

ANAC ribadisce l'illegittimità della richiesta di requisiti soggettivi tra i criteri di valutazione

16 Gennaio 2019

L'**ANAC**, con la **delibera n. 1142 del 12 dicembre 2018**, è tornata ad esprimersi sulla delicata questione relativa alla legittimità della commistione dei requisiti soggettivi di partecipazione relativi alla capacità tecnico-professionale dell'operatore e i criteri oggettivi di valutazione dell'offerta.

Tema, questo, già ampiamente affrontato dalla giurisprudenza, sia comunitaria (cfr. Corte di Giustizia, 24 gennaio 2008, C.532/06; 19 giugno 2003, C-315/01) sia nazionale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279), nonché dalla stessa Autorità (cfr. delibera n. 70 del 24 gennaio 2018 e delibera n. 472 del 23 maggio 2018).

In particolare, l'Autorità, nel caso in esame, è stata chiamata ad esprimersi sulla legittimità di una documentazione di gara che prevedeva, *inter alia*, i seguenti criteri di valutazione dell'offerta tecnica:

1) con riferimento al criterio delle "*Risorse Umane*", venivano attribuiti 12 punti ai seguenti elementi:

- *Indicatore del numero dei dipendenti (maestranze) con anzianità professionale significativa;*
- *Indicatore del numero di dipendenti in possesso di diploma/laurea;*
- *Indicatore della vicinanza della manodopera;*
- *Professionalità del referente tecnico del concorrente.*

2) con riferimento al criterio dell' "*Organizzazione ed operatività*" venivano attribuiti 10 punti ai seguenti elementi:

- *Percentuale inferiore di lavorazioni affidate in subappalto rispetto alla quota massima subappaltabile e percentuale di lavorazioni affidate in subappalto ad operatori economici con sede operativa entro 50 km dalla sede del cantiere;*
- *Percentuale di prestazioni "non costituenti subappalto" affidate ad operatori economici con sede operativa entro 50 km dalla sede del cantiere, calcolata in termini economici sul totale dei subcontratti che verranno affidati.*

Con la citata delibera, l'Autorità è tornata a ribadire, in linea con i provvedimenti in precedenza citati, che **i criteri di valutazione dell'offerta non devono attenere ai requisiti di partecipazione del concorrente**, ma devono **essere concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate** dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante.

I criteri soggettivi possono costituire elementi di qualificazione dei concorrenti, ma non possono, invece, essere utilizzati per selezionare l'offerta, essendo allo scopo espressamente finalizzati i criteri di valutazione dell'offerta che devono essere oggettivi.

Tale distinzione e il connesso divieto generale di commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione rinviengono dunque la propria ratio nell'esigenza di aprire il mercato, premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese ritenute comunque affidabili, indipendentemente da profili soggettivi che ne caratterizzano l'incidenza operativa, e nel rispetto del canone di par condicio che osta ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo (Tar Napoli, Sez. VIII, 10 febbraio 2011, n. 825).

"Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è finalizzato incontrovertibilmente a premiare il merito tecnico dell'offerta oggettivamente considerata, per cui la sua corretta applicazione richiede che gli elementi di valutazione prescelti siano tali da evidenziare un maggior pregio della proposta contrattuale che dovrà esser resa in favore dell'amministrazione appaltante (Tar Sardegna, Sez. I, 20 luglio 2007, n. 1674)".

Ciò, anche alla luce delle novità introdotte dal nuovo art. 95 del Codice che supera, in parte, la rigida separazione tra i requisiti di partecipazione e i criteri di valutazione, però solo per quanto attiene all' "organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto" e solo a condizione che **tali elementi possano avere un'influenza diretta e significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto.**

Sul punto, le linee guida ANAC n. 2 - recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" - precisano che tale possibilità di commistione 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.

*La cennata corrispondenza, riporta le delibera in esame, risulta apprezzabile in modo forse più palese in quegli **appalti di servizi aggiudicati con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa**, nei quali, in concreto, la prestazione è spesso condizionata dall'organizzazione o dall'esperienza di mercato dell'offerente e, dunque, la capacità tecnica ed economica dell'offerente, in quanto strettamente inerente all'organizzazione del partecipante, finisce per incidere non solo sul piano della valutazione dell'astratta idoneità del prestatore ad eseguire il servizio, ma anche su quello ulteriore, concernente le modalità con le quali il servizio verrà reso, che rileva nella successiva fase di selezione della migliore offerta.*

Lo stesso legislatore comunitario, nel considerando 94 della Direttiva 2014/24/UE, nell'individuare i settori dove la qualifica e l'esperienza del personale possa avere una incidenza diretta e significativa sulla qualità dell'esecuzione dell'appalto, fa riferimento agli appalti per servizi intellettuali quali i servizi di consulenza o architettura, poiché è, in tale ambito, che *l'intuitus personae*, o meglio l'infungibilità soggettiva, ha senza dubbio un'incidenza diretta sulla definizione del contenuto della prestazione, di per sé non predeterminato, condizionandone direttamente la qualità.

Sul punto, va altresì evidenziato che la giurisprudenza nazionale ha ritenuto che la possibilità di prevedere dei requisiti dell'offerente, in sede di valutazione dell'OEPV, possa essere contemplata solo nell'ambito generale dei servizi, e non nei lavori, in ragione della vigenza nel nostro ordinamento del principio di sufficienza dell'attestazione SOA (**sentenza del 17 gennaio 2018, n. 279, Consiglio di Stato, Sezione V**).

L'ANAC, nel caso in esame, ha ritenuto necessario, pur trattandosi di lavori pubblici, effettuare una specifica analisi al fine di accertare se vi fosse un'effettiva e coerente corrispondenza tra i criteri di valutazione dell'offerta sopra evidenziati - ancorché di natura soggettiva - e il contenuto qualitativo

dell'offerta e quale fosse l'effettiva incidenza di tale criterio rispetto alla scelta della miglior offerta.

Al riguardo, l'Autorità ha osservato che *“Se risulta pacifico il contributo che può esser prestato all'appalto da un referente tecnico in possesso di particolari qualificazioni, sotto il profilo formativo ed esperienziale, non risulta invece in alcun modo dimostrato che la prestazione resa da un componente delle maestranze impiegate nel cantiere possa rivelarsi più efficiente ed efficace, e dunque migliorativa sotto il profilo qualitativo, qualora il dipendente di cui trattasi sia diplomato, o addirittura laureato, ed abbia un'anzianità professionale particolarmente elevata svolta sempre presso l'operatore economico che presenta l'offerta”*.

Di più.

La stessa Autorità ha ritenuto in contrasto con i principi concorrenziali anche il criterio che attribuisce ulteriore punteggio agli operatori economici in grado di dimostrare l'impiego di personale (maestranze e referente tecnico) proveniente dal territorio di riferimento.

Ciò, in quanto è ben possibile che anche operatori aventi dipendenti e organizzazione stabile al di fuori della distanza richiamata possiedano i requisiti tecnico-organizzativi richiesti per assicurare un'efficiente esecuzione dei lavori, così determinando un vantaggio del tutto svincolato dalle caratteristiche oggettive dell'offerta, in violazione dei principi che reggono il mercato concorrenziale

Così operando, i criteri prescelti dalla stazione appaltante, oltre a restringere la rosa dei partecipanti, scoraggiano la partecipazione di quei partecipanti che non possono vantare le caratteristiche richiamate, falsando l'obiettivo di garantire il miglior servizio alle condizioni maggiormente convenienti.

L'Autorità ha rilevato, poi, profili di anomalia anche con riferimento a due ulteriori criteri di valutazione dell'offerta, il primo relativo alla *“qualità dei materiali e delle proposte migliorative”*, ed il secondo relativo all' *“Assistenza post-appalto”*.

Il primo prevedeva che i singoli punteggi - per un totale 34 punti - fossero collegati a scelte progettuali già predeterminate dalla stazione appaltante, integrative delle previsioni di progetto poste a base di gara a cui i concorrenti avevano la possibilità di aderire o meno.

Così operando, *“nella sostanza, la Stazione Appaltante predispose una progettazione alternativa a quanto posto in gara, rimettendo i relativi oneri economici a carico delle imprese che aderiranno alle scelte operate dallo stesso Ente”*.

Ciò, in contrasto con la logica sottesa alle *“proposte migliorative”* che *“liberamente esplicarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara”* ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, salva la immutabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione (ex multis, da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 14 novembre 2018, n. 2423).

Il secondo, invece, concerneva la proposta di manutenzione/conduzione ordinaria gratuita di tutte le opere, materiali ed impianti da formulare per un periodo indicato in una o più annualità, con obbligo di intervento nelle 24 ore feriali successive.

Ora, è evidente che tale clausola fa sorgere un ulteriore rapporto contrattuale, del tutto autonomo, non inquadrabile in un normale rapporto di garanzia per vizi o difformità delle opere, rispetto all'affidamento dei lavori, palesando l'introduzione di elementi addizionali alla prestazione

contrattuale, ricadenti nel c.d. divieto di *“di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d’asta”* (art. 95, comma 14 bis, D.lgs. 50/2016).

In conclusione, i criteri indicati negli atti di gara, fatta eccezione per quello che si riferisce alla professionalità del referente tecnico, risultano, a parere dell’ANAC, *“non conformi alle previsioni di cui all’art. 95, del d.lgs. n. 50 del 2016, interpretato anche alla luce delle richiamate Linee Guida n. 2, recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”, in quanto suscettibili di determinare effetti distorsivi della concorrenza;*

Da ultimo, va evidenziato che l’Autorità, nel corso della trattazione, ha ribadito, come già esplicitato nelle citate linee guida n. 2, che, anche nel caso in cui l’utilizzo dei criteri di natura soggettiva sia giustificato da una effettiva e diretta incidenza sulla qualità della prestazione, in ogni caso, questi, complessivamente considerati, non possono attribuire un punteggio superiore alla soglia limite di dieci punti.

[34792-Del.1142.2018_2.pdf](#)[Apri](#)