

DELIBERA N. 96

3 febbraio 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla Polisportiva Nuovi Orizzonti – Procedura aperta per l'affidamento in gestione della struttura sportiva denominata tensostruttura Palamendola - Importo a base di gara euro: 72.000,00 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Comune di Formia
PREC 4/2021/S

Riferimenti normativi

Art. 95 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Offerta tecnica; divieto di commistione tra requisiti soggettivi e criteri di valutazione

Massima

Concessione gestione impianto sportivo – Criterio di valutazione – Categoria sportiva in cui milita la prima squadra della società concorrente, il numero dei tesserati del settore giovanile e il livello più alto raggiunto dalla società nelle categorie giovanili – Viola divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta.

In una procedura avente ad oggetto l'affidamento in concessione della gestione di un impianto sportivo, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i criteri premianti di valutazione connessi alla categoria sportiva in cui milita la prima squadra della società concorrente, il numero dei tesserati del settore giovanile e il livello più alto raggiunto dalla società nelle categorie giovanili cui partecipa violano il principio di separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione e non possono giustificare l'eccezione disciplinata dall'art. 95, comma 6, lett. e), d.lgs. n. 50/2016 non attenendo né all'organizzazione dell'operatore economico né alle qualifiche e all'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 3 febbraio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 95990 del 16 dicembre 2020 con cui la Polisportiva Nuovi Orizzonti ha sollevato una serie di censure avverso gli atti della procedura di gara in oggetto;

VISTO, in particolare, che l'istante ha contestato: *a/* la violazione del divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta tecnica in relazione ai criteri b.1 e b.2 che premiano, rispettivamente con 15 e 10 punti, la categoria sportiva in cui milita la prima squadra della società concorrente (Campionato nazionale: 15 punti; regionale: 8 punti; provinciale: 3 punti), il numero di tesserati del settore giovanile (max 5 punti) e il livello più alto raggiunto dalla società nelle categorie giovanili cui partecipa (Campionato nazionale: 5 punti; regionale: 3 punti; provinciale: 1 punto); *b/* la genericità del criterio di valutazione c2 relativo alle migliori che il concessionario si impegna ad apportare alla struttura nonché l'eccessivo punteggio previsto in relazione a tale criterio (20 punti), anche considerando che trattasi di una concessione di servizi e non di lavori o mista; *c/* la violazione dell'art. 24 del Regolamento per la gestione degli impianti sportivi in quanto gli atti di gara non prevedono clausole per la fruibilità dell'impianto stesso da parte delle scuole; *d/* illogicità ed irragionevolezza del criterio di calcolo previsto per l'offerta economica;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 444 del 5 gennaio 2021;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 1256 dell'8 gennaio 2021 con cui il Comune di Formia ha replicato alle contestazioni mosse dall'istante, rilevando, per un verso, che i sub criteri b1 e b2, lungi dal costituire requisiti soggettivi di partecipazione, sono parametri oggettivi di valutazione della qualità dell'offerta tecnica, risultando perfettamente ragionevole valutare un progetto sportivo attraverso il livello delle attività svolte dal concorrente e i risultati sportivi conseguiti, nonché mediante il numero dei tesserati dell'ultimo triennio nel settore giovanile, spia non solo della valenza agonistica dell'attività ma anche del suo livello di incidenza sociale. Peraltro, il punteggio massimo previsto in relazione ai due subcriteri è di gran lunga inferiore alla soglia di sbarramento, fissata a 40 punti. Analoghe considerazioni valgono anche per il criterio delle migliori;

VISTO che il Comune di Formia ha, altresì, eccepito che nessuna violazione dell'art. 24 del regolamento sull'uso degli impianti sportivi è stata consumata atteso che l'art. 7, comma 5, lett. s) dello schema di convenzione prevede espressamente tra gli oneri del concessionario quello di "garantire l'utilizzo gratuito dell'impianto sportivo da parte del Comune di Formia per un numero massimo di 20 giorni all'anno al fine di ospitare eventi e manifestazioni di carattere sportivo, educativo e socio-culturale che coinvolgano i cittadini, con particolare riferimento alle scuole e alle associazioni del terzo settore"; quanto alla formula matematica prevista per la valutazione dell'offerta economica, la stessa risulterebbe congrua e coerente con gli indirizzi impartiti dalla Giunta Comunale in quanto volta a premiare maggiormente l'offerta che presenta un più elevato rialzo, determinando maggiori introiti per l'Amministrazione;

VISTE le ulteriori memorie trasmesse dall'istante ed acquisite al prot. n. 1987 del 12 gennaio 2021;



VISTO, in merito alla questione sub a), l'art. 95, comma 6, lett. e), d.lgs. n. 50/2016 che dispone: «I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. Nell'ambito di tali criteri possono rientrare: (...) e) l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto»;

VISTE le Linee Guida n. 2 dell'Autorità recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" (approvate con Delibera n. 1005, del 21 settembre 2016 ed aggiornate con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018) che, pur riconoscendo che con l'elencazione esemplificativa dei criteri di aggiudicazione dell'appalto di cui all'art. 95 "viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione" e "nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo", al contempo precisano che detta possibilità è consentita unicamente qualora tali profili "consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli" e che "in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione", sempre che non rappresentino una modalità surrettizia per introdurre criteri dimensionali;

CONSIDERATO l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, come anche recentemente espresso nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2020, che si è così espresso sul tema dell'eccezione al divieto di commistione: "il rigoroso limite entro cui è normativamente ammessa una commistione tra requisiti di carattere soggettivo ed aspetti oggettivi delle offerte è giustificato dall'esigenza, espressa dal comma 1 del medesimo art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016, che i criteri di aggiudicazione assicurino «una concorrenza effettiva» e che, secondo quanto invece previsto dal comma 2 della medesima disposizione, siano rispettati i «*principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento*». Le esigenze di effettiva concorrenzialità ed i principi generali ora enunciati impongono che la selezione avvenga per quanto possibile su basi oggettive e che, per contro, i criteri di aggiudicazione non siano preconfezionati in modo da assicurare un vantaggio ad un singolo operatore economico a prescindere dai contenuti delle offerte destinate ad essere presentate nella gara, ovvero che – secondo quanto affermato dal Tribunale – si determinino «*asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo*»;

CONSIDERATO che, sempre la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato come la soluzione di questioni come quella in esame necessiti di una verifica in concreto dell'eventuale correlazione tra l'elemento di valutazione contestato rispetto alla qualità dell'offerta, al fine di stabilire se vi sia diretta proporzionalità tra la grandezza del primo e la grandezza della seconda" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20.08.2013, n. 4191; Cons. Stato, sez. III, 27.09.2016, n. 2611);

RITENUTO che i citati subcriteri b1 e b2 non presentano alcuna attinenza con l'offerta relativa alla gestione dell'impianto sportivo, risultando tesi a premiare, peraltro con un punteggio decisamente elevato, il livello dell'attività agonistica raggiunta dalla società ovvero altri aspetti di carattere meramente soggettivo. Invero i citati criteri non consentono di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli di punteggio né riguardano aspetti che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione. Peraltro, la Stazione



appaltante non ha fornito indicazioni su come il campionato in cui milita la società o il numero dei tesserati giovanili possano impattare sulla capacità dell'impresa di gestire l'impianto sportivo;

VISTO, in merito alla quesitone sub *b)*, l'art. 95, comma 1, del d.lgs. 50/2016 che dispone "I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. Le stazioni appaltanti verificano l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti»;

CONSIDERATO che sulla questione della maggiore puntualità dei subcriteri di valutazione delle offerte si è recentemente pronunciato il Consiglio di Stato, affermando che rientra nelle legittime prerogative discrezionali della Stazione appaltante "predisporre sistemi di gara che non irrigidiscano eccessivamente la libera iniziativa progettuale dei concorrenti ma, al contrario, premiano l'elaborazione di soluzioni organizzative coerenti con le peculiarità delle singole aziende in gara e, per tale via, maggiormente funzionali al più efficiente ed efficace svolgimento della prestazione richiesta. La predisposizione di rigide e vincolanti scale di ponderazione delle singole componenti del servizio può dunque cedere il passo, in questi casi, alla sola indicazione dei contenuti tecnici minimi essenziali e ad una modulazione dei punteggi non ancorata a griglie analitiche e di dettaglio. In ipotesi siffatte, è lo stesso contenuto della prestazione da rendere all'amministrazione committente a scongiurare una conformazione del servizio strettamente vincolata alle prescrizioni puntuali della stazione appaltante – in quanto potenzialmente non armonizzabili con l'assetto organizzativo e gestionale della struttura aziendale concorrente; per altro verso, in un sistema di gara che assegni spazio alla ideazione progettuale dei concorrenti in gara, il singolo elemento (quantitativo o qualitativo) dell'offerta si presta ad essere diversamente apprezzato proprio in ragione del contesto programmatico nel quale è inserito, così da disincentivare, ancora una volta, una predefinita vincolante ed eccessivamente analitica dei sub-criteri valutativi." (Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2020 n. 3080);

RILEVATO che il disciplinare di gara, con riferimento al subcriterio di valutazione c2 miglorie prevede due parametri: a) Miglorie alla struttura esistente, agli impianti e agli spazi esterni: max punti 15, con la precisazione che oggetto di valutazione sono gli interventi proposti per migliorare la struttura sia dal punto di vista edilizio che dal punto di vista dell'efficientamento energetico e dell'accessibilità e b) Miglorie alla dotazione di attrezzature: max 5 punti, in relazione alla quali verrà valutato l'aggiornamento e l'ampliamento delle attrezzature sportive dell'impianto;

RITENUTO che il citato subcriterio non appare a tal punto indefinito e generico da non consentire di comprendere quali siano gli aspetti su cui l'Amministrazione ripone le proprie preferenze, atteso che l'oggetto delle miglorie appare circoscritto agli interventi che incidano sul profilo edilizio/di efficientamento energetico/di accessibilità della struttura ovvero che determinino un aggiornamento ed ampliamento delle attrezzature sportive dell'impianto; d'altro canto, al fine di non comprimere eccessivamente la libertà di iniziativa economica, appare condivisibile la scelta della Stazione appaltante di non dettagliare puntualmente i subcriteri di valutazione entro rigidi e predeterminati schemi che determinerebbero un appiattimento delle offerte; sotto altro aspetto, appare sin d'ora necessario sottolineare l'importanza che, nel caso si specie, assume la motivazione del punteggio attribuito e, pertanto, la ragionevolezza e congruità dell'iter logico-giuridico che seguirà la Commissione giudicatrice nella valutazione delle offerte tecniche che verranno presentate;



CONSIDERATO, inoltre, che nelle Linee Guida n. 2 l'Autorità ha precisato che "La determinazione dei punteggi da attribuire a ciascuna componente dell'offerta, a ciascun criterio o subcriterio è rimessa alla stazione appaltante che deve tener conto delle specificità dell'appalto e, dunque, dell'importanza relativa della componente economica, di quella tecnica e dei relativi profili oggetto di valutazione. Non può pertanto essere attribuito a ciascuna componente, criterio o subcriterio un punteggio sproporzionato o irragionevole rispetto a quello attribuito agli altri elementi da tenere in considerazione nella scelta dell'offerta migliore, preservandone l'equilibrio relativo ed evitando situazioni di esaltazione o svilimento di determinati profili a scapito di altri. In altri termini, il punteggio massimo attribuibile a ciascuna componente e a ciascun criterio o subcriterio deve risultare proporzionato alla rilevanza che ciascuno di essi riveste rispetto agli altri nonché ai bisogni della stazione appaltante";

RILEVATO che, nel caso di specie, il disciplinare di gara riserva 80 punti all'offerta tecnica, attribuibili sulla base di 3 criteri ovvero A) Progetto di gestione (25 punti); B) Progetto tecnico e curriculum (30 punti); C) Piano di conduzione tecnica (25 punti), a loro volta articolati in subcriteri di valutazione;

RITENUTO che l'attribuzione di 20 punti in relazione al subcriterio C2 (migliorie) non risulta affatto sproporzionata se confrontata con il punteggio riservato alle altre componenti dell'offerta tecnica e non determina alcuno sbilanciamento dell'oggetto e della natura dell'affidamento, anche tenendo conto che la valorizzazione delle eventuali migliorie che l'affidatario vorrà apportare risulta coerente con il riconoscimento della tensostruttura Palamendola tra quelle aventi rilevanza economica;

VISTI, in merito alla questione sub *c*), il Regolamento per l'uso degli impianti sportivi, il disciplinare di gara, il capitolato tecnico e lo schema di convenzione;

RITENUTO che la *ratio* sottesa alla prescrizione di cui all'art. 24 del regolamento sull'uso degli impianti sportivi – laddove stabilisce che le convezioni per l'affidamento a terzi della gestione delle strutture sportive debbano prevedere clausole per la fruibilità dell'impianto da parte delle scuole – non possa ritenersi rispettata dalla mera previsione dell'obbligo del concessionario di riservare alla Stazione appaltante 20 giorni all'anno per l'uso della struttura, seppure per finalità di interesse socio-culturali, che possano coinvolgere anche le scuole; invero, altro è la facoltà di fruire in modo costante ed ordinario di una struttura sportiva, altro è la riserva in favore dell'Amministrazione dell'impianto stesso per eventi eccezionali, limitata peraltro a 20 giorni l'anno;

CONSIDERATO, in merito alla questione sub *d*), che, nelle citate Linee Guida n. 2, l'Autorità ha sottolineato gli inconvenienti che presenta il metodo cd. dell'interposizione lineare, quali un'eccessiva differenziazione nel punteggio anche a fronte di scarti in valore assoluto limitati e l'accentuazione della concorrenza, rimettendo, tuttavia, alla discrezionalità Stazione appaltante la scelta di utilizzare tale metodo per il calcolo del punteggio da attribuire all'offerta economica;

CONSIDERATO che anche la giurisprudenza amministrativa ha affermato che il criterio dell'interpolazione lineare non è, in sé, illegittimo. "In disparte il fatto che la scelta dell'Amministrazione circa le modalità di attribuzione del punteggio all'offerta economica, quale manifestazione di ampia discrezionalità, è sindacabile in sede giurisdizionale solo *ab externo* per manifesta illogicità, il Collegio rileva che il criterio in questione mira a premiare in maniera decisa e significativa il ribasso: come tale, la relativa adozione costituisce una legittima facoltà per le Amministrazioni che, nell'ambito della propria attività contrattuale, intendano privilegiare in primis, sin dall'indizione del bando, il contenimento dei costi" (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4413; Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2018, n. 3733);



RILEVATO che, nel caso di specie, la Stazione appaltante ha motivato la scelta dell'utilizzo del criterio dell'interpolazione lineare sostenendo che la stessa, in quanto volta a premiare le offerte con maggiore rialzo, garantisce maggiori introiti all'Amministrazione, conformemente, peraltro, alla classificazione della tensostruttura Palamendola tra quelle aventi rilevanza economica;

RITENUTO, pertanto, che, nel caso di specie, la scelta dell'Amministrazione di utilizzare il metodo dell'interpolazione lineare per la valutazione delle offerte economiche appare esente da vizi di illogicità ed irragionevolezza;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che:

- La *lex specialis* di gara non è conforme alla normativa di settore con riferimento ai subcriteri di valutazione b1 e b2 e per non aver previsto, in violazione dell'art. 24 del regolamento sull'uso degli impianti sportivi, clausole che riservino l'uso della struttura in favore delle scuole;
- Con riferimento alle altre censure sollevate, la *lex specialis* è conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 febbraio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente