



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1127 del 5 dicembre 2018

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da ACCADUEO Srl – Affidamento del servizio di pulizia e delle attività accessorie presso gli immobili in uso all'Amministrazione di Gioia del Colle – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: euro 666.000,00; S.A.: CUC Gioia del Colle.

PREC 181/18/S

Il Consiglio

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0092130 del 17.7.2017, con la quale la società Accadueo Srl contesta l'applicazione della sanzione pecuniaria per erronea compilazione della domanda di partecipazione, nonché la correttezza della formula matematica prevista per l'attribuzione del punteggio relativo al sub-criterio B.2 dell'offerta tecnica;

CONSIDERATO che, in relazione alla prima contestazione, l'istante sostiene di essersi attenuto, nella redazione del DGUE, alle indicazioni fornite dall'Anac alle stazioni appaltanti e agli operatori economici (con il Comunicato del Presidente dell'Autorità del 26 ottobre 2016) in ordine alla definizione dell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 80 del Codice e allo svolgimento delle verifiche delle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.P.R. 445/2000;

CONSIDERATO che, in ordine alla seconda contestazione, l'istante ritiene che la Commissione giudicatrice, nell'applicazione della formula matematica per l'attribuzione del punteggio relativo al sub-criterio B.2 dell'offerta tecnica (Num. ore offerte dal concorrente i-esimo/Num. massimo ore offerte)x12), avrebbe compiuto un errore di calcolo avendo individuato uno degli elementi di calcolo nella differenza fra il numero minimo di ore di lavoro previsto nel disciplinare e il numero di ore indicato dai singoli concorrenti, mentre avrebbe dovuto limitarsi a riportare nella formula, al numeratore, il numero complessivo delle ore di lavoro specificato da ciascun concorrente;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 18.9.2018;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che l'art. 80, comma 2 del Codice stabilisce che *«Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3 (precisazione introdotta dall'art. 49, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 56/2017 recante “Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50” – n.d.r.), di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011,*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia» e che il comma 3 prevede che «L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima» (le parti sottolineate sono state introdotte dall'art. 49, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 56/2017 già sopra citato – n.d.r.);

CONSIDERATO che il Comunicato del Presidente dell'Autorità del 26 ottobre 2016 (recante «Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.p.r. 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE»), da prendere in considerazione – *ratione temporis* – nel caso in esame, precisava che «L'art. 80, comma 2, del Codice non individua i soggetti nei cui confronti opera la causa di esclusione attinente alla presenza di cause di decadenza, sospensione e divieto derivanti da misure di prevenzione o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84 del D.lgs. n. 159/2011, a differenza di quanto avveniva in vigore dell'art. 38, comma 1, lett. b) del d.lgs. 163/06. Pertanto, in assenza di specifiche indicazioni, il motivo di esclusione di cui al comma 2, dell'art. 80 deve essere riferito ai soggetti che sono sottoposti alla verifica antimafia ai sensi dell'art. 85 del Codice Antimafia» e, sulle modalità di dichiarazione, chiariva che «Il possesso del requisito di cui al comma 1, dell'art. 80 deve essere dichiarato dal legale rappresentante dell'impresa concorrente mediante utilizzo del modello di DGUE. La dichiarazione deve essere riferita a tutti i soggetti indicati ai commi 2 e 3 dell'art. 80, senza prevedere l'indicazione del nominativo dei singoli soggetti. Nell'ottica di perseguire la semplificazione delle procedure di gara e la riduzione degli oneri amministrativi connessi allo svolgimento delle stesse, le stazioni appaltanti richiedono, alle imprese concorrenti, l'indicazione del nominativo dei soggetti di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 80 solo al momento della verifica delle dichiarazioni rese. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni penali previste dall'articolo 76 del D.P.R. n. 445/2000 nei confronti del legale rappresentante che renda dichiarazioni false in ordine al possesso del requisito in esame»;

CONSIDERATO che «Linee guida n. 3 del 18 luglio 2016 per la compilazione del modello di formulario di Documento di Gara unico Europeo (DGUE) approvato dal Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016» emanate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con riferimento alla sezione D («Altri motivi di esclusione eventualmente previsti dalla legislazione nazionale dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore»)



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

a pag. 6 prevede che «Per quanto riguarda le ipotesi (antimafia) previste dal comma 2 del citato art. 80 [...] è necessario indicare nell'apposito riquadro il riferimento ai soggetti previsti dal D.lgs. n. 159/2011»;

RITENUTO che dal combinato disposto dell'art. 80, commi 2 e 3 del Codice, del Comunicato del presidente dell'Autorità e delle Linee Guida del MIT, in vigore al momento in cui è sorta la questione oggetto del presente parere, risulta che il concorrente fosse obbligato ad effettuare la dichiarazione circa la sussistenza o meno dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, comma 2 con riferimento ai soggetti che sono sottoposti alla verifica antimafia ai sensi dell'art. 85 del Codice Antimafia (mentre nella normativa vigente, non sussistendo una piena identità tra i soggetti indicati dall'art. 85 del Codice Antimafia e l'art. 80, comma 3 del Codice appalti, il legislatore ha ritenuto di chiarire che i soggetti per cui deve essere fatta la dichiarazione sono quelli di cui al comma 3 del medesimo articolo 80), senza la necessità di specificare, però, il nominativo degli stessi, in quanto tale indicazione, per ragioni di celerità e semplificazione procedurale (v. Comunicato del Presidente Anac citato), veniva differita al momento della verifica delle dichiarazioni e quindi in un momento evidentemente successivo alla fase di ammissione della domanda di partecipazione;

RITENUTO, pertanto, che l'irregolarità riscontrata dalla Stazione appaltante, a fronte dell'inesistenza di un obbligo di indicazione espressa dei nominativi dei soggetti tenuti alla dichiarazione, non può considerarsi essenziale, da ciò derivandone l'illegittimità dell'applicazione della sanzione pecuniaria comminata all'istante ai sensi dell'art. 83, comma 9 del Codice;

CONSIDERATO che, in merito alla contestazione relativa all'asserita errata applicazione della formula matematica per l'attribuzione del punteggio relativo al sub-criterio B.2 dell'offerta tecnica, tanto le considerazioni dell'istante in ordine all'applicazione letterale della formula indicata nella *lex specialis* di gara, quanto i rilievi controdeduttivi della Stazione appaltante in ordine alla illegittimità di una formula di calcolo (seguendo l'interpretazione proposta dall'istante) che non consente l'assegnazione di tutta la scala di punteggi possibili (ovvero da zero a quello massimo previsto per lo specifico sub-criterio) appaiono fondati, il parere si riduce nel dare risposta al quesito se la Stazione appaltante, al di là del senso letterale della formula, abbia operato correttamente nell'applicarla comunque in modo tale che una ipotetica offerta di ore lavorate corrispondente al minimo previsto dalla *lex specialis* avrebbe conseguito un punteggio molto prossimo a quello massimo previsto per il sub-criterio in argomento (ossia 11,370 punti su 12 totali attribuibili);

RITENUTO che se il calcolo fosse stato effettuato intendendo per “numero di ore offerte dal concorrente i-esimo” il numero totale di ore offerte e non, come invece inteso dalla Stazione appaltante, il “numero di ore aggiuntive al minimo (14.100) stabilito nella *lex specialis*”, detta formula, secondo quanto ammesso dall'istante medesimo, avrebbe avuto «il limite di non determinare una ampia selezione fra i concorrenti in ragione del numero di ore offerte» o, detto in altri termini, avrebbe di fatto quasi annullato il peso del sub-criterio B.2 generando un (illegittimo) appiattimento (verso il massimo punteggio) di tutte le offerte relative a tale criterio;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RILEVATO che da tempo ormai la giurisprudenza e la stessa Autorità hanno chiarito che «*Nell'ambito delle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è necessario che, nell'assegnazione dei punteggi venga utilizzato tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo attribuendo il punteggio minimo pari a zero all'offerta che non presenta sconti rispetto al prezzo a base di gara, ed il punteggio massimo all'offerta che presenta lo sconto maggiore al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta*» (v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 14 agosto 2017, n. 4004 e Linee Guida ANAC n. 2);

RITENUTO che l'interpretazione della formula di calcolo proposta dall'istante, ancorché astrattamente possibile sulla base di quanto letteralmente esplicitato nel disciplinare di gara, avrebbe tuttavia condotto a risultati logicamente e giuridicamente inammissibili e contrastanti con i principi che regolano l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e che pertanto la Stazione appaltante, senza apportare modifiche alla formula matematica prevista, ne ha di fatto offerto solo una interpretazione conforme alla normativa vigente senza violare il principio della *par condicio competitorum* (la formula di calcolo adottata, infatti, non può incidere, in questo caso, sulla scelta dei concorrenti in ordine all'offerta da presentare relativamente al sub-criterio B.2);

Il Consiglio

per le motivazioni che precedono, ritiene:

- illegittima l'applicazione alla società istante della sanzione pecuniaria di cui all'art. 83, comma 9 del Codice in relazione alla mancata indicazione nel DGUE dei nominativi dei soggetti tenuti alla dichiarazione circa l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 2 del Codice;
- conforme alla disciplina normativa di settore le modalità di applicazione della formula di calcolo relativa al sub-criterio B.2 dell'offerta tecnica.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 dicembre 2018

Il Segretario Maria Esposito