell'organo valutativo*»; mentre, in ordine all'asserito ricorso a criteri tesi a premiare aspetti



soggettivi, fa rilevare che, in opposizione a quanto sostenuto dall'istante, *«la disciplina codicistica consente appieno la possibilità di valutare positivamente degli aspetti attinenti la natura dei soggetti che intendono prendere parte alla gara. Orbene, in tale ottica risultano liberi da mende gli atti della procedura in esame, che hanno previsto di premiare solo due aspetti peraltro rilevanti nell'economia di un servizio come quello oggetto di affidamento»;*

CONSIDERATO quanto articolatamente rappresentato dalla Stazione appaltante nella propria memoria difensiva, che si può così riassumere:

- 1) l'istanza dovrebbe essere dichiarata inammissibile siccome tardiva, per gli stessi motivi prospettati preliminarmente dalla società prima classificata e sopra riportati;
- 2) i partecipanti avevano tutti gli elementi necessari e sufficienti per ben comprendere le modalità di attribuzione dei due subcriteri (*«è facilmente riscontrabile che, ai fini dell'acquisizione del punteggio, fosse necessario presentare, per entrambi i subcriteri, una miglioria in grado di aumentare la sicurezza dell'Ente, con l'ulteriore richiesta, per il solo punto 3.1, che i servizi liberamente offerti migliorassero anche l'efficienza del servizio»*); tali elementi, in ogni caso, potevano essere agevolmente acquisiti mediante effettuazione del sopralluogo, cui però l'istante ha, dopo averne fatto richiesta, inspiegabilmente rinunciato, oppure attraverso apposita richiesta di chiarimenti, che però non è mai stata inoltrata;
- 3) i commissari non hanno attribuito i punteggi in modo arbitrario tanto da rendere – come sostenuto dall'istante, *«impossibile per i concorrenti stabilire se e quale prestazione offrire per ottenere il relativo punteggio»*, atteso che *«Dal verbale risulta chiaramente che la commissione abbia attribuito punteggio pari a zero alle sole migliorie che non erano, oggettivamente, in grado di contribuire a migliorare l'efficienza del servizio o l'utilità dell'Ente, esulando completamente dall'oggetto dell'affidamento, anche solo in via strumentale (es. dotazione per il dipendente della società di smartphone con app di traduzione automatica, tenuto conto che il servizio richiesto deve essere svolto di notte, quando la Loggia dei Lanzi è chiusa al pubblico)»*;
- 4) il peso attribuito ai criteri soggettivi nella legge di gara non è stato affatto eccessivo, posto che *«nell'ambito della procedura in esame, relativamente al luogo di svolgimento del servizio, i subcriteri delineati sono del tutto legittimi in quanto funzionali a garantire una maggiore qualità del servizio in un luogo del tutto peculiare, qual è la Loggia dei Lanzi»* e che *«costruire una procedura di affidamento volta a premiare un operatore economico con certificazioni ulteriori rispetto a quanto richiesto ai fini della partecipazione, o con un'esperienza comprovata di servizi analoghi svolta in luoghi museali negli ultimi anni, risponde maggiormente all'esigenza di rendere il servizio il più efficiente possibile, proprio in virtù dell'importanza del luogo in parola»*;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 26.2.2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RITENUTO, preliminarmente, che l'eccezione di inammissibilità dell'istanza per tardività, sollevata dalla Stazione appaltante e dalla società controinteressata, non è meritevole di accoglimento, atteso che le contestazioni avanzate dalla società istante, a prescindere dalla terminologia utilizzata per la formulazione della richiesta di parere, non riguardano clausole immediatamente escludenti (ovvero quelle che, secondo consolidata giurisprudenza amministrativa, con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico), bensì clausole ritenute illegittime la cui lesività risultava solo potenziale ed astratta fino a quando non si è risolta in un esito concretamente negativo, utile a radicare l'effettiva legittimazione ad agire in giudizio. D'altra parte



la stessa regolare presentazione dell'offerta da parte dell'odierno istante dimostra, *per tabulas*, la portata non immediatamente escludente delle clausole in questione;

RITENUTO, stante quanto sopra precisato, che la piena conoscenza degli atti di gara e delle decisioni assunte dalla Commissione in merito alla valutazione delle offerte tecniche è avvenuta solo all'esito dell'accesso agli atti da parte della società odierna istante e che la decorrenza del termine per l'impugnazione in sede giurisdizionale, che assume rilievo ai fini dell'ammissibilità dell'istanza ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) del Regolamento di precontenzioso, deve essere computata con riferimento a tale *dies a quo* e non dalla data dell'aggiudicazione e che, conseguentemente, l'istanza in esame risulta ammissibile;

CONSIDERATO, in merito alla contestazione circa la genericità del "criterio 3" relativo alle miglorie ("*rispetto alle prestazioni da capitolato*") e ai servizi liberamente offerti ("*purché ritenuti di interesse dell'ente appaltante*"), che il disciplinare di gara, più avanti (e precisamente a pg. 6), precisava esattamente quanto segue:

«Criterio di valutazione n.3 "proposte migliorative/ prestazioni aggiuntive":

- **Sub-criterio 3.1. Miglorie offerte rispetto alle prestazioni da capitolato. Verranno attribuiti 2 punti per ogni proposta offerta dall'operatore, rispetto a quanto richiesto nella documentazione di gara, rispondente alle esigenze della stazione appaltante per aumentare l'efficienza del servizio e la sicurezza dell'ente. Max 10 punti.**
- **Sub-criterio 3.2. Servizi liberamente offerti e di interesse dell'ente appaltante. Verranno attribuiti 3 punti per ogni servizio liberamente offerto dall'operatore senza oneri aggiuntivi per l'ente, che risponda alle esigenze della stazione appaltante di aumentare la sicurezza dell'ente. Max 15 punti»;**

RITENUTO che tali specificazioni, e in particolare l'aver chiarito che le miglorie avrebbero dovuto essere rispondenti alle esigenze della stazione appaltante «*per aumentare l'efficienza del servizio e la sicurezza dell'ente*», mentre i servizi liberamente offerti «*per aumentare la sicurezza dell'ente*», sebbene non particolarmente dettagliate, possono essere considerate sufficienti per orientare i concorrenti nel formulare una offerta migliorativa nell'ambito delle due specifiche categorie dell'efficienza del servizio e della sicurezza dell'ente e pertanto l'asserita genericità assoluta pare venir meno laddove sia stata invece offerta una inequivoca indicazione degli ambiti tecnici di valutazione per l'attribuzione di tale ulteriore punteggio;

RITENUTO, per necessaria coerenza logica, che una indicazione estremamente dettagliata dei sub-criteri e dei sub-pesi contrasterebbe con la natura stessa del criterio in discussione, atteso che – evidentemente – qualora la Stazione appaltante avesse avuto già una perfetta conoscenza delle miglorie apportabili e delle prestazioni aggiuntive in grado di perfezionare o arricchire il servizio oggetto di affidamento molto probabilmente esse avrebbero costituito specifici criteri di valutazione dell'offerta tecnica al pari di quelli di cui al criterio 1 e 2;

RITENUTO, nondimeno, che l'attribuzione del punteggio relativo al merito tecnico dell'offerta secondo modalità di tipo on/off (vale a dire, sulla base di criteri oggettivi il cui possesso o mancato possesso determina l'attribuzione del punteggio), pur essendo considerata da recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, condivisa dall'Autorità, una scelta ammissibile in linea di principio (sostanzialmente riportandola alla possibilità, per la Stazione appaltante, di predeterminare i "pesi" rispettivi di ciascun elemento di valutazione dell'offerta tecnica), purché però tale scelta non risulti "*manifestamente irragionevole, irrazionale, sproporzionata o illogica*" (Cons. Stato sez. V, 30 aprile 2018, n. 2602; sostanzialmente nello stesso senso, anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 23 dicembre 2019, n. 14749, relativa ad appalto di pulizie, ma pienamente estensibile alla materia che ci occupa), non sembra coerente, nei casi come quello in



esame, ossia per quanto concerne l'attribuzione di punteggio per l'offerta migliorativa, con le finalità che l'ente appaltante intende perseguire prevenendo la possibilità di assegnare un punteggio anche per questo tipo di proposte;

RITENUTO, infatti, che, proprio la valutazione delle proposte migliorative e delle prestazioni aggiuntive ha per definizione natura ampiamente discrezionale, che mal si concilia con il criterio di assegnazione del punteggio di tipo tabellare (on/off), che invece presuppone, a monte, un estremo dettaglio nella descrizione del criterio (di talché l'esercizio della discrezionalità valutativa risulta anticipata al momento della scelta dei requisiti tecnici che devono essere offerti, con la conseguenza che si ha poi solo un controllo oggettivo finalizzato a comprovarne il possesso); puntuale descrizione che, nel caso in disamina, non è stata, sia pur legittimamente, fatta;

RITENUTO, pur tuttavia, che, di per sé, dall'adozione di tale metodo di valutazione inappropriato non è derivato un danno diretto alla società istante, né risulta essere stata violata la *par condicio* tra i concorrenti, atteso che esso è stato applicato uniformemente a tutti i partecipanti lasciando quindi intatta la loro facoltà di presentare proposte più o meno adeguate alle richieste della Stazione appaltante; proposte che, nel caso della odierna istante, non sono state giudicate meritevoli di un punteggio elevato;

CONSIDERATO, in relazione alla contestazione circa l'uso improprio di criteri di natura soggettiva, che nell'ammettere che nell'ambito della valutazione delle offerte possano essere considerati anche tali aspetti di carattere soggettivo dell'operatore economico, concernenti «*l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto*», l'art. 95, comma 6, lett. e) del Codice dei contratti pubblici contestualmente richiede che ne sia dimostrata «*un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione*»;

CONSIDERATO, altresì, secondo il condivisibile orientamento interpretativo espresso dal Consiglio di Stato, che «*l'impiego dell'aggettivo "significativa" implica che sia dimostrato in modo incontrovertibile che per le qualificazioni possedute il concorrente offra garanzie di qualità nell'esecuzione del contratto apprezzabili in sede di valutazione tecnica delle offerte*.

A ciò va aggiunto sul piano sistematico che il rigoroso limite entro cui è normativamente ammessa una commistione tra requisiti di carattere soggettivo ed aspetti oggettivi delle offerte è giustificato dall'esigenza, espressa dal comma 1 del medesimo art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016, che i criteri di aggiudicazione assicurino "una concorrenza effettiva" e che, secondo quanto invece previsto dal comma 2 della medesima disposizione, siano rispettati i "principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento". Le esigenze di effettiva concorrenzialità ed i principi generali ora enunciati impongono che la selezione avvenga per quanto possibile su basi oggettive e che, per contro, i criteri di

aggiudicazione non siano preconfezionati in modo di assicurare un vantaggio ad un singolo operatore economico a prescindere dai contenuti delle offerte destinate ad essere presentate nella gara, ovvero che... si determinino "asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo"» (così CdS, sez. V, 24.1.2020 n. 611);

PRESO ATTO di quanto chiarito dalla Stazione appaltante in merito al peso attribuito ai criteri soggettivi nella legge di gara, ovvero che «*Ci si trova davanti, quindi, a un luogo fondamentale per la storia e la città di Firenze e dell'Italia intera, che, in qualità di bene culturale ai sensi del D.Lgs. n. 42/2004, merita accurata protezione e salvaguardia, per evitare che possa essere oggetto di atti di vandalismo o di deturpamento, o anche semplicemente di imbrattamento da parte di soggetti esterni: questo è il servizio richiesto da parte della*



Stazione appaltante. [...] E' evidente quindi che si sta parlando di un luogo di evidente rilevanza e che, per tale ragione, considerato anche che i criteri di selezione dei partecipanti sono applicati dal Mepa in modalità automatica, costruire una procedura di affidamento volta a premiare un operatore economico con certificazioni ulteriori rispetto a quanto richiesto ai fini della partecipazione, o con un'esperienza comprovata di servizi analoghi svolta in luoghi museali negli ultimi anni, risponde maggiormente all'esigenza di rendere il servizio il più efficiente possibile, proprio in virtù dell'importanza del luogo in parola»;

RITENUTO, tutto ciò considerato, che, sebbene potrebbe essere discutibile il peso eccessivo attribuito dalla *lex specialis* a tali criteri di natura soggettiva, non sussistono i presupposti per sindacare nel merito la scelta della Stazione appaltante; né, d'altra parte, si scorge l'interesse concreto e attuale dell'istante nell'accoglimento della doglianza in esame, atteso che – come dallo stesso riconosciuto – tutti i partecipanti alla gara hanno ricevuto la valutazione massima per tale criterio (25 punti) e pertanto risulta assente la prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica dell'istante e dell'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dal suo eventuale accoglimento,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che:

- la previsione di criteri di valutazione per proposte migliorative e prestazioni aggiuntive sia legittima e formulata in modo sufficientemente chiaro da consentire ai concorrenti sia di comprendere *ab initio* in quale specifico ambito del servizio oggetto di affidamento la Stazione appaltante avrebbe considerato di effettivo interesse siffatte proposte e prestazioni, sia, quindi, di orientarsi consapevolmente nella predisposizione dell'offerta migliorativa;
- l'attribuzione del punteggio per i criteri di cui sopra mediante il sistema tabellare (c.d. on/off), in luogo di quello discrezionale, non sia coerente con la natura e le finalità per cui la Stazione appaltante ha ritenuto opportuno valorizzarli nell'ambito dell'offerta tecnica;
- ciononostante, l'utilizzo del metodo di valutazione tabellare, tenuto conto del dettaglio dei sub-criteri prestabiliti negli atti di gara, non si traduce, di per sé, nell'illegittimità dei punteggi complessivi assegnati e non inficia, come tale, l'esito della procedura di gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 marzo 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente