



Presidente

Al Responsabile Unico del procedimento
Dott.ssa [omissis]

c/c Al Dirigente Gare e Contratti
Dott. [omissis]

c/o Città Metropolitana di Firenze
via Cavour 1, 50123, Firenze (FI)
Pec: [omissis]

e p.c. Spett. OICE
Associazione delle organizzazioni di ingegneria,
di architettura e di consulenza tecnico-economica
Pec: [omissis]

Fasc. Anac n. 1298/2022 (da citare nella corrispondenza)

Oggetto

Città metropolitana di Firenze – Procedura aperta per l'affidamento dell'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica per interventi di adeguamento del corridoio infrastrutturale Mezzana – Perfetti Ricasoli (CIG: 9121828299; importo della gara: € 372.487,33).
Nota di definizione ai sensi dell'articolo 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

In data 09/03/2022 perveniva per conoscenza a questa Autorità una segnalazione - acquisita al protocollo ANAC con il numero 17409 - con cui l'OICE (Associazione delle organizzazioni di ingegneria, di architettura e di consulenza tecnico-economica) lamentava la previsione nel disciplinare di gara della procedura in oggetto, di una clausola limitativa per la valutazione dell'offerta tecnica, in apparente contrasto con le linee guida ANAC n. 1 riportanti "*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*" e chiedeva alla stazione appaltante di conformarsi alle stesse.

In particolare, l'istante contestava il paragrafo 18.1 del disciplinare di gara, relativo ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica ed economica e, più precisamente, il subcriterio 1.a – affinità servizi di progettazione, laddove si richiedeva agli offerenti, al fine di dimostrare la professionalità e l'adeguatezza dell'offerta, di indicare "*un numero massimo di tre servizi relativi a interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico, scelti tra interventi qualificabili affini a quelli oggetto dell'affidamento*", i quali dovevano "*essere stati eseguiti e conclusi nei dieci anni precedenti la data di pubblicazione del bando*".

UFFICIO

T +39 06 367231

W www.anticorruzione.it

Via Marco Minghetti, 10

00186 - Roma

A parere dell'OICE, tale clausola, indicando un limite temporale per il requisito della professionalità e adeguatezza dell'offerta, risulterebbe in contrasto con le vigenti linee guida ANAC sopra citate che, sul punto, fanno riferimento a servizi affini senza alcun limite di tempo. Si rilevava, inoltre, che anche il bando-tipo ANAC n. 3, relativo alle *"procedure aperte per l'affidamento di servizi di architettura e ingegneria di importo pari o superiore ad € 100.000 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo"*, non fa alcun riferimento ad ambiti temporali limitanti per la valutazione del c.d. merito tecnico.

Secondo l'Associazione, perciò, i candidati avrebbero diritto ad illustrare in sede di offerta tre servizi relativi a interventi ritenuti significativi della propria capacità e affini a quelli oggetto dell'affidamento, svolti lungo tutto l'arco della loro vita professionale.

Con nota acquisita al protocollo ANAC n. 10798 del 11/03/2022, la stazione appaltante ha provveduto a dare riscontro all'istante in merito alle presunte criticità sopra riportate, rappresentando le seguenti considerazioni. In primo luogo, si evidenziava che al paragrafo VI punto 1.1, lettera a), delle Linee Guida n. 1 si prevede semplicemente che *"i criteri di valutazione delle offerte possono essere individuati nei seguenti: a) professionalità e adeguatezza dell'offerta desunta da un numero massimo di tre servizi... (omissis)..., scelti fra interventi qualificabili affini a quelli oggetto dell'affidamento, secondo quanto stabilito nel paragrafo V e dal DM tariffe"*, senza alcun specifico riferimento all'intero arco della vita professionale, così come indicato dall'istante. In secondo luogo, si osservava che la giurisprudenza amministrativa aveva già avuto modo di pronunciarsi in relazione alla presunta illegittimità della previsione di un disciplinare di gara che si discostasse dalle indicazioni delle linee guida, affermando che le indicazioni formulate dall'ANAC con i bandi-tipo, laddove intese a fornire suggerimenti alle stazioni appaltanti sui criteri qualitativi per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non fossero ascrivibili alla categoria delle linee guida vincolanti, per cui l'inosservanza delle stesse non potrebbe inficiare la legittimità di eventuali clausole di gara difformi.

A supporto di quanto detto, l'Amministrazione citava i seguenti due arresti giurisprudenziali: Consiglio di Stato sez. V n. 6026/2018 e Tar Liguria Sez. I n. 560/2019.

Secondo l'ente territoriale, perciò, la discrezionalità valutativa attribuita alle stazioni appaltanti, consente alle stesse, in forza di ragioni di pubblico interesse, di discostarsi dalle linee guida ANAC per *"cercare di individuare sul mercato operatori economici che abbiano svolto servizi affini in anni recenti e che dimostrino di essere soggetti attivi in ambito professionale"*.

Prima di proseguire con l'analisi della fattispecie in oggetto, merita rilevare preliminarmente che l'art. 213, comma 2, del d.lgs. 50/2016, nel delineare le funzioni e i poteri attribuiti a questa Autorità, dispone che *"L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche"* mentre, con particolare riferimento all'adozione da parte della stessa dei c.d. bandi-tipo, l'art. 71 del citato decreto legislativo precisa che *"Al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente alla adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi"* e che *"Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo"*. Dall'analisi di tali disposizioni emerge chiaramente il ruolo di fondamentale importanza che vengono ad assumere le linee guida e i bandi-tipo nel definire indirizzi ed istruzioni operative alle stazioni appaltanti, a tutela della concorrenza e dell'efficienza della pubblica amministrazione. Se dunque è vero, come affermato dall'Ente Comunale, che la giurisprudenza amministrativa ha più volte dichiarato la natura non vincolante delle linee guida ANAC redatte ai sensi dell'art. 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici, è altrettanto vero che la stessa giurisprudenza ha sempre affermato che qualora la stazione appaltante intenda disattendere le indicazioni riportate nelle linee guida, la stessa dovrà darne adeguata motivazione.

Anche il Consiglio di Stato, infatti, nell'esercizio delle proprie funzioni consultive, ha chiarito che *"In relazione al comportamento da osservare da parte delle stazioni appaltanti, questa Commissione speciale rileva che, se esse intendono discostarsi da quanto disposto dall'Autorità, devono adottare un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa"* e ancora che l'amministrazione potrà non osservare le linee guida soltanto se *"la peculiarità"*

della fattispecie concreta giustifica una deviazione dall'indirizzo fornito dall'ANAC ovvero se sempre la vicenda puntuale evidenzi eventuali illegittimità delle linee guida nella fase attuativa", precisando ulteriormente che " Al di fuori di questa ipotesi, la violazione delle linee guida può essere considerata come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, sulla falsariga dell'elaborazione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari" (parere numero 1767 del 2016).

Ne consegue che qualora le Stazioni appaltanti, in applicazione della loro discrezionalità valutativa, intendano derogare a singole disposizioni delle linee guida è necessario che le stesse, oltre a non potersene discostare in modo irragionevole e abnorme, motivino attraverso l'adozione di un apposito atto le ragioni di opportunità sottese a tale deroga. La motivazione, peraltro, a norma dell'art. 71 del codice dei contratti pubblici, dovrà essere maggiormente circostanziata qualora sia presente, come nel caso di specie, un bando-tipo che esplicita chiaramente i criteri di valutazione delle offerte.

In riferimento alla gara in oggetto, la stazione appaltante si è limitata ad inserire nel disciplinare la clausola limitativa, senza precisare le ragioni che hanno spinto la stessa a discostarsi dal bando tipo n. 3 usato come linea guida per la stesura degli atti di gara, così determinando un effettivo restringimento della concorrenza senza alcuna valida argomentazione a supporto di tale scelta. Quanto sinora detto assume un rilievo ancora maggiore se si considera che proprio in riferimento al criterio di professionalità e adeguatezza delle offerte, le linee guida n. 1 e, conseguentemente, il bando tipo n. 3 sono stati aggiornati con deliberazione ANAC n. 417 del 15.05.2019, espungendo dal testo qualsiasi limite temporale per la presentazione dei servizi affini.

Nella loro formulazione originaria, infatti, era previsto che i tre servizi ritenuti affini a quelli oggetto di gara, dovessero necessariamente essere stati eseguiti e conclusi nei dieci anni precedenti la data di pubblicazione del bando e ciò per evitare che si presentassero offerte di esperienze troppo risalenti nel tempo. Questo inciso temporale, invece, è stato eliminato nella loro versione aggiornata.

Nella relazione illustrativa alle linee guida, questa Autorità si è già pronunciata in merito alla scelta di eliminare tale limite temporale, precisando che nell'esperienza concreta la previsione si era rivelata limitativa della partecipazione alle procedure di gara, anche alla luce della crisi che ha investito il settore negli ultimi anni, con conseguente riduzione degli affidamenti. Quindi, per tentare di favorire la più ampia partecipazione alle procedure di gara, è stato eliminato il riferimento al periodo di dieci anni entro cui devono essere svolti i tre servizi idonei alla dimostrazione della professionalità del concorrente sulla base dell'esperienza pregressa.

Nella nota illustrativa al bando-tipo n. 3, inoltre, si precisa ulteriormente che *"la scelta, sollecitata da più Stakeholders, deriva anche dalla considerazione secondo cui eventuali rischi di presentazione in offerta di esperienze "obsolete", in quanto troppo risalenti nel tempo della vita professionale del concorrente – contrariamente a quanto avviene in tema di requisiti di accesso alla gara – possono essere agevolmente superati in sede di valutazione. Ciò, attribuendo, se del caso, un minor punteggio a quei curricula meno soddisfacenti in relazione ai criteri di cui ai punti 1.1 e 1.2, dell'allegato 1, parametro A"*.

La stazione appaltante, perciò, dovrà valutare *"i servizi descritti dal concorrente e relativi ad interventi dal medesimo ritenuti significativi della propria capacità e affini a quelli oggetto dell'affidamento, svolti lungo tutto l'arco della sua vita professionale"*.

Come traspare da quanto detto, quindi, la modifica prevista è riconducibile principalmente alla volontà di estendere quanto più possibile la massima partecipazione alle procedure di gara, in applicazione del principio di libera concorrenza, ma si concilia anche con l'interesse della Stazione appaltante al perseguimento dell'interesse pubblico, potendo disporre in questo modo di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni dalla stessa perseguiti.

In considerazione di quanto detto sinora, perciò, può affermarsi che la Stazione appaltante per discostarsi dalle indicazioni presenti nelle linee guida n. 1 e dal bando tipo n. 3, avrebbe dovuto motivare adeguatamente in relazione ai presupposti di fatto e alle ragioni di pubblico interesse che l'hanno spinto a reintrodurre il limite temporale dei dieci anni nella presentazione dei servizi affini.

Tale parametro, infatti, mira a valutare il livello di specifica professionalità del concorrente, richiedendo allo stesso di illustrare tre servizi affini a quelli oggetto dell'affidamento e dal medesimo ritenuti significativi della propria capacità, in modo che la stazione appaltante possa attribuire un maggior punteggio al concorrente che ha svolto servizi di ingegneria e architettura che, sul piano tecnologico, funzionale e di inserimento ambientale, rispondano meglio agli obiettivi che essa stessa intende perseguire. Ciò al fine di valutare nella gara in corso se

il progettista abbia precedentemente maturato un'esperienza che gli consenta di svolgere al meglio l'incarico da affidare.

Non avendo, invece, sufficientemente motivato in merito, tale clausola temporale non può che considerarsi in contrasto col principio del *favor participationis* e, dunque, limitativa della concorrenza.

In base a quanto sopra esposto, il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 14 settembre 2022 ha disposto la comunicazione della definizione del presente procedimento, ai sensi dell'art. 21 del vigente regolamento di vigilanza in materia di contratti pubblici, con invito nei riguardi di codesta Stazione Appaltante a voler tener conto di quanto specificatamente dedotto e rilevato nella presente comunicazione, in vista di un adeguato e puntuale rispetto della normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente il 16 settembre 2022