



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**DELIBERA N. 1206 DEL 22 novembre 2017**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del d.lgs. 50/2016 presentata dalla Team Axess Italia S.r.l.- Procedura negoziata per la fornitura ed installazione di un sistema di controllo degli accessi del CTGS S.p.A. Importo a base di gara 200.000 euro. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Centro Turistico Gran Sasso S.p.a.

**PREC 12/17/F'**

**Il Consiglio**

*Considerato in fatto*

Con istanza di parere acquisita al protocollo n. 177130 del 30 novembre 2016 e successiva memoria illustrativa del 15 febbraio 2017, la TEAM AXESS ITALIA s.r.l. ha chiesto a questa Autorità di pronunciarsi sulla procedura di gara in oggetto, formulando i seguenti quesiti: 1) se un ente aggiudicatore, il quale nella *lex specialis* della gara, in specie nel Capitolato tecnico, si è autovincolato a non accettare offerte che contemplino un patto di riservato dominio a favore del venditore, possa legittimamente accettare un'offerta che preveda per una parte della fornitura un formula di noleggio operativo con pagamento di 20 rate trimestrali e con vendita a conclusione del noleggio, ossia decorsi 5 anni. 2) se la commissione giudicatrice possa legittimamente ridurre in sede di valutazione il valore economico dell'offerta di un concorrente (da 143.000 a 110.000 euro) in base alla proposta del medesimo concorrente di concludere un contratto separato avente ad oggetto l'acquisto da parte del soggetto aggiudicatore di materiale consumabile, ai fini della rivendita nell'interesse del concorrente e con giro di parte del relativo incasso.

All'istruttoria procedimentale ritualmente avviata dall'Autorità hanno partecipato sia la S.A. sia la società ALFI controinteressata, che hanno inviato proprie memorie di replica acquisite al protocollo rispettivamente il 24 febbraio (n. 29405) e il 16 febbraio 2017 (n.24936) .

Dall'esame della documentazione agli atti emerge che con comunicazione del 9 settembre 2016 il Centro Turistico Gran Sasso s.p.a. (di seguito CTGS) società pubblica partecipata per intero dal comune dell'Aquila, indiceva una procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. 50/2016 per la fornitura e installazione di un sistema di controllo degli accessi agli impianti da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

In data 11.09.2016 l'ente aggiudicatore pubblicava sul proprio sito il disciplinare e il capitolato tecnico di gara, dal quale si evincevano le caratteristiche tecniche degli impianti oggetto della fornitura, le modalità di presentazione delle offerte e gli obblighi a carico dei offerenti, con la precisazione che *“non sono accettate offerte che contemplino patto di riservato dominio a favore del venditore”*.

Per quanto riguarda i criteri di valutazione dell'offerta, veniva stabilito un punteggio massimo di 60 punti per l'offerta tecnica e di 40 per l'offerta economica, da valutarsi sulla base dei seguenti sub criteri: a) ribasso su base d'asta (fino a 15 punti); b) costi di manutenzione (fino a 5 punti); c) proposta finanziaria di pagamento atta a ridurre al minimo le risorse proprie del CTGS con minimo impatto sugli indici di bilancio ed in particolare sui flussi di cassa (fino a 20 punti).

A seguito dell'esclusione di una concorrente in sede di ammissione, venivano messe a confronto le offerte presentate dalla società TEAM AXESS ITALIA, attuale istante e dalla ALFI s.r.l., la quale, a seguito del maggior punteggio attribuito dalla Commissione giudicatrice sia per l'offerta tecnica che per l'offerta economica, risultava alla fine aggiudicataria dell'appalto in questione.

L'istante contesta la suddetta aggiudicazione, avvenuta, a suo dire, a causa di una serie di incongruenze e illogicità commesse dalla commissione giudicatrice nelle operazioni di gara, che avrebbero favorito in maniera discriminatoria l'impresa concorrente.

In primo luogo l'istante evidenzia che, sulla base della prescrizione della *lex specialis* relativa al divieto di prevedere nelle offerte patti di riservato dominio, la commissione di gara avrebbe dovuto escludere l'offerta dell'impresa ALFI, consistente in una proposta di noleggio operativo dei beni con impegno a vendere gli stessi al termine del noleggio in quanto, così argomenta: *«la conseguenza giuridica di un simile contratto è che la proprietà dei beni rimane in capo alla venditrice e non passa immediatamente, come richiesto dalla lex specialis, alla committente. Tale fatto emerge in modo indubbio dal fatto che i beni verranno venduti a conclusione del noleggio, ossia tra cinque anni»*; in secondo luogo lamenta l'anomalo trattamento di favore riservato all'impresa concorrente dalla commissione giudicatrice la quale, in sede di determinazione del costo complessivo della fornitura offerta avrebbe, in maniera del tutto arbitraria e illogica, ridotto il valore dell'offerta economica della ALFI s.r.l. da 143.000 euro a 110.000 euro.

Al riguardo, si evidenzia che dalla documentazione agli atti risulta che il costo della fornitura offerto da ALFI s.r.l. ammonta a 143.000 euro (pari al ribasso offerto del 10,968% sul prezzo della fornitura posto a base d'asta) per il cui pagamento è proposta la seguente formula



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

contrattuale: 60.000,00 euro a titolo di noleggio operativo per 5 anni con patto di riscatto alla scadenza al prezzo di 1 euro e i restanti 82.999,00 con la seguente formula:

- *Alfi si impegna, nel caso di aggiudicazione, a fornire 40.000,00 (Quarantamila) card riscrivibili con superficie termocromica intera compatibili open pass e senza formattazioni proprietarie al prezzo speciale di € 0,60 cad. oltre IVA. Tale materiale consumabile farà parte di una fornitura sperata rispetto a quella oggetto della presente gara.*
- *Centro turistico si impegna a versare ad ALFI in conto pagamento dell'importo dovuto residuo di 82.999,00 euro, €2,50, oltre IVA per ogni card venduta dalla CTGS ai propri clienti. I pagamenti saranno effettuati da centro turistico ad ALFI con cadenza mensile fino al raggiungimento dell'importo sopra indicato.*

In sede di valutazione della proposta finanziaria di pagamento, la commissione giudicatrice attribuiva all'offerta economica dell'ALFI s.r.l. il massimo punteggio (pari a 20 punti), sulla base della seguente motivazione: *"Il pagamento del sistema ALFI comporta una rateizzazione di 60.000,000 a tasso zero in 20 rate trimestrali ed un onere di riscatto a fine periodo di €1,00 con un costo totale per 5 anni di euro 60.000,01; inoltre, per i primi 24 mesi, l'Azienda dovrà sopportare un costo complessivo di ulteriori 50.000,00 circa che è pari al mancato guadagno netto medio usuale al quale si rinuncia girando in conto pagamento del sistema la somma di euro 2,40 alla differenza tra prezzo di vendita di ciascuna card riscrivibile (3 euro) ed il costo per l'acquisto (0,60). Il pagamento del sistema ALFI comporta un costo complessivo di euro nel quinquennio pari a circa 110.000 euro (verbale del 6 ottobre 2016).*

Secondo l'istante il ragionamento seguito dalla commissione giudicatrice sarebbe manifestamente illogico e arbitrario perché fa riferimento ad un ipotetico guadagno derivante dalla vendita delle card open pass e non avrebbe invece considerato, ai fini della determinazione del prezzo finale dell'offerta, il costo della fornitura delle card riscrivibili offerte da ALFI s.r.l., pari a 24.000 euro. Rileva inoltre, che per il principio di parità di trattamento, l'ipotetico guadagno che la stazione appaltante avrebbe ipotizzato di ottenere in forza del un contratto di fornitura separato, avrebbe dovuto essere valutato anche nei propri confronti e non solo nei riguardi dell'impresa concorrente.

La Stazione appaltante e l'impresa aggiudicatrice controinteressata sostengono la correttezza dell'operato della commissione nella valutazione della convenienza economico/finanziaria della proposta formulata da ALFI s.r.l..

La controinteressata, in particolare, fornisce una ricostruzione del ragionamento logico seguito dalla commissione giudicatrice, dalla quale si evince che il prezzo della fornitura aggiuntiva sarebbe stato ricompreso nel calcolo del valore dell'offerta, ma, essendo inferiore a quello di mercato, la stazione ne avrebbe tratto comunque un guadagno che è stato considerato ai



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

fini della determinazione dell'impatto economico e finanziario effettivo dell'offerta presentata da ALFI s.r.l. sulle casse della stazione appaltante.

Quest'ultima dal suo canto sottolinea che la commissione giudicatrice avrebbe tenuto in debita considerazione anche la circostanza che in caso di mancati incassi, non riconducibili alle parti (mancanza di neve o altri eventi naturali sfavorevoli), la stazione appaltante non avrebbe dovuto corrispondere nulla nell'immediato, a titolo di corrispettivo, alla società aggiudicataria.

#### *Ritenuto in diritto*

La prima questione sulla quale l'Autorità è chiamata ad esprimere parere verte sull'ammissibilità di un'offerta in noleggio operativo in presenza di una prescrizione della *lex specialis* che vieta la presentazione di proposte contrattuali che prevedano un patto di riservato dominio.

In merito si osserva quanto segue.

Preliminarmente si rileva che nella definizione dell'oggetto della fornitura la stazione appaltante ha adottato un criterio funzionale, definendo la prestazione richiesta in relazione alle esigenze e agli obiettivi prefissi in termini di efficienza ed economicità (acquisizione in uso di un nuovo sistema di biglietteria e controllo accessi agli impianti open pass alle migliori condizioni economiche - Punto 2 del Capitolato tecnico -).

In coerenza con tale progetto, il capitolato tecnico ha stabilito le specifiche tecniche dei macchinari oggetto della fornitura e le prestazioni richieste (installazione e manutenzione) senza tuttavia predeterminare a monte la tipologia negoziale da utilizzare, rinviando tale scelta in sede di valutazione delle offerte che, in base criteri di aggiudicazione stabiliti dalla *lex specialis*, avrebbe dovuto anche tener conto delle operazioni contrattuali proposte dai concorrenti, atte a ridurre al minimo le risorse della stazione appaltante "*con minimo impatto sugli indici di bilancio e, in particolare, sui flussi di cassa*".

Unica prescrizione contenuta nel capitolato tecnico, come sopra precisato, è quella relativa al divieto di offerte che prevedano il patto di riservato dominio .

Al riguardo si osserva che nel nostro ordinamento giuridico il patto di riservato dominio, noto anche come vendita con riserva di proprietà, è disciplinato dall'art. 1523 c.c., quale figura speciale del contratto di compravendita, caratterizzata dalla divergenza temporale tra il momento di perfezionamento del contratto e la produzione dell'effetto tipico del negozio, ovvero il trasferimento della proprietà del bene. L'efficacia traslativa del contratto si verifica infatti, solo nel momento in cui il compratore corrisponde al venditore l'intero prezzo dovuto, che viene



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

pagato a rate. La consegna del bene, invece, avviene solitamente al momento della conclusione del contratto, con la conseguenza che da tal momento il compratore assume tutti i rischi afferenti al perimento del bene.

Il noleggio operativo (o locazione operativa) è invece un contratto innominato alternativo alla vendita, molto comune nella prassi commerciale, in base al quale l'utilizzatore ha la disponibilità del bene per un periodo di tempo determinato, verso il pagamento di un canone periodico e commisurato al valore d'uso del bene stesso. Il contratto può prevedere che al termine del periodo prestabilito, il noleggiatore ha la facoltà di prolungare la durata della locazione a condizioni prefissate; restituire le attrezzature o chiedere l'acquisto dei beni.

Trattandosi di due fattispecie negoziali diverse, deve pertanto ritenersi che la commissione giudicatrice abbia ben operato nel momento in cui ha ritenuto compatibile con le prescrizioni del bando un'offerta di noleggio operativo con patto di riscatto alla scadenza, non rientrando tale fattispecie nel divieto espresso dal capitolato tecnico.

Al riguardo, occorre richiamare il consolidato indirizzo giurisprudenziale formatosi in tema di esegesi del bando di gara, secondo cui nell'interpretazione delle clausole del bando per l'aggiudicazione di un contratto con la Pubblica amministrazione, deve darsi prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, escludendo ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa diretto ad evidenziare pretesi significati e ad ingenerare incertezze nell'applicazione;

Inoltre, con specifico riferimento alle gare pubbliche, è stato affermato che nel caso in cui il dato testuale presenti evidenti ambiguità, deve essere prescelto dall'interprete il significato più favorevole all'ammissione del candidato, essendo conforme al pubblico interesse (e sempreché non si oppongano a ciò interessi pubblici diversi e di maggior rilievo) che alla procedura selettiva partecipi il più elevato numero di candidati (Cons. St. sez. V, 22 settembre 2015, n. 4430; Cons. St. sez. V, 27 maggio 2014, n. 2709).

Venendo al secondo quesito, si ritiene dirimente della questione richiamare la disciplina in tema di varianti progettuali e migliorie in sede di offerta.

Come è noto, l'art. 95, co. 14 del d.lgs. 50/2016 contempla espressamente la possibilità di presentare varianti progettuali in sede di offerta in relazione a qualsivoglia appalto (come in precedenza previsto dall'art.76 del d.lgs. 163/2016); l'amministrazione, tuttavia, deve indicare, in sede di redazione della *lex specialis*, se le varianti sono ammesse e, in caso affermativo, identificare i loro requisiti minimi; in mancanza di tale espressa previsione, le varianti si intendono non autorizzate.

Al riguardo, la giurisprudenza ha anche chiarito che, in ogni caso, a prescindere dalla espressa previsione di varianti progettuali in sede di bando, deve ritenersi insito nella scelta del



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa la possibilità per le imprese di proporre soluzioni migliorative, purché queste non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* onde non ledere la *par condicio* (Cons. St., sez. V, 15 marzo 2016, n.1027, Cons. St., sez. V, 11 dicembre 2015, n. 5655).

Secondo il citato orientamento giurisprudenziale *“le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione; le seconde, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva previsione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un “aliud” rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica amministrazione.* (da ultimo, TAR Puglia Lecce, sez. III, 2 ottobre 2017 n. 1557).

Ne deriva che la presentazione di un'offerta avente un oggetto sostanzialmente differente da quello posto a base di gara ovvero con differenze estranee all'ambito delle varianti consentite deve essere necessariamente esclusa, in quanto il confronto competitivo deve svolgersi tra le offerte tra loro compatibili secondo i criteri di gara.

Nel caso in esame si evidenzia che la proposta negoziale presentata da ALFI s.r.l. (noleggio degli impianti più separata fornitura di card riscrivibili) non integra una mera proposta migliorativa (in quanto tale valutabile tra gli elementi qualitativi riferibili alla proposta finanziaria di pagamento) ma una vera e propria variante al progetto di gara predisposto dalla stazione appaltante, in assenza di alcuna previsione in tal senso nella *lex specialis*.

Ciononostante, la commissione di gara non solo ha ritenuto ammissibile la presentazione, da parte della ALFI s.r.l., di un'offerta di una fornitura aggiuntiva non prevista dalla *lex specialis*, ma ha tratto proprio da quest'ultima gli elementi di maggior valorizzazione in sede di valutazione degli aspetti economici dell'offerte, violando, in tal modo, il principio di *par condicio*, che impone alla stazione appaltante di assicurare che la gara si svolga tra offerte tra loro confrontabili e sulla base dei criteri stabiliti dalla disciplina di gara.

In base a tutto quanto sopra rappresentato e alla luce delle considerazioni sopra esposte,



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione l'operato della commissione giudicatrice non conforme alla disciplina normativa di settore.

*Il Presidente*

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 novembre 2017

Il Segretario Maria Esposito