



Presidente

Ad ACEA S.p.a.
P.le Ostiense, 2
Roma

ACEA SpA
in nome e per conto di
ACEA ATO2 S.p.A.

Alla c.a. del RUP
(omissis)

e p.c. a CONFAPI Roma
alla c.a. del Presidente
(omissis)

e p.c. a CONFAPI Aniem Roma
alla c.a. del Presidente
(omissis)

Fasc. Anac n. 1332/2023

Oggetto

S.A. ACEA ATO2 S.p.A. - Attività di vigilanza ex art. 213, comma 3 del d.lgs. 50/2016 - Procedura ristretta fra operatori iscritti ad un sistema di qualificazione per l'affidamento di accordo quadro avente ad oggetto *la manutenzione reti e servizi del ciclo idrico integrato* suddiviso in tre lotti omogenei ognuno di importo pari a 15 milioni di euro lotto 1: CIG 9569619B69, lotto 2: 9569632625, lotto 3: 95696569F2 Importo totale dell'Accordo Quadro 45.000.000,00. Gara n. 8800005334 - Nota di definizione ex art. 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

Nell'esercizio dell'attività di vigilanza, ai sensi dell'art. 213, comma 3 del d.lgs. 50/2016, anche a seguito della segnalazione di CONFAPI prot. ANAC n. 15041 del 22.2.2023, sono emerse criticità in relazione alla procedura ristretta fra operatori iscritti ad un sistema di qualificazione per l'affidamento di accordo quadro avente ad oggetto *la manutenzione reti e servizi del ciclo idrico integrato* suddiviso in tre lotti omogenei ognuno di importo pari a 15 milioni di euro. Importo totale dell'Accordo Quadro 45.000.000,00.

Nella segnalazione CONFAPI rappresentava che il punto 6 del disciplinare di gara (pag. 14) prevedeva per la valutazione dell'offerta tecnica, il criterio denominato "*K7 Esecuzione progressiva di lavori specialistici*" per il quale era previsto un punteggio massimo di 8 punti, diversamente attribuiti in virtù dell'importo complessivo per lavori specialistici relativi a "*manutenzione, ordinaria e straordinaria, delle reti idriche e/o*

fognarie' eseguiti con buon esito nel triennio 2020-2022 per conto di aziende di gestione del sistema idrico integrato" eseguiti (punto 6.8 del disciplinare di gara).

Secondo Confapi, detto criterio risulterebbe discriminatorio, incoerente con i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, richiamati dal d.lgs. 50/2016, affermati e consolidati nella giurisprudenza amministrativa e ampiamente riconosciuti anche nel diritto europeo in tutto il sistema degli appalti pubblici, ivi compresi i c.d. settori speciali, determinando una limitazione all'accesso alla gara e conseguentemente l'aggiudicazione ad un numero ristrettissimo di operatori.

Con nota prot. ANAC n. 17278 del 2 marzo 2023, inviata per conoscenza anche ad ANAC, ACEA riscontrava la segnalazione della Confapi sostenendo genericamente che *"la previsione di siffatto criterio è assolutamente giustificata nonché doverosa, nel rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 95, comma 6 del Codice dei Contratti Pubblici e delle Linee Guida ANAC n. 2, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", in quanto incide direttamente sulla qualità delle prestazioni offerte, consentendo di apprezzarne meglio il contenuto e l'affidabilità;.....".*

In fatto

Preliminarmente occorre rappresentare che la holding ACEA S.p.A. ha istituito, a beneficio di ACEA ATO 2 e delle altre Società del Gruppo, un proprio Sistema di Qualificazione degli operatori economici, in conformità all'art. 134 del d.lgs. n. 50/2016.

In presenza di un Sistema di Qualificazione, le procedure di selezione si configurano ai sensi dell'art. 134, comma 8 del d.lgs. 50/2016 come procedure ristrette o negoziate a cui sono invitati gli operatori economici in possesso di qualificazione adeguata alla tipologia e classifica dell'affidamento selezionati tra quelli già iscritti al sistema di qualificazione alla data di indizione della gara.

Pertanto Acea S.p.a., in nome e per conto di Acea ATO 2 S.p.a., indiceva in data 9 febbraio 2023 una procedura ristretta mediante invito a operatori iscritti nel sistema di qualificazione preordinata all'affidamento di un accordo quadro avente ad oggetto *la manutenzione reti e servizi del ciclo idrico integrato* suddiviso in tre lotti omogenei di importo complessivo pari ad euro 45 milioni.

L'importo complessivo di ciascun lotto pari a 15 milioni di euro avrebbe potuto raggiungere l'importo di 19 milioni e 500 mila euro laddove ACEA affidasse maggiori nuovi lavori per un importo massimo pari al 30% dell'importo contrattuale iniziale, agli stessi prezzi patti e condizioni del contratto originario, tenuto conto dell'opzione prevista dall'art. 4 del Disciplinare Tecnico.

La gara veniva aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla procedura di affidamento, quindi, avrebbero potuto partecipare *"esclusivamente i soggetti che abbiano ricevuto l'invito a presentare offerta e che risultino qualificati nell'ambito del Sistema di Qualificazione Acea Lavori, per la tipologia Rete idrica o Rete fognaria, classe VII, avendo correttamente attestato il possesso dei relativi requisiti, fermo restando quanto previsto al successivo punto 2.2."* (punto 1.7 del disciplinare di gara pag. 4).

A valle dell'affidamento del contratto, ACEA ATO 2 Spa avrebbe gestito il rapporto contrattuale.

Termine di presentazione dell'offerta 24 febbraio 2023. Ad oggi non risulta lo stato della procedura.

In diritto

Occorre osservare che le "imprese pubbliche", definite dall'art. 3 comma 1 lett. t) del d.lgs. 50/2016 – nel cui novero rientrano le società ACEA S.p.A. e ACEA ATO 2 S.p.A. – assumono la qualità di "enti aggiudicatori" di cui all'art. 1 del d.lgs. 50/2016 quando svolgano "una delle attività di cui agli articoli da 115 a 121" (art. 3,

comma 1, lettera e), n. 1, punto 1.1. d. lgs. 50/2016), cioè operino nei cc.dd. settori speciali (art. 114, comma 2 d.lgs. 50/2016).

Visto che l'accordo quadro è preordinato al perseguimento di una delle attività di cui agli artt. da 115 a 121 del d. lgs. 50/2016, ACEA spa è dunque assoggettata, quale "ente aggiudicatore" all'obbligatorietà del ricorso a procedure ad evidenza pubblica per la selezione del contraente.

Infatti, nel caso di specie, le prestazioni oggetto dell'affidamento sono inerenti lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria delle reti idriche e fognarie e dunque rientrano nella disciplina di cui all'art. 117, comma 1, lett. a) del d. lgs. 50/2016 che, relativamente ai servizi idrici, contempla "a) *la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile*".

Dunque l'accordo quadro concerne l'attività di gestione dei servizi di cui all'art. 117 del d.lgs. 50/2016. L'attività contrattuale di ACEA spa e ACEA ATO 2, nella specie, è dunque attratta alla disciplina dell'evidenza pubblica, in applicazione della parte II del d.lgs. 50/2016.

Sicché Acea ATO S.p.A. (e per essa Acea S.p.a.) è obbligata ad effettuare una selezione ad evidenza pubblica per l'affidamento dell'accordo quadro secondo la disciplina dei settori speciali (cfr Cons Stato, Sez. V, 25 agosto 2021 n. 6043; Cons. Stato, Ad. plen. 1° agosto 2011, n. 16, TAR Napoli, Sez. IV, 13 aprile 2023 n. 2280).

Donde se ne ricava che gli appalti affidati dalla holding Acea spa in favore della società del gruppo Acea AT02 S.p.A. non sfuggono ai poteri di vigilanza dell'Autorità, in relazione ai profili riguardanti la gara in oggetto, ai sensi dell'art. 213, comma 3, lett. a) del d.lgs. 50/2016.

Fatte le suddette premesse, si osserva che l'esigenza di tutela della concorrenza che presiede alla disciplina dei settori speciali in ragione del rischio che intervenga una condizione di monopolio di quei servizi pubblici, nel caso di specie appare non rispettata.

In particolare, il criterio di valutazione delle offerte tecniche "*K7 Esecuzione pregressa di lavori specialistici*" per il quale il disciplinare prevede un punteggio massimo di 8 punti, diversamente attribuiti in virtù dell'importo complessivo per lavori specialistici eseguiti relativi a "*manutenzione, ordinaria e straordinaria, delle reti idriche e/o fognarie*" eseguiti con buon esito nel triennio 2020-2022 per conto di aziende di gestione del sistema idrico integrato" (punto 6.8 del disciplinare di gara) pare porsi in conflitto con l'art. 30 del d.lgs. 50/2016, con la Direttiva 2014/25 UE del 26 febbraio 2014, nonché con le norme del Trattato UE a tutela della concorrenza, in quanto non sembra garantire l'apertura del mercato alla concorrenza, atteso che restringe la valutazione dei pregressi lavori specialistici soltanto ai lavori di manutenzione effettuati "*per conto di aziende di gestione del sistema idrico integrato*" e non per conto di altri soggetti committenti, con il ragionevole rischio di limitare la possibilità di concorrere alle sole imprese che già stanno eseguendo lavori di manutenzione per ACEA.

La previsione di tale requisito appare irragionevole e non rispettosa del principio di libera concorrenza, perché restrittiva della partecipazione nel duplice senso, oggettivo (come astratta possibilità di contendersi il mercato in posizione di parità) e soggettivo (per la creazione di posizione di ingiustificato favore di una ristretta rosa di concorrenti, unici in grado di conseguire il massimo punteggio attribuibile in relazione ai criteri contestati).

Inoltre sia il criterio "*K7 Esecuzione pregressa di lavori specialistici*" che i criteri "*K8 Rating di sostenibilità (Ecovadis)*" e "*K9 Possesso alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, della certificazione ISO 14064- 1a (Gas Serra), con l'impegno di mantenerla per tutta la durata contrattuale*" (pag. 24 del disciplinare) paiono non in linea con la disciplina dell'art. 95, comma 6 del d.lgs. 50/2016 secondo cui "*I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa*

individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto.....".

Essi infatti non sembrano idonei ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte ed a differenziarle a seconda della rispondenza o meno all'interesse pubblico di ACEA S.p.A., trattandosi di requisiti soggettivi dell'operatore economico.

Scendendo nel particolare, il criterio dell'esperienza **K7 Esecuzione pregressa di lavori specialistici**" (massimo **8 punti**) che valuta l'esecuzione pregressa di lavori specialistici dell'operatore economico esprime un requisito soggettivo che qualifica l'operatore sul piano esperienziale, ma che non si correla, ad una specifica caratteristica dell'oggetto del contratto da aggiudicare (Cfr Cons. Stato, Sez. V, 24 gennaio 2022 n. 611).

Analogamente, il criterio "**K8 Rating di sostenibilità (Ecovadis)**" (massimo **9 punti**) e il criterio "**K9 Possesso della certificazione ISO 14064-1a (Gas Serra)**", (massimo **6 punti**) esprimono requisiti soggettivi che qualificano i concorrenti sul piano delle certificazioni possedute ma non si correlano ad una specifica caratteristica dell'oggetto del contratto da aggiudicare. Detti criteri non paiono dunque consentire di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli, visto che non incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione.

Detti tre criteri attinenti l'esperienza pregressa e le certificazioni di qualità rappresentano elementi attinenti la capacità tecnica dell'impresa e non esprimono la qualità dell'offerta tecnica. Essi sono requisiti meramente soggettivi dell'impresa partecipante e non costituiscono elementi di valutazione strettamente correlati all'oggetto dell'appalto afferenti all'offerta tecnica presentata, in contrasto con l'art. 95, comma 6, lett. e) del d.lgs. 50/2016.

Si rammenta a tale proposito che l'Autorità, in linea con la giurisprudenza amministrativa, ha da tempo ammesso la possibilità di applicare in maniera attenuata il divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive della offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente al verificarsi di due condizioni: che il criterio esperienziale getti luce sulla qualità dell'offerta e che il punteggio assegnato non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo (cfr. delibera ANAC n. 1091 dell'8 novembre 2017 e delibera ANAC n. 261 del 17 marzo 2020).

Inoltre, le Linee Guida n. 2 aventi ad oggetto l'offerta economicamente più vantaggiosa chiariscono che *"viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica. Nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti 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, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione. 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"*(delibera n. 424 del 2 maggio 2018) punto II (pag. 5 e 6).

Sulla stessa linea anche il Consiglio di Stato ha chiarito che *"la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la possibilità di applicare in modo attenuata il tendenziale divieto di commistione tra le caratteristiche oggettive della offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente, alla duplice condizione a) che taluni aspetti dell'attività dell'impresa possano effettivamente 'illuminare' la qualità della offerta e b) 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 (in tal senso: Cons. Stato, Sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5197)"*(Cons. Stato sez. V, 22 ottobre 2018 n. 6026).

Dette due condizioni non sembrano sussistere nel caso di specie.

In primo luogo, poiché, per quanto già sopra esposto, i tre criteri in questione *non "illuminano la qualità dell'offerta"*.

In secondo luogo, poiché il punteggio complessivamente previsto, ai fini dell'aggiudicazione, per i tre criteri pare incidere *"in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo"*.

Va evidenziato, nel dettaglio, che il disciplinare di gara attribuisce al criterio **K7 Esecuzione pregressa di lavori specialistici** un punteggio massimo di 8 punti, al criterio **K8 Rating di sostenibilità (Ecovadis)** un punteggio massimo di 9 punti e al criterio **K9 Possesso della certificazione ISO 14064- 1a (Gas Serra)**, un punteggio massimo di 6 punti per un totale complessivo dei tre criteri di 23 punti su 70 pari al 33% del punteggio tecnico attribuibile all'offerta.

Stabilire nel disciplinare l'attribuzione di un punteggio massimo complessivo pari a 23 punti su 70 ai suddetti tre criteri significa incidere in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo in contrasto, oltre che con il **divieto di commistione** tra i requisiti soggettivi dell'operatore economico e le caratteristiche oggettive della offerta, anche con quanto previsto dalle Linee guida n. 2 che 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"*.

Pertanto, tale scelta discrezionale della stazione appaltante non risulta adeguatamente e specificamente motivata negli atti di gara.

Si osserva sul punto che le predette Linee guida sono state adottate ai sensi della generale disposizione legittimante di cui all'art. 213, comma 2 del d.lgs. 50/2016 e non hanno natura vincolante, ma forniscono alle stazioni appaltanti indicazioni su come applicare la normativa di settore (cfr. Cons. di Stato, Adunanza Comm. Speciale, parere n. 1767 del 2.8.2016).

Pertanto la Stazione appaltante può discostarsi da quanto disposto dall'Autorità, purché adotti un atto che contenga un'adeguata e puntuale motivazione delle ragioni della diversa scelta amministrativa operata, anche ai fini della trasparenza, circostanza questa non verificatasi nella specie.

Ulteriore criticità si rileva in relazione alla scelta della stazione appaltante di suddividere l'appalto relativo all'accordo quadro in tre maxilotti di 15 milioni di euro ciascuno, non essendo questa scelta stata motivata negli atti di gara in relazione alla adeguatezza del valore del lotto rispetto alla garanzia dell'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese in conformità con l'art. 51 del d.lgs. 50/2016.

Come rilevato da questa Autorità nella Delibera n. 123 del 13 febbraio 2019, nella vigenza del D.lgs. 163/2006 e del D.lgs. 50/2016, in giurisprudenza, con interpretazioni oscillanti tra posizioni di maggiore o minor rigore, nel complesso sono stati affermati i seguenti assunti: *"1. la scelta sulle modalità di suddivisione in lotti ha carattere eminentemente discrezionale, con la conseguenza che essa è sindacabile nei limiti della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria; 2. è ammessa la deroga ad una suddivisione in lotti dell'appalto rigidamente rispettosa dell'interesse partecipativo delle PMI, subordinatamente: 1) all'osservanza dell'obbligo motivazionale, mediante la congrua illustrazione delle ragioni sottese alla suddivisione in lotti concretamente disposta; 2) alla verifica della logicità e plausibilità delle stesse, in rapporto all'interesse pubblico perseguito in concreto (ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, 26.09.2018 n. 5534); 3. la decisione di dividere l'appalto in lotti non deve dare luogo a violazioni sostanziali dei principi generali di libera concorrenza, par condicio, non discriminazione e trasparenza (Consiglio di Stato, sez. III, 13.11.2017 n. 5224); 4. (omissis) 5. i principi maturati con riferimento all'ipotesi della mancata suddivisione tout court in lotti dell'appalto, sono pertinenti anche laddove si controverta delle modalità di suddivisione, laddove siano tali da non favorire "effettivamente" la partecipazione alla gara delle piccole e medie imprese, in quanto una suddivisione in lotti non rispettosa dei criteri di legge può dimostrarsi solo apparentemente conforme all'obbligo normativo di suddivisione*

(Consiglio di Stato, sez. III, 26.09.2018 n. 5534).....(omissis). In base alle predette considerazioni, con le sentenze sopra richiamate ed altre ancora, il giudice amministrativo ha disposto l'annullamento di gare articolate in lotti di dimensione eccessiva rispetto alle capacità delle PMI, di volta in volta censurando la violazione dell'art. 2 comma 1bis, del D.lgs. 163/2016, dell'art. 51 del D.lgs. 50/2016 o del principio di libera concorrenza.

Alla luce dei principi sopra richiamati, quindi, in linea generale si ritiene che, anche in siffatta tipologia di gare, possa essere ammessa la deroga al principio generale di suddivisione dell'appalto in lotti coerenti alle dimensioni delle PMI, purché tale deroga sia adeguatamente motivata in relazione al caso concreto; e tali motivazioni siano caratterizzate da ragionevolezza e proporzionalità, rispetto all'interesse pubblico perseguito. In tal senso, non si ritiene comunque adeguata una motivazione riferita in via esclusiva o prevalente alla finalità di ottenere dalla gara stessa il miglior risultato quanto a riduzione della spesa o massimizzazione dell'efficienza, finalità che alla luce dell'art. 51 appare recessiva rispetto a quella di tutela della partecipazione delle imprese di minor dimensione

La scelta dunque delle dimensioni e dell'oggetto dei lotti, trattandosi di una facoltà discrezionale della stazione appaltante, avrebbe dovuto dar conto, negli atti di gara, come prescritto dall'art. 51 del d.lgs. 50/2016, delle ragioni di questa scelta, a tutela della partecipazione alla gara delle imprese medio piccole. Pertanto la suddivisione in tre lotti operata dalla Stazione appaltante, attesa la mancata motivazione circa la adeguatezza del valore del lotto rispetto alla garanzia dell'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese, pare non in linea con l'art. 51 del d.lgs. 50/2016.

Alla luce di quanto sopra esposto, si comunica, con il presente atto, soggetto a pubblicazione sul sito istituzionale dell'Autorità che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 26 luglio 2023 ha disposto la definizione del presente procedimento ai sensi dell'art. 21 del Regolamento di vigilanza sui contratti pubblici, rilevando che, nei limiti della motivazione:

- il criterio di valutazione delle offerte tecniche "**K7 Esecuzione pregressa di lavori specialistici**" non si ritiene conforme all'art. 30 del d.lgs. 50/2016 in quanto non pare garantire l'apertura del mercato alla concorrenza, con compromissione dei principi generali in materia di affidamento dei contratti pubblici ed in particolare trasparenza, concorrenza e par condicio;
- i criteri di valutazione delle offerte tecniche "**K7 Esecuzione pregressa di lavori specialistici**", "**K8 Rating di sostenibilità (Ecovadis)**" e "**K9 Possesso alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, della certificazione ISO 14064-1a (Gas Serra), con l'impegno di mantenerla per tutta la durata contrattuale**" rappresentano elementi attinenti la capacità tecnica dell'impresa e non esprimono la qualità dell'offerta tecnica. Essi sono requisiti meramente soggettivi dell'impresa partecipante e non rientrano tra gli elementi di valutazione strettamente correlati all'oggetto dell'appalto afferenti all'offerta tecnica presentata, in contrasto con l'art. 95, comma 6, lett. e) del d.lgs. 50/2016;
- i suddetti tre criteri di valutazione delle offerte tecniche **K7**, **K8** e **K9** non sono, inoltre, in linea sia con il divieto, anche attenuato, di commistione tra i criteri di selezione e i criteri di aggiudicazione ove si consideri che non illuminano la qualità dell'offerta e incidono in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo (23 punti su 70);
- la suddivisione dell'accordo quadro in tre maxilotti di 15 milioni di euro ciascuno, trattandosi di una facoltà discrezionale della stazione appaltante, avrebbe dovuto essere motivata negli atti di gara, in relazione alla adeguatezza del valore del lotto rispetto alla garanzia dell'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese, in conformità con l'art. 51 del d.lgs. 50/2016.

Si invita Acea S.p.A. a voler tener conto, anche per il futuro, di quanto specificamente dedotto e rilevato nella presente nota.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente