



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 1189 del 27 novembre 2019

Fascicolo UVLA 4499/2018

Oggetto: Accordo quadro per la realizzazione di interventi di m.s. finalizzati al recupero di alloggi sfitti in edifici ERP anche con riferimento ai quartieri obbiettivo individuati dall'amministrazione comunale suddiviso in due lotti non cumulabili – lotto 1 sede territoriale A-C e edifici extraurbani - lotto 2 sede territoriale B-D e edifici extraurbani (CIG lotto 1: 7642443778; CUP lotto 1: b45j18000140004; cig lotto 2: 7642455161; cup lotto 2: b45j18000150004; n. gara SIMOG: 7211910).

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visti il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ed il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

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

Premessa

In data 17.10.2018 risulta pervenuta al prot. dell'Autorità n. 85495 una segnalazione dell'Associazione di categoria [... *OMISSIS* ...] denominata "Atto di diffida e invito all'autotutela", con la quale, in relazione alla gara in oggetto, sono stati formulati rilievi in ordine alla intercorsa suddivisione in due macrolotti dell'appalto in relazione al rispetto dell'art. 51 del d.lgs. 50/2016, nonché in relazione ai previsti criteri di attribuzione dei punteggi tecnici, ritenuti "*quasi interamente basati su valutazioni di tipo "soggettivo" e su certificazioni e lavori analoghi eseguiti (peraltro dettagliati introducendo nella categoria della edilizia parametri escludenti e irrilevanti tipo lavori su "alloggi sfitti") e non su "migliorie" nella esecuzione delle opere*", evidenziando possibili violazioni delle disposizioni di cui agli artt. 30, 83, 84 e 135 del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 60 del d.p.r. 207/2010.

Avvio dell'istruttoria

Con nota pro. 90585 del 05.11.2018, l'Autorità ha avviato il procedimento istruttorio, finalizzato ad approfondire gli aspetti sopra evidenziati, in riferimento in primo luogo alle ragioni che hanno indotto la Stazione appaltante alla suddivisione in due macrolotti per un importo di progetto pari ad € 15.950.000,00 ciascuno, alla luce della previsione di cui al citato art. 51 del d.lgs. 50/2016, nonché, in

riferimento alle previsioni del disciplinare di gara, laddove è stato previsto che *“La valutazione dell’offerta tecnica avverrà secondo i seguenti parametri: A.1 Attività similari e pregresse 10 punti”*, con attribuzione di punti 5 per *“Interventi su alloggi sfitti in complessi residenziali”* e di ulteriori punti 5 per *“Produttività pregressa relativa ad interventi su alloggi sfitti in complessi residenziali 5 punti”*; ciò, in relazione a quanto previsto nelle linee guida dell’ANAC n. 2 del 02.05.2018, secondo le quali *“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. Naturalmente, anche in questo caso, la valutazione dell’offerta riguarda, di regola, solo la parte eccedente la soglia richiesta per la partecipazione alla gara, purché ciò non si traduca in un escamotage per introdurre criteri dimensionali?”*.

Con la medesima comunicazione veniva assegnato il termine di venti giorni per la formulazione di chiarimenti e per la resa delle informazioni richieste.

Controdeduzioni

Con nota acquisita al prot. dell’ANAC n. 96813 del 26.11.2018, risulta pervenuto il riscontro della stazione appaltante MM S.p.a., con il quale viene preliminarmente ribadita la legittimità del proprio operato, rilevando, con riguardo al profilo concernente l’applicazione dell’art. 51 del d.lgs. 50/2016 in materia di suddivisione in lotti e del *favor participationis* delle piccole e medie imprese, in primo luogo che *“le anomalie procedurali ritenute da controparte astrattamente discriminatorie e lesive della concorrenza sono palesemente infondate, in quanto alla procedura hanno potuto prendere parte anche le piccole e medie imprese, peraltro alla stessa stregua di precedenti affidamenti, di analogo oggetto, già aggiudicati dalla Scrivente”*, con il richiamo ai soggetti partecipanti alla procedura, identificati nel numero di sei, contemplando la partecipazione di piccole e medie imprese all’interno dei raggruppamenti/consorzi.

Oltre a tale precisazione preliminare, la stessa stazione appaltante ha precisato ulteriormente che *“la determinazione in ordine alla suddivisione dell’Accordo Quadro in oggetto in due lotti è, in ogni caso, conforme alla normativa comunitaria, la quale dopo aver previsto l’opportunità che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle piccole e medie imprese precisa che “l’amministrazione aggiudicatrice dovrebbe avere il dovere di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti mantenendo la facoltà di decidere autonomamente sulla base di qualsiasi motivo ritenga rilevante, senza essere soggetta a supervisione amministrativa o giudiziaria”. (cfr. considerando n. 78 della Direttiva 2014/24/UE)”*, aggiungendo che *“La medesima normativa ammette, inoltre, la possibilità che l’amministrazione aggiudicatrice decida che non sia appropriato suddividere l’affidamento in lotti ...”*.

Sulla scorta di tali precisazioni, è stato pertanto evidenziato che *“Nel caso di specie risulta, quindi, ancora una volta provata la correttezza delle scelte assunte dalle amministrazioni interessate (vale a dire il Comune di Milano e MM S.p.A.) che, al fine di soddisfare nel miglior modo possibile l’interesse pubblico a porre rimedio all’emergenza abitativa, hanno strutturato l’Accordo Quadro in oggetto compatibilmente con le proprie esigenze di agevolare l’esecuzione contestuale degli interventi sotto il molteplici profilo tecnico, economico e temporale, tramite la gestione di due differenti operatori economici (eventualmente anche in forma associata) dotati di un’adeguata struttura aziendale”*.

In riferimento all’ulteriore profilo di contestazione, afferente ai criteri di attribuzione dei punteggi tecnici, la stessa stazione appaltante ha fatto, in primo luogo, riferimento alle considerazioni espresse nei riguardi della stessa associazione segnalante, rilevando che *“Per quanto attiene, invece, al contestato elemento di valutazione riferito - seppur nella sola denominazione - alle attività similari e pregresse, preme chiarire che lo stesso non costituisce un requisito di partecipazione in termini di qualificazione (già assolto dalla dimostrazione del possesso di idonea attestazione SOA), ma rappresenta un criterio selettivo della qualità tecnica dei concorrenti attraverso la valutazione di due distinti sub-elementi di 5 punti ciascuno, su 70 punti complessivi riferiti al punteggio tecnico”*, aggiungendo di avere *“ritenuto di premiare quelle offerte che dimostrino di aver già adottato un’adeguata*

organizzazione di impresa nel contesto di precedenti realizzazioni, anche nell'ambito di edifici abitati?”, con l’ulteriore richiamo alle caratteristiche dell'Accordo Quadro, ritenuto dalla stessa stazione appaltante come “*caratterizzato, ad esempio, da una pluralità di interventi contestuali, dalla particolarità e dalla complessità dell'ambiente circostante il cantiere (tra cui altri appartamenti abitati), dal coinvolgimento contestuale di edifici e luoghi non adiacenti, oltre che dai tempi ristretti delle lavorazioni anche al fine di assicurare un costante presidio dei cantieri per evitare furti e occupazioni abusive ...*”.

In aggiunta a tali considerazioni, veniva ulteriormente riferito che “*Il contestato elemento di valutazione riferito alle attività similari e pregresse (per un totale di 10 punti) non solo non costituisce violazione alcuna delle disposizioni normative predette - che afferiscono al diverso ambito dei requisiti di qualificazione - ma si conferma, altresì, del tutto conforme alle previsioni di cui all'art. 95 del D.Lgs. 50/2016 e alle Linee Guida n. 2, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa"*, con il richiamo alle indicazioni contenute nelle suddette linee guida in ordine ai criteri di valutazione di cui all'art. 95, comma 6 del d.lgs. 50/2016.

Considerato in diritto

Come sopra evidenziato, il primo profilo contestato, oggetto d’istruttoria, ha riguardato l’operato della stazione appaltante in merito alla suddivisione dell’accordo quadro in due macrolotti distinti, di importo pari ad euro 15.950.000,00 ciascuno, laddove il segnalante ha evidenziato la mancanza di motivazione sulle relative motivazioni, alla luce di quanto previsto dall’art. 51 del d.lgs. 50/2016, il quale prevede espressamente che “*Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. 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*”.

A tale riguardo la stazione appaltante, nell’asserire la mancata sussistenza di profili lesivi della concorrenza, in ragione dell’avvenuta partecipazione anche di piccole e medie imprese in associazione tra loro, ha ritenuto di evidenziare il fondamento della scelta operata “*con le proprie esigenze di agevolare l'esecuzione contestuale degli interventi sotto il molteplice profilo tecnico, economico e temporale, tramite la gestione di due differenti operatori economici (eventualmente anche in forma associata) dotati di un'adeguata struttura aziendale*”.

In riferimento a tali considerazioni, nel prendere atto delle motivazioni addotte, si osserva in primo luogo che non risulta dimostrato l’assunto dedotto, in base al quale la gestione di due differenti operatori economici possa “*agevolare l'esecuzione contestuale degli interventi sotto il molteplice profilo tecnico, economico e temporale*”, tenuto peraltro presente quanto rilevato dalla stessa società committente, secondo cui si richiede all’affidatario di ciascun lotto che “*sia tecnicamente competente e strutturato per eseguire a regola d'arte almeno 780 interventi di recupero alloggi, nel corso della durata biennale dell'Accordo Quadro, caratterizzati dalla contestualità e dalla sovrapposizione temporale (e, solo in parte, anche spaziale) degli stessi*”.

Va, altresì, considerato che nell’ambito delle controdeduzioni fornite non risulta dimostrato il rispetto dell’art. 51 del codice, non rinvenendosi negli atti di gara le specifiche motivazioni in ordine alla scelta di prevedere due macrolotti.

Ulteriore criticità segnalata ha riguardato la previsione dei criteri per la valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, basati su elementi soggettivi e su certificazioni di lavori analoghi eseguiti. In riferimento a tale aspetto, si osserva che il disciplinare di gara, nel regolare il contenuto dell’offerta tecnica, prevede l’attribuzione di un punteggio per “*A.1) Attività similari e pregresse (max 10 punti)*”, suddiviso tra due sub-criteri, che prevedono rispettivamente “*Sub-criterio A.1.1) (max 5 punti) [max 4 facciate A4] – Interventi su alloggi sfitti in complessi residenziali*” e “*Sub-criterio A.1.2) (max 5 punti) [max*

2 facciate A4]: – produttività pregressa relativa ad interventi su alloggi sfitti in complessi residenziali?

Nell'ambito dello stesso disciplinare si osserva la presenza di un ulteriore criterio afferente a “A.3) *Certificazioni in possesso dei concorrenti (max 12 punti)*”, suddiviso tra i seguenti tre sub-criteri: a “*Sub criterio A.3.1 (max punti 4) [max2 facciate A4] – Certificazione del Sistema di gestione della Sicurezza e della Salute dei Lavoratori?*”; “*Sub criterio A.3.2 (max punti 4) [max2 facciate A4] – Certificazione del Sistema di Gestione Ambientale?*”; “*Sub criterio A.3.3 (max punti 4) [max2 facciate A4] – Certificazione Responsabilità Sociale di Impresa?*”.

In linea generale, va al riguardo osservato che il succitato criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è finalizzato a premiare il merito tecnico dell'offerta oggettivamente considerata richiedendosi, per la corretta applicazione, che gli elementi di valutazione prescelti siano tali da evidenziare il maggior pregio della proposta contrattuale resa in favore dell'amministrazione appaltante.

In ordine a tale profilo, si richiama il contenuto delle Linee Guida n. 2 dell'ANAC di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”, le quali, pur riconoscendo che con l'elencazione esemplificativa dei criteri di aggiudicazione dell'appalto di cui all'art. 95 “*viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione*” e “*nella valutazione delle offerte possono esser valutati profili di carattere soggettivo*”, precisano che detta possibilità è consentita unicamente qualora tali profili “*consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli*” e che “*in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione*”, sempre che non rappresentino una modalità surrettizia per introdurre criteri dimensionali.

Nelle medesime linee guida risulta specificato che “*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. Tuttavia si può attribuire un punteggio maggiore in relazione alla specificità dei servizi come avviene per quelli relativi all'ingegneria e all'architettura in ordine ai quali è alta l'interrelazione tra la capacità dell'offerente e la qualità dell'offerta?*”.

Ciò posto, in relazione ai criteri di valutazione concernenti la pregressa attività dell'impresa, la stazione appaltante ha ritenuto di poter richiamare “*le peculiarità dell'Accordo Quadro in oggetto - caratterizzato, ad esempio, da una pluralità di interventi contestuali, dalla particolarità e dalla complessità dell'ambiente circostante il cantiere (tra cui altri appartamenti abitati), dal coinvolgimento contestuale di edifici e luoghi non adiacenti, oltre che dai tempi ristretti delle lavorazioni anche al fine di assicurare un costante presidio dei cantieri per evitare furti e occupazioni abusive?*”, ritenendo di poter “*giustificare la scelta della Stazione Appaltante di premiare (in termini, comunque, del tutto congrui e ragionevoli rispetto all'entità complessiva del punteggio qualitativo) chi già dimostri di possedere un'organizzazione di impresa?*”.

Tali considerazioni non si ritengono dirimenti dei profili di contestazione sopra evidenziati, in quanto le precedenti esperienze non si rilevano concretamente idonee ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti sotto il profilo qualitativo della prestazione offerta.

Come chiarito dall'Autorità, in relazione a criteri motivazionali, che fanno riferimento alla “*.. "esperienza maturata" a precedenti attività analoghe, senza alcun aggancio alle caratteristiche migliorative dell'offerta sotto il profilo qualitativo della prestazione che si intende fornire nell'esecuzione dell'attuale appalto?*”, va osservato che “*le tecniche normalmente impiegate dall'appaltatore non possono infatti essere considerate coincidenti con le modalità offerte per l'esecuzione dell'appalto?*”, non potendo assumere rilevanza “*.....la semplice presunzione che le abilità dimostrate in precedenti lavori analoghi garantiscano di per sé una determinata qualità della prestazione offerta?*” (Delibera n. 472 del 23 maggio 2018).

Le ulteriori osservazioni della S.A., volte a richiamare il contenuto delle linee guida n. 2 e la

quantificazione del punteggio riferibile a tale criterio, contenuto nel limite di 10 punti, non risultano altresì condivisibili, posto che nella soglia limite, definita dall'Autorità, di dieci punti, dovrebbero altresì computarsi gli ulteriori criteri di natura soggettiva/premianti che la Stazione Appaltante ha previsto nella disciplina di gara.

Sulla scorta di tale argomentazione, va pertanto evidenziato che, nel calcolo della cennata soglia di 10 punti, dev'essere ritenuto senz'altro computabile il punteggio riferito alle certificazioni in possesso delle imprese, già valorizzabili con l'attribuzione massima di 12 punti, riferite nel dettaglio alla “*Certificazione del Sistema di gestione della Sicurezza e della Salute dei Lavoratori*”, alla “*Certificazione del Sistema di Gestione Ambientale*” e alla “*Certificazione Responsabilità Sociale di Impresa*”, avuto riguardo all'orientamento espresso dall'Autorità, che, nel previgente regime normativo, ha precisato “...*l'illegittimità della clausola del bando di gara che introduce tra gli elementi di valutazione dell'offerta, le certificazioni del sistema di gestione per la sicurezza e di qualità ambientale, che hanno natura soggettiva, in quanto integra una violazione del divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta;*” (cfr. Parere n. 91, del 27 maggio 2015). Se tale divieto, nell'attuale sistema normativo, può ritenersi superato, la certificazione in esame, avente comunque carattere soggettivo, non può non assumere che un peso limitato nell'ambito della valutazione dell'offerta ed essere computata nel punteggio massimo attribuibile a tale tipologia di criteri.

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

DELIBERA

- di ravvisare una non adeguata motivazione alla base della suddivisione della procedura di gara in due macrolotti di notevole entità economica, alla luce di quanto previsto dall'art. 51 del d.lgs. 50/2016;
- di confermare il profilo di anomalia sotteso ai previsti criteri di attribuzione dei punteggi tecnici per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, risultati non coerenti con il disposto normativo, di cui all'art. 96 del codice, nonché con i principi espressi dall'Autorità nelle richiamate Linee Guida n. 2 recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”, in relazione alla separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione, prevedendosi elementi caratterizzanti la conformazione soggettiva dei partecipanti, e comunque elementi non direttamente incidenti sulla qualità della prestazione offerta.
- di inviare, a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori, la presente deliberazione alla stazione appaltante MM S.p.a., affinché comunichi, entro 30 giorni dal ricevimento, le valutazioni condotte, nonché le eventuali iniziative assunte.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 19 dicembre 2019

Il Segretario
Rosetta Greco