



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 43

DEL 22 gennaio 2020

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Pellicani & Noviello S.n.c. – Procedura aperta per l'appalto di servizio di conduzione, manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti termici e di climatizzazione (autonomi e centralizzati) delle strutture ospedaliere e territoriali dell'Azienda Sanitaria della Provincia di Bari suddiviso in 3 lotti – S.A. Azienda Sanitaria Locale Bari

PREC 202/19/S

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza singola di parere di precontenzioso prot. n. 91921 del 18 novembre 2019, la Pellicani & Noviello S.n.c., giunta quarta in tutti e tre i lotti della gara in oggetto, contesta le rispettive graduatorie nei termini di seguito evidenziati:

- Con riferimento al lotto 1, l'istante ritiene che, avendo l'aggiudicataria LM Impianti S.r.l. ottenuto, a seguito della riparametrazione, un punteggio superiore ai 4/5 dei punteggi massimi attribuibili sia per l'offerta tecnica sia per l'offerta economica, la S.A avrebbe dovuto attivare il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta. L'istante afferma infatti che il calcolo dell'anomalia dovesse essere effettuato sui punteggi ottenuti dai concorrenti dopo la riparametrazione, così come esposto nelle Linee guida Anac. Egli contesta quindi che la S.A. si sia limitata a richiedere una relazione giustificativa solo sui costi della manodopera, i quali venivano ritenuti congrui dal RUP pur se, a parere dell'istante, non risultavano giustificati gli specifici costi della squadra di pronto intervento e reperibilità.
- Sotto diverso profilo, l'istante afferma che la LM Impianti S.r.l. non avrebbe presentato le dichiarazioni di cui all'art. 80, co. 5, lett. *c-bis* e *c-ter* del d.lgs. 50/2016, ed avrebbe prodotto una certificazione ISO 9001 e un'attestazione SOA prive di attestazione di conformità all'originale;
- L'istante contesta inoltre la mancata esclusione del concorrente Modus FM S.p.a., terzo classificato nella graduatoria del lotto 1 e aggiudicatario del lotto 3, per violazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti generali, avendo esso presentato, nel corso della gara, domanda di ammissione al concordato c.d. in bianco o con riserva ex art. 161 L.F.;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

L'istante tiene a precisare che l'aggiudicataria del lotto 2, Perrone Global Service, giunta seconda nel lotto 1, essendo già vincitrice di un lotto, non potrebbe comunque aggiudicarsi un lotto ulteriore neppure tramite scorrimento, in forza di quanto disposto dall'art. 5 del disciplinare di gara secondo cui «i concorrenti potranno aggiudicarsi solo un lotto».

Dall'accoglimento delle doglianze sopra esposte potrebbe derivare quindi l'aggiudicazione del lotto 1 all'impresa istante.

Con memoria prot. n. 97194 del 4 dicembre 2019, la S.A. replicava alle suddette contestazioni, rappresentando che la commissione di gara effettuava il calcolo della soglia di anomalia prima della riparametrazione in quanto riteneva che tale operazione ha, in generale, il solo scopo di preservare l'equilibrio fra gli elementi quantitativi e qualitativi. La S.A. sottolineava inoltre, in relazione al contestato giudizio di congruità sui costi della manodopera, che l'aggiudicataria LM Impianti S.r.l. proponeva due squadre di tecnici per il servizio di reperibilità, da ricomprendere quale proposta migliorativa nell'ambito del già ampio organico deputato all'intero appalto.

La S.A. specificava altresì che le fattispecie contemplate all'art. 80, co. 5, lett. *c-bis* e *c-ter* del d.lgs. 50/2016 non erano in concreto ravvisabili, e che il timbro di conformità figurava sull'attestazione SOA dell'aggiudicatario.

Con riferimento alla mancata esclusione della Modus FM S.p.a., la S.A. specificava che tale ditta presentava domanda prenotativa di concordato, ai sensi dell'art. 161, co. 6 L.F, riservandosi di depositare un piano di concordato con continuità aziendale, ed evidenziava che l'ammissione alla procedura di concordato preventivo non è impeditiva della partecipazione.

Con memoria prot. n. 97137 del 4 dicembre 2019 anche l'aggiudicataria del lotto 1 LM Impianti S.r.l. replicava a quanto dedotto dall'istante, sottolineando che le proprie giustificazioni erano ritenute congrue e sostenibili dalla S.A., che non sussistono ipotesi di cui all'art. 80, co. 5 lett. c) che la riguardano, che è presente timbro di conformità sull'attestazione SOA e che, in ogni caso, qualunque carenza documentale poteva essere sanata tramite soccorso istruttorio.

Ritenuto in diritto

In relazione alle specifiche doglianze avanzate dalla concorrente quarta classificata nei 3 lotti della gara in oggetto, si ritiene di evidenziare preliminarmente il contenuto della *lex specialis* per i profili che qui interessano.

Il disciplinare della gara in oggetto recava la descrizione delle fasi di gara, prevedendo che “la valutazione tecnica, con l'attribuzione del punteggio (max 70 punti) qualitativo sarà effettuata dalla Commissione Giudicatrice in una o più sedute riservate [...]. Ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico è prevista una soglia minima di sbarramento pari a punti 42 per il punteggio tecnico complessivo. Le offerte che non raggiungeranno tale soglia, successivamente alla perequazione, saranno considerate non idonee” (punto 17.1). La *lex specialis* proseguiva individuando il metodo di attribuzione del coefficiente per il calcolo del punteggio dell'offerta tecnica (punto 17.2), specificando che “per la formazione della



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

graduatoria sarà utilizzato il Metodo Aggregativo Compensatore”, attraverso il richiamo alle Linee Guida Anac n. 2 recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”. Descriveva poi il metodo di attribuzione del coefficiente per il calcolo del punteggio dell’offerta economica (punto 17.3) e prevedeva quindi che “In riferimento all’offerta tecnica, al fine di ristabilire l’equilibrio dei vari elementi di valutazione, la Commissione di gara effettuerà la riparametrazione [...]. L’impresa che, a seguito della normalizzazione non avrà ottenuto almeno 42 punti come punteggio totale non sarà ammessa alla successiva fase” (punto 17.4). A tenore del successivo punto 20 “la Commissione procederà all’esame ed alla valutazione delle offerte tecniche e all’assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri e le formule indicati nel bando e nel presente disciplinare. La Commissione procederà alla riparametrazione dei punteggi secondo quanto indicato al precedente punto [...] La Commissione individua gli operatori che non hanno superato la soglia di sbarramento [...]. In seguito la Commissione/RUP darà lettura dei punteggi, già riparametrati, attribuiti alle singole offerte tecniche e darà atto delle eventuali esclusioni dalla gara dei concorrenti. Successivamente procederà all’apertura della busta contenente l’offerta economica [...]. All’esito delle operazioni di cui sopra, la Commissione redige la graduatoria e procede formulando la proposta di aggiudicazione in favore del concorrente che ha presentato la migliore offerta non anomala”. Al punto 21 il disciplinare specifica che “Al ricorrere dei presupposti di cui all’art. 97, co. 3 del Codice e in ogni altro caso in cui, in base a elementi specifici, l’offerta appaia anormalmente bassa, il RUP, avvalendosi, se ritenuto necessario, della Commissione, valuta la congruità, serietà sostenibilità e realizzabilità delle offerte che appaiono anormalmente basse”. Il punto 22 specifica infine che “La Commissione giudicatrice, preso atto della verifica di congruità delle offerte anomale, formulerà la proposta di aggiudicazione in favore del concorrente che ha presentato la migliore offerta, chiudendo le operazioni di gara e trasmettendo al RUP tutti gli atti e documenti di gara ai fini dei successivi adempimenti”.

Dalla lettura delle richiamate disposizioni, appare dunque evidente che immediatamente dopo l’esame delle offerte tecniche la Commissione avrebbe effettuato la riparametrazione, per poi dare lettura dei “punteggi già riparametrati”, attribuire il punteggio dell’offerta economica e redigere la graduatoria, formulando la proposta di aggiudicazione in favore della migliore offerta non anomala. Nella sequenza delle descritte operazioni, in mancanza di specifiche indicazioni sul momento in cui effettuare il calcolo della soglia di anomalia, tale calcolo non poteva che intervenire dopo l’operazione di riparametrazione, dal cui esito dipendevano anche le eventuali esclusioni per mancato raggiungimento della soglia di sbarramento.

Quanto detto è in linea con le Linee Guida n. 2 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”, ora aggiornate con delibera n. 424 del 2 maggio 2018, le quali prevedono proprio che “La riparametrazione risponde ad una scelta discrezionale della stazione appaltante che deve essere espressamente prevista nei documenti di gara ed è finalizzata a preservare l’equilibrio tra le diverse componenti dell’offerta, in modo che in relazione a tutte le componenti, l’offerta migliore ottenga il massimo punteggio, con conseguente rimodulazione delle altre offerte”, e che “Ai fini della verifica di anomalia la stazione appaltante fa riferimento ai punteggi ottenuti



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dai concorrenti all'esito delle relative riparametrazioni". Analogamente, il Bando tipo n. 1/2017 prevede che "Coerentemente con quanto previsto nelle Linee guida n. 2/2016, la riparametrazione andrà effettuata prima di determinare la soglia di anomalia".

Si ritiene pertanto, nel caso di specie, che la S.A. debba procedere a determinare la soglia di anomalia facendo riferimento ai punteggi ottenuti dai concorrenti all'esito delle relative riparametrazioni, e ad effettuare conseguentemente le relative verifiche di congruità.

Con riferimento alla lamentata omissione, da parte di LM Impianti S.r.l., delle dichiarazioni di cui all'art. 80, co. 5, lett. *c-bis* e *c-ter* del d.lgs. 50/2016, si osserva che il disciplinare di gara, punto 14.2, si limitava a prevedere che "qualora vi siano ipotesi che possono rientrare nella previsione dell'art. 80, comma 5, lett. c) (gravi illeciti professionali), le dichiarazioni rese tramite il DGUE possono essere integrate – su documento separato redatto a cura del concorrente – con ogni informazione ritenuta utile ai fini di una successiva valutazione, se del caso, da parte della Stazione appaltante". Nella sezione D) erano invece da ritenersi comprese le dichiarazioni di cui al medesimo articolo alle lettere f), *f-bis*), *f-ter*), g), h), i). Appare pertanto evidente che la *lex specialis* stessa era carente sul punto in quanto non richiedeva una espressa dichiarazione, anche se negativa, con riferimento alle lettere *c-bis* e *c-ter* dell'art. 80, comma 5. Non potevano dunque ricadere sul concorrente le conseguenze di tale mancata previsione.

E' fatto comunque salvo il rimedio del soccorso istruttorio, tramite il quale la S.A. richiede ai concorrenti dichiarazioni e/o documenti mancanti, ai sensi dell'art. 83, co. 9 d.lgs. 50/2016, e dispone l'esclusione solamente nei casi di concreta carenza del requisito.

In relazione, infine, alla specifica doglianza riferita alla mancata esclusione del concorrente Modus FM S.p.a., aggiudicatario del lotto 3, che avrebbe presentato in corso di gara domanda di concordato cd. "in bianco", ai sensi dell'art. 161, co. 6 L.F., si ritiene di richiamare, ai fini delle conseguenti determinazioni della S.A., la più recente giurisprudenza in materia (T.a.r. Lazio, 22 luglio 2019, n. 9782), la quale ha ritenuto che la presentazione della domanda di concordato "in bianco" comporti l'esclusione delle ricorrenti dalla gara, e ha osservato che "secondo la giurisprudenza, la partecipazione ad una procedura selettiva per l'affidamento di un contratto di appalto pubblico, così come la permanenza all'interno della procedura stessa, laddove al momento dell'avvio non era stata presentata, da parte dell'operatore economico, alcuna domanda di "concordato in bianco", rientrano nella categoria degli atti di straordinaria amministrazione, anche perché già solo la partecipazione alla procedura potrebbe ridurre ancor di più le opportunità di tutela dei creditori; ne consegue che l'istanza del debitore di ammissione al concordato preventivo "in bianco" (ovvero priva del piano, della proposta e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 L.F.) costituisce una condizione impeditiva alla partecipazione alle procedure per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche (Cons. Stato n. 3984/19; Cons. Stato n. 5966/18; Cons. Stato n. 3225/18)". Si precisa che, secondo la giurisprudenza appena richiamata, anche il nuovo testo dell'art. 110, co. 4 d.lgs. n. 50/16 vada interpretato nel senso che la "partecipazione" "riguarda le sole procedure che iniziano ex novo dopo la presentazione della domanda di concordato "in bianco", e non anche quelle in corso al momento del deposito della domanda stessa".



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Alla luce di quanto sopra esposto, si ritiene che la S.A. debba procedere a determinare la soglia di anomalia facendo riferimento ai punteggi ottenuti dai concorrenti all'esito delle relative riparametrazioni, e ad effettuare conseguentemente le relative verifiche di congruità.

Si ritiene altresì che, visto quanto rappresentato dalle parti, e alla luce della giurisprudenza, è legittima l'esclusione del concorrente che abbia presentato, in corso di gara, domanda prenotativa di concordato con riserva ai sensi dell'art. 161, co. 6 L.F..

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- vista la sequenza cronologica delle operazioni di gara, e in mancanza di specifiche indicazioni della *lex specialis*, la determinazione della soglia di anomalia non poteva che intervenire dopo l'operazione di riparametrazione. Occorre dunque che la S.A. proceda a determinare la soglia di anomalia facendo riferimento ai punteggi ottenuti dai concorrenti all'esito delle relative riparametrazioni, e ad effettuare conseguentemente le relative verifiche di congruità;
- visto quanto rappresentato dalle parti, e alla luce della giurisprudenza, è legittima l'esclusione del concorrente che abbia presentato, in corso di gara, domanda prenotativa di concordato con riserva ai sensi dell'art. 161, co. 6 L.F..

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 gennaio 2020

Il Segretario Rosetta Greco