DELIBERA N. 1026

25 novembre 2020

Oggetto

Fasc. UVLA n. 3930/2020

Unione Territoriale Intercomunale delle Valli e delle Dolomiti Friulane – Avviso di indagine di mercato per l'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata di lavori di ripristino dei pontili lungo le sponde del Lago di Barcis in Comune di Barcis (importo lavori: 282.172,09 euro).

Nell'adunanza del 25.11.2020

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 avviso di manifestazione di interesse pubblicato sul sito internet dell'ente in data 05.06.2020, l'Unione Territoriale Intercomunale delle Valli e delle Dolomiti Friulane indiceva un'indagine di mercato avente ad oggetto l'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata di lavori di ripristino dei pontili lungo le sponde del Lago di Barcis in Comune di Barcis.
Tale avviso era finalizzato alla ricezione delle manifestazioni di interesse da parte degli operatori economici interessati ad essere invitati alla procedura per l'affidamento di tali lavori, da espletarsi tramite modalità telematica, ai sensi dell'art. 58 del D.lgs. n. 50/2016, sulla piattaforma di eProcurement della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia "eAppaltiFVG".

Con esposto acquisito al protocollo dell'Autorità con il numero 60123 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 in oggetto.
La prima anomalia riscontrabile attiene alla disposizione di cui al paragrafo "Modalità di selezione degli operatori da invitare alla procedura negoziata", ai sensi del quale, qualora le manifestazioni di interesse pervenute dovessero essere superiori a 15, è prevista l'applicazione di appositi criteri premiali, attributivi di un punteggio predefinito.

ALESSANDRO
PIERDOMINICI
ANAC
02.12.2020
18:07:11 UTC

Si legge, altresì che, sulla base delle manifestazioni di interesse tempestivamente pervenute e dei punteggi risultanti, poi, la stazione appaltante avrebbe proceduto a stilare la relativa graduatoria e a formulare gli inviti a partecipare, sino al raggiungimento del numero massimo di 15 operatori.
In particolare ai sensi del punto 1) costituisce criterio premiale "l'idoneità operativa rispetto al luogo di esecuzione dei lavori" da intendersi quale vicinanza della sede legale o operativa del concorrente, con l'attribuzione di un punteggio massimo di 40 punti per gli operatori aventi sede ad una distanza stradale inferiore a 60 km, 32 punti per la distanza stradale superiore a 60 km e fino a 100 km, 24 punti in caso di distanza tra 100 e 140 km, 16 punti per la distanza tra 140 e 180 km, 8 punti per la distanza tra 180 e 220 km, e 0 punti in caso di sede distante più di 220 km dal luogo di esecuzione dei lavori.

Costituisce altresì, ulteriore criterio premiale, quello previsto al punto 2 recante "precedenti esperienze contrattuali, relative a lavori, maturate con la scrivente Stazione Appaltante o con altre Stazioni Appaltanti non necessariamente del territorio (fino ad un massimo di tre esperienze") nel corso dei 10 anni precedenti la data di pubblicazione del presente avviso (05.06.2010-05.06.2020), relative ai lavori di importo non inferiore ad € 150.000 con lavoro collaudato amministrativamente (o CRE), caratterizzato da una favorevole valutazione della qualità dell'opera"
In relazione a tale criterio viene prevista l'attribuzione di un punteggio massimo di 24 punti qualora l'operatori vanti tre esperienze, 16 punti per 2 esperienze, 8 punti in caso di un'esperienza, e 0 qualora l'operatore non abbia alcuna esperienza, nonché la "specializzazione dell'impresa nell'esecuzione di lavori analoghi (...): precedenti realizzazioni di lavori classificati nella categoria OG7, eseguiti negli ultimi 5 anni (periodo 16/01/2015 – 16/01/2020), singolarmente di importo superiore ad Euro 150.000,00" , con l'attribuzione di un punteggio massimo di 36 punti per più di 3 esperienze, e così a scalare, prevista dal punto 39 dell'avviso.

Lo scrivente Ufficio, preso atto del contenuto di tale esposto, rilevando una possibile violazione della normativa codicistica, ed in particolare degli articoli 30 e 84 del D.lgs. 50/2016, nonché delle 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", stante la presumibile violazione del principio di territorialità e della rivalutazione dell'esperienza maturata dall'operatore ha inoltrato, con nota prot. n. 74609 del 09.10.2020 comunicazione di avvio del procedimento, formulando all'Unione specifica richiesta di chiarimenti ed osservazioni in merito alla ritenuta illegittimità delle norme sopra richiamate.
Con nota acquisita al prot. ANAC con il numero 77004 in data 19.10.2020 l'Ente territoriale, nella persona del Responsabile Unico del Procedimento Dott.sa S. M. 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.

Preliminarmente si dà atto delle considerazioni svolte in merito al potere discrezionale in capo all'amministrazione, secondo cui "la stazione appaltante, nell'esercizio della propria attività amministrativa, nel rispetto dei principi di trasparenza non discriminazione proporzionalità, deve specificare nell'avviso i criteri discrezionali che saranno utilizzati per individuare gli operatori economici da invitare, qualora il numero dei richiedenti risulti superiore al numero dei soggetti da invitare."

In merito alle contestazioni oggetto dell'avvio il RUP chiarisce che "La Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia, Direzione centrale infrastrutture, mobilità, pianificazione territoriale, lavori pubblici, edilizia, nell'ambito della propria autonomia organizzativa, ai sensi della L.R. 13/2014, art. 24 e L.R. 14/2002, artt. 40 e 44 bis e con la collaborazione, fra gli altri, di ANCE FVG, ANCE di Gorizia, ANCE di Udine, ANCE di Pordenone, ANCE di Trieste, ha emesso direttive vincolanti per l'affidamento di lavori in data 07.08.2015. (...) I criteri generali di scelta indicati dalle direttive vincolanti sono finalizzati a selezionare operatori economici qualificati ed affidabili, escludendo il ricorso al sorteggio, criterio che non garantisce il rispetto di alcuno dei principi previsti dal Codice Appalti all'art. 30 comma 1 del Codice. Il ricorso al sorteggio infatti, come evidenziato nelle direttive, consiste nel mero affidamento al caso e non consente una vera e approfondita valutazione circa l'idoneità dell'operatore economico da invitare".

Aggiunge ulteriormente che "L'avviso di indagine di mercato oggetto del procedimento istruttorio ha utilizzato i criteri di scelta individuati dalle suddette direttive, ritenuti più idonei a garantire la qualità della prestazione nel rispetto dei principi di cui all'art. 30 del D.lgs. 50/2016 (economicità, efficacia, tempestività e correttezza; libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché pubblicità) nonché nel rispetto del principio di rotazione".

Considerato in diritto

Come evidenziato nelle premesse fattuali, la fattispecie in esame verte in ordine alla surrettizia introduzione del criterio di territorialità nella selezione degli operatori da invitare alla successiva procedura per l'affidamento dei lavori.

Il criterio dell'idoneità operativa dell'azienda, infatti, nell'avviso d'indagine, viene non congruemente qualificato dall'amministrazione quale distanza tra il luogo di esecuzione dei lavori e la sede legale e/o operativa del concorrente, risultante dal registro delle imprese.

Come già affermato da Questa Autorità, invece, il criterio dell'idoneità operativa rispetto al luogo di esecuzione dei lavori "non concerne la distanza della sede legale/operativa dal luogo di esecuzione dei lavori ma esclusivamente la capacità dell'impresa di intervenire, attraverso la propria organizzazione, in un determinato territorio" (delibera n. 1148 del 12.12.2018).

In tal senso, dunque, si ritiene congruo l'inserimento della suddetta previsione tra i criteri di selezione degli operatori da invitare ad una procedura negoziata, come già chiarito dall'Autorità nella determinazione AVCP n. 2 del 6 aprile 2011 recante "Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, con particolare riferimento all'ipotesi di cui all'articolo 122,

comma 7-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163" secondo cui "La stazione appaltante deve in ogni caso esplicitare nella determina a contrarre i criteri che saranno utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare; in caso di avviso preventivo detti criteri devono essere specificati nello stesso. A titolo indicativo possono essere utilizzati come criteri (...) l'idoneità operativa delle imprese rispetto al luogo di esecuzione dei lavori ed anche il sorteggio pubblico".

Appare, quindi, erroneo il riferimento operato dalla stazione appaltate nella nota di riscontro secondo cui "Tali criteri, sono stati riconosciuti anche come criteri generali di scelta degli operatori economici già a partire dalla determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 2 del 6 aprile 2011" in quanto l'idoneità operativa è stata ritenuta un criterio di selezione nel significato sopra analizzato che ben si differenzia, appunto dall'ubicazione della sede dell'impresa.

Nell'avviso in questione, invece, l'attribuzione di un punteggio elevato (pari a 40 punti) nei confronti degli operatori aventi sede legale/operativa entro 60 km dall'esecuzione dei lavori, costituisce un criterio di selezione di tipo territoriale, 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.

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

Tale disposizione, dunque, si pone in contrasto con i principi enucleati all'articolo 30 del D.lgs. 50/2016 che devono ispirare tutte le fasi della procedura, e dunque anche quella pre-gara, nonché con le Linee guida 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" adottate con delibera n. 1097 del 20.10.2016, e aggiornate da ultimo con delibera n. 206 del 1.03.2018, secondo cui "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".

Secondo quanto espresso dall'Autorità, peraltro sempre in riferimento alle disposizioni di cui alla direttiva adottate dalla Direzione Centrale infrastrutture e territorio della Regione Friuli Venezia Giulia in data 7 agosto 2015 e integrata con nota del 25 maggio 2016, "il criterio di selezione di tipo territoriale della distanza appare restrittivo della concorrenza e lesivo del principio di non discriminazione in quanto, di fatto, conferisce un vantaggio competitivo alle imprese che già operano nel territorio" (delibera n. 1148 del 12.12.2018).

Parimenti in tal senso si esprime anche la giurisprudenza rilevando "il carattere anticoncorrenziale di tutte quelle 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 pima dell'aggiudicazione della gara" (Tar Valle D'Aosta, sentenza n. 44 del 17.07.2018).
Per cui non possono ritenersi legittime le clausole che limitino in modo ingiustificato tanto la libertà di stabilimento, quanto la libertà di prestazione di servizi, in quanto idonee a produrre un iniquo vantaggio a favore degli operatori economici locali, a danno dei concorrenti non localizzati nel territorio, con conseguente lesione dei principi europei e nazionali di libera concorrenza e favor partecipationis (ex multis delibera ANAC n. 1142 del 12.12.2018, Consiglio di Stato n. 2238/2017).
Appare, altresì, inconferente il riferimento, operato nella nota di riscontro, all'"interesse locale e regionale della procedura" tale da consentire il ricorso ai criteri di selezione previsti nelle direttive regionali.
La limitatezza dell'ambito territoriale di applicazione, infatti, non può fungere da scriminate per la violazione del principio di concorrenza e parità di trattamento degli operatori economici.
In tal senso si è espressa anche la Corte Costituzionale che in una recente sentenza ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 10 comma 4 della L.R. Toscana n. 18/ 2019 nella parte in cui prevedeva, nelle procedure negoziate di importo inferiore a 1.000.000 euro, una riserva di partecipazione in favore delle micro, piccole e medie imprese con sede legale e operativa nel territorio regionale per una quota non superiore al 50%, in caso di individuazione degli operatori da invitare a seguito di indagine di mercato con manifestazioni di interesse, qualora il numero di operatori fosse superiore a quello fissato nella determina a contrarre, "in considerazione dell'interesse meramente locale".
I giudici della Consulta, confermando preliminarmente che "le disposizioni del codice dei contratti pubblici [...] regolanti le procedure di gara sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza, e [...] le Regioni, anche ad autonomia speciale, non possono dettare una disciplina da esse difforme", e ribadendo ulteriormente che "questa Corte ha più volte dichiarato costituzionalmente illegittime norme regionali di protezione delle imprese locali, sia nel settore degli appalti pubblici (sentenze n. 28 del 2013 e n. 440 del 2006) sia in altri ambiti", hanno dichiarato l'illegittimità della norma per violazione dell'articolo 30, comma 1 D.lg. 50/2016 in quanto lesiva dei principi di libera concorrenza e non discriminazione in esso sanciti, poiché "prevedendo un trattamento di favore per le micro, piccole e medie imprese radicate nel territorio toscano (...) è di ostacolo alla concorrenza, in quanto, consentendo una riserva di partecipazione, altera la par condicio fra gli operatori economici interessati all'appalto" (Corte Costituzionale sentenza n. 98 del 27 maggio 2020).

Appare, infine, inconferente la motivazione per cui "rispetto al criterio dell'idoneità operativa si rappresenta inoltre che l'avviso è stato pubblicato in piena emergenza COVID, quando, in base al "Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro" del 24.04.2020, le trasferte dei lavoratori erano sospese o annullate, per cui si è ritenuto in via cautelativa di invitare imprese che operano abitualmente in Regione o in aree limitrofe".

In primo luogo, infatti, la trasferta costituisce qualsiasi spostamento provvisorio del lavoratore dalla normale sede di lavoro ad altro luogo di lavoro, senza che rilevi la distanza percorsa.
Inoltre Il decreto legge 16 maggio 2020, n. 33 recante "Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19", pur non rendendo esplicitamente inefficace il citato Protocollo, ha tuttavia consentito a decorrere dal 2 giugno lo spostamento tra Regioni per comprovate esigenze lavorative, da giustificare mediante autodichiarazione, e dal 3 giugno 2020 gli spostamenti interregionali in assenza di giustificazione ed appare ovvio che in tali spostamenti siano ricomprese anche le trasferte.

Ulteriore anomalia attiene, invece, alla previsione, tra i criteri premiali di precedenti esperienze contrattuali, relative a lavori, maturate con l'Unione Territoriale Intercomunale delle Valli e delle Dolomiti Friulane o con altre Stazioni Appaltanti.
L'attribuzione di un punteggio per l'esperienza maturata dall'operatore, già oggetto di valutazione ai fini del rilascio del relativo attestato di qualificazione, si pone, infatti, in contrasto con quanto disposto dall'art. 84 del D.lgs. 50/2016 secondo cui "i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, provano il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 83, 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". Al comma 3 si precisa ulteriormente che, ad eccezione dei lavori di importo superiore a 20.658.276 euro, l'attestazione di qualificazione SOA costituisce "condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici".
Orbene come più volte chiarito 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. In particolare è stato affermato il principio per il quale "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).

In particolare nel "Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro" adottato dall'Autorità con Comunicato del Presidente del 16 ottobre 2014 si rileva che "il legittimo conseguimento dell'attestazione di qualificazione importa una presunzione di idoneità dell'impresa implicante una generale capacità giuridica della stessa alla stipulazione dei contratti di appalto e di concessione dei lavori pubblici" senza che possa incombere in capo al concorrente alcun onere.
Né assume rilevanza la considerazione operata dalla S.A. nella nota di riscontro secondo cui "Rispetto agli altri criteri premiali si è inteso dare priorità alle imprese che negli ultimi anni hanno maturato esperienza nel settore specifico, portando a termine i lavori con buon esito senza dar luogo a vertenze, dimostrando serietà e correttezza nei rapporti con la pubblica amministrazione".
Come sopra chiarito, infatti, ai sensi delle Linee Guida n 4, 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.
Sebbene non sussista un obbligo in capo alla stazione appaltante di invitare ad una procedura tutti gli operatori facenti richiesta, come chiarito anche dalla giurisprudenza (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.
Infine, pur volendo ammettere la legittimità del criterio dell'esecuzione di lavori analoghi a quello oggetto dell'appalto, aggiuntiva alla richiesta dell'attestazione di qualificazione SOA, ai fini dell'individuazione degli operatori economici da invitare alla gara, in quanto da ritenere criterio di selezione migliore del semplice sorteggio, la stazione appaltante avrebbe dovuto specificare i sotto-criteri in base ai quali sarebbe stata compiuta 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).

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 25.11.2020

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, peraltro in assenza dell'identificazione dei sub-criteri di valutazione;

- di trasmettere, a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori, la presente deliberazione all'Unione Territoriale Intercomunale delle Valli e delle Dolomiti Friulane invitando l'ente a dare notizia circa le eventuali determinazioni assunte;
- di disporre la pubblicazione della presente delibera sul sito internet della stazione appaltante ai sensi dell'articolo 22 del vigente Regolamento di vigilanza in materia di contratti pubblici.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

GIUSEPPE BUSIA
AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE - ANAC
PRESIDENTE
03.12.2020
10:49:47 UTC

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

ROSETTA GRECO
03.12.2020
18:07:00
UTC