



DELIBERA N. 77

22 febbraio 2023.

Oggetto

Istanze riunite presentate dalla STT S.r.l. e dalla SOES S.p.A. Procedura aperta per servizio di gestione di tutte le infrazioni al Codice della Strada elevate dal Comando di Polizia Locale, noleggio di dispositivi per la rilevazione della velocità e servizio di riscossione coattiva delle relative sanzioni. Importo a base di gara euro: 2.450.000,00. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Comune di Ferrandina (MT).

PREC 173/2022/S

Riferimenti normativi

Articolo 51 del d.lgs. 50/2016

Articolo 95, co. 13 del d.lgs. 50/2016

Parole chiave

appalto pubblico – servizi – bando - divisione in lotti

appalto pubblico – servizi – scelta del contraente – offerta economicamente più vantaggiosa – rating legalità – criteri compensazione

Massima

appalto pubblico – servizi – bando – divisione in lotti

Sebbene la suddivisione in lotti rappresenti uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, è altrettanto indubbio che tale principio non costituisca un precetto inviolabile, né possa comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, assumendo, piuttosto, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie. Ne discende che il sindacato sulla scelta delle amministrazioni aggiudicatrici di non suddividere un appalto in lotti va svolto sotto il profilo della ragionevolezza e proporzionalità in quanto a venire in rilievo è un potere discrezionale che involge valutazioni di carattere tecnico-amministrativo rientranti nella sfera riservata all'amministrazione che esprime con adeguata motivazione.



appalto pubblico – servizi – scelta del contraente – offerta economicamente più vantaggiosa – rating
legalità – criteri compensazione

La mancata specificazione nella disciplina di gara ed applicazione da parte della stazione appaltante di elementi idonei a compensare il criterio premiale per le imprese estere e/o di nuova costituzione e/o carenti del previsto fatturato, al fine di renderlo compatibile con il diritto dell'Unione Europea e con i principi di parità di trattamento non è conforme al disposto dell'articolo 95, comma 13 del d.lgs. n. 50/2016 e delle linee Guida n. 2/2016.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 22 febbraio 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 101971 del 5.12.2022 e la successiva istanza prot. 103762 del 12.12.2022 con le quali rispettivamente la STT s.r.l. e la SOES s.p.a. hanno chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso relativamente ad alcuni profili inerenti la legittimità della procedura aperta per servizio di gestione di tutte le infrazioni al Codice della Strada elevate dal Comando di Polizia Locale, noleggio di dispositivi per la rilevazione della velocità e servizio di riscossione coattiva delle relative sanzioni. Importo a base di gara euro: 2.450.000,00. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa, bandita dal Comune di Ferrandina (MT);

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 104018 del 12.12.2022;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

PRESO ATTO che la presente controversia risulta correttamente instaurata anche alla luce della nota di remissione in termini per la presentazione di memorie e/o documenti da parte dei soggetti coinvolti (nota prot. 3460/2023);

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità verte su diversi profili di censura inerenti, rispettivamente, la mancata divisione in lotti; la mancata attribuzione dei punteggi premiali alle piccole imprese compensativi rispetto a quelli assegnati per il possesso di rating, come previsto invece dalla lex specialis di gara; la presenza di una clausola della lex specialis che presupponendo un'autorizzazione della Prefettura introdurrebbe un elemento di incertezza nell'oggetto dell'appalto; l'attribuzione di punteggi relativi ai requisiti soggettivi posseduti dai partecipanti, avulsi e scollegati dall'offerta tecnica;

PRESO ATTO altresì che con il primo quesito viene censurata la mancata suddivisione in lotti, in violazione di quanto previsto dall'art. 51 del d.lgs 50/2016, ai sensi del quale viene sancito che "*Le stazioni*



appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139.";

PRESO ATTO che dall'esame della documentazione di gara viene specificato che "L'appalto è costituito da un unico lotto, in considerazione del fatto che organizzativamente ed economicamente non è vantaggioso suddividere il presente servizio in lotti, secondo quanto stabilito dall'art. 51 del D. Lgs. n. 50/2016; la suddivisione in lotti rischia di rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista dei controlli da parte del Comune e dell'attribuzione delle relative responsabilità sulla qualità del servizio reso; si ritiene, inoltre, che la suddivisione in più lotti oltre a non essere economicamente più conveniente, rischia di rendere complessivamente inefficace la gestione dell'appalto in ragione della necessità di garantire una gestione unitaria del servizio" (cfr. disciplinare di gara pag. 5) ed inoltre che "L'accorpamento dei seguenti servizi in un unico appalto implica una migliore gestione complessiva del servizio con ovvie ricadute sull'organizzazione e sulle casse comunali ..." (cfr. relazione tecnico illustrativa);

RILEVATO quanto previsto dalla giurisprudenza in materia secondo cui "Sebbene la normativa sovranazionale e la disciplina interna di recepimento esprimano un chiaro favor verso la suddivisione in lotti funzionali o prestazionali degli appalti pubblici, è altrettanto assodato come tale suddivisione non rappresenti una scelta obbligata per la stazione appaltante. Ciò emerge chiaramente sin dal testo della direttiva 2014/25/UE che al considerando n° 78 contempla l'eventualità che l'amministrazione valuti che non sia appropriato suddividere l'appalto in lotti e che, in tali casi, la Stazione appaltante sia tenuta ad esplicitare i principali motivi della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice. La direttiva poi prosegue esemplificando le ragioni che possono giustificare tale scelta. Tale disciplina è stata poi recepita dall'art. 51 del D.Lgs 50/2016 che precisa che "le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti". È, dunque, evidente che la disciplina di settore non rechi un divieto assoluto di bandire una gara d'appalto a lotto unico e che si limiti ad onerare la committenza di fornire adeguata motivazione circa la scelta adottata stante che essa va di diverso avviso rispetto al favor legislativo espresso a tutela del micro, piccole e medie imprese" (TAR Lazio n. 886/2022). La giurisprudenza amministrativa ha anche chiarito che l'art. 51 del Codice costituisce una "disposizione dichiaratamente finalizzata a plasmare i profili organizzativi dell'amministrazione committente in modo servente rispetto ad un fine che esula dallo stretto tema dell'evidenza pubblica, per collocarsi nella più ampia prospettiva dello sviluppo pro-concorrenziale del mercato" (Cons. Stato, Sez. III, n. 7962/2020; in termini anche Cons. Stato, Sez. V, n. 973/2020; Cons. Stato, Sez. V, n. 3110/2017; Cons. Stato, Sez. III, n. 1857/2019). In funzione di ciò, "sebbene la suddivisione in lotti rappresenti uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, è altrettanto indubbio che tale principio non costituisca un precetto inviolabile, né possa comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, assumendo, piuttosto, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie (Cons. Stato, Sez. III, n. 1076/2020; Cons. Stato, Sez. V, n. 123/2018). La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il sindacato giurisdizionale sulla scelta delle amministrazioni aggiudicatrici di non suddividere un appalto in lotti va svolto entro i limiti della ragionevolezza e proporzionalità (Cons. Stato, Sez. III, n. 1222/2019; Cons. Stato, Sez. V, n. 2044/2018), in quanto a venire in rilievo è un potere discrezionale che involge valutazioni di carattere tecnico-amministrativo rientranti nella sfera riservata all'amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, n. 1081/2016)" (TAR Lazio n. 1255/2022);



CONSIDERATO che dall'esame della *lex specialis*, nonché degli ulteriori chiarimenti resi in sede istruttoria da parte della adita Stazione Appaltante, tale richiesta motivazione risulta chiaramente esplicitata, derivandone pertanto che la prima doglianza appare priva di pregio;

PRESO ATTO che con la seconda questione posta le istanti osservano che la procedura *de qua* sarebbe viziata da una disparità di trattamento dovuta alla mancata previsione di punteggi premiali compensativi di quelli attribuiti mediante *rating* di legalità;

CONSIDERATO che, con riferimento al *rating* di legalità e alla possibilità di prevederlo come criterio premiale, l'articolo 95, al comma 13 prevede che *"Compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior rating di legalità e di impresa dell'offerente"*;

RILEVATO che ai sensi delle Linee Guida n. 2 di ANAC (aggiornate al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018) *"al comma 13 dell'art. 95 viene anche stabilito che, compatibilmente con il rispetto dei principi che presidiano gli appalti pubblici, le stazioni appaltanti possono inserire nella valutazione dell'offerta criteri premiali legati al rating di legalità e di impresa dell'offerente, all'impatto sulla salute e sull'ambiente (ivi compresi i beni o i prodotti da filiera corta o a chilometro zero) e per agevolare la partecipazione delle microimprese e delle piccole e medie imprese, dei giovani professionisti e per le imprese di nuova costituzione. Si ricorda che il rating di legalità può essere richiesto dalle imprese operanti in Italia, iscritte al registro delle imprese da almeno due anni e con un fatturato minimo pari ad almeno due milioni di euro. A meno che la stazione appaltante non sappia già, nella predisposizione del bando di gara o della lettera di invito, che alla procedura potranno partecipare solo imprese potenzialmente idonee ad avere il rating, è opportuno che, per il suo utilizzo, vengano introdotte compensazioni per evitare di penalizzare imprese estere e/o di nuova costituzione e/o carenti del previsto fatturato, consentendo a tali imprese di comprovare altrimenti la sussistenza delle condizioni o l'impiego delle misure previste per l'attribuzione del rating. In particolare, per i soggetti che non possono accedere al rating di legalità, la stazione appaltante potrebbe indicare gli elementi presenti nel rating di legalità (di cui alla Delibera dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 24075 del 14 novembre 2012 - Regolamento Rating di legalità "Regolamento di attuazione dell'art. 5-ter del dl 1/2012, così come modificato dall'art. 1, comma 1-quinquies, del dl 29/2012, convertito con modificazioni dalla legge 62/2012" e successivi aggiornamenti), diversi da quelli già considerati ai fini della qualificazione, per i quali prevedere un punteggio premiale e considerare verificata la presenza di tali elementi per le imprese che posseggono il rating con un numero di "stellette" ritenuto idoneo"*;

PRESO ATTO che le amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi del richiamato art. 95, comma 13, del d.lgs. 50/2016 e delle predette Linee guida n. 2/2016 ANAC sono pertanto tenute ad indicare nel bando di gara, nell'avviso o nella lettera di invito, i criteri premiali da applicare nella valutazione dell'offerta *"in relazione al maggior rating di legalità dell'offerente"*, nonché misure compensative al fine di evitare l'esclusione di microimprese, PMI, imprese estere, imprese di nuova costituzione o sprovviste del richiesto fatturato;

RITENUTO, inoltre, che, come rilevato in precedenza dalla scrivente Autorità (delibera n. 176 del 21.2.2018 – PREC 3/18/5) la mancata specificazione nella disciplina di gara ed applicazione da parte della stazione appaltante di elementi idonei a compensare il criterio premiale per le imprese estere e/o di nuova costituzione e/o carenti del previsto fatturato, al fine di renderlo compatibile con il diritto



dell'Unione Europea e con i principi di parità di trattamento non sia conforme al disposto dell'articolo 95, comma 13 del d.lgs. n. 50/2016 e delle linee Guida n. 2/2016;

CONSIDERATO infine che, nella fattispecie controversa, all'interno della disciplina di gara si fa semplicemente rinvio al concetto di rating di legalità, senza tuttavia fornire alcuna indicazione compensativa che tenga conto delle imprese di nuova costituzione e delle imprese straniere;

PRESO ATTO che con la terza censura viene contestata dall'o.e. SOES s.p.a. la previsione di cui al punto 3.1.3 del disciplinare di gara dove è previsto che il *"Servizio di fornitura a noleggio, installazione, manutenzione ordinaria e straordinaria, di due sistemi bidirezionali per il rilevamento delle violazioni ai limiti massimi di velocità media approvati dal ministero delle infrastrutture e mobilità sostenibile in modalità non presidiata (senza la presenza dell'agente accertatore). Qualora la Prefettura non ritenga ci siano gli elementi per la contestazione differita, i sistemi sopra citati non potranno essere installati e nessun canone spetterà all'aggiudicatario"* ritenendo che ciò costituisca un elemento di incertezza capace di inficiare l'intera procedura poiché del tutto imponderabile al momento della presentazione delle offerte;

CONSIDERATO che la stazione appaltante ha eccepito nelle proprie memorie difensive che *"sul tratto di strada in cui si intende procedere all'installazione di tali dispositivi vi è già un'autorizzazione prefettizia e che pertanto è plausibile che la Prefettura autorizzi l'uso di tali dispositivi anche in modalità non presidiata"*, rilevando al contempo l'illogicità di un'autonoma e ulteriore procedura bandita solo per l'affidamento di tale servizio;

PRESO ATTO di quanto sopra rilevato, nonché tenuto conto in particolare che *"la determinazione del contenuto del bando di gara costituisce espressione del potere discrezionale in base al quale l'Amministrazione può effettuare scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare; le scelte così operate, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano ictu oculi manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, specie avuto riguardo alla specificità dell'oggetto e all'esigenza di non restringere la platea dei potenziali concorrenti e di non preconstituire situazioni di privilegio"* (ex multis Cons. Stato 6006/2018), la valutazione operata della stazione appaltante inerente il servizio censurato appare coerente e collegata all'oggetto complessivo dell'appalto *de quo*;

PRESO ATTO che con l'ultima censura viene contestato l'art. 18.1 nella lex specialis recante *"criteri di valutazione per l'offerta tecnica ed economica"* dove sub 8, 9, 10 e 11 viene sancita l'attribuzione di 1 punto per il possesso di una specifica certificazione di qualità e che, a detta dell'istante, rappresenterebbe l'attribuzione di *"punteggi soggettivi legati alla concorrente e non alla offerta tecnica"* con conseguente vulnus alla procedura bandita rappresentato dalla non coerenza con l'oggetto dell'appalto, la preponderanza di tali criteri nella determinazione complessiva del punteggio afferente l'offerta tecnica ed infine la non rispondenza ai principi di proporzionalità, ragionevolezza e non arbitrarietà;

CONSIDERATO che in assenza di più precise contestazioni si può solo evidenziare come le certificazioni richieste (segnatamente ISO 37001-2016, ISO 45001-2018, ISO 27701, UNI ISO 27001:2013 con estensione 27017-27018) appaiono coerenti con l'oggetto dell'appalto ed incidono soltanto per un punteggio massimo di 4 punti su un totale di ben 80;



RILEVATO altresì che, per quanto concerne la contestata rilevanza soggettiva dei criteri in esame, questa Autorità ha all'uopo affermato nelle Linee Guida n. 2 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*", con la conseguenza che "*non è in contestazione che le leggi di gara possano prevedere il possesso di certificazioni di qualità come requisito di partecipazione oppure come criterio valutativo dell'offerta, al fine di attribuire punteggi premiali*" (cfr. Cons. Stato, III, 12 luglio 2018, n. 4283 e id., V, 22 ottobre 2018, n. 6026, nonché id., III, 27 settembre 2016, n. 3970), ne deriva l'infondatezza dell'ultima doglianza;

CONSIDERATO quanto sopra si osserva, nei limiti di cui in motivazione, che nella vicenda in esame le previsioni della *lex specialis* risultano parzialmente difformi dalla normativa di riferimento;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disciplina di gara, nella parte in cui prevede il rating di legalità quale criterio premiale all'interno dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica, senza prevedere meccanismi di compensazione per evitare di penalizzare imprese estere e/o di nuova costituzione e/o carenti del previsto fatturato, non sia conforme all'articolo 95, comma 13 del d.lgs. n. 50/2016 e alle Linee Guida n. 2/2016, adottate dall'Autorità.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 febbraio 2023

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente