



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 263

DEL 17 marzo 2020

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da D. & G. S.n.c. dei F.lli Avella e Siepe G (ora Lulapaluza S.r.l.). – Bando “tutela e valorizzazione delle aree sociali” affidamento della gestione area verde-foglio di mappa 7, particelle 1049 e 1119 Viale Mediterraneo – Importo a base d’asta: non definito – S.A.: Comune di Rossano (CS)

PREC 18/20/S

Valutazione delle offerte tecniche - difetto di motivazione – inadeguata articolazione dei criteri – illegittimità

Concessioni miste – prevalenza della componente servizi – mancata applicazione del d. lgs. 50/2016 - illegittimità

La valutazione dell’offerta tecnica espressa dalla commissione giudicatrice mediante attribuzione di punteggi in forma soltanto numerica è illegittima quando il bando non presenti un’articolazione dei criteri e sub-criteri specifica e sufficientemente adeguata a ricostruire le motivazioni alla base del giudizio.

Una concessione mista di beni e servizi, ove la componente relativa ai servizi risulti prevalente, è soggetta alle disposizioni del d.lgs. 50/2016 e deve essere affidata nel rispetto dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità nonché delle disposizioni della parte III del d.lgs. 50/2016.

Art. 30 e Art. 164 e ss. del d.lgs. n. 50/2016

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza singola di parere, acquisita al prot. n. 12180 dell’8 febbraio 2018, la società D. & G. S.n.c. dei F.lli Avella e Siepe G (ora Lulapaluza S.r.l.), classificatasi seconda nella graduatoria finale della procedura per l’affidamento della concessione in oggetto, ha chiesto all’Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità della valutazione della propria offerta tecnica effettuata dalla commissione di gara, nonché in ordine alla conformità alle disposizioni del d. lgs. 50/2016 del bando in oggetto pubblicato dal Comune di Rossano.

L’Autorità ha avviato un’istruttoria finalizzata a verificare la propria competenza in materia, tenuto conto che non risultava chiaro, dall’esame della documentazione di gara, se si trattasse di una concessione di beni demaniali oppure di servizi. L’Autorità, infatti, vigila unicamente sui contratti pubblici assoggettabili



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

alla disciplina del d. lgs. 50/2016 e tra questi rientrano le concessioni di servizi e di lavori, ma non le concessioni di beni pubblici.

La stazione appaltante non ha fornito riscontro all'istruttoria avviata dall'Autorità mentre la società La Fenice S.r.l.s., prima in graduatoria e controinteressata, ha segnalato che la procedura si era già conclusa, essendo stata disposta l'aggiudicazione in proprio favore con determinazione n. 02 del 2 gennaio 2018, segnalando, inoltre, che il Comune di Rossano si era nel frattempo unito al Comune di Corigliano.

Stante quanto sopra esposto, l'Autorità ha ritenuto non più attuale e concreto l'interesse dell'istante ad una pronuncia sulla questione ed ha, pertanto, archiviato l'istanza per sopravvenuta carenza di interesse con nota n. 97101 del 3 dicembre 2019.

Successivamente la Lulapaluza S.r.l., con nota acquisita al protocollo n. 101293 del 17 dicembre 2019, ha ribadito l'attualità del proprio interesse, tenuto conto che la procedura – rientrante nella competenza dell'Autorità poiché riferita ad una concessione di servizi – risultava ferma alla fase di verifica di cui all'art. 32 del d. lgs. 50/2016, e che il relativo contratto non è ancora stato stipulato. Ciò premesso l'istante ha, pertanto, chiesto di riaprire l'istruttoria ai fini di una pronuncia di merito dell'Autorità, permanendo sia l'interesse specifico alla revisione della valutazione tecnica, determinante ai fini dell'aggiudicazione della procedura, sia l'interesse strumentale alla riedizione della medesima, attesi i vizi evidenziati nell'istanza iniziale e *in toto* ribaditi.

Ciò premesso, in sintesi, i profili segnalati sono:

- a) illegittimità nella valutazione dell'offerta tecnica per disparità di trattamento, carenza di istruttoria nonché di motivazione;
- b) illegittimità generale del bando per il mancato rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 71 (non conformità al bando tipo); 72 (pubblicità insufficiente); 77 (illegittima composizione della commissione giudicatrice); 79 (termini di gara insufficienti); 95 co. 8. (non conformità dei criteri di attribuzione dei punteggi previsti nel bando).

Nell'istanza di riesame viene inoltre segnalato, quale ulteriore elemento di illegittimità, che l'area oggetto della procedura non avrebbe una destinazione urbanistica coerente con le finalità perseguite dal bando.

In esito a quanto sopra, l'Autorità ha deciso di riaprire l'istruttoria ed ha comunicato alle parti, con nota n. 6248 del 24 gennaio 2020, l'avvio del relativo procedimento.

La stazione appaltante anche in questo caso non ha fornito riscontro, mentre risulta pervenuta, dalla casella PEC della società La Fenice S.r.l.s., una memoria in formato word, non firmata né intestata e che, pertanto, non può essere presa in considerazione.

Ritenuto in diritto

Preliminarmente va risolta la questione volta ad accertare se il bando abbia ad oggetto la concessione di un bene pubblico oppure di un servizio pubblico. Ciò al fine di individuare quale sia la normativa applicabile al caso e se l'Autorità abbia un'effettiva competenza sulla materia.

Dall'esame della documentazione relativa alla gara non emerge con chiarezza un'indicazione univoca della stazione appaltante in ordine al tipo di concessione da affidare, posto che nel testo del bando, peraltro



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

piuttosto scarno, e nella corrispondenza intercorsa tra le parti relativamente alla gara sono presenti richiami ad alcuni articoli del d. lgs 50/2016 ma la procedura seguita si è poi discostata dalle previsioni del citato decreto. L'Amministrazione chiede che vengano presentati progetti per la gestione di un'area verde nell'ambito di un bando per la tutela e valorizzazione delle aree sociali, rimanendo aperta a proposte relative a qualsiasi settore. Tuttavia, scopo del bando non è solo quello di concedere in uso l'area ad un soggetto privato ma è anche quello di rendere maggiormente fruibile il patrimonio comunale alla collettività migliorando la dotazione di infrastrutture e «l'erogazione di servizi ai cittadini a supporto o in funzione complementare all'azione dell'Ente» e favorendo nuova occupazione (sono premiati con punteggi specifici quegli operatori economici che nell'offerta si impegnano a garantire nuove assunzioni). I concorrenti sono anche tenuti a «quantificare i servizi che intendono prestare in sostituzione e/ o a supporto dell'Ente (manutenzione ordinaria e straordinaria del verde, installazione di arredo urbano, ecc.)».

L'Autorità ha già avuto modo, in passato, di chiarire che le concessioni aventi ad oggetto beni demaniali o beni del patrimonio indisponibile possono celare *“una concessione di servizi quando il bene pubblico avente una vocazione naturale ad essere impiegato in favore della collettività per attività di interesse generale e avente una struttura e una destinazione idonee a generare flusso di cassa è affidato in gestione al concessionario sul quale è traslato il rischio operativo in quanto da tale gestione trae la propria remunerazione, a fronte del pagamento di un canone da versare al concedente stabilito in funzione della previsione del consolidamento dei guadagni nell'arco temporale di riferimento”* (delibera ANAC n. 25 del 17 gennaio 2019 e giurisprudenza ivi citata).

Ciò premesso, e considerato che la concessione d'uso appare strettamente collegata e funzionale all'obiettivo di potenziare l'azione del Comune in favore della collettività, si deduce che la componente dei servizi risulta prevalente e, che pertanto, in base al disposto dell'art. 169, co. 8 del d. lgs. 50/2016, il regime giuridico da applicare sia quello del codice dei contratti pubblici di cui al citato decreto legislativo, tenuto conto che le diverse parti della concessione non sono oggettivamente separabili.

In esito a quanto sopra, si conferma anche la competenza dell'Autorità sulla materia e si procede all'esame delle questioni segnalate nell'istanza.

Con riferimento al primo profilo, relativo alla presunta illegittimità della valutazione tecnica per disparità di trattamento, carenza di istruttoria e di motivazione, va preliminarmente osservato come, per giurisprudenza costante, la valutazione delle offerte tecniche rientri nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta alla commissione nell'ambito della propria attività valutativa, che è sottratta al sindacato di merito sia del giudice amministrativo sia di questa Autorità. Infatti *“come da consolidato indirizzo giurisprudenziale, per sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto”* (CdS sez. III, 2 settembre 2019 n. 6058). In sostanza, è possibile sindacare i giudizi della commissione solo se affetti da macroscopici errori di fatto, illogicità o irragionevolezza.

Per poter stabilire se la disparità di trattamento e la carenza di istruttoria lamentate dall'istante prendano le mosse da una mera mancata condivisione del giudizio oppure da manifesti profili di irragionevolezza, è necessario comprendere il percorso logico seguito dalla commissione nell'attribuzione dei punteggi.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Il bando prevedeva cinque criteri di valutazione, due esclusivamente qualitativi e tre riguardanti aspetti economico-finanziari. L'istante contesta il punteggio ricevuto nei due criteri qualitativi e critica le considerazioni finali svolte nel verbale, in calce alla valutazione della propria offerta.

L'esame dei verbali di gara, ha evidenziato che la Commissione ha semplicemente indicato il punteggio numerico assegnato al concorrente nei cinque criteri suddetti, senza esplicitare le ragioni alla base dei giudizi. Le considerazioni finali svolte in calce alla valutazione, riportano alcuni elementi di quest'ultima ma si riferiscono solo ai criteri economico-finanziari. Non si riscontra, pertanto, alcuna indicazione in merito alle motivazioni alla base del punteggio assegnato dalla Commissione all'istante, nei due criteri qualitativi.

A tal proposito il Consiglio di Stato è fermo nel richiedere «*ai fini della legittimità delle valutazioni delle offerte da parte della commissione di gara espresse mediante attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica, una adeguata articolazione – per specificità dei parametri e limitatezza del range dei punteggi a ciascuno di essi attribuibili - dei criteri di valutazione da parte della lex specialis, essendo altrimenti necessaria una puntuale motivazione dei singoli punteggi attribuiti*» (CdS sez. III, 15 settembre 2014, n.4698; vedi anche delibera ANAC n. 27 del 18 gennaio 2017). Non si riscontra, nella descrizione riportata nel bando dei due criteri qualitativi, un livello di articolazione tale da legittimare la mancata esplicitazione della motivazione da parte della commissione. Infatti, di tali due criteri, uno riporta una descrizione generica (si premiano, con un massimo di dieci punti, qualità e tipologia del servizio sulla base dell'offerta di attività stagionalizzate e innovative in relazione al contesto); l'altro (che premia, con un massimo di quaranta punti, la presentazione di progetti innovativi anche relativi alle caratteristiche di compatibilità architettonica) è articolato in sub criteri ai quali però non sono assegnati punteggi parziali specifici, il che non consente di ricostruire come la Commissione abbia soppesato tali sub criteri nell'assegnazione del punteggio al relativo criterio. In esito a quanto sopra, si ritiene fondata l'illegittimità della valutazione tecnica lamentata dall'istante per difetto di motivazione.

Con riferimento al secondo profilo, relativo alla presunta non conformità del bando alle disposizioni del d. lgs. 50/2016, si riscontra la fondatezza della segnalazione. Il ragionamento precedentemente esposto in merito al corretto regime giuridico da applicare alla concessione in esame evidenzia come questa non sia stata impostata, *ab origine*, quale concessione di servizi soggetta alle disposizioni del d. lgs. 50/2016, di conseguenza diverse sono le difformità riscontrabili tra il bando e la normativa di riferimento. La concessione di servizi è regolata dalla parte III del d. lgs. 50/2016 recante “contratti di concessione” nonché, per quanto compatibili, dalle parti I e II «*relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione*» (art. 164, co. 2 del d. lgs. 50/2016).

L'affidamento di una concessione, se da un lato, non soggiace all'analitica disciplina prevista per i contratti di appalto, il che implica che non tutte le disposizioni citate dall'istante sono applicabili al caso di specie, dall'altro è comunque soggetto al rispetto di alcune disposizioni, *in primis* dei principi di cui all'art. 30: libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità (art. 173, co. 1).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Elemento propedeutico al rispetto di tali principi è la ragionevole stima del valore della concessione (art. 167), determinante sia per identificare le corrette modalità di pubblicazione volte ad annunciare il bando al maggior numero di potenziali concorrenti, sia per fornire un'informazione adeguata e trasparente al mercato, onde consentire condizioni di parità e un'effettiva concorrenza nella formulazione delle offerte, adeguatamente informate, da parte degli operatori, fungendo anche da parametro per valutare l'adeguatezza e l'affidabilità di queste ultime. La giurisprudenza conferma inoltre che, ove l'amministrazione sia impossibilitata a determinare un valore definito, deve comunque cercare di fornire quegli «*elementi analitici a sua conoscenza che possano consentire ai concorrenti di formulare un'offerta seria*» (CdS sez. III, 5 dicembre 2019, n. 8340).

Il bando in esame non rispetta i suddetti principi, poiché non fornisce elementi analitici sufficienti circa il valore dell'appalto, non si conforma alle modalità di pubblicazione previste dal d. lgs. 50/2016 né stabilisce sufficienti termini per la presentazione dell'offerta (art. 173 co. 2).

Con riferimento all'ultimo profilo segnalato dall'istante, relativo alla destinazione urbanistica dell'area non coerente con le finalità perseguite dal bando, si rileva che tale materia non è di competenza dell'Autorità.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante non sia conforme alle disposizioni del d. lgs. 50/2016 per:

- mancato rispetto della disciplina relativa all'affidamento delle concessioni di servizi;
- ed in particolare, per difetto di motivazione nella valutazione tecnica effettuata dalla Commissione giudicatrice;

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 aprile 2020

Per Il Segretario Maria Esposito,
il Segretario Generale Angela Lorella Di Gioia
(firmato digitalmente)