

# DELIBERA N. 853

21 dicembre 2021.

## Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Sagifi S.p.A. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica a ridotto impatto ambientale nelle scuole dell'infanzia e primarie per la durata di anni 5 - Importo a base di gara: € 5.500.000,00 -S.A.: Comune di Caserta.

**PREC 225/2021/S**

## Riferimenti normativi

Artt. 73, 95 del D.Lgs. n. 50/2016.

## Parole chiave

Modifiche della *lex specialis* - Valutazione delle offerte – Riparametrazione - Soglia di sbarramento.

## Massima

**Modifiche sostanziali della *lex specialis* in corso di gara – Difetto di pubblicità – Introduzione della prima riparazione e disapplicazione della soglia di sbarramento - Illegittimità – Conseguenze.**

Le modifiche sostanziali della *lex specialis* devono essere soggette a pubblicità analoga a quella del bando/disciplinare di gara oggetto di modifica, nonché essere accompagnate da una riapertura dei termini per la presentazione delle offerte. Rientrano in tale categoria, non solo le modifiche della *lex specialis* che incidono sui requisiti di partecipazione, ma anche quelle che impattano sulla valutazione delle offerte dei concorrenti, in particolare quelle afferenti ai criteri e sub-criteri di valutazione e alla soglia di sbarramento. Nel caso in esame, la modifica (in corso di gara) del disciplinare, nel senso di introdurre la c.d. prima riparametrazione delle offerte tecniche e di non applicare la c.d. soglia di sbarramento, non è conforme alla normativa vigente e comporta l'obbligo della Commissione giudicatrice di procedere all'attribuzione del punteggio complessivo per la qualità senza effettuare l'operazione di



riparametrazione (non prevista nel disciplinare) ed applicando la soglia di sbarramento, senza procedere ad una nuova valutazione delle offerte.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del \_\_\_ 2021

## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 79285 del 3 novembre 2021, con la quale la Società Sagifi S.p.A. ha chiesto all'Autorità di esprimere parere in ordine alla legittimità dell'aggiudicazione in favore di Sirio S.r.l. nonché dell'intera procedura di gara, deducendo, sotto un primo profilo, l'illegittimità delle modifiche della *lex specialis* di gara apportate con Determinazione n. 852 del 31 maggio 2021, sotto un secondo profilo, l'illogicità delle valutazioni espresse dalla Commissione giudicatrice;

RILEVATO che l'istante ha esposto di avere partecipato alla gara insieme ad altri due operatori e che, nel corso della valutazione delle offerte tecniche (seduta riservata del 19.05.2021), su segnalazione del Presidente della Commissione giudicatrice, con Determina n. 852 del 31.05.2021, la SA ha apportato alcune "precisazioni" (*rectius* "modifiche") al disciplinare di gara, relativamente alla disapplicazione della soglia di sbarramento (prevista nel disciplinare di gara) e alla introduzione della riparametrazione dei coefficienti di valutazione dell'offerta tecnica. L'istante ha contestato la legittimità delle suddette modifiche disposte in assenza del dovuto regime di pubblicità e senza provvedere alla obbligatoria riapertura dei termini di presentazione delle offerte, deducendo la violazione dei principi in materia di gare pubbliche, nonché la violazione degli artt. 79 e 95 del Codice;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 81679 del 12 novembre 2021;

VISTA la documentazione in atti e rilevato che la stazione appaltante non ha presentato alcuna memoria;

VISTA la memoria della Società aggiudicataria Sirio S.r.l. (acquisita al prot. n. 82971 del 18 novembre 2021), secondo la quale le modifiche apportate dalla SA in corso di gara non richiedevano la pubblicazione del disciplinare rettificato e la riapertura dei termini di presentazione delle offerte, in quanto la riparametrazione non è idonea ad alterare i rapporti tra le offerte e la distanza di punteggio tra le stesse. Inoltre, secondo la controinteressata, l'istante non avrebbe dimostrato il pregiudizio subito per effetto della riparametrazione e il correlato vantaggio conseguito dall'aggiudicataria, considerando che la Società istante ha ottenuto un punteggio superiore sotto il profilo tecnico e che la differenza di punteggio di oltre 10 punti tra i due operatori è dovuta alla valutazione dell'offerta economica, rispetto alla quale non vengono sollevate contestazioni;

PREMESSO che dalla documentazione in atti risulta che:

- con bando di gara pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 78 del 5 luglio 2019, il Comune di Caserta, per il tramite della Asmel Consortile S.c.a r.l., ha indetto una procedura per l'affidamento del servizio di refezione scolastica di cui in oggetto, con scadenza delle offerte fissata al 5 agosto 2019;



- con Determinazioni dirigenziali n. 1199 del 24 luglio 2019 e n. 1216 del 29 luglio 2019 sono state apportate alcune modifiche al Disciplinare di gara, relativamente a due sub-criteri di valutazione dell'offerta tecnica (che non rilevano ai fini del presente parere);
- con Determinazione n. 71 del 21 gennaio 2021 è stata nominata la Commissione di gara, che ha sostituito la precedente Commissione dimissionaria;
- nel corso delle operazioni di gara (con nota prot. n. 54106 del 21 maggio 2021), il Presidente della Commissione ha fatto presente al RUP che *"la griglia di gradualità del giudizio per la definizione dei coefficienti, cui debbono attenersi i commissari di gara nella fase di valutazione discrezionale delle offerte, non consente di assegnare, per ciascun criterio di natura qualitativa, il punteggio massimo alla migliore offerta (coefficiente massimo attribuibile pari a 0,60), come invece stabilito nella tabella di determinazione dei criteri e sub-criteri di valutazione delle offerte e dei relativi pesi e sub-pesi"*. Nella medesima nota venivano chieste al RUP delucidazioni *"sulle modalità operative con cui provvedere alla determinazione finale dei coefficienti di attribuzione dei punteggi riferiti ai criteri di natura qualitativa"* e in particolare *"se effettuare o meno la c.d. "prima riparametrazione", con la quale si ragguagliano i coefficienti medi attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari al corrispondente valore massimo (uno)"*;
- con Determinazione n. 852 del 31 maggio 2021, il Comune di Caserta ha disposto: *"2. di prendere atto e di approvare, (...), la seguente specificazione al disciplinare di gara: al fine di riallineare i punteggi ottenuti dai concorrenti e relativi ai criteri di natura qualitativa dell'offerta tecnica a quelli massimi previsti negli atti di gara, è necessario che la Commissione proceda alla riparametrazione del punteggio ottenuto dal concorrente in ciascun criterio di natura qualitativa al valore massimo fissato a monte (c.d. "prima riparametrazione")"*; *3. Di prendere atto e di approvare, (...) la seguente specificazione al disciplinare di gara: al fine di consentire la massima partecipazione alla gara de qua e, pertanto, individuare le condizioni economicamente più vantaggiose per la Stazione Appaltante, non si applicherà alcuna soglia di sbarramento al punteggio complessivo dell'offerta tecnica"*;
- nella seduta di gara n. 8 del 29 giugno 2021 (cfr. verbale di gara dell'8ª seduta) i Commissari hanno proceduto all'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta tecnica. Dal verbale si evince che, per gli elementi di natura qualitativa, ciascun commissario ha espresso un coefficiente di valutazione (coefficiente massimo 0,60) e che la media aritmetica dei coefficienti è stata riparametrata, assegnando il coefficiente massimo di 1,00 al concorrente che aveva riportato il coefficiente più elevato e riparametrando i restanti coefficienti in misura proporzionale. Infine, i sub-punteggi sono stati ottenuti moltiplicando i coefficienti riparametrati con il sub-punteggio massimo previsto nel disciplinare per il correlato sub-criterio. Il punteggio complessivo attribuito per l'offerta tecnica è stato: 82,80 punti a Sagifi (odierna istante), 77,45 punti a Sirio, 75,53 punti a Capital;
- nella seduta di gara n. 9 del 6 luglio 2021, la Commissione ha proceduto all'apertura delle offerte economiche e all'assegnazione del relativo punteggio. Il punteggio massimo di 15 punti è stato attribuito alla Sirio (che ha formulato un ribasso del 15%), mentre a Sagifi (con ribasso del 4%) e a Capital (con ribasso del 4,10%) sono stati assegnati 4,05 punti. Ne è derivata la proposta di aggiudicazione alla Sirio S.r.l. (la cui offerta non è risultata anomala) per un punteggio totale di 92,45 punti (77,45 punti per la componente tecnica e 15 punti per quella economica);
- con Determinazione n. 1705 del 13 ottobre 2021 è stata disposta l'aggiudicazione in favore della Società Sirio per un importo complessivo di € 4.675.000,00 oltre Iva;

RILEVATO che la questione controversa riguarda la legittimità delle modifiche al Disciplinare di gara apportate con la Determinazione n. 852/2021 dopo la scadenza dei termini di presentazione dell'offerta nonché la loro idoneità ad invalidare il provvedimento di aggiudicazione ovvero l'intera procedura di gara;



CONSIDERATO che rappresenta principio consolidato quello in base al quale la *lex specialis* di gara vincola l'operato dell'Amministrazione e, in primo luogo, della Commissione giudicatrice, la quale deve limitarsi alla sua applicazione senza apportare integrazioni o modifiche. Le regole poste nel bando di gara costituiscono la garanzia dei principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento, per cui eventuali modifiche ed integrazioni ai parametri di valutazione delle offerte devono vedere assicurate le stesse forme di pubblicità originariamente adottate con conseguente riapertura del termine per la presentazione delle offerte (cfr. *ex multis* Delibera Anac n. 1084 del 21 novembre 2018). Anche la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che le stazioni appaltanti, per evidenti esigenze di parità di trattamento dei concorrenti, devono rispettare scrupolosamente tutte le prescrizioni della *lex specialis*, non essendo possibile una loro modifica in corso di gara, neppure per rimediare ad errori compiuti nella redazione degli atti di gara (cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 aprile 2021, n. 3180; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 11 ottobre 2021, n. 2205; TAR Veneto, 1 ottobre 2021, n. 1159);

RILEVATO che le modifiche alla *lex specialis* apportate in corso di gara apportate dalla Commissione consistono nell'eliminazione della soglia di sbarramento (prevista nell'art. 9 del disciplinare: "*saranno ammessi alla prosecuzione della procedura di gara solo gli operatori economici che avranno raggiunto un punteggio pari o superiore a 35*") e nella introduzione della c.d. prima riparametrazione dei coefficienti di valutazione dell'offerta tecnica (non prevista nell'art. 15 del disciplinare, il quale disponeva solamente che: "*i coefficienti di valutazione sono determinati per quanto riguarda gli elementi di natura qualitativa, che richiedono una valutazione discrezionale, attraverso la media dei coefficienti attribuiti discrezionalmente dai commissari. Buono da 0,41 ad 0,60 – Discreto da 0,21 ad 0,40 – Sufficiente da 0,01 ad 0,20 – Insufficiente 0,0. In caso di parità di punteggio finale, il servizio sarà aggiudicato al concorrente che ha ottenuto il punteggio migliore per l'offerta tecnica*");

CONSIDERATO che, secondo quanto precisato dall'Anac nelle Linee guida n. 2 (recanti "*Offerta economicamente più vantaggiosa*") nonché dalla giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2021, n. 6845; Id., 23 marzo 2018, n. 1845), nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nessuna norma di carattere generale impone alle stazioni appaltanti di attribuire alla migliore offerta tecnica il punteggio massimo previsto nella *lex specialis*, ricorrendo alla c.d. riparametrazione. Le stesse Linee guida Anac prevedono la mera facoltà della stazione appaltante di procedere alla riparametrazione dei punteggi, a condizione che la stessa sia prevista nel bando di gara. Sulla scorta dei suddetti principi, anche di recente, è stato precisato che "*in una procedura ad evidenza pubblica, l'operazione di riparametrazione deve essere espressamente prevista dalla legge di gara per poter essere applicata e non può tradursi in una modalità di apprezzamento delle offerte facoltativamente introdotta dalla commissione giudicatrice; infatti la discrezionalità che pacificamente compete alla stazione appaltante nella scelta, alla luce delle esigenze del caso concreto, dei criteri da valorizzare ai fini della comparazione delle offerte, come pure nella determinazione della misura della loro valorizzazione, non può non rivestire un ruolo decisivo anche sul punto della c.d. riparametrazione che, avendo la funzione di preservare l'equilibrio fra i diversi elementi stabiliti nel caso concreto per la valutazione dell'offerta (e perciò di assicurare la completa attuazione della volontà espressa al riguardo dalla stazione appaltante), non può che dipendere dalla stessa volontà e rientrare quindi già per sua natura nel dominio del potere di disposizione ex ante della stessa Amministrazione (Consiglio di Stato, Sez. III, 25 febbraio 2016, n. 749; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 10 agosto 2016, n. 689; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 25 giugno 2016, n. 528; da ultimo T.A.R. Sardegna, Sez. I, 21 marzo 2017, n. 200, e T.A.R. Milano, Sez. I, 10 gennaio 2017, n. 49; T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I Sent., 19/04/2017, n.262)*" (TAR Abruzzo, sez. I, 18 giugno 2021, n. 341);



CONSIDERATO che anche la decisione della stazione appaltante di introdurre negli atti di gara la c.d. "soglia di sbarramento" è espressione di un potere discrezionale che va esercitato *ex ante*, al momento dell'indizione della gara e soggetto alle forme di pubblicità previste per il bando, andando ad incidere sulla valutazione delle offerte. Si tratta della previsione da parte della legge di gara di un punteggio tecnico minimo per accedere alla fase di apertura delle offerte economiche, finalizzata a garantire una qualità elevata delle offerte presentate (Cons. Stato, V, 12 giugno 2017, n. 2852); dunque, per valutazione *ex ante*, l'offerta tecnica che si colloca sotto tale soglia è inidonea a condurre all'aggiudicazione, anche a prescindere dalla valutazione dell'offerta economica, in quanto "*qualitativamente inadeguata*" (Cons. Stato, n. 2852/2017, cit.; Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005).

CONSIDERATO che l'art. 73, comma 4, del Codice prevede un diverso regime di pubblicità (in via esclusiva telematica) per le sole informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive al bando. Invece, le modifiche sostanziali della *lex specialis* devono essere soggette a pubblicità analoga a quella del bando/disciplinare di gara oggetto di modifica, nonché essere accompagnate da una riapertura dei termini per la presentazione delle offerte;

RILEVATO che vanno considerate di carattere "sostanziale" non solo le modifiche della *lex specialis* che incidono sui requisiti di partecipazione, ma anche quelle che impattano sulla valutazione delle offerte dei concorrenti, in particolare quelle afferenti ai criteri e sub-criteri di valutazione e alla soglia di sbarramento. Ai nostri fini, merita sottolineare che, sebbene la "prima" riparametrazione dei coefficienti produca lo stesso effetto proporzionale nei confronti di tutti i concorrenti, essa incide certamente sulla graduatoria finale, in quanto porta ad un riallineamento (in termini di rialzo) dei sub-punteggi attribuiti dai commissari con i sub-punteggi massimi previsti nel disciplinare. Per tale motivo le Linee guida Anac n. 2 (e, conformemente, la giurisprudenza) precisano che condizione essenziale per effettuare tale operazione è la sua espressa previsione nel bando di gara. Anche la decisione della Commissione di gara di non applicare la soglia di sbarramento impatta sulla graduatoria finale, atteso che, in termini potenziali, la sua applicazione avrebbe potuto portare all'esclusione degli operatori i cui punteggi (non riparametrati) non superavano la soglia minima di 35 punti per la qualità;

RITENUTO, per le ragioni esposte, che le modifiche alla *lex specialis* apportate in corso di gara con la Determinazione n. 852/2021 sono illegittime, in quanto non sono state adottate nel rispetto delle garanzie di pubblicità osservate per il bando e per il disciplinare di gara oggetto di modifica. Ciò comporta che l'aggiudicazione in favore di Sirio S.r.l. (effettuata in base alla prima riparametrazione dei punteggi per l'offerta tecnica e alla disapplicazione della soglia di sbarramento) non è conforme alla normativa vigente. La Commissione, senza ripetere le valutazioni tecniche effettuate nell'8ª seduta di gara, dovrà procedere all'attribuzione del punteggio complessivo per la qualità senza procedere alla prima riparametrazione dei coefficienti, definendo il punteggio complessivo (non riparametrato) dell'offerta tecnica. A tale punteggio andrà applicata la soglia di sbarramento prevista nell'art. 9 del disciplinare (35 punti) e, per l'effetto, si dovrà procedere all'eventuale esclusione degli operatori che per la qualità non raggiungono tale punteggio. Rimane fermo il fatto che, all'esito di tali operazioni, potrà anche essere confermata l'aggiudicazione in favore dell'odierna controinteressata, qualora il punteggio tecnico (non riparametrato) sommato al punteggio per l'offerta economica (15 punti) conformi la prima posizione in graduatoria di tale ditta e qualora il punteggio per l'offerta tecnica rimanga superiore alla soglia di sbarramento di 35 punti.

Il Consiglio



Ritiene, nei termini di cui in motivazione, non conformi alla normativa di settore le modifiche al Disciplinare apportate dalla Stazione appaltante in corso di gara con la Determinazione n. 852 del 31 maggio 2021, trattandosi di modifiche sostanziali alla *lex specialis* di gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 febbraio 2022

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente