



DELIBERA N. 26

7 gennaio 2021

Oggetto

Fasc. UVLA n. 4983/2020

Agenzia Regionale per la Sicurezza Territoriale e la Protezione Civile della Regione Emilia Romagna.

Avviso di indagine di mercato per l'espletamento di procedura negoziata per l'esecuzione dei lavori di "Opere di messa in sicurezza del fiume Panaro in tratti saltuari, dall'abitato di Marano sul Panaro al ponte dell'SP16 a Spilamberto, al fine di risolvere criticità strutturali e morfologiche migliorando il sistema difensivo esistente e completare il ripristino delle condizioni di officiosità del sistema di briglie esistenti. Intervento eseguibile per stralci" (CUP: F13H18000200 001).

Avviso di indagine di mercato per l'espletamento di procedura negoziata per l'esecuzione dei lavori di "Completamento del sistema difensivo tra Sala Baganza e Parma – Tratto urbano della Città di Parma e acquisizione aree di sedime delle arginature attuali da Sala Baganza a Parma 1' stralcio (CUP: E93H19000260001).

Avviso di indagine di mercato per l'espletamento di procedura negoziata per l'esecuzione dei lavori di "Opere di difesa dell'abitato di Felino e San Michele Gatti in Comune di Felino (PR)" (CUP: E43H19000170001).

Nell'adunanza del 07.01.2021

Visto il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori

Considerato in fatto

Con plurimi avvisi di manifestazione di interesse pubblicati sul sito internet dell'ente in data 26.05.2020, l'Agenzia Regionale per la Sicurezza Territoriale e la Protezione Civile della Regione Emilia Romagna indiceva 3 indagini di mercato aventi ad oggetto l'individuazione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate per l'esecuzione dei lavori di messa in sicurezza del fiume Panaro in tratti saltuari, dall'abitato di Marano sul Panaro al ponte dell'SP16 a Spilamberto, di completamento del sistema difensivo tra Sala Baganza e Parma, ed infine per la realizzazione delle opere di difesa dell'abitato di Felino e San Michele Gatti in Comune di Felino.

Tali avvisi erano finalizzati alla ricezione delle manifestazioni di interesse da parte degli operatori economici interessati ad essere invitati alla procedura per l'affidamento dei suddetti lavori, da espletarsi tramite modalità telematica, sulla piattaforma di eProcurement "SATER" della Regione Emilia Romagna.

Con esposto acquisito al protocollo dell'Autorità con il numero 60124 in data 06.08.2020, ANCE - Associazione nazionale costruttori edili - segnalava la presunta illegittimità dei criteri di selezione inseriti nell'avviso pubblico di indagine di mercato inerente alla procedura di "Opere di messa in sicurezza del fiume Panaro in tratti saltuari, dall'abitato di Marano sul Panaro al ponte dell'SP16 a Spilamberto, al fine di risolvere criticità strutturali e morfologiche migliorando il sistema difensivo esistente e completare il ripristino delle condizioni di officiosità del sistema di briglie esistenti. Intervento eseguibile per stralci", rilevando, altresì, l'identità dei suddetti criteri illegittimi anche negli avvisi di indagini delle procedure contraddistinte con i CUP E93H19000260001 e E43H19000170001.

La prima anomalia riscontrabile attiene alla disposizione, prevista in tutti gli avvisi, di cui al paragrafo 11 denominato "fase successiva alla presentazione delle offerte" ai sensi del quale qualora il numero delle manifestazioni di interesse pervenute fosse superiore a 20, la stazione appaltante avrebbe provveduto ad assegnare agli operatori economici che hanno manifestato il proprio interesse specifici punteggi secondo i non conformi criteri di seguito evidenziati.

In particolare ai sensi della lettera b) costituisce criterio premiale "Esecuzione di lavori analoghi a quelli oggetto del contratto da affidare realizzati nei 5 anni precedenti all'avvio della procedura nello specifico settore e categoria SO1/OG8, calcolati dalla data di ultimazione dei lavori, da documentare mediante la produzione di certificati di esecuzione rilasciati dalle stazioni appaltanti competenti all'esecuzione degli interventi in materia di difesa del suolo e assetto idrogeologico ai sensi della Deliberazione n. 24 del 23 maggio 2013 dell'ANAC", con l'attribuzione di un punteggio massimo di 30 punti per i lavori analoghi (medesima categoria SOA) eseguiti per conto degli ex Servizi Tecnici di Bacino della Regione Emilia-Romagna ora Servizi incardinati nell'Agenzia Regionale per la Sicurezza Territoriale e la Protezione Civile; e 6 punti massimi per i lavori analoghi eseguiti per conto di altre Stazioni Appaltanti operanti sul territorio nazionale con competenze in materia di difesa del suolo e assetto idrogeologico.

Costituisce altresì, ulteriore criterio premiale quello previsto alla lettera c) ovvero la distanza chilometrica della sede legale e/o della sede operativa, quest'ultima costituita da almeno 6 mesi, dell'operatore economico, risultante dal certificato C.C.I.A.A., rispetto al luogo di esecuzione dei lavori con l'attribuzione di un punteggio massimo di 20 punti in caso di ubicazione inferiore a 10 km, 10 punti per una distanza compresa tra 40 km e 80 km, 5 punti per una distanza compresa tra 80 km e 100 km, ed infine 1 punto per una distanza superiore.

Preso atto del contenuto del suddetto esposto, rilevando una possibile violazione della normativa codicistica, ed in particolare degli articoli 84 e 30 del D.lgs. 50/2016, nonché delle Linee Guida ANAC n 4 recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici", stante la presumibile violazione del principio di territorialità e della rivalutazione dell'esperienza maturata dall'operatore economico, è stata quindi inoltrata con nota prot. n. 74613 del 09.10.2020 comunicazione di avvio del procedimento, formulando all'Agenzia specifica richiesta di chiarimenti ed osservazioni in merito alla ritenuta illegittimità delle norme sopra richiamate, non solo in riferimento alla procedura specificatamente contestata da ANCE, ma anche in riferimento alle procedure contraddistinte con i CUP E93H19000260001 e E43H19000170001 stante l'identità dei requisiti ivi previsti.

Con nota acquisita al protocollo ANAC con il numero 79377 in data 26.10.2020, l'Agenzia Regionale, nella persona del Direttore Dott.sa R.N., ha fatto pervenire il riscontro in merito alle criticità comunicate, rappresentando le considerazioni di seguito riportate, ritenute - in esito al loro esame - solo parzialmente accoglibili.



Rinviando per il merito alle considerazioni di seguito riportate, si dà atto della volontà collaborativa espressa dal Direttore, anche a seguito del richiamo svolto dall'Autorità con il provvedimento del 28 agosto 2020 inerente al fascicolo UVLA n. 2448/2020, avente ad oggetto un caso analogo, con l'invito nei riguardi della SA a tenere conto per il futuro del ricorso a criteri di valutazione oggettivi e razionali. Stante l'antiorità temporale degli avvisi in oggetto rispetto al provvedimento adottato dall'Autorità sopra richiamato, il Direttore dell'Agenzia, oltre che chiarire il modus procedendi dell'Amministrazione nei casi segnalati, sottolineava l'impossibilità di adeguare detti avvisi alle raccomandazioni ivi contenute, evidenziando, purtuttavia, una sostanziale volontà di conformazione pro futuro..

Considerato in diritto

Come evidenziato nelle premesse fattuali, la fattispecie in esame verte in ordine alla previsione di un punteggio premiale per l'esecuzione di lavori analoghi precedentemente svolti dall'operatore.

L'attribuzione di un punteggio per l'esperienza maturata dall'operatore, già oggetto, peraltro, di valutazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA, si pone in contrasto con quanto disposto dall'art. 84 del D.lgs. 50/2016 secondo cui gli operatori provano il possesso dei requisiti di qualificazione mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC, nonché dalle Linee Guida ANAC n 4 recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 e da ultimo aggiornate con delibera del Consiglio n. 636 del 10 luglio 2019, secondo cui "*L'eventuale possesso dell'attestato di qualificazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell'affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti*".

Inoltre, anche l'articolo 60, comma 4, del D.P.R. n. 207/2010 (ancor oggi vigente ai sensi dell'art. 216, comma 14, dell'attuale codice), prevede espressamente il divieto per le stazioni appaltanti di "*richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente regolamento*".

Orbene come anche recentemente ribadito da Quest'Autorità "*l'attestazione SOA costituisce presupposto sufficiente per la partecipazione alle gare, senza che vi sia la necessità per il concorrente di provare ulteriori requisiti di qualificazione*" (Delibera n. 1026 del 25.11.2020).

Ulteriormente è stato affermato il principio per cui "*il possesso di qualificazione SOA assolve ad ogni onere documentale circa la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici, e risponde al divieto di aggravamento degli oneri probatori in materia di qualificazione*" (Delibera n. 601 del 31.05.2017).

Al riguardo il Direttore dell'Agenzia, nella nota di controdeduzione osservava che "*lungi dal rappresentare un ulteriore requisito di qualificazione degli operatori economici per la partecipazione alla gara, la contestata previsione di cui al punto 11 lett. b) si pone piuttosto in un momento successivo all'avvenuta dimostrazione da parte degli operatori del possesso di tale requisito. In altre parole, l'applicazione di detto criterio da parte dell'Agenzia presuppone che siano intervenute già manifestazioni di interesse validamente presentate, ossia in possesso del necessario requisito di qualificazione, e che queste siano in numero superiore al limite massimo fissato dall'Agenzia.*"

Orbene pur prendendo atto di quanto sostenuto dall'Amministrazione in merito ai requisiti di qualificazione e al non aggravamento degli oneri probatori in materia di qualificazione, tale criterio si ritiene idoneo alla selezione degli operatori da invitare alla successiva procedura.

Acclarata la mancanza di un obbligo in capo all'Amministrazione di invitare alla procedura tutti gli operatori che ne facciano richiesta (in tal senso Tar Veneto, sent. n. 628/2017), appare indubbio che la

stessa debba fissare criteri di selezione oggettivi, razionali e coerenti con i principi sopra richiamati, e soprattutto diversi da quelli già oggetto di valutazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione da parte delle SOA.

Conformemente a quanto previsto nelle Linee Guida n 4, infatti, la stazione appaltante nella fase delle indagini preliminari, per la selezione degli operatori da invitare alla successiva fase, deve far ricorso a criteri oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento, e nel rispetto dei principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. (Delibera n. 1026 del 25.11.2020).

Come anche già chiarito dall'Autorità, pur volendo accogliere la legittimità del criterio del progresso svolgimento di lavori analoghi, la stazione appaltante avrebbe dovuto specificare i sotto-criteri in base ai quali compiere la valutazione circa le esperienze contrattuali pregresse, al fine di scongiurare possibili decisioni arbitrarie in danno ai principi di non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità (in tal senso delibera n. 708 del 23.07.2019).

Viepiù, ulteriore elemento di anomalia del criterio valutativo de quo si rinviene nell'attribuzione di un maggior punteggio per le esperienze maturate presso la stazione appaltante ovvero presso gli ex Servizi tecnici regionali di Bacino oggi incardinati nell'Agenzia Regionale per la Sicurezza Territoriale e la Protezione Civile.

Tale criterio prevedendo un trattamento maggiormente premiale nei confronti delle imprese già operanti con la committente, violerebbe, infatti, il principio di concorrenza e di parità di trattamento degli operatori economici, ed in particolare l'articolo 30 del D.lgs n. 50/2016, secondo cui: *"le Stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici"*.

Tale criterio introduce, dunque, in via surrettizia, un requisito di carattere territoriale poiché favorisce maggiormente le imprese operanti sul territorio.

Per tale ragione non possono essere accolte le motivazioni svolte dalla SA secondo cui *"tale criterio di selezione appare oggettivo e viepiù congruente in relazione alle specificità proprie delle lavorazioni connesse alle attività di competenza dell'Agenzia. Come meglio specificato nel par. 1 delle premesse in fatto della presente memoria, l'Agenzia è ente deputato allo svolgimento di funzioni pubblicitiche altamente specialistiche e dall'elevato contenuto tecnico. Appare perciò opportuno inserire tra i nove criteri di selezione delle manifestazioni di interesse, nell'eventualità in cui queste risultino essere superiori a venti, un criterio che tenga conto della dimostrata capacità operativa dell'impresa di rispondere adeguatamente alle esigenze specifiche degli interventi di diretta competenza dell'Agenzia, indissolubilmente connessi anche alla peculiare morfologia del territorio e delle risorse naturali alla cui protezione l'Agenzia è preposta"*.

L'esigenza di selezionare operatori aventi specifica competenza nel settore in oggetto viene garantita, infatti, dall'esatta definizione della categoria delle lavorazioni oggetto dell'appalto.

Inoltre, pur volendo ammettere la possibilità per l'Amministrazione, nell'esercizio del suo potere discrezionale, di voler circoscrivere l'esperienza maturata dagli operatori nei confronti di enti che operano nella specifica materia oggetto dell'appalto, permane la discriminatorietà dell'attribuzione di un punteggio differenziato, peraltro in termini molto ampi, tra lavori svolti presso l'Amministrazione indicente la procedura e lavori, della medesima natura, svolti dall'operatore economico per altre amministrazioni.

Ulteriore criterio di territorialità nella selezione degli operatori viene rinvenuto nell'attribuzione di un punteggio maggiore per gli operatori aventi sede legale/operativa più prossima al luogo di esecuzione dei lavori.



Tale previsione comporta una selezione basata sulla vicinitas territoriale dell'impresa, ed in quanto tale, restrittivo della concorrenza e lesivo dei principi di non discriminazione e parità di trattamento degli operatori economici, poiché, di fatto, limita l'accesso alla procedura ai soggetti già operanti sul territorio. Tale disposizione, dunque, si pone in contrasto con quanto previsto dall'articolo 30 del D.lgs. 50/2016 secondo cui le amministrazioni nell'affidamento degli appalti garantiscono i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, ed in particolare non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici.

Come sopra specificato anche le Linee guida n. 4 prevedono che nell'avviso pubblico di avvio dell'indagine di mercato ovvero di costituzione dell'elenco, la stazione appaltante indica i criteri di selezione, che devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento, e nel rispetto dei principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

Il principio di non discriminazione, in particolare, comporta il divieto di privilegiare gli operatori che prestano la propria attività nello stesso ambito territoriale di esecuzione dei lavori oggetto della procedura nell'ambito della quale avviene la selezione (Determinazione ex AVCP n. 2 del 6.04.2011).

Sul punto la giurisprudenza qualifica come anticoncorrenziali le clausole *"che richiedono alle imprese partecipanti, quali requisiti di partecipazione o criteri tecnici per il riconoscimento di un maggior punteggio, l'ubicazione della sede operativa entro una certa distanza rispetto al servizio da espletare o la disponibilità di strutture o uffici operativi prima dell'aggiudicazione della gara"* (Tar Valle D'Aosta, sentenza n. 44 del 17.07.2018).

Parimenti si è espressa l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella segnalazione n. 1649 del 29 novembre 2019 rilevando che *"il maggior punteggio attribuibile a imprese operanti nel territorio di esecuzione dei lavori oggetto di affidamento appare idonea, come più volte rilevato, a limitare indebitamente la platea dei soggetti che potranno essere ammessi a partecipare, in applicazione di criteri discriminatori su base territoriale espressamente vietati, ai sensi degli artt. 10 e 12 del D.Lgs. n. 59/2010, e in violazione degli artt. 3, 41 e 117 Cost."*

Concludendo, per completezza, appare doveroso sul punto riportare le considerazioni svolte dalla Stazione Appaltante secondo cui *"l'Agenzia ha tenuto in debito conto l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui «la clausola di territorialità che impone agli operatori economici di possedere una sede operativa in un dato ambito territoriale, quale requisito di partecipazione alla gara e non come modalità di esecuzione del contratto, è illegittima per violazione dei principi di libera concorrenza, massima partecipazione e parità di trattamento» (ex multis, Cons. Stato, sez. V, n. 3147 del 2019). In effetti, nonostante molti degli interventi affidati possano richiedere una localizzazione degli operatori per questioni eminentemente tecniche, l'Agenzia riconosce che l'inserimento di siffatta clausola trovi più naturale collocazione nelle prescrizioni in sede di esecuzione. Si impegna perciò nelle prossime procedure ad evidenza pubblica ad inserire il criterio della distanza dalla sede legale od operativa dal luogo di esecuzione degli interventi, come «modalità di esecuzione del contratto», esclusivamente per quegli interventi che richiedono una localizzazione territoriale funzionale ad una loro migliore realizzazione sotto il profilo tecnico"*.

Tutto ciò considerato e ritenuto, in esito all'istruttoria espletata nell'ambito del procedimento di vigilanza in epigrafe

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 07.01.2021

DELIBERA

- la non conformità delle procedure in analisi ai disposti di cui agli articoli 30 e 84 del D.lgs. 50 del 18 aprile 2016, nonché delle Linee Guida n. 4, in quanto nell'avviso di indagine tra i criteri di selezione degli operatori è previsto un requisito territoriale in violazione dei principi di concorrenza e parità di trattamento e la dimostrazione delle pregresse esperienze contrattuali in termini non conformi;
- di trasmettere a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori la presente deliberazione all'Agenzia Regionale per la Sicurezza Territoriale e la Protezione Civile della Regione Emilia Romagna, invitando l'Ente alle valutazioni di competenza e a dare notizia circa le eventuali determinazioni assunte nel termine di 30 giorni;
- di disporre la pubblicazione della presente delibera sul sito istituzionale della Stazione Appaltante ai sensi dell'articolo 22 del vigente Regolamento di vigilanza in materia di contratti pubblici.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco