Prot. n. 28

Spett. le R.U.P. Ing. Gianluca Storaci
PEC sac@pec.aeroporto.catania.it

Catania, 27 marzo 2020

***Oggetto**: Gara indetta dalla S.A.C. – Società Aeroporto Catania s.p.a., avente ad oggetto la aggiudicazione dell'appalto dei "Lavori di riqualifica ed ampliamento infrastrutture area di movimento – Taxiway "A" – CGA: 8157661ACF – CUP: H69D16001430005".*

Con riferimento alla gara di appalto di cui in oggetto è pervenuta a Codesta ANCE di Catania una duplice segnalazione, da parte di un'impresa iscritta, di cui di seguito diamo partitamente riscontro e segnaliamo.

Segnalazione n. 1 – "*Il disciplinare di gara (pag. 10-12) assegna sui complessivi 70 punti per l'offerta tecnica 20 punti per i requisiti rientranti nella lett. e) del comma 6 dell'art. 95 del Codice dei Contratti "organizzazione, qualifiche ed esperienza del perso-nale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto". Più precisamente si tratta del subcriterio B.1 "Organizzazione e qualità del gruppo di Lavoro" (12 punti) e del criterio D "Affinità delle lavorazioni per tipologia" (8 punti). In particolare, il criterio D prevede: "lavorazioni per tipologia desunta da n. 1 lavoro eseguito ed ultimato negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando, relativo a interventi ri-tenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare le opere oggetto d'appalto sotto il profilo tecnico. Il lavoro scelto dovrà essere affine a quello in affida-mento. Per affinità si intende la realizzazione di pavimentazione aeroportuali, durante l'operatività dello scalo, per aeroporti ICAO CODE 4D/E in analogia con la tipologia di opera oggetto di appalto (LAVORI DI RIQUALIFICA INFRASTRUTTURE AREA DI MO-VIMENTO – TAXIWAY A) e le relative classi e categorie di lavorazioni di cui è composta l'opera stessa", ovvero lavorazioni che non sono state eseguite negli ultimi 5 anni in nessuno degli aeroporti siciliani. Le Linee Guida n. 2 dell'ANAC limitano "il peso attribuito ai criteri di natura soggettiva (…) a non più di 10 punti sul totale, considerato che tali elementi non riguardano tanto il contenuto dell'offerta ma la natura dell'offerente", consentendo l'attribuzione di un punteggio maggiore esclusivamente ai servizi relativi all'ingegneria e all'architettura "in ordine ai quali è alta l'interrelazione tra la capacità dell'offerente e la qualità dell'offerta". Quanto sopra è confermato dai pareri precontenzioso e dalle Delibere dell'ANAC, tra le quali la Delibera n. 472 del 23 maggio 2018 e Delibera n. 1189 del 27 novembre 2019.*

Per tale motivo si chiede la riduzione del punteggio dei criteri soggettivi entro il limite dei 10 punti, con l'eliminazione totale del criterio D in quanto lo stesso non rientra nella lett. e)

del comma 6 dell'art. 95 del Codice dei Contratti, non avendo nessuna "influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto".

In ordine a tale segnalazione, si rileva che le richiamate Linee Guida n. 2 dell'ANAC di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, rubricate "*Offerta economicamente più vantaggiosa*", affermano 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***".

A tal riguardo, l'ANAC ha più volte ribadito (oltre alle delibere richiamate dall'impresa segnalante, si veda anche la delibera n. 1142 del 12 dicembre 2018), 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 rispon-denza alle esigenze della Stazione Appaltante.

Pertanto, 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 quindi essere oggettivi.

Ciò anche alla luce delle novità introdotte dal nuovo art. 95 del Codice degli Appalti, che, pur superando, in parte, la rigida separazione tra i requisiti di partecipazione e i criteri di valutazione, ammette però tale superamento 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.

Tale influenza, sostiene l'ANAC, risulta apprezzabile in modo più evidente negli **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 (oggettive) 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 in-

cidenza 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 particolare, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 279 del 2018 ha chiarito che "*E' vero che il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione della gara può essere interpretato "cum grano salis", per cui dunque le Stazioni appaltanti -nei casi in cui ravvisino l'opportunità che determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti l'oggetto del contratto, siano valutate anche per la selezione dell'offerta - possono prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti, in particolare, la specifica attitudine del concorrente, anche sulla base di analoghe esperienze pregresse, a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara.* ***Secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza amministrativa, tuttavia, la possibilità di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo riguarda solo gli appalti di servizi e sempre che ricorrano determinate condizioni****, come nel caso in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano effettivamente illuminare la qualità dell'offerta;* ***inoltre, lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non deve incidere in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo***".

Da ultimo, va altresì evidenziato che l'ANAC ha più volte ribadito, come già esplicato 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**.

Pertanto, trattandosi nel caso in esame di un appalto di lavori e non già di servizi, si chiede, alla luce di quanto sopra di voler procedere alla riduzione del punteggio massimo attribuibile ai requisiti di natura soggettiva entro la soglia dei 10 punti

*** * ***

Segnalazione n. 2 - "*L'attuale emergenza COVID 19 rallenta l'attività degli uffici gara e degli studi di progettazione, dovendo operare in smart working con l'ulteriore limitazione dell'utilizzo di hardware di limitata capacità rispetto a quelli ordinariamente in uso. Si chiede pertanto un rinvio della data di scadenza di almeno 30 giorni*".

In ordine a tale segnalazione, si rileva che sul punto il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con circolare esplicativa del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, recante

"*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*", ha chiarito che:

"*Il predetto decreto legge rappresenta una prima risposta del Governo diretta a fronteggiare l'emergenza collegata alla diffusione del virus Covid-19, garantendo la salute dei cittadini e al contempo sostenendo il sistema produttivo e salvaguardando la forza lavoro.*

Tra le varie disposizioni contenute nel decreto legge n. 18/2020, si ritiene oppor-tuno richiamare l'attenzione degli Uffici e delle società in indirizzo sull'articolo 103. Il citato articolo stabilisce che: "1. ***Ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di pro-cedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 feb-braio 2020 o iniziati successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 aprile 2020.*** *Le pubbliche amministrazioni adottano ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati. Sono prorogati o differiti, per il tem-po corrispondente, i termini di formazione della volontà conclusiva dell'amministrazione nelle forme del silenzio significativo previste dall'ordinamento*".

Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha quindi evidenziato che "***la disposta sospensione "dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data" per il periodo compreso tra il 23 febbraio 2020 ed il 15 aprile 2020 si applica, ad eccezione dei casi per cui il medesimo articolo 103 prevede l'esclusione, a tutti i procedimenti amministrativi e, dunque, anche alle procedure di appalto o di concessione disciplinate dal decreto legislativo 30 aprile 2016, n. 50. Si può, anzi, affermare, che tali procedure rappresentano la sedes materiae tipica di applicabilità della suddetta dispo-sizione, in quanto in esse la fase di formazione del vincolo contrattuale è retta da regole di diritto pubblico e si sviluppa in una sequenza procedimentale che culmina nell'adozione di un provvedimento di aggiudicazione e nella successiva stipulazione di un contratto.***

Tale interpretazione è, peraltro, coerente con la ratio legis sottesa alla disposizione di cui trattasi da individuarsi, da un lato, nella necessità di assicurare la massima partcipazione dei soggetti interessati nonostante la situazione emergenziale in atto e, dall'al-tro, nella necessità di "…evitare che la PA, nel periodo di riorganizzazione dell'attività lavorativa in ragione dello stato emergenziale, incorra in eventuali ritardi o nel formarsi del silenzio significativo".

Ne deriva che la previsione recata dall'articolo 103 del decreto legge n. 18/2020 risulta applicabile a tutti i termini stabiliti dalle singole disposizioni della lex specialis (esemplificativamente: termini per la presentazione delle domande di partecipazione e/o delle offerte; termini previsti dai bandi per l'effettuazione di sopralluoghi; termini con-cessi ai sensi dell'articolo 83, comma 9, del codice per il c.d. "soccorso istruttorio") nonché a quelli eventualmente stabiliti dalle commissioni di gara relativamente alle loro attività.

Quanto agli effetti pratici che ne discendono, si evidenzia che i termini inerenti le procedure di affidamento di appalti o di concessioni, già pendenti alla data del 23 feb-braio 2020 o iniziati successivamente a tale data, devono ritenersi sospesi per un periodo di 52 giorni (corrispondente al periodo intercorrente tra il 23 febbraio ed il 15 aprile 2020). Una volta concluso il periodo di sospensione, i termini sospesi cominciano nuova-mente a decorrere".

Pertanto, il richiesto rinvio in relazione alla gara *de qua* appare invero già disposto dall'articolo 103 del decreto legge n. 18/2020, per il periodo di 52 giorni intercorrente dal 23 febbraio 2020 al 15 aprile 2020.

Del resto, la possibilità di rinvio appare altresì in linea con i provvedimenti adottati per l'emergenza Corona-virus; pertanto **ben può la Stazione appaltante**, qualora vi siano delle procedure bandite ancora pendenti (cioè il cui termine per la presentazione dell'offerta non sia ancora scaduto), e nell'ipotesi in cui si ritenesse che, dall'eventuale continuazione della gara in simili circostanze, si generi il rischio di una lesione dei principi di massima concorrenza, **adottare formalmente la sospensione della procedura** in itinere proprio in relazione alla facoltà consentita dall'art. 2 del decreto 6/2020, **ovvero, una proroga** dei termini di gara (relativi, ad esempio, alla presa visione dei luoghi, alla presentazione delle offerte o al procedimento di "soccorso istruttorio", ecc...).

Ciò appare altresì in linea con quanto deliberato dall'ANAC, la quale, con comunicazione n. 268 del 19/03/2020, ha informato che, recependo i contenuti dell'art. 103, D.L. 17/03/2020, n. 18 e tenendo conto dell'emergenza sanitaria in atto, sono sospesi i termini per i procedimenti in corso e sono dilazionati i tempi per alcuni adempimenti previsti dalla legge.

Certi di un vostro positivo accoglimento, si porgono distinti saluti

Il Direttore
Ines Petrilla