



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 580 DEL 18 maggio 2016

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata Marketing Management s.r.l./ISTAT (Istituto Nazionale di Statistica) – procedura aperta comunitaria per l'affidamento in service della raccolta dei dati con tecnica CATI per l'indagine statistica “Consumi energetici delle famiglie” anno 2016. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. Importo a base di gara: 480.000,00 euro. S.A.: ISTAT (Istituto Nazionale di Statistica).

PREC 24/16/S

Criterio di aggiudicazione – caratteristiche dell'oggetto del contratto – scelta da parte della stazione appaltante

Ai sensi dell'art. 81 del d.lgs. 163/2006 la scelta tra i criteri di aggiudicazione ivi previsti, deve orientarsi tenendo presente l'unicità e l'automatismo del criterio del prezzo più basso e la pluralità e variabilità dei criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quali il prezzo, la qualità, il pregio tecnico, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, ecc. Il ricorso al criterio del prezzo più basso è ammesso nel caso in cui si tratti di servizi ripetitivi e non complessi, sicché l'unica variabile è costituita dal prezzo, rimesso all'offerta di ciascun concorrente. Qualora l'oggetto del contratto sia più articolato ed occorre tenere conto di una pluralità di elementi, anche qualitativi e non solo del prezzo, la scelta deve orientarsi verso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Art. 81, 82, 83 d.lgs. 163/2006

Bando di gara – preferenza alle imprese operanti sul territorio di riferimento - illegittimità

I bandi di gara non possono prevedere requisiti soggettivi dei concorrenti legati ad elementi di localizzazione territoriale, con effetti escludenti dalle gare pubbliche o con valore discriminante in sede di valutazione delle offerte e non attinenti alle reali esigenze di esecuzione del contratto ma esclusivamente ai requisiti tecnico-organizzativi delle imprese. Simili clausole rappresentano, infatti, una violazione dei principi di uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza, i quali vietano ogni discriminazione dei concorrenti *ratione loci*.

Art. 2, 64 d.lgs. 163/2006

Requisiti di partecipazione – capacità tecnica ed economica – discrezionalità della stazione appaltante – limiti.

Il d.lgs. 163/2006 nel caso di servizi e forniture (artt. 41 e 42), lascia ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti circa la possibilità di prevedere requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, per specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto; l'esercizio di siffatta potestà non si sottrae all'osservanza dei limiti intrinseci della discrezionalità amministrativa, ossia ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, ed in ogni caso non



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

può avere l'effetto di limitare indebitamente l'accesso alla procedura di gara ed il confronto concorrenziale in un determinato settore. La congruità e ragionevolezza dei requisiti di ammissione devono essere vagliate in concreto, in relazione alla natura delle prestazioni effettivamente rimesse all'appaltatore, secondo la disciplina contrattuale predisposta dall'Amministrazione, e con riguardo all'oggetto dell'appalto ed alle sue specifiche peculiarità: la richiesta di un determinato requisito va perciò correlata al concreto interesse perseguito dell'Amministrazione nella selezione del miglior contraente.

Art. 41, 42 d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 146847 del 4 novembre 2015, la società Marketing Management s.r.l. ha presentato istanza di parere di precontenzioso in relazione alla gara indicata in oggetto, lamentando la non conformità alla disciplina di settore di alcune previsioni del bando.

In particolare, l'istante ha chiesto all'Autorità di pronunciarsi in ordine ai seguenti aspetti: 1. legittimità della previsione (sez. III.2.3.) contemplante l'ubicazione nel territorio del Comune di Roma dei locali dedicati alla formazione, evidenziando che il servizio può essere svolto anche "da remoto"; 2. la legittimità, nel caso di specie, dell'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, posto che il bando di gara fissa in maniera puntuale tutte le caratteristiche del servizio richiesto senza lasciare alcun margine di discrezionalità alla imprese partecipanti; 3. la violazione del principio di libera concorrenza, per avere la stazione appaltante richiesto requisiti di capacità tecnica eccessivi e sproporzionati rispetto all'oggetto del contratto.

L'avvio dell'istruttoria è avvenuto in data 19 febbraio 2016, con nota prot. n. 29063.

E' quindi pervenuta la memoria dell'ISTAT, acquisita al prot. n. 33265 del 29 febbraio 2016, nella quale l'Amministrazione ha, in primo luogo, illustrato le caratteristiche della procedura di gara, evidenziando che le attività relative al progetto "indagine sui consumi energetici delle famiglie" si inquadrano nell'ambito del Regolamento comunitario n. 1099/2008, il quale prevede per ogni Paese dell'Unione la fornitura di dati corretti e validati relativi al consumo di energia da parte delle famiglie, entro il mese di novembre 2016. In secondo luogo, la SA ha controdedotto alle eccezioni sollevate dalla società istante in ordine ai contenuti del bando di gara, nei termini che seguono: 1. quanto ai requisiti tecnici (punto c.1, sez. III.2.3. bando di gara) ed alla richiesta di "locali idonei alla formazione ubicati nel territorio del comune di Roma", la SA evidenzia il limitato numero delle risorse Istat coinvolte nel progetto, le quali devono contemporaneamente assicurare la formazione dei rilevatori, le attività di supporto al progetto e le attività ordinarie; evidenzia altresì di essere in possesso di specifiche metodologie formative e di controllo di qualità e di aver, quindi, già utilizzato la formazione "da remoto" nell'ambito di quadri metodologici e assetti di indagine diversi da quelli oggetto di affidamento; 2. In ordine al requisito tecnico (punti a.2 e a.3, sez. III.2.3. del bando di gara), relativo al possesso, da parte dei concorrenti, di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

almeno un centralino telefonico elettronico con non meno 230 linee telefoniche e 180 postazioni CATI microfonate, la SA afferma che tale previsione è dovuta ai tempi ristretti con i quali l'aggiudicatario deve effettuare il servizio ed è derivata da un'approfondita analisi effettuata dall'Istat sulla base delle numerose esperienze pregresse maturate; in relazione ai requisiti informatici individuati nel bando (numero PC dedicati, software per la gestione del sistema CATI, etc.), l'Istat evidenzia che tali parametri vengono usualmente utilizzati dalla stessa amministrazione per assicurare affidabilità e prestazioni adeguate rispetto ai compiti previsti; 3. Infine, in ordine al criterio di aggiudicazione, la SA evidenzia l'importanza di una valutazione congiunta dei criteri di qualità e del prezzo offerto, trattandosi di criteri tecnici, operativi e di metodologia statistica che possono essere differentemente graduati dalle imprese in sede di offerta tecnica; importanti appaiono anche gli elementi innovativi che, nell'ambito delle metodologie definite, possono ulteriormente portare al miglioramento della qualità del prodotto.

Si osserva, infine, che l'importo dell'appalto è pari ad euro 480.000, Iva esclusa, più eventuale ampliamento del 20% del valore del contratto (quale previsione da intendersi riferita all'eventuale aumento delle prestazioni fino a concorrenza di un quinto del prezzo complessivo previsto dal contratto).

Ritenuto in diritto

In via preliminare, sembra opportuno affrontare la censura dell'impresa richiedente in ordine al criterio di aggiudicazione prescelto dalla SA per l'affidamento del servizio, ossia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A tal riguardo si evidenzia che, come chiarito dall'Autorità (det. 5/2011), l'art. 81, co. 1, del d.lgs. 163/2006 dispone che nei contratti pubblici la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; esiste una sostanziale equivalenza tra i due sistemi, tra i quali l'amministrazione può scegliere liberamente, in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, garantendo la valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza. La scelta tra i suindicati criteri, che sono astrattamente equiordinati, deve orientarsi tenendo presente l'unicità e l'automatismo del criterio del prezzo più basso e la pluralità e variabilità dei criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quali il prezzo, la qualità, il pregio tecnico, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, ecc. Dunque, il ricorso al criterio del prezzo più basso è ammesso nelle ipotesi in cui la stazione appaltante abbia ben individuato l'oggetto della gara in modo tale da non lasciare nell'offerta margini di definizione alle imprese concorrenti e, quindi, nel caso in cui si tratti di servizi ripetitivi e non complessi, sicché l'unica variabile è costituita dal prezzo, rimesso, appunto, all'offerta di ciascun concorrente. Qualora l'oggetto del contratto sia più articolato, di talché occorrerà tenere conto di una pluralità di elementi, anche qualitativi e non solo del prezzo, la scelta dovrà orientarsi verso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (determinazione n. 5/2008; Deliberazione n. 65/2009).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Con riferimento a quanto sopra illustrato, si osserva che nel caso di specie l'Istat ha evidenziato che il ricorso all'offerta economicamente più vantaggiosa è dovuto all'importanza, in relazione al servizio da affidare, di una valutazione congiunta dei criteri di qualità e del prezzo offerto, trattandosi di criteri tecnici, operativi e di metodologia statistica che possono essere differentemente graduati dalle imprese in sede di offerta tecnica; inoltre è importante per la SA poter valutare anche elementi innovativi che, nell'ambito delle metodologie definite, possono ulteriormente portare al miglioramento della qualità del prodotto.

Dunque la scelta dell'Amministrazione non appare illogica o immotivata, tenuto conto del fatto che il servizio da affidare appare articolato e complesso (non ripetitivo o standardizzato), tale da richiedere una valutazione anche di elementi tecnici e qualitativi e non solo economici, così come individuati nell'Allegato 4.a) del bando.

Sotto tale aspetto può ritenersi condivisibile la scelta operata dalla SA in ordine a tale criterio, secondo le illustrate indicazioni dell'Autorità.

Passando al contenuto del bando ed alle contestazioni sollevate dall'impresa istante in relazione ai requisiti di partecipazione ivi previsti, si osserva quanto segue.

In primo luogo deve ritenersi fondata l'eccezione dell'istante relativa alla previsione contenuta nella sez. III.2.3. (*capacità tecnica*) del bando di gara, secondo la quale (lett. c.1.) la società deve mettere a disposizione locali idonei alla formazione ubicati nel Comune di Roma. Una simile previsione non appare conforme alla disciplina di settore.

L'Autorità, infatti, si è pronunciata più volte (tra le tante, Comunicato del Presidente del 20.10.2010, parere n. 151/2009, delib. n.58/2008, n.45/2012,) in ordine alla prassi, seguita da diverse stazioni appaltanti, di inserire nei bandi di gara clausole non conformi ai principi sanciti dal Trattato CE e richiamati dall'art.2 del d.lgs. 163/2006, in quanto contemplanti condizioni di partecipazione alle gare, modalità di valutazione dell'offerta e di esecuzione dei relativi contratti, volte a riconoscere preferenza alle imprese operanti sul territorio di riferimento (es. richiesta della sede legale nel territorio quale requisito di accesso, svolgimento di servizi/esperienze nel territorio stesso ai fini della valutazione dell'offerta con assegnazione di maggior punteggio). L'Autorità ha chiarito al riguardo che i bandi di gara non possono stabilire limitazioni di carattere territoriale ai fini della partecipazione a gare d'appalto e dell'esecuzione dei relativi contratti, quali disposizioni in grado di favorire gli operatori economici locali e di determinare effetti discriminatori nei confronti dei concorrenti non localizzati nel territorio (è evidentemente, infatti, che anche imprese aventi sede ed organizzazione al di fuori del territorio interessato ben possono avere i requisiti tecnico-organizzativi necessari per assicurare un'efficiente esecuzione degli appalti). Pertanto, secondo l'avviso dell'Autorità, i bandi di gara non possono prevedere requisiti soggettivi dei concorrenti legati ad elementi di localizzazione territoriale, con effetti escludenti dalle gare pubbliche o con valore discriminante in sede di valutazione delle offerte, e non attinenti alle reali esigenze di esecuzione del contratto ma esclusivamente ai requisiti tecnico-organizzativi delle imprese.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Simili clausole rappresentano, infatti, una violazione dei principi di uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza, i quali vietano ogni discriminazione dei concorrenti *ratione loci*.

Sulla base dell'avviso espresso dall'Autorità deve, quindi, ritenersi fondata l'eccezione relativa alle previsioni di cui alla sez. III.2.3. bando di gara le quali, per le illustrate motivazioni, possono avere effetti escludenti e limitativi della concorrenza ed inoltre appaiono

non attinenti alle reali esigenze di esecuzione del contratto, tenuto conto che il servizio – come rilevato dalla società istante - può essere reso “da remoto” con l'utilizzo di tecnologie presenti sul mercato.

La SA, inoltre, non ha indicato, nella propria memoria, ragioni che impedirebbero lo svolgimento del servizio “da remoto” o in sedi non localizzate nel Comune di Roma, limitandosi ad affermare che la contestata clausola del bando è stata finalizzata ad ottimizzare il lavoro dell'Istat e ad ottenere i migliori risultati organizzativi, in considerazione, da un lato della numerosità del personale Istat coinvolto nelle giornate formative, dall'altro, del numero limitato di risorse Istat coinvolte nel progetto, le quali devono contemporaneamente assicurare la formazione dei rilevatori, le attività di supporto al progetto e le attività ordinarie. La SA, inoltre, ha evidenziato di avere già utilizzato la formazione “da remoto” nell'ambito di quadri metodologici e assetti di indagine diversi da quelli oggetto di affidamento e di essere in possesso di specifiche metodologie formative e di controllo di qualità.

Appare, dunque, evidente che la clausola in contestazione – in mancanza di adeguata motivazione - non appare giustificata da specifiche modalità di svolgimento del servizio, tali da richiederne l'esecuzione esclusivamente in un determinato territorio, rivelandosi dunque non conforme ai principi comunitari richiamati dall'art. 2 del Codice.

Le eccezioni sollevate dall'istante riguardano, altresì, le disposizioni del bando che individuerrebbero in maniera sproporzionata rispetto al servizio da svolgere, i requisiti di capacità tecnica (a.2 e a.3, sez. III.2.3.), essendo richiesto ai concorrenti di possedere risorse strumentali ingenti, come almeno un centralino telefonico elettronico con non meno 230 linee telefoniche e 180 postazioni CATI microfonate.

Osserva sul punto la S.A., nella propria memoria, di aver stimato tali requisiti sulla base di una approfondita analisi che ha tenuto conto, da un lato, del tempo ristretto entro il quale l'aggiudicatario deve portare a termine il servizio (durata della rilevazione due mesi), dall'altro, delle esperienze maturate dalla stessa SA in relazione ai servizi oggetto di affidamento. Allo stesso modo, quanto agli ulteriori requisiti di capacità tecnica previsti nel bando (numero di PC dedicati, software per la gestione del sistema CATI, etc.), l'Istat evidenzia che tali parametri vengono usualmente utilizzati dalla stessa amministrazione per assicurare affidabilità e prestazioni adeguate rispetto ai compiti previsti.

Con riferimento a quanto sopra, al fine di stabilire se le eccezioni sollevate dall'istante siano fondate, si osserva che – come chiarito dall'Autorità (*ex multis* parere n. 97/2014)- il d.lgs. 163/2006 nel caso di servizi e forniture (artt. 41 e 42), lascia ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti circa la possibilità di prevedere requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, per specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto; l'esercizio di siffatta



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

potestà non si sottrae all'osservanza dei limiti intrinseci della discrezionalità amministrativa, ossia ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, ed in ogni caso non può avere l'effetto di limitare indebitamente l'accesso alla procedura di gara ed il confronto concorrenziale in un determinato settore. E' opportuno che la congruità e la ragionevolezza dei requisiti di ammissione siano vagliate in concreto, ponendo attenzione alla natura delle prestazioni effettivamente rimesse all'appaltatore, secondo la disciplina contrattuale predisposta dall'Amministrazione, e con riguardo all'oggetto dell'appalto ed alle sue specifiche peculiarità: la richiesta di un determinato requisito va perciò correlata al concreto interesse perseguito dell'Amministrazione nella selezione del miglior contraente (parere 15 aprile 2010 n. 71).

Alla luce di quanto sopra, pertanto, occorre rilevare che – come affermato dalla SA nella propria memoria – i requisiti di natura tecnica sono stati individuati sulla base di una approfondita stima effettuata dall'Amministrazione in ordine alle risorse necessarie per assicurare, oltre alla qualità del servizio, anche il rispetto dei termini di esecuzione dello stesso, ai fini della tempestiva consegna dei risultati definitivi alla Comunità Europea.

Posto, quindi, che – come indicato dall'Autorità - il d.lgs. 163/2006 nel caso di servizi e forniture (artt. 41 e 42), lascia ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti circa la possibilità di prevedere requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, per specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto – si ritiene la previsione del bando in contestazione conforme a tali principi e adeguatamente motivata. Ciò tenuto anche conto del fatto che, come evidenziato dall'Istat, nel termine fissato dal bando, sono pervenute cinque offerte, pertanto, i predetti requisiti non sembrano aver determinato una limitazione della concorrenza.

Sulla base dei susposti principi

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- conforme alle disposizioni dell'art. 83 del d.lgs. 163/2006, in relazione alle caratteristiche del servizio da affidare, il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da parte della stazione appaltante;
- non conforme ai principi richiamati dall'art. 2 del d.lgs. 163/2006, la clausola del bando di gara contenente la richiesta, alle imprese concorrenti, di mettere a disposizione locali idonei alla formazione ubicati nel Comune di Roma, in mancanza di adeguata motivazione;
- conformi alla disciplina di settore le disposizioni della *lex specialis* che individuano i requisiti di capacità tecnica dei concorrenti (a.2 e a.3, sez. III.2.3).

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 maggio 2016

Il segretario Maria Esposito