

DELIBERA N. 25

13 gennaio 2021

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla Lavanderia Industriale Cipelli S.R.L. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di lavanolo della biancheria piana, confezionata, lavaggio materasseria e ricondizionamento capi ospiti occorrenti all'A.S.P. I.M.M.E.S. P.A.T, per la durata di anni 5, mediante utilizzo di piattaforma telematica SINTEL.- Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: euro 5.853.301,05 - S.A.: Azienda di Servizi alla Persona Istituti Milanesi Martinitt e Stelline e Pio Albergo Trivulzio

PREC 252/2020/S

Riferimenti normativi

Articolo 83 d.lgs. n. 50/2016

Articolo 95 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Requisiti di partecipazione – previsione requisiti più stringenti – discrezionalità della stazione appaltante –proporzionalità, ragionevolezza, pertinenza e congruità all’oggetto contrattuale

Criteri di valutazione dell’offerta – certificazioni di qualità – discrezionalità della stazione appaltante – esigenza di garantire un livello qualitativo e tecnico–prestazionale

Valutazione dell’offerta - Soglia di sbarramento - ammissibilità

Massima

La stazione appaltante, nel definire i requisiti tecnici e professionali dei concorrenti, vanta un margine di discrezionalità tale da consentirgli di fissare requisiti di partecipazione alla gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore e parametrati all’oggetto complessivo del contratto di appalto.

Nella valutazione delle offerte possono essere considerati i profili di carattere soggettivo introdotti dal Codice qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l’affidabilità dell’offerta o di valorizzare caratteristiche dell’offerta ritenute particolarmente meritevoli. A tal fine, le certificazioni di qualità, in quanto in grado di illustrare anche caratteristiche oggettive del processo produttivo aziendale del concorrente medesimo, possono concorrere all’assegnazione dei punteggi previsti per la valutazione dell’offerta tecnica.



Nel procedimento di valutazione dell'offerta, la soglia di sbarramento è finalizzata a garantire una qualità elevata delle offerte presentate per effetto di una valutazione *ex ante* secondo la quale l'offerta tecnica che si colloca sotto tale soglia sia inidonea a condurre all'aggiudicazione, anche a prescindere dalla valutazione dell'offerta economica, in quanto "qualitativamente inadeguata".

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 13 gennaio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n.90189 del 26 novembre 2020, presentata dalla Lavanderia Industriale Cipelli S.r.l. relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante chiedeva all'Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità delle clausole della *lex specialis* inerenti la richiesta di alcuni requisiti di partecipazione e l'attribuzione di punteggi a specifiche certificazioni ritenendole limitative della concorrenza e in violazione dei principi di *favor participationis*, ragionevolezza e proporzionalità;

CONSIDERATO che, nello specifico, l'istante contestava, da un lato, la clausola di cui al punto 7.2 lettera b) del disciplinare in quanto «*esige il "requisito speciale", non previsto specificamente dalla legge, di aver eseguito almeno un contratto nel triennio antecedente presso una R.s.a. con minimo 400 ospiti, escludendo (come da chiarimenti della Stazione appaltante) la frazionabilità del titolo negoziale necessario per la partecipazione in gara*», sostenendo la rilevante esiguità del numero di operatori economici nel territorio della Regione Lombardia in grado di soddisfare tale requisito, stante anche la previsione di cui alla disciplina di gara secondo cui «*solo laddove un RTI concorrente abbia in essere presso altre struttura un contratto con le caratteristiche richieste come sopra, eseguito dal medesimo raggruppamento, nella stessa composizione soggettiva, il requisito di cui all'articolo 7.2 lettera b) del disciplinare possa essere soddisfatto cumulativamente dai partecipanti al RTI*»; nonché, dall'altro, riteneva illegittima la previsione di cui all'articolo 18 del disciplinare di gara, laddove «*conferisce in termini di punteggio assegnabile un vantaggio sostanziale a coloro che sono in possesso delle certificazioni EMAS, SA8000 e UNI CEI ISO 50001*», prevedendo altresì una soglia di sbarramento;

VISTA la documentazione di gara e, nello specifico le clausole oggetto di contestazione, di cui all'articolo 7.2 del disciplinare di gara e all'articolo 18 e ai relativi chiarimenti, rispettivamente inerenti il possesso di uno dei requisiti di partecipazione alla procedura e l'attribuzione dei punteggi alle certificazioni di qualità;

VISTA, nel dettaglio, la clausola di cui all'articolo 7.2 – Requisiti di capacità tecnica e professionale, come risultante dalla modifica pubblicata dall'amministrazione l'11 novembre 2020, che richiedeva di: «a) aver eseguito regolarmente, nell'ultimo triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, per almeno 36 mesi consecutivi, servizi analoghi a quelli oggetto della presente procedura per un importo pari a € 2.000.000,00; b) aver eseguito regolarmente, nell'ultimo triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, per almeno 36 mesi consecutivi, almeno un contratto di importo pari, complessivamente nel predetto triennio, ad euro € 300.000,00 per servizi di lavaggio biancheria ospiti, presso una struttura residenziale e socio assistenziale accreditata pubblica o privata, per anziani autosufficienti e/o anziani non autosufficienti e/o disabili, con minimo 400 ospiti»;



VISTO il chiarimento pubblicato dall'amministrazione in merito al sopra richiamato requisito, secondo cui «si precisa che il requisito di cui all'art 7.2, punto a), del Disciplinare di gara può essere posseduto cumulativamente dagli Operatori Economici che si presentino in forma associata. Al contrario, il requisito di ordine speciale di cui all'art 7.2, punto b), del Disciplinare di gara non può essere declinato cumulativamente, in quanto verrebbe meno la stessa natura unitaria espressamente prevista dal requisito di cui trattasi, che prevede la regolare esecuzione di "almeno un contratto" con le caratteristiche richieste, essendo chiaramente non frazionabile il titolo negoziale necessario ai fini della qualificazione. Si ritiene che, solo ed esclusivamente laddove il RTI concorrente abbia in essere presso altra struttura un contratto con le caratteristiche richieste eseguito da medesimo raggruppamento, nella stessa composizione soggettiva, il requisito in questione può essere coerentemente soddisfatto cumulativamente dai partecipanti al RTI»;

VISTO l'articolo 18 del disciplinare di gara che, nel definire i punteggi massimi attribuibili all'offerta tecnica ed all'offerta economica, nonché i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, sanciva con riferimento all'item "A - Certificazioni", l'attribuzione di un punteggio per il possesso delle seguenti certificazioni: "Certificazione EMAS" (1 punto), "Certificazione SA8000" (1 punto), "Certificazione UNI ISO 45001" (1 punto) e "Certificazione UNI CEI ISO 50001" (2 punti), nonché definiva una soglia di sbarramento tecnico, con conseguente mancata ammissione per gli operatori economici il cui punteggio qualitativo complessivo attribuito dalla Commissione, prima della riparametrazione, sia inferiore a 42/70, prevedendo altresì alcune soglie minime di sbarramento relative ai singoli item di valutazione, ad esclusione dell'item relativo alle proposte migliorative. Con successivo chiarimento pubblicato in data 11 novembre 2020, l'amministrazione esplicitava che: «Si confermano i criteri di valutazione dell'offerta tecnica come riportati all'art. 18 del Disciplinare di gara, anche riferitamente al criterio tabellare relativo al possesso della certificazione EMAS, in quanto coerente con i servizi oggetto della procedura di gara di cui trattasi e posto in congruente declinazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e logicità che orientano la materia nonché dell'interesse pubblico alla qualità tecnico-prestazionale dell'appalto, finanche in relazione alla corretta gestione ambientale del servizio oggetto di gara»;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 3 dicembre 2020, con nota prot. n. 92163;

VISTA la memoria della stazione appaltante nella quale la stessa, ribadendo la legittimità del proprio operato e specificando che la gara era stata indetta ai sensi dell'articolo 60 del d.lgs. n. 50/2016, con procedura aperta europea, rigettava le contestazioni sollevate dall'odierno istante. Dettagliatamente, con riferimento alle clausole inerenti i requisiti di partecipazione di cui all'articolo 7.2, asserite come limitative della concorrenza poiché prevedevano un requisito palesemente limitativo della partecipazione in gara - che solo 4 operatori economici nella Regione Lombardia avrebbero potuto soddisfare - l'amministrazione sosteneva come «*la formulazione del requisito di partecipazione di cui trattasi sia posta in modo rigorosamente coerente con l'interesse pubblico sotteso alla procedura, essendo incontestabili tanto l'idoneità e l'adeguatezza del requisito rispetto alla tipologia ed all'oggetto dello specifico appalto, quanto la pertinenza e la congruità dello stesso rispetto allo scopo perseguito dalla Stazione Appaltante, non potendosi nemmeno rilevare una eccessiva limitazione della concorrenza*», evidenziando altresì come la gara in questione, avendo natura europea, abbia una platea di concorrenti che travalica i confini regionali e anche nazionali. Altresì la stessa rappresentava come quanto asserito dall'istante in ordine alla presenza di poche strutture nel territorio regionale in grado di rispondere ai requisiti richiesti non risulterebbe confortato «*dall'analisi dell'Elenco delle residenze sanitarie*



assistenziali – RSA pubblicato su sito istituzionale Regione Lombardia, e che il requisito richiesto può essere posseduto attraverso la titolarità di un contratto di servizi con un committente (unico centro d'imputazione giuridica), cui ben possono fare capo più unità operative o sedi secondarie che assommano tra loro più di 400 posti letto; circostanza peraltro che caratterizza concretamente il settore di riferimento, laddove ordinariamente l'assetto contrattuale dei servizi viene definito, in modo organico ed unitario, a livello centrale tra la committenza e l'appaltatore, per poi trovare una declinazione logistica ed operativa distribuita su più unità periferiche dislocate sul territorio». Sulla base delle richiamate argomentazioni, l'amministrazione riteneva pertanto legittimo il requisito prescritto, in quanto orientato a garantire la selezione dell'operatore economico con specifica competenza operativa e capacità esecutiva dell'appalto, avente «un significativo profilo di complessità quali-quantitativa, tanto in considerazione delle attività istituzionali di profilo socio-sanitario e tutela della salute cui è strumentalmente asservito, quanto in relazione alle dimensioni logistico-strutturali dell'ASP cui è destinato», sottolineando altresì la possibilità degli operatori economici di ricorrere «al c.d. avvalimento tecnico – operativo finalizzato a colmare il deficit di risorse». Inoltre, la stazione appaltante, con specifico riferimento alla presunta illegittimità dell'articolo 18, chiariva come tale previsione fosse in linea con il dettato normativo di cui all'articolo 95, trattandosi di certificazioni «coerenti con l'oggetto dell'appalto e con il relativo settore merceologico e a presidio dell'interesse pubblico della Stazione Appaltante al conseguimento di un determinato livello qualitativo e tecnico-prestazionale di servizio» e rappresentava che la stessa previsione della soglia di sbarramento intendeva «consentire l'individuazione di offerte idonee a garantire un'adeguata qualità tecnica complessivamente intesa, ma anche uno standard qualitativo privo di squilibri tra i vari fattori di valutazione che compongono il progetto tecnico, essendo assicurato un livello prestazionale idoneo in relazione a tutti gli elementi tecnici previsti per il fine»;

VISTA la documentazione in atti e la memoria di replica dell'istante depositata;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità di clausole della disciplina di gara che prevedono requisiti di partecipazione e attribuzione di punteggi a certificazioni asseritamente stringenti e limitativi della partecipazione;

CONSIDERATO che, ai fini della risoluzione della questione, occorre richiamare il contenuto dispositivo dell'articolo 83, per quanto concerne i requisiti di partecipazione, e dell'articolo 95 del d.lgs. n. 50/2016, per quanto riguarda il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

CONSIDERATO che, in generale, in merito al primo profilo di contestazione concernente il possesso dei requisiti di partecipazione, giova ricordare come la giurisprudenza abbia affermato che la stazione appaltante, nel definire i requisiti tecnici e professionali dei concorrenti, vanta un margine di discrezionalità tale da consentirgli di definire criteri ulteriori e più stringenti rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto del limite della proporzionalità e della ragionevolezza, oltre che della pertinenza e congruità dei requisiti prescelti in relazione alle caratteristiche dello specifico oggetto di gara (circa la rilevanza del "vaglio in concreto" di tali presupposti cfr. delibera ANAC n. 99 del 10 giugno 2015) e che la stessa Autorità, nella delibera n. 830 del 27 luglio 2017, abbia stabilito che «i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore e parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto, giacché rientra nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge» (cfr., da ultimo, ANAC, delibera n. 393 del 29 aprile 2020);



CONSIDERATO che tale possibilità di fissare requisiti di partecipazione più stringenti, come evidenziato dalla stessa Autorità, «in punto di adeguatezza, corrisponde a un corretto uso del principio di proporzionalità nell'azione amministrativa: le credenziali e le qualificazioni pregresse debbono infatti – ai fini dell'efficiente risultato del contratto e dunque dell'interesse alla buona amministrazione mediante una tale esternalizzazione – essere attentamente congrue rispetto all'oggetto del contratto. Errerebbe l'amministrazione pubblica che, non facendosi carico di un tale criterio di corrispondenza, aprisse incautamente la via dell'aggiudicazione a chi non dimostri inerenti particolari esperienze e capacità. Naturalmente, sempre in ragione del criterio dell'adeguatezza, stavolta congiunto a quello della necessità, tali particolari requisiti vanno parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto ed essere riferiti alle sue specifiche peculiarità, al fine di valutarne la corrispondenza effettiva e concreta alla gara medesima, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti (cfr. ANAC, delibera n. 830 del 27 luglio 2017; delibera n. 794 del 19 luglio 2017; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 9 del 4 gennaio 2017);

CONSIDERATO altresì che la stessa Autorità ha anche specificato come «la ragionevolezza dei requisiti non deve essere valutata in astratto, ma in correlazione al valore dell'appalto e alle specifiche peculiarità dell'oggetto di gara» ritenendo altresì «ragionevole e non sproporzionato richiedere che l'esperienza pregressa si sia svolta in strutture di pari dimensioni» e che «appare giustificata la richiesta che tale esperienza pregressa sia stata maturata da un operatore economico unico» (cfr. ANAC, delibera 11 gennaio 2017 n. 5);

CONSIDERATO che, relativamente ai criteri di valutazione dell'offerta, l'articolo 95 prevede che i criteri di valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo devono essere oggettivi e connessi all'oggetto dell'appalto, ciò al fine di assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento;

RILEVATO che, sul punto, l'Autorità nella delibera n. 1005 del 21 settembre 2016, *Linee Guida n. 2, di attuazione del d. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa"*, ha chiarito che «sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto quei criteri che: riguardano lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito dell'affidamento sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del ciclo di vita (compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio o in un processo specifico per una fase successiva del ciclo di vita, anche se non sono parte del loro contenuto sostanziale); attengono alle caratteristiche dei lavori, dei beni o dei servizi ritenute più rilevanti dalla stazione appaltante ai fini della soddisfazione delle proprie esigenze e della valorizzazione degli ulteriori profili indicati dal Codice»;

CONSIDERATO, altresì, che nelle medesime Linee guida l'Autorità ha specificato che «le stazioni appaltanti devono individuare criteri di valutazione 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 citati criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo»; chiarendo altresì che nella valutazione delle offerte possono essere considerati i profili di carattere soggettivo introdotti dal Codice, 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 che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione, in ragione della previsione di cui al comma 13 dell'articolo 95 secondo cui, 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, all'impatto sulla sicurezza e salute dei lavoratori, a quello sull'ambiente (cfr., da ultimo, ANAC, delibera n.624 del 4 luglio 2018);

RILEVATO che, in generale, è stato evidenziato che le certificazioni di qualità possono «illustrare anche caratteristiche oggettive del processo produttivo aziendale del concorrente medesimo» e quindi concorrere all'assegnazione dei punteggi previsti per la valutazione dell'offerta tecnica, secondo le prescrizioni della *lex specialis*» ed è stato chiarito altresì che la possibilità di applicare in maniera "attenuata" il divieto generale, di derivazione comunitaria, di commistione tra le caratteristiche oggettive della offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente, è da ritenere ammessa soltanto al ricorrere di due condizioni: che aspetti dell'attività della impresa possano effettivamente "illuminare" la qualità della offerta e che lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo (cfr., da ultimo, ANAC, delibera n.624 del 4 luglio 2018; delibera n. 1091 del 25 ottobre 2017 e giurisprudenza ivi richiamata; nonché TAR Napoli, sentenza n. 5596 del 28 novembre 2017, TAR Veneto, sentenza n. 40 dell'11 gennaio 2018);

CONSIDERATO che, con riferimento alla soglia di sbarramento, la giurisprudenza e l'Autorità hanno avuto modo di chiarire come la stessa sia finalizzata a garantire una qualità elevata delle offerte presentate, ritenendo, per effetto di una valutazione *ex ante*, che l'offerta tecnica che si colloca sotto tale soglia sia inidonea a condurre all'aggiudicazione, anche a prescindere dalla valutazione dell'offerta economica, in quanto "qualitativamente inadeguata". Una clausola in tal senso che è censurabile solo in presenza di macroscopiche irrazionalità, di incongruenze o di palesi abnormità la cui *ratio* è quella di garantire per quella gara e in considerazione delle specifiche caratteristiche contrattuali un livello qualitativo delle offerte particolarmente elevato (cfr. da ultimo, TAR Veneto, 17 settembre 2020 n. 828, Consiglio di Stato, 12 giugno 2017 n. 2856; ANAC delibera n. 824 del 18 settembre 2019);

CONSIDERATO che la previsione di requisiti di partecipazione più rigorosi, come quelli oggetto di contestazione, nonché l'attribuzione di un punteggio alle certificazioni di qualità possano rientrare nel novero delle scelte discrezionali dell'amministrazione come sopra delineate, e che le stesse, nella gara in questione, sulla base delle argomentazioni fornite dall'amministrazione risultano adeguatamente motivate dalle esigenze dalla stessa perseguite nell'ambito dell'aggiudicazione del contratto oggetto dell'affidamento, non apparendo illogiche e sproporzionate, incongrue o non pertinenti rispetto alle caratteristiche specifiche dell'oggetto contrattuale;

RITENUTO, pertanto, che le clausole oggetto di contestazione nella presente controversia, per come interpretate e chiarite dall'amministrazione, non appaiono di per sé idonee a costituire un *vulnus* al principio di massima partecipazione alle procedure di gara, stante il sopra richiamato bilanciamento tra, da un lato, il principio del *favor participationis*, e, dall'altro, la tutela dell'interesse pubblico e delle precipe esigenze che quell'esecuzione contrattuale è chiamata a soddisfare, tali da giustificare una maggiore rigidità nella definizione di alcuni requisiti di partecipazione e nell'attribuzione di punteggi e definizione di relative soglie di sbarramento, al fine di garantire un determinato standard qualitativo nella selezione del operatore economico affidatario del contratto; ciò anche in considerazione della possibilità di ricorrendo ad altri istituti proconcorrenziali per soddisfare i requisiti richiesti e della avvenuta partecipazione di cinque operatori economici alla procedura dichiarata dall'amministrazione;

RITENUTE, conseguentemente, infondate le doglianze sollevate dall'odierno istante avverso le contestate clausole della disciplina di gara;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che i requisiti di accesso alla gara e i criteri di valutazione inerenti le certificazioni di qualità fissati dalla stazione appaltante non abbiano alterato il libero gioco della concorrenza e che, pertanto, le censure avanzate da parte istante non siano accoglibili.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 gennaio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente