



DELIBERA N. 675

29 luglio 2020.

Oggetto

Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentate dalla società Balestrieri Appalti S.r.l. - Procedure aperte per l'affidamento dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani nel Comune di Palombara Sabina e dei servizi di spazzamento meccanico, manuale e verde urbano per la durata di anni cinque - Importo a base di gara euro: rispettivamente euro 4.850.000,00 e 1.750.000,00 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: CUC Castelli della Sapienza per conto del Comune di Palombara Sabina

PREC 124/2020/S

Riferimenti normativi

Articolo 95 del d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Formula inversamente proporzionale

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 29 luglio 2020

DELIBERA



RILEVATO IN FATTO

Con istanze di parere acquisite ai prot. n. 40827 e 40829 del 3 giugno 2020, la Soc. Balestrieri Appalti S.r.l., seconda graduata nelle procedure di gara in oggetto, ha sollevato tre ordini di censure avverso gli atti di gara. Con il primo quesito, l'istante ha contestato la legittimità della formula di calcolo indicata ed applicata per l'offerta economica che, premiando il valore economico imputato dal concorrente per il corrispettivo e quindi per il valore (e non per il ribasso), non avrebbe consentito di utilizzare tutto il potenziale differenziale per l'assegnazione del relativo sub-punteggio. Nello sviluppare tale censura, l'istante ha rilevato, incidentalmente, che tutte le offerte presentate per le due procedure, ivi comprese quelle delle aggiudicatarie (rispettivamente Diodoro Ecologia S.r.l. e RTI Paoletti Ecologia S.r.l.) si porrebbero al di sopra dell'importo a base di gara e che pertanto avrebbero meritato l'esclusione. L'istante ha, inoltre, censurato l'illegittima composizione delle Commissioni giudicatrici in ragione dell'asserita posizione di incompatibilità in cui versavano i due componenti firmatari della *lex specialis* ed ha, infine, contestato l'assenza della determina di aggiudicazione.

Le istanze sono state riunite in ragione dell'identità delle questioni sollevate e con nota prot. n. 44775 del 16 giugno 2020 è stato comunicato l'avvio del procedimento. La CUC e il Comune di Palombara Sabina hanno fatto pervenire le proprie memorie, sostenendo la legittimità della formula matematica prescelta per la valutazione dell'offerta economica, anche in ragione delle Linee Guida n. 2 che fanno salva la possibilità per le Stazioni appaltanti di individuare ulteriori metodi di calcolo rispetto a quelli ivi descritti ed hanno evidenziato che tutte le offerte presentate si pongono al di sotto dell'importo complessivo dell'appalto. Con riferimento alla seconda censura, le parti hanno richiamato una serie di pronunce giurisprudenziali che escludono l'automatica incompatibilità tra il ruolo di RUP e quello di membro della Commissione di gara, statuendo che spetta a colui che contesti l'asserita incompatibilità dare prova concreta, nella singola fattispecie, delle ragioni dell'interferenza tra le due funzioni, prova che nel caso di specie non è stata fornita. Quanto all'ultimo quesito, il Comune di Palombara Sabina ha affermato di aver proceduto con determinazione n. 69 del 29 aprile 2020 all'aggiudicazione della procedura.

Anche la Soc. Diodoro Ecologia, aggiudicataria della procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti, ha fatto pervenire le proprie memorie. L'aggiudicataria ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'istanza, *sub speciem* di tardività, nonché l'improcedibilità per mancata notifica a tutti i concorrenti della procedura, dei quali viene chiesta l'esclusione per aver formulato un'offerta che si pone al di sopra della base di gara. Ha, inoltre, contestato la mancata esclusione dalla gara dell'istante in ragione dell'assenza di uno dei requisiti di partecipazione (ovvero il fatturato globale degli ultimi tre esercizi), per i precedenti penali riportati dall'amministratore e dall'amministratore della Balestrieri Holding S.r.l. (socio al 50%), nonché per l'omessa dichiarazione circa la risoluzione contrattuale per gravi inadempienze subita dalla Balestrieri Impianti S.r.l., partecipata al 95% dalla Balestrieri Holding S.r.l. In merito alle censure sollevate nell'istanza, la Diodoro Ecologia afferma che ad essere indeterminata è proprio l'offerta dell'istante che, pertanto, meritava l'esclusione dalla gara e, in ogni caso, che non sussiste nessuna illegittimità del criterio matematico prescelto per la valutazione dell'offerta economica né la presunta incompatibilità dei commissari, in ogni caso non provata dall'istante. Richiama talune pronunce giurisprudenziali a sostegno delle proprie tesi.

In merito alla dedotta improcedibilità dell'istanza, tenuto conto che la Soc. Balestrieri Appalti S.r.l. ha rilevato – seppur incidentalmente – che tutte le offerte avrebbero meritato l'esclusione dalla gara, è stata richiesta l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 4 comma 2 del Regolamento e successivamente notificato, anche alle altre imprese partecipanti alle procedure di gara in oggetto, l'avvio del procedimento.



CONSIDERATO IN DIRITTO

Sull'eccezione preliminare di inammissibilità dell'istanza e sulle contestazioni formulate dalla Soc. Diodoro Ecologia S.r.l.

Come anticipato, la Soc. Diodoro Ecologia S.r.l. ha rilevato, preliminarmente, la tardività dell'istanza di precontenzioso. L'eccezione è infondata. Il vigente Regolamento per la soluzione delle questioni controverse insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara consente la presentazione delle istanze fino all'ultimo giorno utile per la proposizione del ricorso giurisdizionale avverso gli atti contestati; solo una volta decorso tale termine, il provvedimento diviene definitivo e inoppugnabile. Pertanto, tenuto conto della sospensione dei termini per la notifica dei ricorsi giurisdizionali di cui all'art. 103 del d.l. 18/2020, conv. in L. 27/2020, come modificato dall'art. 36 del d.l. 23/2020, conv. in L. 40/2020, l'istanza risulta tempestivamente presentata.

Per quanto concerne le contestazioni formulate dall'aggiudicataria e dirette all'esclusione dalla gara dell'istante, si osserva quanto segue.

In merito alla presunta assenza del requisito di partecipazione relativo al fatturato - per avere la Soc. Balestrieri Appalti S.r.l. raggiunto, nell'anno 2016, un fatturato inferiore a quello richiesto dalla *lex specialis* - si osserva che il disciplinare di gara non richiedeva affatto il possesso di un "fatturato globale annuo" bensì di un fatturato complessivo dell'ultimo triennio (*realizzazione negli ultimi tre esercizi finanziari (2016/2017/2018) di un fatturato globale non inferiore ad euro 4.000.000,00*) e l'offerta della Soc. Balestrieri Appalti raggiunge e supera la predetta soglia. Alla clausola del disciplinare non può attribuirsi alcun diverso significato, in ragione sia della formulazione letterale - che non contiene alcun riferimento all'anno - sia perché la Stazione appaltante ha giustificato la richiesta del requisito del fatturato evidenziandone, tra l'altro, la proporzionalità rispetto all'importo dell'appalto. Aderendo all'interpretazione della Soc. Diodoro Ecologia S.r.l., il requisito richiesto non solo violerebbe il disposto dell'art. 83, comma 5, del d.lgs. 50/2016 a mente del quale il fatturato richiesto può superare il limite del doppio dell'importo a base di gara laddove vi siano "circostanze adeguatamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture", circostanze non segnalate negli atti di gara dalla Stazione appaltante, ma risulterebbe evidentemente sproporzionato, sostanziandosi nella richiesta di un fatturato annuo pari a 4 volte l'importo annuo del corrispettivo dell'appalto (4 milioni di euro annuo a fronte di un corrispettivo inferiore a 5 milioni di euro per cinque anni, ovvero pari a circa 1 milione di euro l'anno).

Quanto alle sentenze penali di condanna riportate dall'amministratore della Balestrieri Appalti S.r.l. e dall'amministratore del suo socio di maggioranza (Balestrieri Holding S.r.l.) nonché ai procedimenti penali pendenti, va rilevato che trattandosi di fattispecie potenzialmente escludenti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice e non "automaticamente" escludenti ai sensi dell'art. 80, comma 1, l'Autorità non può sostituirsi all'Amministrazione nella valutazione della loro incidenza rispetto all'integrità e affidabilità dell'operatore economico. Va evidenziato, tuttavia, che sebbene la normativa prescriva uno stringente obbligo di motivazione della stazione appaltante per l'ipotesi in cui decida di escludere il concorrente per illecito professionale grave, nondimeno appare rispondente a principi di trasparenza e di *par condicio* che, a fronte di una pluralità di dichiarazioni rese da un operatore economico concernenti circostanze che potrebbero rilevare ai fini della causa di esclusione dell'illecito professionale grave, l'amministrazione aggiudicatrice motivi sulla ritenuta inidoneità delle circostanze dichiarate dal concorrente a compromettere l'affidabilità ed integrità del concorrente, motivazione che, nel caso di specie, non si rinviene negli atti di gara.



Infine, per quanto concerne la revoca per gravi inadempienze disposta nei confronti della Soc. Balestrieri Impianti S.r.l., partecipata al 95% dalla Soc. Balestrieri Holding S.r.l., a sua volta socio al 50% della Balestrieri Appalti S.r.l., va rilevato, preliminarmente, che la contestazione non è stata accompagnata dalla documentazione atta a provare quanto affermato. In ogni caso l'eccezione risulta infondata. Infatti, se è vero che la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice trova applicazione non solo nei confronti dell'operatore economico che partecipa alla gara ma anche nei riguardi dei soggetti di cui all'art. 80, comma 3 (cfr. linee Guida n. 6 e Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2020, n. 3507), tuttavia è da escludersi la rilevanza di un illecito professionale imputabile ad una società che non rivesta alcun ruolo determinante nella compagine societaria dell'operatore economico che partecipa alla gara.

Va infine esaminata, in via preliminare, la contestazione (reciprocamente svolta) relativa all'inadeguatezza delle offerte economiche formulate. In particolare, l'istante contesta che tutte le offerte economiche – ad eccezione della propria - si pongono al di sopra della base di gara; la Soc. Diodoro Ecologia S.r.l. sostiene invece che l'offerta dell'istante è indeterminata. Il profilo sollevato, che *prima facie* sembrerebbe di agevole soluzione, è reso complesso dalla formulazione della *lex specialis* Il disciplinare di gara stabiliva, infatti, che "1.3. L'importo complessivo dell'appalto per la durata di cinque anni è pari ad € 4.850.00,00 (quattromilionioctotococinqua/00 euro) oltre IVA al 10%, inclusi oneri per la sicurezza pari ad € 35.000,00 e oneri per il servizio di Direzione di Esecuzione del contratto pari ad € 152.250.00, entrambi non soggetti a ribasso. L'importo a base di gara da assoggettare a ribasso è pari ad € 4.662.750,00 (quattromilioniseicentosestantaduemilasettecentocinquanta/00 euro)." In merito alle modalità di formulazione dell'offerta economica, era previsto che "C) Nella busta virtuale "C – Offerta economica" devono essere contenuti, a pena di esclusione, i seguenti documenti: a) dichiarazione d'offerta sottoscritta dal legale rappresentante o da un suo procuratore, contenente l'indicazione del prezzo offerto, al netto dell'IVA, inferiore al prezzo posto a base di gara, di cui all'art. 1 punto 1.3. del presente disciplinare di gara, comprensivo del costo degli oneri della sicurezza e del lavoro, espresso in cifre ed in lettere."

Ora, la Soc. Diodoro Ecologia S.r.l. ha offerto il prezzo complessivo di euro 4.818.293,30, specificando che l'importo doveva ritenersi comprensivo degli oneri di sicurezza e degli oneri DEF e indicando la percentuale di ribasso (0,68) sull'importo a base di gara.

Per come formulata, l'offerta è valida e determinata.

Non essendo state trasmesse le altre offerte presentate in gara, non può escludersi che, analogamente all'aggiudicataria, anche le altre imprese abbiano offerto un prezzo comprensivo degli oneri non soggetti a ribasso (DEF e sicurezza). La Stazione appaltante dovrebbe al riguardo svolgere adeguato approfondimento.

Anche la Soc. Balestrieri Appalti S.r.l. ha formulato un'offerta determinata. Attenendosi al disciplinare di gara, l'istante ha offerto un prezzo pari ad euro 4.304.680,00, inferiore alla base d'asta (4.662.750,00).

Per completezza si segnala che la Commissione è incorsa in errore nel momento in cui, ai fini dell'attribuzione del punteggio, ha posto a raffronto offerte non omogenee, atteso che quella della Soc. Balestrieri Appalti, in mancanza di ulteriori indicazioni, era ed è da intendersi al netto degli oneri non ribassabili (DEF e sicurezza) mentre le altre offerte – o almeno quella della Soc. Diodoro Ecologia S.r.l. - erano già comprensive degli ulteriori oneri.



Tuttavia, in ragione della formula matematica prescelta per la valutazione dell'offerta economica, l'eventuale riattribuzione del punteggio alle offerte presentate, secondo le indicazioni fornite sopra, non determinerebbe alcuna modifica della graduatoria.

Sul primo quesito sollevato dall'istante: formula per il calcolo dell'offerta economica.

Con il primo quesito, l'istante chiede all'Autorità di pronunciarsi sulla legittimità della formula matematica utilizzata per la valutazione dell'offerta economica ($P=Po/Pi*C$, dove P = punteggio attribuito al concorrente i -esimo; Pi = prezzo offerto dal concorrente i -esimo; PO = prezzo più basso fra quelli ammessi; C = peso attribuito al valore economico, altrimenti nota come formula proporzionalmente inversa). Rappresenta, in particolare, che, in entrambe le procedure di gara ha formulato la migliore offerta (pari ad euro 4.304.680,00 per l'appalto dei servizi di raccolta e trasporto rifiuti e ad euro 1.584.942,84 per il servizio di spazzamento) ed ottenuto il massimo del punteggio (30 punti) mentre le imprese aggiudicatrici, con un'offerta di poco inferiore al corrispettivo dell'appalto, hanno comunque ottenuto un punteggio molto alto (Soc. Diodoro Ecologia, prezzo offerto 4.818.293,30 = punti 26,802; RTI Paoletti Ecologia, prezzo euro 1.738.549,00 = punti 27,348). Parimenti è da dirsi per gli altri partecipanti alle gare. Cita, a sostegno della illegittimità della formula utilizzata, alcune pronunce giurisprudenziali.

La Stazione appaltante difende la formula prescelta, ritenendo che anche le Linee Guida n. 2 dell'Autorità riconoscano alle amministrazioni ampia discrezionalità nella scelta delle formule da utilizzare. La Soc. Diodoro Ecologia richiama alcune sentenze che avrebbero legittimato la scelta di utilizzare detta formula.

Effettivamente, non si registra un orientamento giurisprudenziale costante sulla correttezza della formula matematica inversamente proporzionale. Accanto ad un copioso indirizzo giurisprudenziale che avversa l'utilizzo di detta formula, in quanto idonea a snaturare il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, determinando una significativa svalutazione dell'elemento prezzo ed impedendo, sostanzialmente, l'attribuzione dell'intero *range* di punteggio previsto per la componente quantitativa (Cons. Stato, sent. n. 2356/2020; Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081; Cons. Stato sez. V, 7 giugno 2017 n. 2739; 22 marzo 2016, n. 1186; 15 luglio 2013, n. 3802; 31 marzo 2012, n. 1899), vi sono alcune pronunce che, riconoscendo ampia discrezionalità alla stazione appaltante sulla scelta della formula matematica per la valutazione delle offerte economiche, ritengono non manifestamente irragionevole od arbitraria la scelta della formula a proporzione inversa, poiché finalizzata a sterilizzare il confronto sulla componente prezzo e a premiare quello sulla componente qualitativa (Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2185; Cons. Stato, sez. IV, 25 novembre 2016, n. 4982; Cons. Stato, 10 agosto 2016 n. 3577).

L'Autorità, nella Linee Guida 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, ha chiarito che per quanto concerne gli elementi di natura quantitativa, quali il prezzo, di regola nei bandi è fissato il prezzo massimo che la stazione appaltante intende sostenere (non sono ammesse offerte al rialzo e i concorrenti propongono sconti rispetto a tale prezzo. Il punteggio minimo, pari a zero, è attribuito all'offerta che non presenta sconti rispetto al prezzo a base di gara, mentre il punteggio massimo all'offerta che presenta lo sconto maggiore). Non rispettano tale principio le formule non lineari convesse, quali quelle con coefficiente $\alpha > 1$ e quella cosiddetta proporzionale inversa (che non rispetta neppure il principio di un punteggio nullo in caso di assenza di ribassi sul premio a base di gara), in quanto – a causa dell'andamento convesso – premiano in misura maggiore rispetto all'interpolazione lineare i ribassi elevati. Nella Relazione AIR è stato altresì rappresentato che «Nelle linee guida si è indicato che le formule che permettono di raggiungere



questo obiettivo [disincentivazione dei ribassi eccessivi] sono quelle con profilo concavo, ovvero che assegnano punteggi decrescenti all'aumentare del ribasso. Sono state, quindi, indicate, accanto alla tradizionale formula dell'interpolazione lineare, le formule bilineari e quelle quadratiche con esponente minore o uguale a uno (nel caso di segno uguale a uno la formula quadratica coincide con l'interpolazione lineare). Tra le formule convesse rientra anche la cosiddetta proporzionale inversa. Si tratta di una formula spesso utilizzata dalle stazioni appaltanti per neutralizzare la concorrenza sul prezzo. Con la formula proporzionale inversa la differenza nel punteggio attribuito al concorrente che effettua il ribasso massimo e quello che non garantisce alcun ribasso non è pari al punteggio previsto nella documentazione di gara, così come avviene per tutti gli altri criteri (specie quando si fa ricorso alla riparametrazione), ma è indeterminata a priori. Ciò poiché dipende dallo sconto massimo riconosciuto; ad esempio, se all'offerta economica è riconosciuto un punteggio teorico di 40 punti la differenza sarà pari a 4 punti (e non 40) se lo sconto massimo praticato è pari al 10%, a 8 punti se lo sconto è pari al 20%. In tal modo si altera la proporzione tra offerta tecnica e offerta economica, ricorrendo a una formula assolutamente non trasparente. In pratica si assegna un punteggio positivo, che può anche essere elevato, all'offerta che non presenta alcun miglioramento rispetto al progetto base, contravvenendo i principi alla base delle presenti linee guida e, sostanzialmente ripresi nel parere del Consiglio di Stato per la valutazione dei profili soggettivi, laddove indica che la valutazione (e, quindi, un punteggio positivo) può riguardare esclusivamente requisiti ulteriori a quelli necessari per la partecipazione. Attribuendo un punteggio positivo all'offerta che non presenta ribassi si finisce per l'attribuire una valutazione positiva a un elemento necessario per l'ammissibilità dell'offerta (l'art. 59, comma 4, lett. e) del Codice prevede l'inammissibilità delle offerte in aumento);»;

In numerosi pareri, sia precedenti sia successivi alle Linee Guida n. 2, l'Autorità ha criticato la scelta della formula cd. proporzionale inversa, rilevando, in sostanza, come la discrezionalità nella scelta della formula matematica non può tradursi nella sterilizzazione completa della componente prezzo e nell'alterazione del peso distribuito alle due componenti dell'offerta e che una volta prevista nella legge di gara una, sia pur minima, concorrenza sull'offerta economica, essa non può poi essere limitata fino al punto di eliminarla quasi del tutto, precludendo così all'Amministrazione anche la possibilità di ottenere un risparmio (per quanto esiguo) a parità di offerte tecniche (Delibera n. 1176 del 12 dicembre 2018; Delibera n. 145 del 27 febbraio 2019; Delibera n. 481 del 23 maggio 2018; Pareri di precontenzioso n. 193 del 3 novembre 2010; n. 172 del 23 ottobre 2013; n. 140 del 26 agosto 2015).

Non vi è ragione per discostarsi dall'orientamento sinora seguito dall'Autorità, anche in considerazione del fatto che né nella determina a contrarre, né negli atti di gara né tantomeno in sede di memorie (in disparte l'ammissibilità) la Stazione appaltante ha in alcun modo espresso le motivazioni alla base della scelta dell'utilizzo della formula inversamente proporzionale. (30 punti). In mancanza di tali elementi, non può che rilevarsi illogica la scelta di riservare una parte importante del punteggio totale (30 punti su 100) alla componente quantitativa e poi prevedere l'utilizzo di una formula che, nei fatti, rende impossibile qualsiasi confronto concorrenziale. Ed infatti, nel caso di specie, nonostante la consistente differenza del prezzo offerto dall'istante rispetto alle aggiudicatarie, i punteggi attribuiti si sono distanziati per poco più di 3 punti. Si consideri, peraltro, che, sul fronte tecnico, le offerte hanno raggiunto un punteggio simile, con la conseguenza che appare ingiusto non valorizzare adeguatamente l'offerta del concorrente che offra un servizio analogo a quello dell'impresa che ha raggiunto il massimo punteggio per la componente qualitativa, ma ad un prezzo consistentemente diverso.

L'accoglimento della prima questione sottoposta consente di assorbire le ulteriori doglianze sollevate con l'istanza di parere.

Il Consiglio



ritiene, per le motivazioni che precedono, che, ferma restando la discrezionalità della Stazione appaltante nella scelta della formula matematica per la valutazione delle offerte economiche, la formula prescelta nella gara in esame non rispetta il principio per cui il punteggio minimo, pari a zero, è attribuito all'offerta che non presenta sconti rispetto al prezzo a base di gara mentre il punteggio massimo all'offerta che presenta lo sconto maggiore e non consente di attribuire l'intero *range* di punteggio previsto per la componente quantitativa. Restano assorbite le ulteriori censure.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 agosto 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente