



# DELIBERA N. 310

13 aprile 2021.

## Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da [ Omissis ] S.p.A. – Affidamento in concessione dei servizi di biglietteria, bookshop e assistenza alla visita presso i siti afferenti all'Istituto Villa Adriana e Villa d'Este di Tivoli - Importo a base di gara: Euro 20.487.724,00 - S.A.: Istituto Villa Adriana e Villa D'Este.

**PREC 51/2021/S**

## Riferimenti normativi

Art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016.

## Parole chiave

Interpretazione dell'offerta economica.

## Massima

### **Offerta economica – valutazione – principi applicabili.**

In sede di valutazione dell'offerta economica e di attribuzione dei punti, alla Commissione giudicatrice è preclusa un'interpretazione delle offerte, sottoponendole ad operazioni manipolative e di adattamento non previste nella *lex specialis* della procedura, restando altrimenti violata la *par condicio* dei concorrenti e l'affidamento da essi riposto nelle regole di gara per modulare la rispettiva offerta, nonché il principio di buon andamento, speditezza e trasparenza dell'azione amministrativa, in quanto la procedura ne risulterebbe caratterizzata da incertezze e rallentamenti, con conseguente incidenza sulla sostanza e non solo sulla forma.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 13 aprile 2021



## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 10259 del 4 febbraio 2021, con la quale la società [ Omissis ] S.p.A. (di seguito "OLF") ha contestato il provvedimento di aggiudicazione in favore della società [ Omissis ], ritenendo che la Commissione giudicatrice abbia erroneamente attribuito i punteggi relativi all'offerta economica. In particolare, l'istante ha chiesto all'Autorità di chiarire se, in caso di "apparente discrasia" tra l'offerta economica indicata nel modello predisposto dalla SA e quanto riportato nel PEF, la Commissione abbia l'obbligo di analizzare complessivamente l'offerta al fine di rintracciare l'effettiva volontà dell'offerente, senza dare apoditticamente prevalenza ad un elemento rispetto ad un altro;

RILEVATO che, a fondamento dell'istanza, OLF ha formulato più censure dirette a contestare l'operato della Commissione giudicatrice. In primo luogo, per avere fatto erronea applicazione del criterio di valutazione delle offerte economiche, senza considerare le complessive percentuali offerte per i quattro parametri, in rialzo o in ribasso rispetto alla base d'asta, mentre (a proprio dire) se la formula fosse stata applicata correttamente, OLF sarebbe risultata prima in graduatoria. In secondo luogo, in quanto la Commissione, omettendo di esaminare i PEF prodotti dai concorrenti, non è stata in grado di comprendere il contenuto delle offerte economiche ricevute e, quindi, la reale volontà degli operatori economici;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 13927 del 17 febbraio 2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

RILEVATO che, con memoria acquisita al prot. 15568 del 23 febbraio 2021, l'aggiudicataria Società [ Omissis ] ha eccepito, preliminarmente, l'inammissibilità dell'istanza ai sensi dell'art. 7 del Regolamento di precontenzioso, per mancata contestazione immediata della formula matematica per l'attribuzione dei punteggi alle offerte economiche; nel merito, la controinteressata ha evidenziato la correttezza dell'operato della Commissione, in base al disciplinare di gara, sottolineando l'irrelevanza del PEF ai fini della valutazione del contenuto dell'offerta economica;

PREMESSO che va disattesa l'eccezione di inammissibilità formulata dalla controinteressata, in quanto le censure sollevate da OLF non riguardano clausole del disciplinare immediatamente lesive della propria sfera giuridica o che impedivano ai concorrenti la formulazione di un'offerta seria e consapevole. L'istante, in particolare, non ha contestato l'illegittimità della formula matematica prevista nel disciplinare, quanto la sua erronea applicazione da parte della Commissione, la quale avrebbe preso come riferimento voci non corrette riportate dai concorrenti nel modulo di offerta. Pertanto, nel caso di specie, non vi era alcun onere di immediata contestazione della *lex specialis* di gara;

VISTO l'art. 18.3 del disciplinare di gara secondo cui "*il punteggio dell'offerta economica è attribuito sommando i punteggi assegnati alle componenti secondo quanto riportato nella seguente tabella*":

- a) Royalty sui ricavi annui dalla vendita dei prodotti del bookshop e dal noleggio delle audioguide (RBA), al netto di IVA, valore percentuale da applicare in rialzo rispetto alla base d'asta pari al 12% - punteggio max 10;
- b) Royalty sui ricavi annui derivanti dal servizio didattico e da quello di prenotazione visite (RDV) al netto di IVA, valore percentuale da applicare in rialzo rispetto alla base d'asta pari al 9% - punteggio max 3;



- c) Royalty sui ricavi annui derivanti dai servizi di guardaroba e parcheggio, ove presenti (RGP), al netto di IVA, valore percentuale da applicare in rialzo rispetto alla base d'asta pari al 6% - punteggio max 2;
- d) Aggio, valore percentuale in ribasso rispetto alla base d'asta pari al 13% - punteggio max 15;

VISTO l'art. 18.4 del disciplinare (*"metodo di attribuzione del coefficiente per il calcolo del punteggio dell'offerta economica"*) dove si prevede che *"il punteggio Royalty sarà assegnato con l'applicazione della seguente formula, che premia l'offerente che proporrà il valore percentuale più alto rispetto alla base d'asta indicata in ciascuna classe. Verrà quindi attribuito il punteggio massimo al concorrente che avrà formulato il maggior valore percentuale rispetto al valore posto a base di gara. Agli altri concorrenti verrà attribuito il punteggio applicando la seguente formula:  $Vai = Ra/Rmax$  (...) Il punteggio Aggio sarà assegnato con l'applicazione della seguente formula:  $Vai = Ra/Rmax$ "*;

VISTO, inoltre, l'art. 17 del disciplinare secondo cui l'offerta economica deve essere formulata *"a pena di esclusione (...) utilizzando esclusivamente il modello allegato denominato Modello C (...) e contenente i seguenti elementi: a) valore percentuale ... quale aggio sugli incassi derivanti dalla vendita dei titoli d'accesso; b) valore percentuale ...che sarà applicato ai ricavi da vendita di prodotti (...)"*. A sua volta, dal modello di offerta economica predisposto dalla SA si evince che i concorrenti dovevano indicare, per le voci *sub a), b) e c)*, le percentuali al rialzo offerte, e la voce *sub d)* la percentuale al ribasso offerta;

RITENUTO, dunque, la *lex specialis* di gara prescriveva chiaramente che i valori percentuali offerti dai concorrenti avrebbero dovuto essere quelli da applicarsi, per quanto riguarda l'aggio, sugli incassi derivanti dalla vendita dei biglietti e, per quanto riguarda le royalties, sui ricavi della vendita dei prodotti e dei servizi resi al pubblico (bookshop, audioguide, didattica, etc.);

CONSIDERATO che costituisce *ius receptum* il principio in base al quale, in presenza di una legge di gara chiara, deve essere escluso ogni procedimento ermeneutico teso a rintracciare (pretesi) significativi ulteriori rispetto a quello letterale (Cons. Stato, sez. III, 18 giugno 2018, n. 3715). In proposito, la giurisprudenza è unanime nel ritenere che *"occorre evitare che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale, posto che l'interpretazione della lex specialis soggiace, come per tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 e ss. c.c., tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale"* (Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2019, n. 6212; Id., sez. V, 9 ottobre 2015, n. 4684);

RITENUTO che le percentuali indicate nel modulo di offerta dai concorrenti sono state correttamente intese dalla Commissione come percentuali complessive offerte per le quattro voci previste. Con la conseguenza che: per la voce a) – servizio di vendita dei prodotti del bookshop, il punteggio massimo è stato assegnato al [ Omissis ] net con un rialzo del 19,53%; per la voce b) – servizio didattico, il punteggio massimo è stato assegnato alla [ Omissis ] con un rialzo del 15%; per la voce c) – servizio di guardaroba e parcheggio, il punteggio massimo è stato attribuito alla [ Omissis ] con un rialzo del 15%; per la voce d) – vendita dei titoli di accesso, il punteggio massimo è stato assegnato alla [ Omissis ] che ha offerto un ribasso del 13%;

CONSIDERATO, inoltre, che è altrettanto pacifico in giurisprudenza il principio in base al quale è precluso alla Commissione procedere ad un'interpretazione delle offerte, sottoponendole ad operazioni manipolative e di adattamento non previste nella *lex specialis* della procedura, restando altrimenti violata la *par condicio* dei concorrenti e l'affidamento da essi riposto nelle regole di gara per modulare la rispettiva offerta, nonché il principio di buon andamento, speditezza e trasparenza dell'azione amministrativa, in



quanto la procedura ne risulterebbe caratterizzata da incertezze e rallentamenti, con conseguente incidenza sulla sostanza e non solo sulla forma (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2020, n. 1998; Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2013, n. 1699; Id., 23 marzo 2012, n. 3731);

RITENUTO che contrasta con il richiamato principio la tesi di OLF secondo cui la Commissione, nell'applicare la formula matematica, avrebbe dovuto tradurre le royalties e l'aggio complessivo offerto dai concorrenti (indicate nel modulo di offerta) in termini di rialzo o di ribasso percentuale rispetto alle basi d'asta (così, ad esempio, per quanto riguarda l'offerta dell'istante, per il servizio di bookshop, la Commissione avrebbe dovuto considerare un rialzo del 41,667% e non del 17% indicato nel modulo di offerta e, per quanto riguarda la vendita dei biglietti, avrebbe dovuto considerare un ribasso del 30,769% e non del 9%);

CONSIDERATO, inoltre, che il PEF rappresenta *"il documento giustificativo della sostenibilità economico-finanziaria dell'offerta, non si sostituisce all'offerta ma ne costituisce il documento di supporto nella valutazione della sua congruità, e cioè dell'idoneità dei suoi contenuti ad assicurare al concessionario una fonte di utili in grado di consentire il rimborso dei prestiti e la gestione proficua dell'attività oggetto di concessione"* (Cons. Stato, sez. III, 16 gennaio 2017, n. 116; Id., sez. V, 26 maggio 2020, n. 3348; Id., sez. V, 2 settembre 2019, n. 6015). Si tratta di un documento che giustifica la sostenibilità dell'offerta, non si sostituisce ad essa, rappresentando un supporto per la valutazione di congruità della stessa;

RITENUTO, pertanto, che, ai fini dell'applicazione della formula matematica di attribuzione dei punteggi all'offerta economica, la Commissione doveva basarsi sull'indicazione delle percentuali riportate nel modulo di offerta e non sui dati ricavati dal PEF. In ogni caso, è indimostrato che la Commissione abbia male interpretato la volontà dei concorrenti e che non abbia analizzato i PEF da questi presentati ai fini della valutazione della sostenibilità delle offerte.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore, in quanto la formula matematica prevista nel disciplinare è stata correttamente applicata dalla Commissione giudicatrice alle percentuali in rialzo e in ribasso indicati nel modulo di offerta economica, come previsto nel disciplinare di gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 aprile 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente