



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 937 del 16 ottobre 2019

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Goenergy S.r.l. – Adeguamento ed efficientamento dell'impianto di pubblica illuminazione ai fini del risparmio energetico - Procedura aperta tramite portale Asmecomm attivo presso la Centrale Unica di Committenza per la selezione di una Energy Service Company (ESCo) del Comune di San Demetrio Corone - Importo a base d'asta: 368.659,38 euro - S.A.: C.U.C. "Arberia" c/o Comune di Vaccarizzo Albanese (CS)

PREC 159/19/S

Attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica e all'offerta economica – violazione dell'art. 95, co. 10 bis del d.lgs. 50/2016

Non è conforme alla normativa di settore l'operato della S.A. che prevede di attribuire un peso di 70 punti all'offerta economica e di 30 punti all'offerta tecnica, in violazione della regola posta dall'art. 95, co. 10 bis del d.lgs. 50/2016.

Art. 95, co. 10 bis d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Il Consiglio

VISTA l'istanza singola di parere prot. n. 65077 e 65078 dell'8 agosto 2019 con la quale la Goenergy S.r.l. lamenta che la *lex specialis* della gara in oggetto reca una distribuzione dei punteggi, in base all'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo la quale all'offerta tecnica sono attribuiti 30 punti e all'offerta economica sono attribuiti 70 punti, e ciò in violazione dell'art. 95, co. 10 bis del d. lgs. 50/2016, che stabilisce un tetto massimo del 30 per cento da attribuire all'offerta economica;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato in data 27 settembre 2019 con nota prot. 75692/2019;

VISTA la memoria del Comune di San Demetrio Corone, acquisita al prot. n. 76473 del 1° ottobre 2019, con cui la S.A. premette che l'istante Goenergy S.r.l. non partecipava alla gara e, sulla base di ciò, afferma la carenza di interesse dell'istante nel procedimento. La S.A. rappresenta inoltre che, nella gara in oggetto, la c.d. offerta economica di fatto non richiede la proposizione di un ribasso sull'importo dei lavori posti a base di gara bensì una proposta di piano finanziario in cui rileva il canone corrisposto dall'Ente e il numero degli anni di validità del piano, e pertanto essa risulta strettamente collegata all'offerta tecnica;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTO il punto 9 del disciplinare di gara, che prevede l'attribuzione di 30 punti all'offerta tecnica, in particolare fino a 15 punti per la "redazione di un capitolato per la manutenzione ordinaria dell'impianto per gli "n" anni di offerta" e altri 15 punti "per la riduzione dell'inquinamento luminoso, soluzioni innovative di gestione dei servizi e per proposte di ampliamento della rete di pubblica illuminazione". Inoltre prevede l'attribuzione di 70 punti all'offerta economica, costituita dal ribasso sulla rata annuale di 100.000,00 euro che il Comune riconosce all'aggiudicatario, moltiplicato per il numero offerto di anni di durata della concessione;

VISTO l'art. 95, co. 10 bis del d.lgs. 50/2016, vigente al momento della pubblicazione del bando in questione, a tenore del quale «La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. A tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento»;

VISTE le Linee Guida Anac n. 2, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 e aggiornate con delibera n. 424 del 2 maggio 2018, le quali richiamano espressamente la regola posta dal richiamato comma 10 bis dell'art. 95;

VISTO l'orientamento consolidato della giurisprudenza (richiamato in Cons. Stato, Ad. Plenaria 26 aprile 2018, n. 4), secondo cui «vanno fatte rientrare nel *genus* delle "clausole immediatamente escludenti", fra le altre, anche le fattispecie di: a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671); b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001); c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980)»; e l'orientamento che «impone l'immediata impugnazione della clausola del bando violativa dell'art. 95, comma 10 bis del d.lgs. n. 50 del 2016, nella misura in cui, in base alle prospettazioni della ricorrente, la ripartizione del punteggio ha negativamente inciso sul contenuto dell'offerta proposta e di conseguenza sulla scelta del miglior contraente», dal momento che «le previsioni della legge speciale di gara che, nelle prospettazioni del candidato, falsano la partecipazione alla procedura e la rendono obiettivamente difficoltosa o non concorrenziale quanto meno in termini di presentazione dell'offerta, rappresentano un prius logico giuridico rispetto alle successive fasi della gara, tale da renderle illegittime in via derivata e da imporre una autonoma ed anticipata impugnazione» (T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, 8 marzo 2018, n. 351);

CONSIDERATO che, nel caso di specie, la clausola del bando posta in violazione dell'art. 95, comma 10 bis del d.lgs. n. 50 del 2016 si pone quale previsione che rende la partecipazione obiettivamente e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

incongruamente difficoltosa in quanto incide direttamente sulla formulazione dell'offerta da parte dell'operatore, per la sua formulazione palesemente in contrasto con una prescrizione di legge; come tale legittima, quindi, la presentazione della relativa istanza di parere di precontenzioso;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- l'operato della S.A. non è conforme alla normativa di settore in quanto, nell'attribuire un peso di 70 punti all'offerta economica e di 30 punti all'offerta tecnica, si pone in contrasto con la regola posta dall'art. 95, co. 10 bis del d.lgs. 50/2016.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 ottobre 2019

Il Segretario Maria Esposito