



DELIBERA N. 210

17 maggio 2023

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società D.E.S.I. Srl – Procedura aperta per l'affidamento in concessione della gestione funzionale ed economica del servizio di illuminazione lampade votive per anni 20, per l'illuminazione votiva eterna ed occasionale, del potenziamento, della manutenzione, della sostituzione, adeguamento e messa a norma dell'impianto elettrico esistente nonché della manutenzione ordinaria dell'intero cimitero – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 1.4000.000,00 – S.A.: Comune di Luzzi (CS).

UPREC-PRE 520/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Artt. 167, comma 1 e 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Finanza di Progetto – Proposta dell'o.e. – Progetto di fattibilità e PEF – Valore stimato della concessione – Modalità di calcolo – Documentazione necessaria per l'offerta.

Massima

Non massimabile

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 17 maggio 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0023901 del 24.3.2023, con la quale la società D.E.S.I. Srl chiede parere in ordine alla legittimità della gara indicata in oggetto, stante l'asserita assenza di talune indicazioni e taluni dati e documenti ritenuti indispensabili per consentirne la partecipazione;

CONSIDERATO, in particolare, che secondo la società istante la gara sarebbe illegittima per le motivazioni di seguito rappresentate:



- impossibilità di individuare un importo certo a base di gara stante le indicazioni contrastanti ed errate presenti nei documenti di gara (nel progetto di fattibilità, infatti, il valore della concessione risulta essere pari a euro 1.400.000,00, mentre nel PEF sarebbe pari a euro 1.995.000,00);
- lo studio di fattibilità predisposto dal Promotore risulta integralmente carente della ben che minima descrizione dello stato di fatto dell'impianto, limitandosi invero a riportare le caratteristiche che «in genere» sono riscontrabili in un impianto cimiteriale;
- i requisiti speciali di partecipazione, consistenti nella sola richiesta del possesso dell'attestazione SOA OG10 classifica III, comportano una indebita restrizione della concorrenza in quanto sono parametrati alla luce del preteso valore dei lavori indicato; importo che non è stato determinato in base all'effettivo ammontare dei lavori oggetto della concessione, ma in base agli introiti stimati;
- la *lex specialis* non ricomprende tra i propri documenti né una bozza di convenzione, né un disciplinare di gestione, sicché restano ignote le obbligazioni che il concessionario è tenuto ad assumere, anche e soprattutto in fase di gestione;
- le scarse e insufficienti indicazioni riportate nella documentazione di gara risultano peraltro intrinsecamente ed insuperabilmente contraddittorie (la riscossione della tariffa per il servizio di lampade votive viene attribuita, nel progetto di fattibilità, al concessionario, mentre nel disciplinare sembra essere posta in carico al Comune);
- il progetto di fattibilità stabilisce che il riefficientamento energetico (di cui non sono evincibili né le caratteristiche, né l'importo) «sarà effettuato in un periodo di 9 mesi della stipula del contratto di concessione», tuttavia, il piano economico finanziario riportato nel documento schema di PEF prevede, nel primo anno di concessione, costi di efficientamento energetico per soli Euro 25.000,00;
- nel determinare gli introiti del concessionario non viene considerata la quota di competenza del Comune sopra riportata (pari ad almeno il 10% del totale degli importi annui iscritti a ruolo per il servizio lampade votive), né tale quota viene annoverata tra le uscite a carico del concessionario; nel piano economico finanziario, inoltre, non vi è traccia degli oneri finanziari che il concessionario dovrà sostenere per l'esecuzione dei lavori con spese a suo carico;
- non è previsto alcun requisito afferente alla gestione vera e propria del servizio;
- disposizioni contraddittorie in ordine alla documentazione da presentare obbligatoriamente in fase di offerta (cfr. art. 16 del Disciplinare di gara con il punto II.2 del Bando);
- non è dato comprendere il contenuto del criterio n. 1 di valutazione dell'offerta tecnica «livello di sviluppo dello studio di fattibilità, chiarezza e completezza degli elaborati elementi di dettaglio», cui sono attribuiti 5 punti, considerato che lo "studio di fattibilità", seppur fortemente lacunoso, è posto a base di gara e che, come detto, nessun altro elaborato progettuale viene richiesto ai concorrenti;
- la previsione del Disciplinare ai sensi della quale «alla Stazione Appaltante è riconosciuta la facoltà di accettare, non accettare o accettare in parte le modifiche ed i miglioramenti tecnici proposti in sede di gara (così come dettagliati dalle relazioni tecniche d'offerta). Qualora le modifiche od i miglioramenti non siano accettati dalla Stazione Appaltante, l'aggiudicatario avrà l'obbligo di ricondurre l'offerta tecnica alla tipologia e/o alle prestazioni previste dal capitolato speciale d'appalto posta a base di gara sulla base degli indirizzi espresso dal DL», fermo restando che non si rinviene a base di gara nessun Capitolato speciale d'appalto, è palesemente idonea a violare macroscopicamente la *par condicio* tra i concorrenti e il principio di immodificabilità delle offerte, nonché il divieto di rinegoziazione delle stesse;
- parimenti illegittima appare, infine, la disposizione del bando di gara secondo la quale il soggetto promotore, in alternativa alla presentazione dell'offerta con le modalità stabilite dal disciplinare di gara potrà «presentare la propria offerta dichiarando di mantenere ferme le condizioni di cui alla proposta approvata dall'Amministrazione comunale, fatto salvo il diritto di prelazione», in quanto anch'essa idonea a ledere irrimediabilmente la *par condicio* tra i concorrenti in una fase della procedura viceversa caratterizzata da principi di piena concorrenzialità;



CONSIDERATO, alla luce delle contestazioni che precedono, che la società istante chiede all'Autorità se siano o meno legittime le prescrizioni della gara indetta dal Comune di Luzzi, atteso che:

- 1) risulta impossibile desumere l'ammontare degli oneri per la messa a norma degli impianti esistenti e determinare l'importo dell'investimento richiesto al concessionario;
- 2) non è dato conoscere né il preteso «prezzo complessivo dell'appalto», né la consistenza dei lavori per i quali la Stazione Appaltante richiede un'offerta, rendendo in tal guisa oggettivamente impossibile la presentazione dell'offerta prevista dal bando;
- 3) la *lex specialis* non ricomprende tra i propri documenti né una bozza di convenzione, né un disciplinare di gestione, sicché restano ignote le obbligazioni che il concessionario è tenuto ad assumere, anche e soprattutto in fase di gestione;
- 4) nel piano economico finanziario non vi è traccia degli oneri finanziari che il concessionario dovrà sostenere per l'esecuzione dei lavori con spese a suo carico;
- 5) con riferimento ai requisiti stabiliti per la partecipazione alla gara, il disciplinare richiede ai concorrenti solo il possesso di attestazione di qualificazione SOA, mentre non impone alcun requisito afferente alla gestione del servizio;
- 6) vi è un insanabile contrasto fra disciplinare e bando di gara circa il contenuto dell'offerta dei concorrenti;
- 7) è prevista la facoltà della S.A. di accettare, non accettare o accettare in parte le modifiche ed i miglioramenti tecnici proposti in sede di gara;

CONSIDERATO che il RUP, a difesa del proprio operato, sostiene che:

- la Società D.E.S.I. S.r.l., durante il periodo di pubblicazione del Bando, sul portale MEPA, poteva utilizzare la sezione "Chiarimenti" e non ha ritenuto farlo;
- la stessa società non ha inteso effettuare sopralluogo, indicato come indispensabile nel Bando, onde prendere visione dello stato dei luoghi a cui il Bando si riferisce;
- nello studio di fattibilità, posto a base di gara, è stato riportato il Quadro Economico, all'interno del quale si ipotizza un costo per "Lavori, Servizi e Forniture soggetti a ribasso d'asta pari ad € 1.190.000,00 oltre Oneri della sicurezza, non soggetti a ribasso d'asta pari ad € 23.800";
- la società, scelta dall'amministrazione comunale come soggetto promotore, ha comunque prodotto, in sede di gara, un PEF validato da una società finanziaria qualificata, utilizzando i dati dello studio di fattibilità oltre che quelli rilevati all'interno del cimitero comunale;

CONSIDERATO che il Comune di Luzzi, in persona del Sindaco, come rappresentato e difeso dall'Avv. Elvira Brogno, ha presentato una memoria nella quale non vengono espresse le ragioni per le quali l'operato della Stazione appaltante dovrebbe essere considerato legittimo, ma esclusivamente un resoconto delle differenze tra la disciplina del *project financing* contenuta nel d.lgs. n. 163/2006 e quella contenuta nell'attuale d.lgs. n. 50/2016, nonché le motivazioni per cui il Bando e il relativo Disciplinare non potrebbero comunque essere impugnati (e, si immagina, sebbene non apertamente esplicitato, neppure contestati in sede di precontenzioso) dalla società odierna istante, sostanzialmente incentrate sulla mancata partecipazione alla gara da parte di quest'ultima;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 3.4.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RITENUTO, preliminarmente, di rigettare l'eccezione di inammissibilità dell'istanza, in quanto le clausole della *lex specialis* oggetto di contestazione possono essere annoverate tra quelle preclusive della



partecipazione o tali da impedire con certezza la stessa formulazione dell'offerta, concernendo infatti il calcolo dell'importo a base di gara e una serie di previsioni, tra cui quelle afferenti ai requisiti di partecipazione, la cui formulazione, se ritenuta effettivamente illegittima, risulterebbe impeditiva della partecipazione e dunque lesiva della concorrenza;

CONSIDERATO che l'art. 183, comma 15 del Codice, per quanto di interesse nel caso sottoposto a valutazione, stabilisce che *«Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, incluse le strutture dedicate alla nautica da diporto, anche se presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. La proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione [...]. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. La proposta è corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 17, dalla cauzione di cui all'articolo 93, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara [...]. I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8, e presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti al progetto di fattibilità; si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13»;*

CONSIDERATO che a norma dell'art. 167, comma 1 del Codice *«Il valore di una concessione, ai fini di cui all'articolo 35, è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi»;* mentre il comma 4 stabilisce che *«Il valore stimato della concessione è calcolato secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti della concessione. Nel calcolo del valore stimato della concessione, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori tengono conto, se del caso, in particolare dei seguenti elementi:*

- a) il valore di eventuali forme di opzione ovvero di altre forme comunque denominate di protrazione nel tempo dei relativi effetti;*
- b) gli introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti dei lavori e dei servizi, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore;*
- c) i pagamenti o qualsiasi vantaggio finanziario conferito al concessionario, in qualsivoglia forma, dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore o da altre amministrazioni pubbliche, incluse le compensazioni per l'assolvimento di un obbligo di servizio pubblico e le sovvenzioni pubbliche di investimento;*
- d) il valore delle sovvenzioni o di qualsiasi altro vantaggio finanziario in qualsivoglia forma conferiti da terzi per l'esecuzione della concessione;*
- e) le entrate derivanti dalla vendita di elementi dell'attivo facenti parte della concessione;*
- f) il valore dell'insieme delle forniture e dei servizi messi a disposizione del concessionario dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori, purché siano necessari per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi;*
- g) ogni premio o pagamento o diverso vantaggio economico comunque denominato ai candidati o agli offerenti»;*

RILEVATO che nella "Proposta di fattibilità" predisposta dalla società proponente (Danfra Srl) ai sensi dell'art. 183, comma 15 il valore complessivo della concessione in questione, da porre a base d'asta e



risultante dall'apposito "Quadro economico", viene quantificato in **euro 1.400.000,00**, di cui euro 1.190.000,00 per lavori, servizi e forniture soggetti a ribasso; euro 23.800,00 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso; euro 32.000,00 per spese tecniche (suddivise tra "Studio di fattibilità", "Progettazione definitiva", "Progettazione esecutiva" e "Direzione esecuzione contratto"); euro 24.218,40 per incentivo di cui all'art. 113 del D.Lgs. 50/2016, euro 129.981,60 per I.V.A. e contributi dovuti per legge; senonché, prima dell'indicazione di tali costi inseriti nel Quadro economico, l'importo indicato a presumibile base d'asta viene motivato con riferimento all'incasso complessivo atteso per il "servizio elettrico lampade votive nel cimitero comunale", valutato nell'ordine di euro 70.000,00 per anno da moltiplicare per la durata della concessione, ossia 20 anni, per un importo complessivo, appunto, di euro 1.400.000,00;

RILEVATO che nel PEF, invece, il soggetto promotore stima le entrate pari a **euro 1.995.000,00** (in luogo di euro 1.400.000,00 previste nella proposta di fattibilità), mentre il valore complessivo dei lavori, che, stando al quadro economico contenuto nella proposta di fattibilità, sarebbe pari a **euro 1.190.000,00**, risulta pari a **euro 458.000,00** (valore che potrebbe addirittura scendere a euro 50.000,00 se dal computo complessivo venissero scorporati, come in effetti dovrebbe essere non trattandosi di attività qualificabili come "lavori", gli importi relativi a "manutenzione impianti" e "nuove installazioni" e rimanesse esclusivamente l' "efficientamento energetico");

RITENUTO che, a prescindere dalle modalità di redazione del PEF, del tutto carente sotto il profilo descrittivo e tecnico-economico (risulta totalmente privo, ad esempio, della indispensabile c.d. "cash flow analysis"), dalla documentazione di gara esaminata emergono delle contraddizioni palesi e non superabili con alcun criterio esegetico conservativo in relazione ai dati relativi ai lavori previsti, al piano degli investimenti, ai risultati di gestione attesi, con una continua sovrapposizione di elementi di calcolo discordanti ed errati (il costo della gestione, ad esempio, viene confuso con le entrate complessive attese), che rende di fatto impossibile – come lamentato dalla società istante – individuare con certezza l'esatto importo a base di gara e, quindi, a monte, una corretta valutazione circa la convenienza della partecipazione alla gara;

RITENUTO che appare evidente, a questo punto, che anche i requisiti speciali richiesti per la partecipazione risultano errati in quanto calibrati su una tipologia e soprattutto su un importo di lavori da effettuare che, come visto, non trovano corrispondenza nella documentazione predisposta dal proponente e posta dalla Stazione appaltante a base di gara (viene, infatti, richiesta l'attestazione SOA OG10 classifica III, corrispondente a un importo fino ad euro 1.033.000,00, che tuttavia risulta del tutto sproporzionata rispetto all'importo effettivo dei lavori risultanti dal PEF, gli unici che peraltro possono essere presi in considerazione atteso che nella proposta di fattibilità l'importo dei lavori viene confuso con le entrate stimate per la gestione del servizio lampade votive), con la conseguenza di creare una immotivata e, quindi, illegittima restrizione della concorrenza; d'altra parte risultano del tutto assenti i requisiti che dovrebbero essere previsti per la gestione vera e propria del servizio e ciò in violazione dell'art. 28, comma 1, ultimo periodo, del Codice a norma del quale «L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto» (sulla questione sia sufficiente citare Consiglio di Stato, sez. V, 08.11.2021 n. 7414);

RITENUTO che un ulteriore profilo di illegittimità della procedura in esame è costituito dall'assenza, nella proposta presentata dalla società Danfra Srl e, conseguentemente, nella documentazione di gara, di una "bozza di convenzione" e della "specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione", come invece previsto dall'art. 183, comma 15 del Codice, considerato che trattasi di documenti diversi e distinti dal "progetto di fattibilità" e dal "piano economico-finanziario" e che quindi neppure potrebbe sostenersi,



in ipotesi, che essi possono ritenersi integrati in questi ultimi (ma, in ogni caso, mancherebbero la bozza di convenzione e un disciplinare di gestione del servizio);

RITENUTO che anche il progetto di fattibilità non sembra redatto secondo i criteri formali e sostanziali previsti per tali tipi di documenti (v. art. 23, comma 6 del Codice e le più recenti Linee Guida del CSLPPP), atteso che, tra l'altro, esso risulta carente della descrizione dello stato di fatto dell'impianto di illuminazione attuale e che, come correttamente osservato dalla società istante, si limita a riportare le caratteristiche generalmente riscontrabili in un impianto cimiteriale e che tale carenza risulta decisiva ai fini della valutazione circa la legittimità della gara in considerazione della fondamentale importanza di tale documento, che costituisce il primo livello di progettazione, ovvero quello con cui si *«individua, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire»* (così l'art. 23, comma 5);

RITENUTO, infine, che appare fondata anche l'ulteriore contestazione relativa al contenuto del criterio n. 1 di valutazione dell'offerta tecnica (ovvero fino a 5 punti assegnati per il *«livello di sviluppo dello studio di fattibilità, chiarezza e completezza degli elaborati elementi di dettaglio»*) per l'evidente motivo che il progetto di fattibilità è solo quello presentato dal soggetto promotore e posto a base di gara e che non risultano essere stati previsti altri elaborati da sottoporre a giudizio; mentre non appaiono fondate le doglianze relative, rispettivamente, alla clausola del Disciplinare di gara che consente alla Stazione appaltante di accettare, non accettare o accettare in parte le modifiche ed i miglioramenti tecnici proposti in sede di gara e quella del Bando che permette al soggetto promotore di presentare la propria offerta dichiarando di mantenere ferme le condizioni di cui alla proposta approvata dall'Amministrazione comunale, fatto salvo il diritto di prelazione, in quanto non risultano essere in contrasto con disposizioni di legge e rientrano legittimamente nel perimetro del potere discrezionale riconosciuto all'Amministrazione stessa;

CONSIDERATO, infine, che le memorie difensive del RUP e della Stazione appaltante o non sono pertinenti (non ha alcun rilievo, infatti, considerata la natura delle contestazioni prospettate nell'istanza di parere, la circostanza che la società istante, durante il periodo di pubblicazione del Bando, sul portale MEPA, non abbia richiesto chiarimenti o che non abbia effettuato il richiesto sopralluogo), oppure si limitano ad una mera analisi dell'istituto della finanza di progetto senza addurre alcuna argomentazione di natura formale e/o sostanziale per confutare le tesi sostenute dall'istante,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alle norme che disciplinano la finanza di progetto di cui all'art. 183, comma 15 del Codice e i contratti di concessione sotto il profilo del calcolo del valore stimato da porre a base di gara ai sensi dell'art. 163 del Codice.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24 maggio 2023
Il Segretario Laura Mascali

Originale firmato digitalmente

