



DELIBERA N. 295

21 giugno 2022.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Andreani Tributi S.r.l. –Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di affiancamento e supporto al settore S.U.A.P. per la gestione delle entrate comunali - Importo a base di gara euro: 320.000,00 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Comune di Stornara (FG)

PREC 77/2022/S-PB

Riferimenti normativi

Art. 77 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Offerta economica - Formula attribuzione punteggio – Errore materiale – Commissione giudicatrice - disapplicazione

Massima

Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Offerta economica – Formula attribuzione punteggio – Errore materiale – Correzione– Chiarimenti – Ammissibilità - Condizioni

Appalto pubblico – In genere – Prescrizioni *lex specialis* – Vincolatività – Disapplicazione – Commissione di gara – Non ammissibile.

E' possibile rettificare, in sede di chiarimenti, la formula matematica indicata nel disciplinare per l'attribuzione del punteggio alle offerte economiche, mediante inversione del denominatore con il numeratore, sì da renderne logico e possibile il funzionamento, solo quando dagli atti di gara si evinca la chiara ed univoca volontà della Stazione appaltante di far ricorso ad un dato parametro di valutazione delle offerte (ribasso o prezzo).



La Commissione di gara, ai fini dell'attribuzione dei punteggi alle offerte economiche, è tenuta ad applicare la formula indicata nella lex specialis e, laddove questa conduca a dei risultati illogici o impossibili, a segnalare il fatto alla Stazione appaltante ai fini dell'adozione degli atti di competenza.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 giugno 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 34664 del 6 maggio 2022, con cui la Soc. Andreani Tributi a r.l., seconda classificata nella procedura di gara in oggetto, ha contestato la formula matematica utilizzata dalla Commissione di gara per l'attribuzione del punteggio alle offerte economiche pervenute;

CONSIDERATO che l'istante ha rappresentato che, a seguito della pubblicazione degli atti di gara, domandava dei chiarimenti all'Amministrazione in ordine alla modalità di formulazione dell'offerta e sul metodo di calcolo per l'attribuzione dei punteggi; invero, il disciplinare di gara, al par. 17 richiedeva agli operatori economici di indicare, in sede di offerta, il prezzo complessivo offerto e che in caso di discordanza tra prezzo e ribasso sarebbe stata data prevalenza al valore più favorevole per la Stazione appaltante (e lo stesso modello messo a disposizione dalla Stazione appaltante per la formulazione delle offerte richiedeva di indicare il ribasso percentuale sul prezzo complessivo posto a base d'asta) mentre al par. 18.3 stabiliva che la formula da utilizzare per il calcolo dei punteggi da assegnare alle offerte sarebbe stata la seguente $C_i = R_a/R_{max} \times P_{Max}$, specificando che R_a era l'aggio offerto, R_{max} l'aggio migliore e P_{max} il punteggio massimo attribuibile per le singole voci di offerta (3 punti per la gestione ordinaria dei tributi, 9 punti per l'accertamento e 3 punti per la riscossione coattiva). Tuttavia tale formula – che sarebbe stata corretta se riferita alla percentuale di ribasso -conduceva a risultati impossibili se applicata alla misura in valore assoluto degli aggi, finendo per attribuire alle offerte un punteggio più alto di quello massimo previsto dagli atti di gara (pari a 15 punti);

RILEVATO che la Stazione appaltante, in sede di chiarimenti, confermava che l'importo presuntivo di €. 320.000,00, su cui operare il ribasso era riferito ad una durata di anni 4 e che l'offerta doveva essere formulata mediante l'indicazione dell'importo del canone offerto e degli aggi, precisando che i singoli punteggi attribuibili all'offerta, suddivisi per tipologia ordinaria, aggio del 9% (per l'accertamento) e aggio del 7% (per la riscossione coattiva) erano da calcolarsi nel seguente modo: $C_i = R_{max}/R_a \times P_{max}$ (con inversione del numeratore e denominatore della formula indicata nel disciplinare di gara);

RILEVATO che la Commissione giudicatrice, in sede di attribuzione dei punteggi dell'offerta economica, utilizzava la formula prevista dal disciplinare di gara ma sostituiva il parametro di riferimento della percentuale di aggio offerta con la percentuale di ribasso, dalla stessa ricavato a partire dagli aggi indicati in offerta, assegnando in tal modo alla Andreani Tributi 1 punto;

TENUTO CONTO che, secondo il prospetto allegato all'istanza di precontenzioso, l'applicazione della formula prevista dal disciplinare avrebbe comportato per la Andreani Tributi l'assegnazione di 18 punti (ovvero di un punteggio superiore al massimo previsto negli atti di gara) e che la formula indicata dalla Stazione appaltante nei chiarimenti gli avrebbe, invece, consentito di aggiudicarsi la commessa, l'istante chiede all'Autorità di esprimere un parere sull'operato della Stazione appaltante e su quale sia la corretta



formula da applicare alla procedura di gara in oggetto, dando atto dell'illegittima aggiudicazione della gara in favore dell'impresa C&C S.r.l., considerato che né la formula del disciplinare né i chiarimenti consentivano alla Commissione di utilizzare come parametro di riferimento i ribassi;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 37429 del 16 maggio 2022;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 38915 del 20 maggio 2022, con cui il Comune di Stornara ha segnalato che il chiarimento fornito alla Andreani Tributi S.r.l. indicava espressamente che "*L'offerta dovrà essere fatta con l'indicazione dell'importo complessivo offerto (canone più aggi), determinandosi, in tal modo, la percentuale di ribasso proposta, specificando se l'offerta è riferita ad una singola annualità o all'intero periodo (anni 4).*" Alla luce di quanto sopra, ed al netto della evidente confusione tra offerta/aggio più basso e offerta/aggio migliore, risulta evidente che le offerte pervenute siano molto distanti tra di loro e che l'offerta dell'aggiudicatario sia molto più conveniente di quella della Andreani Tributi S.r.l., con la conseguenza che qualsiasi diversa determinazione avrebbe esposto la CUC e il RUP ad un possibile danno erariale;

RITENUTO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 11, comma 5, del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

CONSIDERATO che, per giurisprudenza pacifica, i chiarimenti resi dalla stazione appaltante nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della *lex specialis* di gara (cfr., da ultimo, Cons. giust. amm. Sicilia, 08-10-2021, n. 841; id. 20 settembre 2021, n. 806, che richiama un'ampia giurisprudenza). I chiarimenti della stazione appaltante sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della *lex specialis* un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (cfr. Cons. Stato, IV, 15 dicembre 2020, n. 8031, che richiama anch'essa a corredo una vasta giurisprudenza). In ogni caso, l'errore materiale non è emendabile con lo strumento dei chiarimenti, in quanto, secondo la giurisprudenza, "l'errore materiale o l'omissione commessa nella *lex specialis* richiede una apposita rettifica del bando e del disciplinare da parte della stazione appaltante fatta con le stesse forme di detti atti e non già con un semplice chiarimento del responsabile unico del procedimento" (TAR Lazio, Sez. III Quater, 6 dicembre 2018 n. 11828; Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2017, n. 5162; Cons. Stato, III, 10 maggio 2017, n. 2172, 3 aprile 2017, n. 1527, 26 agosto 2016, n. 3708; V, 23 settembre 2015, n. 4441, 28 maggio 2015, n. 2671, 8 aprile 2014, n. 1666). In difetto di ciò non è consentito nemmeno all'amministrazione aggiudicatrice di disapplicare il regolamento imperativo della procedura di affidamento da essa stessa predisposto, ed al quale la stessa deve comunque sottostare (cfr., per tutte, Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9);

CONSIDERATO, altresì, che non è consentito alla Commissione di gara di disapplicare o riformare le disposizioni della *lex specialis*, modificando il parametro di riferimento per l'attribuzione dei punteggi alle offerte economiche pervenute. Costituisce, infatti, *ius receptum* il principio in base al quale le regole stabilite discrezionalmente dalla stazione appaltante negli atti di gara (bando, disciplinare ed allegati) vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa Amministrazione, tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) ne è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (v. Cons. Stato, V, 5



marzo 2020, n. 1604; Cons. Stato, sez. III, 5 novembre 2019 n. 7595; Id., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502; Delibera ANAC n. 226 del 4 marzo 2020). Le regole poste nell'avviso di gara costituiscono, infatti, la garanzia dei principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento;

CONSIDERATO, inoltre, che l'Autorità, sia nelle Linee Guida n. 2, sia in diversi pareri di precontenzioso ha criticato la scelta di utilizzare la formula a proporzionalità 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);

RILEVATO che, nel caso di specie, il par. 17 del disciplinare di gara stabiliva che in sede di offerta economica gli operatori economici erano tenuti ad indicare il prezzo complessivo offerto, proposto al netto di Iva e/o di altre imposte e contributi di legge, e che in caso di discordanza tra il prezzo offerto ed il ribasso percentuale sarebbe stata accordata prevalenza all'importo maggiormente favorevole all'amministrazione appaltante. Lo stesso modello messo a disposizione dalla Stazione appaltante per la formulazione dell'offerta prevedeva che il concorrente indicasse il ribasso sulla base d'asta di 320.000,00 euro. Il successivo par. 18.3 del disciplinare, dedicato al metodo di calcolo dell'offerta economica, stabiliva che i 15 punti attribuibili per l'offerta erano ripartiti tra a) gestione ordinaria delle fasi propedeutiche alla riscossione (PUNTI MAX 3); Aggio del 9% da applicare alle somme riscosse derivanti dall'attività di gestione, accertamento e riscossione coattiva delle entrate tributarie (PUNTI MAX 9); c) Aggio del 7% da applicare alle somme riscosse dall'attività di riscossione coattiva (PUNTI MAX 3) e che l'assegnazione dei punteggi sarebbe avvenuta in forza della seguente formula:

$Ci = Ra/Rmax \times PMax$, dove:

Ci = coefficiente attribuito al concorrente i-esimo per singolo servizio;

*Ra = percentuale **aggio offerto** del concorrente i-esimo per il singolo servizio*

*Rmax = percentuale **miglior aggio offerto** per il singolo servizio*

PMax = punteggio massimo attribuito al singolo servizio (secondo quanto riportato nel prospetto precedente);

RILEVATO, altresì, che nei chiarimenti forniti a seguito della pubblicazione degli atti di gara, la Stazione appaltante precisava che "L'offerta dovrà essere fatta con l'indicazione dell'importo del canone offerto e degli aggi, specificando se l'offerta è riferita ad una singola annualità o all'intero periodo (anni 4); I singoli punteggi attribuibili all'offerta, suddivisa per: a) Tipologia di gestione ordinaria, b) Aggio del 9% c) Aggio del 7%, (così come indicato all'art. 18.3 del disciplinare di gara), sono da calcolarsi nel seguente modo: $Ci = Rmax/Ra \times PMax$ ". Contrariamente a quanto asserito dalla Stazione appaltante in sede di memorie procedurali, tale chiarimento stabiliva che l'offerta doveva essere formulata mediante l'indicazione del prezzo e dei singoli aggi (in valore assoluto e non come ribasso sugli importi a base di gara) e, in ragione della precisazione fornita, invertiva il numeratore con il denominatore della formula, sì da renderne possibile e logico il funzionamento;

RILEVATO, infine, che la Commissione giudicatrice, ai fini dell'attribuzione del punteggio per l'offerta economica, faceva utilizzo della formula prevista dal disciplinare ma, tuttavia, la applicava alla percentuale di ribasso;



RITENUTO, alla luce dei principi sopra richiamati, che l'operato della Commissione giudicatrice non è conforme alle prescrizioni della *lex specialis* ed in particolare al par. 18.3 del disciplinare, nella parte in cui indicava la percentuale di aggio (e non di ribasso) come parametro di riferimento per il calcolo dei punteggi da attribuire alle offerte economiche; in base a tale disposizione e anche sulla scorta dei chiarimenti resi dalla Stazione appaltante, gli operatori economici hanno confezionato le proprie offerte, sicché la modifica del suddetto parametro, nella parte in cui conduce all'attribuzione di diversi punteggi finali, si pone in evidente contrasto con i principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento, nonché con i canoni di imparzialità e trasparenza dell'*agere* amministrativo. Né valgono, in senso contrario, le eccezioni formulate dalla Stazione appaltante in sede di memorie procedurali: invero, nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la migliore offerta è quella che consegue il punteggio maggiore - quale somma dei punti conseguiti per l'offerta tecnica e per l'offerta economica - con la conseguenza che non è possibile parlare di danno erariale quando il minore sconto proposto in sede di offerta sia bilanciato da una maggiore qualità tecnica della proposta di gestione del servizio. D'altra parte, le formule a proporzione inversa, ancorate al prezzo anziché al ribasso, conducono ad un appiattimento del *range* dei punteggi assegnabili per l'offerta economica, sicché lo scarto tra il punteggio conseguito dall'impresa che ha presentato l'offerta migliore e le altre è inferiore di quello che si avrebbe utilizzando la formula dell'interpolazione lineare calibrata sui ribassi. In ogni caso, non è in discussione l'attribuzione del massimo punteggio all'offerta della C&C S.r.l., quale migliore offerta, quanto, piuttosto, la corretta attribuzione dei punteggi all'offerta della Andreani Tributi S.r.l.;

RITENUTO, quanto alla domanda avanzata dall'istante circa la corretta formula da applicare nel caso di specie, che va dato atto di una certa contraddittorietà nella *lex specialis*. Per un verso, infatti, il par. 18.3 del disciplinare descrive i parametri di riferimento della formula per l'attribuzione dei punteggi come "percentuale aggio offerto" e "percentuale miglior aggio offerto", dall'altro contiene una formula impossibile se applicata agli aggi ma pienamente logica e funzionante se riferita alla percentuale di ribasso; al contempo, il par. 17 del disciplinare (e lo stesso modello messo a disposizione dalla Stazione appaltante per la formulazione dell'offerta) richiedeva agli operatori economici di indicare la percentuale di ribasso, accanto al prezzo complessivo. Stante la non chiara ed univoca volontà dell'Amministrazione di ricorrere alla formula a proporzione inversa ancorata al valore assoluto/prezzo (neppure manifestata in sede di memorie procedurali), il chiarimento reso, lungi dal fornire l'interpretazione autentica di una prescrizione della *lex specialis* dal significato dubbio, ha introdotto una modifica e rettifica degli atti di gara, sia in punto di formula matematica per il calcolo dei punteggi, sia per quanto concerne le modalità di formulazione dell'offerta economica, sostituendo la richiesta di indicazione del prezzo complessivo e del ribasso con l'indicazione del canone per la gestione ordinaria e delle singole percentuali di aggio riferite ai diversi servizi richiesti all'aggiudicatario. In altri termini, la Stazione appaltante non si è limitata a correggere un refuso nella formula matematica per il calcolo dei punteggi, rendendone logico il funzionamento, ma ha manifestato, per la prima volta in maniera chiara, la propria volontà provvedimento, non evincibile dal complesso delle disposizioni di gara. Una simile operazione non poteva essere effettuata ricorrendo ad un mero chiarimento a firma del RUP ma avrebbe richiesto la rettifica e ripubblicazione degli atti. Per tale ragione non può riconoscersi alcun valore al chiarimento reso e la formula da applicare nel caso di specie è quella fissata dal disciplinare (applicata alla percentuale di aggio); laddove la Commissione rilevi che la sua utilizzazione conduce a dei risultati impossibili, è tenuta a segnalare il fatto alla Stazione appaltante ai fini dell'adozione degli atti di competenza;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che:



- la formula matematica da utilizzare per l'assegnazione dei punteggi all'offerta economica è quella descritta dal disciplinare di gara e laddove la sua applicazione conduca a dei risultati impossibili la Commissione di gara è tenuta a segnalare il fatto alla Stazione appaltante per l'adozione degli atti di competenza;

- l'operato della Commissione di gara che ha applicato la formula prevista nel disciplinare, riferendola ai ribassi e non agli aggi, non è conforme alle prescrizioni della *lex specialis* e viola i principi di legalità, certezza del diritto, trasparenza, *par condicio* e legittimo affidamento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 giugno 2022

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente