



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Delibera n. 229 del 1 marzo 2017

OGGETTO: Istanza congiunta per adesione successiva di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Associazione Sportiva Dilettantistica (ASD) “Pallavolo Milleluci” – Concessione della gestione dell’impianto palestra comunale di Casalguidi – Importo a base di gara: euro 99.289,30 - S.A. Centrale di Committenza, per conto del Comune di Serravalle Pistoiese, Consorzio CEV

PREC 111/16/S

Commissione di gara – Conflitto di interessi

Non versa in una situazione di conflitto di interessi il commissario di gara interno alla stazione appaltante che, nell’ambito delle proprie funzioni istituzionali, abbia in precedenza avuto occasione di contestare ad uno degli operatori economici partecipanti alla gara la violazione di norme sanitarie e di sicurezza.

Artt. 42 e 77 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa – attribuzione di punteggi all’offerta tecnica – mancata individuazione di sub-criteri – assenza di motivazione - arbitrarità

E’ arbitraria l’attribuzione del punteggio dell’offerta tecnica da parte della commissione qualora, in assenza della definizione di sub-criteri e sub-punteggi, non sia corredato da una adeguata motivazione.

Art. 95 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al protocollo n. 169892 del 16 novembre 2016, l’Associazione Sportiva Dilettantistica “Pol. Dil. Pallavolo Milleluci” ha contestato l’avvenuta aggiudicazione della concessione della gestione dell’impianto palestra comunale di Casalguidi all’associazione U.I.S.P. Comitato provinciale, all’esito dell’espletamento di una gara a procedura aperta con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (nella quale l’istante si è classificata seconda), per i seguenti motivi:

- i) illegittima composizione della commissione giudicatrice, anche con riferimento alla presunta situazione di conflitto di interessi di uno dei suoi componenti;
- ii) travisamento dei criteri di valutazione dell’offerta e incongrua, insufficiente e contraddittoria motivazione.

In relazione al primo motivo, l’istante contesta la violazione dell’art. 8 del Regolamento per la promozione delle attività sportive e ludico motorie del Comune di Serravalle Pistoiese, approvato con deliberazione n. 65 del 15 ottobre 2015 adottata in attuazione dell’art. 14 l.r. n. 91/2015, che prevede



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

che la commissione giudicatrice, salvo diverse disposizioni normative, sia composta dal Responsabile del Servizio a cui fa capo l'Ufficio Sport, con funzioni di Presidente, dal Responsabile del Servizio Tecnico – Manutentivo e dal responsabile del Servizio Pubblica Istruzione Servizi Sociali, a fronte della nomina, da parte della stazione appaltante, quale Presidente, di un funzionario dell'Area Contabile e, quali ulteriori componenti, di un Istruttore Direttivo Amministrativo e un Istruttore Direttivo Tecnico. In particolare, l'istante evidenzia la carenza di competenza specifica in materia di attività sportiva in capo al Presidente della Commissione.

L'istante lamenta inoltre una presunta situazione di conflitto di interessi a carico dell'Istruttore Direttivo Tecnico, trattandosi della stessa persona che ha accertato e contestato all'istante, concessionario uscente della gestione della palestra, alcune violazioni della normativa in materia di igiene e sicurezza all'interno della palestra stessa. Tale circostanza, secondo l'istante, sarebbe idonea ad inficiare gravemente l'imparzialità della Commissione e avrebbe dovuto condurre all'obbligo di astensione del citato commissario.

In relazione al secondo motivo, l'istante contesta l'incongruità, nonché la contraddittorietà, o comunque l'insufficienza della motivazione dell'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica all'aggiudicataria (49 punti, a fronte dei 36 assegnati all'istante). In particolare, l'istante lamenta l'incongruità dell'attribuzione di 15 punti (su un massimo di 20) al progetto di massima presentato dall'aggiudicataria, a fronte dei 10 assegnati al progetto presentato dall'istante, nonostante la carenza del primo in ordine a numerosi aspetti richiesti dalla documentazione di gara, la mancata giustificazione dell'attribuzione di 16 punti (su un massimo di 20) all'aggiudicataria per il criterio delle esperienze in attività di promozione sportiva-ricreativa-sociale, nonostante la stessa non abbia dichiarato lo svolgimento di alcuna attività nei richiamati settori e la disparità di trattamento nella valutazione delle esperienze di gestione diretta, per non avere la stazione appaltante tenuto in debito conto l'ontologica differenza delle due concorrenti (l'una, un'associazione dilettantistica locale e, l'altra, un ente di promozione sportiva a livello nazionale).

Il Comune di Serravalle Pistoiese, con nota acquisita al prot. n. 183648 del 13 dicembre 2016, ha dichiarato di aderire a quanto stabilito nel parere rilasciato dall'Autorità.

Con successiva memoria acquisita al prot. n. 190223 del 23 dicembre 2016, il Comune ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'istanza di precontenzioso a ragione dell'intervenuta stipula del contratto (6 settembre 2016) e, in via subordinata, ha comunque replicato alle doglianze dell'istante rilevando: (i) che il funzionario preposto all'Area Amministrativa nella quale è allocato il Servizio Sport è il RUP della gara e quindi non avrebbe potuto essere nominato Presidente della Commissione stante il divieto previsto dall'art. 77 comma 4¹, del d. lgs. n. 50/2016 e che la funzionaria dell'Area Contabile nominata Presidente ha diretto il Servizio Sport per diversi anni, fino al 31 marzo 2015; (ii) che non sono ravvisabili ragioni giuridiche che imponessero all'Istruttore Direttivo Tecnico, scelto peraltro perché titolare dell'U.O. Servizi per tutte le incombenze di carattere tecnico-operativo in materia di impianti sportivi e in possesso di una esperienza trentennale in ambito tecnico, di astenersi; (iii) che i criteri di valutazione delle offerte tecniche erano noti e non sono stati contestati nelle forme di

¹ "I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta".



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

legge, che le proposte contenute nel progetto di massima dell'istante sono delle mere dichiarazioni di intenti non suffragate da alcuna progettazione né quadro economico tale da consentire l'attribuzione di punteggio e che dagli atti di gara si evince in modo evidente che l'aggiudicataria svolge sul territorio un'attività che coinvolge un numero di partecipanti molto maggiore di quelli interessati dall'attività dell'istante e che ciò ha determinato l'attribuzione di un maggiore punteggio sulla base dei criteri previsti nel disciplinare di gara.

Ritenuto in diritto

Preliminarmente si rileva che l'istanza è da ritenersi ammissibile, nonostante l'intervenuta stipula del contratto, perché verte su questioni (composizione della commissione giudicatrice e valutazione delle offerte tecniche) che attengono precipuamente allo svolgimento della procedura di gara.

Venendo al merito, con riferimento al primo motivo di doglianza, si evidenzia che, come eccepito dalla stazione appaltante, il comma 4 dell'art. 77 del d. lgs. n. 50/2016 dispone che i commissari non devono avere svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La norma rappresenta un'evoluzione di quanto previsto dal comma 4 dell'art. 84, del previgente d.lgs. n. 163/2006 in quanto estende al Presidente della commissione la causa di incompatibilità dello svolgimento di altro incarico o funzione in relazione al contratto oggetto della gara, che il vecchio Codice prevedeva nei soli confronti dei commissari diversi dal Presidente.

Il RUP di regola ricade nell'ipotesi di incompatibilità prevista dal comma 4 dell'art. 77 (cfr. Linee guida n. 3 "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", 26 ottobre 2016).

La richiamata disposizione prevale sulle fonti normative di grado inferiore. Ne consegue che l'art. 8 del Regolamento comunale per la promozione delle attività sportive e ludico motorie non può trovare applicazione se conduce alla nomina di Presidente della Commissione del soggetto che ricopre il ruolo di RUP della gara.

Quanto alla competenza in materia di impianti sportivi del funzionario di Area Contabile nominato Presidente della Commissione, a fronte di quanto rappresentato dalla stazione appaltante in ordine al suo curriculum (direzione del Servizio Sport per diversi anni fino al 31 marzo 2015 e presidenza della Commissione della precedente edizione della gara per l'affidamento della gestione del medesimo impianto vinta dall'ASD Pallavolo Milleluci), non si ravvisano elementi da cui trarre una valutazione di inadeguatezza.

Per ciò che concerne l'obbligo di astensione del componente della Commissione che ha accertato e contestato all'istante alcune violazioni della normativa in materia di igiene e sicurezza all'interno della palestra, si evidenzia che, ai sensi dell'art. 42, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, «si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante (...) che, (...), interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

della procedura di appalto o di concessione». In particolare, rappresentano situazioni di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'art. 7 del d. P.R. 16 aprile 2013, n. 62 (art. 42, comma 2, d.lgs. n. 50/2016) e dall'art. 51 c.p.c. (art. 77, comma 6, d.lgs. n. 50/2016). Al di fuori di queste ultime tipizzazioni delle relazioni personali o professionali sintomatiche del possibile conflitto di interesse, la situazione di conflitto di interessi si realizza quando il dipendente pubblico è portatore di interessi della sua sfera privata che potrebbero influenzare negativamente l'adempimento dei propri doveri istituzionali, ovvero in grado di comprometterne, anche solo potenzialmente, l'imparzialità (Parere sulla normativa AG11/2015/AC del 25 febbraio 2015).

Nel caso in esame, il componente della Commissione la cui nomina è censurata dall'istante non si qualifica per essere posto in contrasto con le funzioni di commissario da interessi della propria sfera privata, dal momento che la pregressa contestazione di infrazioni in materia di igiene e sicurezza (su cui si appunta la doglianza dell'istante) rientra nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni istituzionali.

Per ciò che attiene al secondo motivo di doglianza, si evidenzia che, secondo il costante orientamento giurisprudenziale, «le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle commissioni di gara sono espressione di discrezionalità tecnica e come tali sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (*ex multis*, Cons. St., sez. V, 30 aprile 2015, n. 2198; 23 febbraio 2015, n. 882; 26 marzo 2014, n. 1468; sez. III, 13 marzo 2012, n. 1409) ovvero ancora salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione (Cons. St., sez. III, 24 settembre 2013, n. 4711)» (Consiglio di Stato, sentenza n. 4942 del 28 ottobre 2015).

Nel caso in esame, i criteri e i sub-criteri per l'attribuzione del punteggio tecnico (max 60 punti) sono individuati nel disciplinare nel modo seguente:

- a) progetto di massima della gestione: max 20 punti;
- b) esperienze in attività promozione sportiva-ricreativa-sociale: max 20 punti (di cui 5 in relazione alle attività sportive esercitate nell'ultimo anno; 5 all'attività formativa volta al settore giovanile; 5 all'attività indirizzata ad attività sociali; 5 alle manifestazioni sportive, culturali, ricreative organizzative dell'ultimo anno);
- c) rapporti che legano il proponente al territorio: max 10 punti (di cui 7 per gli anni consecutivi di presenza operativa sul territorio provinciale e 3 per il numero totale iscritti residenti nel Comune di Serravalle Pistoiese);
- d) esperienze gestionali pregresse: max 10 punti

Prima di prendere in esame l'attribuzione dei punteggi, non ci si può esimere dal rilevare incidentalmente che siffatta definizione dei criteri di valutazione, che riserva solo 20 punti al progetto della gestione della palestra e destina i rimanenti 40 a requisiti soggettivi dell'impresa (esperienze pregresse in attività promozione sportiva-ricreativa-sociale e gestionali e rapporti con il territorio) non è conforme al principio generale secondo cui l'Amministrazione deve individuare criteri di selezione che siano collegati all'oggetto dell'appalto e che devono dunque essere elaborati con riferimento all'offerta e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

non all'azienda concorrente in quanto tale (Parere precontenzioso n. 46 del 26 febbraio 2014). Ciò anche a seguito del superamento, ad opera dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, della rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione e della riconosciuta possibilità di valutare profili di carattere soggettivo qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta e riguardino comunque aspetti, quali quelli indicati dall'art. 95, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione, giacché il peso da attribuire ai criteri di natura soggettiva deve essere comunque limitato, ad esempio non più di 10 punti sul totale, considerato che tali elementi non riguardano il contenuto dell'offerta ma la natura dell'offerente, salvo il caso di servizi, quali quelli relativi all'ingegneria e all'architettura, nei quali, per la specificità degli stessi, è alta l'interrelazione tra la capacità dell'offerente e la qualità dell'offerta (cfr. Linee guida n. 2 "Offerta economicamente più vantaggiosa", 21 settembre 2016). In particolare, il criterio sub *c*) "rapporti che legano il proponente al territorio", accordando preferenza a favore di soggetti che hanno un peculiare radicamento organizzativo sul territorio interessato dalla gara, appare annoverabile tra le c.d. clausole territoriali, sulla cui illegittimità l'Autorità si è più volte espressa (cfr., *ex multis*, deliberazione n. 108/2012).

Venendo alla contestazione dell'istante, si rileva che l'attribuzione di 15 punti all'aggiudicataria per il criterio sub *a*) del "progetto di massima della gestione" non è suffragato da alcuna motivazione. Al riguardo si rammenta che il punteggio numerico assegnato ai singoli elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa integra una motivazione sufficiente ed adeguata, purché siano stati prefissati criteri di valutazione sufficientemente precisi e dettagliati (Cons. St., sez. III, 15 settembre 2014, n. 4698; Consiglio di Stato sez. III 17/12/2015 n. 5717).

Nel caso in esame, il criterio sub *a*) non è stato suddiviso in sub-criteri dalla stazione appaltante, che si è limitata a rinviare all'elenco dei requisiti previsti all'art. 7, comma 2, lettere da b) a l) del citato Regolamento comunale sull'attività sportiva (che, peraltro, annovera criteri che nulla hanno a che vedere con l'offerta tecnica del progetto di gestione – i.e. affidabilità economica dell'associazione, assenza di posizione debitorie nei confronti dell'ente) e non ha stabilito sub –punteggi.

Entrambe le offerte (dell'aggiudicataria e dell'istante) sono, relativamente al criterio sub *a*), delle mere dichiarazioni di intenti ("Il progetto di gestione che UISP Pistoia intende realizzare...", "Nella futura gestione UISP ha intenzione di utilizzare per i propri operatori...") su vari aspetti della futura gestione della palestra, tra loro abbastanza eterogenei.

L'assenza sia di sub-criteri e sub-punteggi che di una motivazione a corredo non consente di cogliere la logica alla base dell'attribuzione di 15 punti all'aggiudicataria (a fronte dei 10 attribuiti all'istante), attribuzione che appare, pertanto, manifestamente arbitraria.

Del pari arbitraria, oltre che illogica, appare l'attribuzione all'aggiudicataria di 16 punti per il criterio sub *b*) delle "Esperienze in attività promozione sportiva-ricreativa-sociale" (4 per ogni sub-criterio) a fronte della mancata dichiarazione di esperienze nel sub-criterio 2 e della limitata esperienza nel sub-criterio 1 ("L'unica attività svolta all'interno dell'impianto risulta essere l'attività di pallacanestro svolta dalla squadra amatoriale della Polisportiva Bonelle due volta la settimana"), tenuto conto che all'istante sono stati attribuiti i medesimi 16 punti (sempre 4 per ogni sub-criterio) pur avendo dichiarato una maggiore



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

esperienza nel sub-criterio 1 (10 squadre di super volley, mini volley e palla rilanciata) ed esperienze anche nel sub-criterio 2.

Infine, non appare logica e proporzionata l'attribuzione dei punteggi con riferimento al criterio quantitativo sub c) "rapporti che legano il proponente al territorio" laddove, in assenza della definizione di regole di attribuzione dei punti in funzione del numero degli anni e dei tesserati, sono stati attribuiti 7 punti (il massimo) all'aggiudicataria per 59 anni di presenza sul territorio provinciale e solo 4 punti all'istante per 43 anni di presenza, ma anche 3 punti ad entrambi i soggetti per il numero degli iscritti residenti nel Comune pur avendo uno (l'istante) 87 iscritti e l'altro (l'aggiudicataria) 421.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- è legittima la nomina della commissione giudicatrice sotto il profilo del rispetto delle norme che ne presiedono la composizione;
- è illegittima l'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche, in quanto non sorretta da sufficiente motivazione, manifestamente illogica e arbitraria.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 marzo 2017

Il Segretario Maria Esposito