



# DELIBERA N. 348

20 luglio 2022.

## Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Impresa di Costruzioni Offreda S.n.c. – Servizio di raccolta differenziata, trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati ed altri servizi di igiene urbana del Comune di Amaseno – Importo a base di gara: euro 2.576.749,07 – S.A. C.U.C. dei Comuni di Ceccano, Patrica e Amaseno (FR)

**PREC 87/2022/S**

## Riferimenti normativi

Articoli 89 e 95 d.lgs. n. 50/2016

## Parole chiave

Criteri di aggiudicazione – punteggi – certificazioni di qualità – percentuale raccolta differenziata – avvalimento premiale

## Massima

**Appalto di servizi – criteri di aggiudicazione - punteggi – certificazioni di qualità – percentuale di raccolta differenziata**

La scelta di introdurre criteri di aggiudicazione collegati al possesso di una o più certificazioni di qualità non appare manifestamente illogica o irragionevole alla luce dell'art. 95, co. 6 del Codice, nella misura in cui il possesso di standard di qualità non sia richiesto anche quale requisito di partecipazione alla gara. Il criterio relativo ai risultati ottenuti in termini di percentuali di raccolta differenziata, significativo di un certo *know how* aziendale, può essere ritenuto indicativo della qualità della prestazione, qualora non previsto quale requisito di partecipazione. Le Linee guida Anac n. 2 suggeriscono di assegnare ai criteri soggettivi un punteggio, in ipotesi, non superiore a 10 punti. Tale scelta rientra nell'ambito dell'esercizio della discrezionalità tecnica della S.A., che è chiamata a valutare l'incidenza dei criteri soggettivi prescelti sulla scelta del contraente.

**Appalto di servizi – criteri di aggiudicazione - avvalimento premiale**



Il concorrente non può avvantaggiarsi, tramite avvalimento, delle esperienze pregresse dell'ausiliaria al solo fine di ottenere un punteggio premiale qualora egli posseda già, in proprio, i requisiti per la partecipazione alla gara.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 luglio 2022

## DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 38622 del 19 maggio 2022, e la successiva memoria acquisita al prot. 44830 del 10 giugno 2022, presentata da Impresa di Costruzioni Offreda S.n.c., terza classificata nella gara in oggetto, che contesta le clausole del disciplinare di gara recanti i punteggi per l'offerta tecnica. In particolare, l'o.e. istante chiede parere in relazione ai seguenti aspetti, che egli ritiene non conformi alla normativa:

- se sia corretta la previsione dell'attribuzione di 15 punti dell'offerta tecnica (su un totale di 70) a requisiti soggettivi dell'offerente, specificamente di 5 punti al possesso delle certificazioni di qualità (1 punto per ciascuna certificazione) e di 10 punti al possesso di una percentuale di raccolta differenziata (R.D.) superiore all'85%. A quest'ultimo riguardo egli si sofferma a rilevare una sproporzione fra la quota di punteggio riservata al possesso di percentuali di R.D. comprese fra il 65% e il 74,99% (2 punti) e alle percentuali fra il 75% e 84,99% (4 punti) rispetto al punteggio previsto appunto per il possesso di percentuali superiori all'85% (10 punti). In merito ai predetti requisiti, l'istante rileva che essi sarebbero legati a caratteristiche meramente soggettive che non avrebbero la funzione di valorizzare l'offerta in sè;
- se sia corretto il divieto di dimostrare tramite avvalimento il possesso della percentuale di raccolta differenziata (R.D.). L'istante osserva in proposito che, rientrando tale requisito nell'ambito dei requisiti di capacità tecnico-professionale, esso dovrebbe essere suscettibile di avvalimento;
- infine se sia corretta l'attribuzione all'ATI aggiudicataria del punteggio massimo (10 punti) correlato al possesso di una percentuale di raccolta differenziata (R.D.) superiore all'85%, benchè solamente la mandante sia in possesso di tale requisito;

VISTO l'avvio del procedimento con nota prot. n. 42925 in data 6 giugno 2022;

VISTA la memoria prodotta dalla stazione appaltante, acquisita al prot. n. 44343 del 9 giugno 2022, con la quale la C.U.C. eccepisce preliminarmente l'inammissibilità dell'istanza per decorso dei termini di impugnazione. Nel merito, essa rappresenta che, nell'ambito della valutazione dell'offerta tecnica, 55 punti erano dedicati ai criteri "discrezionali", 10 punti ai criteri "quantitativi" e 5 punti ai criteri "tabellari", in modo da selezionare il miglior offerente anche dal punto di vista della capacità alla luce dei risultati già raggiunti senza far ricorso all'avvalimento. Dunque il punteggio assegnato alle percentuali di raccolta differenziata ottenute era correlato al maggior grado di difficoltà della prestazione, e quindi alla miglior capacità dell'offerente nel raggiungimento dei risultati. Nel caso dell'ATI orizzontale, nella quale tutte le partecipanti apportano le medesime competenze, la S.A. ritiene che fosse ben possibile attribuire il relativo punteggio premiale al possesso della certificazione attestante una percentuale di R.D. superiore all'85%, ritenuto dimostrativo di un certo *know-how*, pur se in possesso della sola mandante;



VISTA la memoria prodotta dall'aggiudicataria Se.Am. S.r.l., acquisita al prot. n. 44148 del 9 giugno 2022 con la quale essa osserva che un'eventuale modifica a posteriori dei criteri di attribuzione dei punteggi sarebbe lesiva della *par condicio*, in quanto il ribasso offerto in gara era correlato al risultato atteso dalla valutazione degli elementi tecnici;

RITENUTA l'istanza ammissibile con riferimento alle questioni attinenti i punteggi previsti dal disciplinare per i singoli criteri di aggiudicazione in quanto l'istanza di precontenzioso è stata acquisita in data 19 maggio 2022, corrispondente alla data della proposta di aggiudicazione da parte della commissione di gara. Si osserva, in linea generale, che secondo la giurisprudenza il bando di gara deve essere impugnato unitamente al provvedimento asseritamente lesivo laddove vengano in contestazione clausole non immediatamente escludenti, quali sono da ritenere i criteri di aggiudicazione (Cons. Stato, Ad. Plen. 26 aprile 2018, n. 4);

RILEVATO che costituisce principio di carattere generale quello per cui «l'accettazione delle regole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che fossero, in ipotesi, ritenute illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre a un concorrente un'acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, co. 1 e 113, co. 1 Cost., ovvero nell'esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale» (Cons. Stato, Sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507);

VISTO il disciplinare di gara che, con riferimento ai criteri di valutazione dell'offerta, prevedeva di assegnare un punteggio tabellare agli elementi attestanti la qualità aziendale, specificamente 1 punto per ciascuna delle 5 certificazioni di qualità indicate (ISO 140010; EMAS; ISO 9001; OHSAS 18000 e SA 8000). Era inoltre assegnato un punteggio massimo di 10 punti in relazione alle percentuali ottenute di raccolta differenziata, realizzate direttamente e non tramite avvalimento (2 punti per percentuali comprese fra il 65% e il 74,99%, 4 punti per percentuali fra il 75% e 84,99% e 10 punti per percentuali superiori all'85%), quali elementi attestanti *il know how* aziendale. I restanti 55 punti dell'offerta tecnica erano destinati agli elementi qualitativi del progetto tecnico;

VISTO l'art. 95, co. 6 del d.lgs. 50/2016, ai sensi del quale «I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. Nell'ambito di tali criteri possono rientrare: a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni; b) il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto [...]»;

CONSIDERATO che la definizione dei criteri di valutazione delle offerte tecniche è espressione della cd. discrezionalità tecnica, sindacabile solo se le valutazioni compiute appaiano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (cfr. *ex multis*, pareri di precontenzioso n. 216 del 10 marzo 2021; n. 392 del 29 aprile 2020);

VISTE le Linee Guida Anac n. 2, dove è specificato 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 o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli; in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla



qualità della prestazione [...] Limitato deve essere, di regola, il peso attribuito ai criteri di natura soggettiva o agli elementi premianti, ad esempio non più di 10 punti sul totale, considerato che tali elementi non riguardano tanto il contenuto dell'offerta ma la natura dell'offerente [...]»;

CONSIDERATO che, alla luce del d.lgs. 50/2016, la giurisprudenza ammette la possibilità di applicare in maniera "attenuata" il divieto generale, di derivazione comunitaria, di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente al ricorrere di due condizioni: che aspetti dell'attività dell'impresa possano effettivamente "illuminare" la qualità della offerta, e che lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo (Parere di precontenzioso n. 1091 del 25 ottobre 2017; cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2020, n. 1916; sez. III, 11 marzo 2019, n. 1635);

RITENUTO, in relazione al primo profilo di contestazione, che la scelta di introdurre criteri collegati al possesso di una o più certificazioni di qualità non appare manifestamente illogica o irragionevole alla luce del citato art. 95, co. 6, e in considerazione del fatto che il possesso di standard di qualità non era richiesto anche quale requisito di partecipazione alla gara (cfr. Parere Anac n. 767 del 24 novembre 2021). Come anche rilevato dalla giurisprudenza (Cons. Stato, n. 1916/2020 cit.), «l'art. 95, comma 6, consente di ritenere legittimi criteri di valutazione che possano premiare le caratteristiche organizzative dell'impresa, in particolare - per quanto qui rileva - "sotto il profilo ambientale, così come sotto i profili della tutela dei lavoratori e delle popolazioni interessate e della non discriminazione, al fine di valorizzare la compatibilità e sostenibilità ambientale della filiera produttiva e distributiva dei prodotti che costituiscono, comunque, l'oggetto dell'appalto" (così, Cons. Stato, n. 1635/2019 cit. in un caso riferito al possesso della certificazione ISO 14001, che richiama la delibera ANAC n. 1091/2017 con la quale la stessa certificazione è stata ritenuta "elemento utile a differenziare le offerte nell'ottica di perseguire il miglior rapporto qualità prezzo e quindi essere valutato anche per apprezzare e valorizzare l'offerta")». Nel caso di specie, il criterio collegato ai risultati già ottenuti in termini di percentuali di raccolta differenziata, significativo di un certo *know how* aziendale, può essere ritenuto anch'esso indicativo della qualità della prestazione, non essendo richiesto quale requisito di partecipazione bensì solamente quale criterio di valutazione;

RILEVATO che, nel caso di specie, il punteggio attribuito ai criteri soggettivi ammonta a 15 punti complessivi (1 punto per ogni certificazione di qualità posseduta fino a un massimo di 5, e fino a 10 punti nel caso di percentuale di R.D. massima) nell'ambito dei 70 punti riservati all'offerta tecnica. Sul punto si osserva che le Linee guida Anac n. 2 suggeriscono di assegnare ai criteri soggettivi un punteggio, in ipotesi, non superiore a 10 punti. Rientrando tuttavia tale scelta nell'ambito dell'esercizio della discrezionalità tecnica della S.A., così come la graduazione del punteggio assegnata al possesso di percentuali di R.D., e non ravvisandosi una sproporzione manifestamente incongrua nella scelta dei punteggi da assegnare ai singoli criteri, si rimette alla S.A. la riflessione, anche per il futuro, sull'incidenza dei criteri soggettivi prescelti sulla scelta del contraente;

RILEVATO, in relazione al secondo profilo in contestazione, che il divieto di dimostrare tramite avalimento il possesso di una certa percentuale di R.D. nel caso di specie riguarda, come visto, un elemento di valutazione dell'offerta. Dunque l'avalimento non avrebbe, in tal caso, lo scopo di far acquisire al concorrente un requisito di partecipazione di cui egli sia privo, bensì di fargli ottenere un maggior punteggio in sede di valutazione dell'offerta tecnica. In proposito la giurisprudenza ha rammentato che la finalità dell'avalimento è quella di consentire all'operatore economico, che sia privo dei requisiti per partecipare a una gara, di ricorrere a tal fine ai requisiti di altri soggetti, ma non è quella



di arricchire la capacità tecnica del concorrente per consentirgli di ottenere una migliore valutazione di merito, perchè ciò estenderebbe la funzione dell'istituto oltre i limiti suoi propri. A proposito quindi dei limiti di ammissibilità dell'avvalimento cd. premiale, essa ha precisato che: «Appare del tutto fisiologica l'eventualità che l'operatore economico concorrente ricorra all'avvalimento al fine di conseguire requisiti di cui è carente e, nello strutturare e formulare la propria offerta tecnica, contempra nell'ambito della stessa anche beni prodotti o forniti dall'impresa ausiliaria ovvero mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest'ultima: nel qual caso è evidente che i termini dell'offerta negoziale devono poter essere valutati ed apprezzati in quanto tali, con l'attribuzione dei relativi punteggi. Deve, per contro, ritenersi precluso che il concorrente si avvantaggi, rispetto agli altri, delle esperienze pregresse dell'ausiliaria, ovvero di titoli o di attributi spettanti a quest'ultima [...] nella ipotesi in cui il concorrente possieda già, in proprio, le risorse necessarie per l'esecuzione della commessa e ricorra all'ausilio all'esclusivo (ed evidentemente immeritevole) fine di conseguire un mero punteggio incrementale, cui non corrisponderebbe una reale ed effettiva qualificazione della proposta» (Cons. Stato, 23 marzo 2021, n. 2526; T.A.R. Lazio, 1° aprile 2021, n. 3929);

RITENUTO quindi che il concorrente non possa avvantaggiarsi, tramite avvalimento, delle esperienze pregresse dell'ausiliaria al solo fine di ottenere un punteggio premiale qualora egli possieda già, in proprio, i requisiti per la partecipazione alla gara;

RILEVATO, con riferimento al terzo motivo sollevato dall'istante, diretto specificamente nei confronti del concorrente aggiudicatario al fine di ottenere la revisione del punteggio massimo da esso ottenuto, che essendo l'istante giunto terzo in graduatoria egli non vanta un interesse concreto alla rimodulazione del punteggio assegnato al criterio riguardante la percentuale di raccolta differenziata, in quanto l'eventuale ricalcolo del punteggio di 10 punti attribuito all'aggiudicatario per lo specifico criterio non potrebbe comunque avvantaggiarlo in termini di aggiudicazione a proprio favore. Come evidenziato dalla giurisprudenza (Cons. Stato, n. 1916/2020 cit.), infatti, «il gravame proposto avverso l'aggiudicazione di un appalto pubblico, qualora sia in contestazione la correttezza dei punteggi assegnati ai concorrenti, deve essere sorretto, per essere ritenuto ammissibile, dall'interesse alla riedizione dell'attività valutativa da parte del seggio di gara, [...] che va dimostrato dal ricorrente fornendo la c.d. prova di resistenza, cioè la prova che, in difetto dell'illegittimità lamentata, il ricorrente avrebbe sicuramente vinto la gara (cfr. Cons. Stato, V, 26 aprile 2018, n. 2534; id., III, 17 dicembre 2015, n. 5717) ovvero, secondo altra impostazione, la prova che, sulla base degli accertamenti possibili e fatte salve le sopravvenienze, l'aggiudicazione potrebbe secondo ragionevole probabilità spettare al ricorrente, tenendo conto delle ulteriori attività procedurali che la stazione appaltante, secondo la *lex specialis*, come delineata all'esito dell'impugnazione, sarebbe tenuta a porre in essere in caso di accoglimento del ricorso». Pertanto, sotto questo profilo, occorre rilevare la carenza di interesse in concreto dell'istante alla luce dell'art. 7, co. 1 lett. g) del Regolamento di precontenzioso;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- nel caso di specie, la scelta di introdurre criteri collegati al possesso di una o più certificazioni di qualità non appare manifestamente illogica o irragionevole alla luce del citato art. 95, co. 6, in considerazione del fatto che il possesso di standard di qualità non era richiesto anche quale requisito di partecipazione alla gara. Lo stesso può dirsi con riferimento al criterio collegato ai risultati già



- ottenuti in termini di percentuali di raccolta differenziata, significativo di un certo *know how* aziendale, può essere ritenuto anch'esso indicativo della qualità della prestazione;
- le Linee guida Anac n. 2 suggeriscono di assegnare ai criteri soggettivi un punteggio, in ipotesi, non superiore a 10 punti. Rientrando tuttavia tale scelta nell'ambito dell'esercizio della discrezionalità tecnica della S.A., così come la graduazione del punteggio assegnata al possesso di percentuali di R.D., e non ravvisandosi una sproporzione manifestamente incongrua nella scelta dei punteggi da assegnare ai singoli criteri, si rimette alla S.A. la riflessione, anche per il futuro, sull'incidenza dei criteri soggettivi prescelti sulla scelta del contraente;
  - il concorrente non può avvantaggiarsi, tramite avvalimento, delle esperienze pregresse dell'ausiliaria al solo fine di ottenere un punteggio premiale qualora egli posseda già, in proprio, i requisiti per la partecipazione alla gara;
  - con riguardo al motivo di contestazione riferito al punteggio attribuito all'aggiudicatario, occorre rilevare la carenza di interesse in concreto, alla luce dell'art. 7, co. 1 lett. g) del Regolamento di precontenzioso, in quanto l'istante, giunto terzo in graduatoria, non vanta un interesse concreto alla rimodulazione del punteggio assegnato al criterio riguardante la percentuale di raccolta differenziata, in quanto l'eventuale ricalcolo del punteggio attribuito all'aggiudicatario per quello specifico criterio non potrebbe avvantaggiarlo in termini di aggiudicazione a proprio favore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente