



Al Comune di (omissis)

c.a. Sindaco p.t.

c.a. Responsabile Prevenzione Trasparenza e Corruzione p.t.

c.a. del Responsabile del Procedimento

Fasc. Anac UVCP 4213/2022

Oggetto: PROCEDURA APERTA PER L’AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DELLA GESTIONE DEL PALAZZETTO DELLO SPORT DI *(omissis)*

Con riferimento al procedimento in oggetto, esaminata la documentazione aggiuntiva e le ulteriori deduzioni rese con nota prot. n. 27368 del 6.04.2023, si rappresenta che all’esito dell’istruttoria effettuata, il Consiglio dell’Autorità nell’adunanza del 20 giugno del 2023 ha disposto la trasmissione delle seguenti valutazioni conclusive.

Si prende atto che codesto Ente, in relazione ad alcuni dei profili evidenziati nella ns. nota prot. n. 18769 del 8.03.2023, si è conformato alle indicazioni della scrivente Autorità.

Tuttavia pur giudicandosi positivamente le misure correttive adottate dall’Ente, si ritiene necessario ribadire e/o precisare quanto segue, anche ai fini della condotta di future procedure di affidamento.

1. **Mancata acquisizione del CIG:** il comune di *(omissis)* ha comunicato di aver provveduto alla regolarizzazione postuma della posizione dell’Ente e dell’impresa concessionaria rispetto alla normativa sulla tracciabilità dei flussi finanziari e sul pagamento dei contributi di gara. Tuttavia si ritiene necessario ribadire che il CIG va acquisito prima dell’avvio della procedura di affidamento, in modo da permettere a tutte le imprese partecipanti alla gara, oltre che alla stazione appaltante e all’aggiudicatario, di versare il dovuto contributo all’Autorità.
2. **Discrasie attinenti il valore stimato della concessione, il piano economico finanziario e la redditività del servizio:** l’ente condivide i rilievi fatti dall’Autorità, riconoscendo l’erronea formulazione del bando. Ribadisce tuttavia che, dato l’esiguità del valore contrattuale, tali errori non incidono sulla corretta pubblicità della procedura, sulla formulazione dei requisiti e quindi, in senso lato, sulla partecipazione alla gara. Osserva, inoltre, che, a prescindere dal valore contrattuale stimato nel bando, “ogni operatore economico è in grado di valutare la convenienza e la portata di un appalto o di una concessione pubblica in ragione di un’approfondita analisi delle condizioni previste nella documentazione di gara complessivamente considerata”.



Quest'Autorità, pur dando atto della scarsa remuneratività di tale tipologia di servizi, ritiene che nel caso di specie l'erronea stima del valore della concessione nonché la mancata esplicitazione del metodo mediante il quale lo stesso è stato calcolato - in difformità dell'art. 167 del codice - costituisca difetto di trasparenza del bando potenzialmente idoneo a riflettersi sul livello di partecipazione alla procedura concorsuale.

Inoltre, dal momento che il calcolo delle cauzioni (provvisoria e definitiva) è stato effettuato sulla base dell'importo stimato dell'affidamento, l'inesatta determinazione di tale importo rispetto alle previsioni dell'art. 167 d.lgs. 50/2016 nel caso in questione ha portato quanto meno a sottostimare il valore della garanzia definitiva in difformità dal disposto dell'art. 103 del d.lgs. 50/2016 (stante il dimezzamento o l'annullamento della cauzione provvisoria introdotto dal d.l. 76/2020, convertito in legge 120/2020).

- 3. Carenze del PEF:** l'ente comunica che, per evitare che la lacunosità del PEF nell'enucleazione di una parte dei ricavi (e anche dei costi) derivanti dalla gestione possa generare il rischio di una sopravvalutazione del contributo economico a carico dell'ente concedente, le parti contraenti hanno, di comune accordo, deciso di modificare l'articolo 7 della convenzione, elaborando un meccanismo di calcolo del predetto contributo che ne preveda l'aggiornamento annuale in ragione del saldo fra le entrate e le uscite effettivamente registrate negli esercizi precedenti, vietandone l'erogazione ogniqualvolta i ricavi superino i costi e prevedendo un limite massimo (corrispondente all'importo previsto in precedenza come contributo fisso) per i casi in cui si accerti un saldo negativo¹.

Orbene tale modifica contrattuale, se da un lato appare idonea a contenere le possibili diseconomie derivanti all'erario comunale dalla precedente formulazione del contratto in forza delle rilevate incongruenze del PEF, d'altro lato sembra assicurare solo parzialmente il trasferimento sul contraente del rischio operativo. Infatti, l'eventualità di non recuperare le spese e gli investimenti effettuati si configurerebbe solo nel caso in cui il saldo negativo superasse il valore del contributo pubblico (valore che, come si è visto, è stato fissato in misura esuberante rispetto al dovuto, non essendo stato calcolato con la dovuta scrupolosità l'equilibrio economico-finanziario), mentre per il resto la modalità di retribuzione risulta sostanzialmente affine a quella di un appalto pubblico.

Come affermato in giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. V, 13.04.2022, n. 2809), peraltro, se gli atti posti a base di gara non consentono di definire compiutamente ex ante le condizioni, pur variamente formulabili in concreto, di equilibrio economico finanziario del servizio, di risulta non

¹ 2. "Tale contributo sarà erogato in rate trimestrali posticipate e, salvo adeguamento all'indice ISTAT per ogni anno a partire dal 2023, sarà periodicamente ricalcolato sulla base della differenza fra i costi complessivi riguardanti l'intera struttura e i ricavi effettivi riguardanti la gestione della struttura e dei relativi servizi nel corso delle annualità di riferimento, ciò al fine di garantire l'equilibrio economico - finanziario dell'investimento ai sensi dell'art. 165 del D.lgs. 50/2016. In particolare l'importo del contributo sarà aggiornato a decorrere dal 2024 e per tutte le annualità successive, adeguandolo all'eventuale saldo negativo che dovesse generarsi dal rapporto costi-ricavi come innanzi descritti nella gestione relativa all'annualità precedente, fermo restando il rispetto della soglia massima stabilita nel precedente comma 1, che non potrà mai essere superata, neanche nel caso in cui il predetto saldo dovesse attestarsi su cifre superiori. All'uopo il concessionario dovrà presentare, entro e non oltre il 15 marzo del 2024 e delle annualità successive, un rendiconto analitico sottoscritto dal legale rappresentante pro-tempore sulle entrate riguardanti la gestione e sulle spese riguardanti la gestione dell'impianto complessiva e dei relativi servizi nel corso della precedente annualità. Sulla base dei dati emergenti dal predetto resoconto, l'ammontare del contributo sarà adeguato all'eventuale saldo negativo effettivamente generatosi fino al limite massimo sopra indicato. Non sarà dovuto alcun contributo laddove, invece, dovesse emergere un saldo positivo superiore, ossia nel caso in cui l'ammontare complessivo dei ricavi derivanti dalla gestione nella precedente annualità superi quello dei corrispondenti costi" (Art. 7 del contratto, come modificato a seguito dell'intervento di ANAC).



sarà neppure corretta l'allocazione del rischio, se è vero che, come precisato dall'art. 180, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, "L'equilibrio economico finanziario, come definito dall'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3".

Perché possa applicarsi concretamente il suddetto meccanismo di calcolo del contributo, inoltre, è indispensabile che sia puntualmente attuata la rendicontazione dei ricavi di gestione prevista dalla novellata formulazione dell'art. 7 del contratto (rendicontazione che sino a questo momento non era affatto disciplinata negli atti contrattuali).

Si osserva, altresì, che in mancanza di una coerente ed esaustiva pianificazione dei flussi economici della gestione, la durata della concessione fissata in quindici anni non appare in linea con il disposto dell'art. 168, comma 2, del d.lgs. 50/2016, considerando anche che nel caso in questione il concessionario non sostiene investimenti iniziali da ammortizzare durante il periodo di gestione.

Infine, tenuto conto che nel *business plan* a base di gara l'ammontare annuo delle uscite è stimato in € 63.020,00, al lordo delle presumibili incongruenze nella determinazione di tale valore, la quantificazione in € 33.079,13 del contributo pubblico annuale non risulterebbe coerente con l'art. 180, comma 6, del d.lgs. 50/2016 (*"l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari"*).

- 4. Mancata previsione di requisiti speciali di ordine economico finanziario e tecnico professionale:** il Comune osserva, richiamando l'orientamento di quest'Autorità (si cita, *ex multis*, delibera n. 508 del 30 maggio 2018), che *"La scelta di non richiedere requisiti di partecipazione ulteriori non viola disposizioni di legge e attiene all'esercizio di un potere discrezionale finalizzato al soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito attraverso l'indizione della gara"*.

Secondo il Comune, detta scelta non è sindacabile nel merito, se compiuta nell'alveo perimetrato dai principi di non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e come nel caso di specie in una logica di "massima apertura della partecipazione alla gara": quindi, *"in un'ottica pro-competitiva, si è deciso di delineare un quadro regolatorio con pochi vincoli e molte opportunità al fine di compensare l'onerosità della gestione di un impianto certamente sovradimensionato (sotto il profilo dei costi gestionali) rispetto al bacino di utenza che può garantire una realtà territoriale che conta poco più di trenta mila abitanti"*.

Premesso che l'interesse pubblico perseguito con la gara (espressamente presidiato dall'art. 172 comma 1 del Codice) è, primariamente, l'individuazione di un contraente con capacità adeguate rispetto alla prestazione da eseguire, nel caso di specie la scelta discrezionale dell'ente di non prevedere nel bando requisiti economici e tecnici appare carente di motivazione. Difatti, la tesi proposta dall'Amministrazione comunale secondo cui la scarsa redditività della concessione - causata dalla ristrettezza del bacino d'utenza dell'impianto - debba avere necessariamente come contraltare una gara poco selettiva sotto il profilo delle competenze dell'affidatario (ordinariamente garantite dalla richiesta di requisiti soggettivi minimi), non appare condivisibile in linea di diritto e di fatto, ritenendosi che l'abbassamento dei requisiti soggettivi dell'esecutore non è l'unica, né la più idonea, leva attivabile per incentivare la partecipazione alla gara e garantire il necessario livello di concorrenza (soprattutto a fronte di un bando caratterizzato, come detto, da scarsa trasparenza sugli elementi economici del contratto, che costituisce, di regola, fattore dissuasivo della partecipazione). Né l'asserita



“onerosità di gestione” risulta suffragata da idonea istruttoria in termini di analisi della domanda potenziale, viste le già evidenziate criticità del Piano economico-finanziario.

5. **Griglia di valutazione delle offerte di cui all’art. 10 del bando:** la stazione appaltante rivendica la chiarezza ed accuratezza dei criteri valutativi adottati, che costituirebbe, a suo dire, substrato sufficiente per l’attribuzione dei punteggi da parte dei Commissari.

Al riguardo si osserva che per alcuni di tali elementi di valutazione (segnatamente sub A, B e C) non risulta agevole risalire all’iter logico seguito dai Commissari nell’attribuzione di punteggi, in assenza di una preventiva scomposizione in precisi sub-criteri e l’attribuzione di coefficienti di ponderazione a ciascuno di essi. Ciò in virtù della natura generica e/o composita delle declaratorie, per cui sembrano convergere in un unico punteggio diversi aspetti valutabili distintamente (per il criterio A – “pianificazione delle attività”: 1. precisione e completezza della programmazione; 2. prevalenza delle attività di carattere sportivo. Per il criterio B – “Piano di conduzione e gestione della struttura”: piano di manutenzione ordinaria (modalità di gestione/cadenziario degli interventi), piano delle attività di pulizia (modalità di gestione/cadenziario degli interventi), gestione delle attività di guardiania e custodia, orari di apertura e chiusura della struttura e delle aree di pertinenza. Per il criterio C – “piano del personale”: 1. numero di unità di personale impiegate per ogni mansione, che non è precisato negli atti a base di gara; 2. qualificazione ed esperienza delle figure professionali coinvolte).

La griglia di valutazione, quindi, non appare sufficientemente dettagliata da corrispondere agli orientamenti giurisprudenziali che individuano le condizioni in presenza delle quali la valutazione può legittimamente essere espressa attraverso la mera attribuzione del voto numerico (vds. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4438/2017, Sez. V n. 1889/2016 e Sez. III, n. 2050/2015).

6. **Inadeguata pianificazione e riparto delle attività manutentive necessarie per la conservazione dell’immobile:** per quanto riguarda la conduzione della struttura, il Comune ha trasmesso l’offerta tecnica presentata dalla (*omissis*) S.r.l.s., contenente un piano di manutenzione con la seguente programmazione:

- manutenzione ordinaria mensile con riferimento a spogliatoi, wc, docce;
- manutenzione ordinaria degli impianti con cadenza trimestrale ovvero a richiesta,
- manutenzione generale annuale, non meglio specificata per natura e destinazione delle attività.

Nella stessa offerta l’impresa affidataria precisa che le attività di pulizia e di manutenzione saranno dalla stessa esternalizzate ad aziende locali operanti nei rispettivi settori.

Nel complesso, quindi, l’esame degli atti conferma le criticità già espresse nella CRI circa la superficiale formulazione del piano di manutenzione ordinaria, privo di una programmazione degli interventi e dei controlli da effettuarsi sulla struttura e sugli impianti sufficientemente dettagliata in rapporto all’oggetto e alla durata della concessione.

Per quanto riguarda la manutenzione straordinaria, nella corrispondenza intercorsa la Stazione appaltante ha chiarito che l’allestimento del Punto ristoro, previsto nel bando come eventuale, diversamente da quanto ritenuto dall’Autorità in fase istruttoria, non richiede l’esecuzione di lavori edili o impiantistici, con la conseguenza che, in relazione ad esso non è necessaria la qualificazione per lavori pubblici.



Le stesse conclusioni si raggiungono per gli altri lavori di manutenzione straordinaria “al bisogno” che gli atti di gara rimettono all’esecuzione del concessionario, con addebito delle spese sull’amministrazione (vd. art. 6 lett. C del contratto e art. 12 del capitolato)².

Atteso che tali lavori, in quanto meramente eventuali e non prevedibili per natura e quantità, non concorrono nell’oggetto della concessione, non si rilevano i presupposti per giudicare la concessione in parola alla stregua di contratto misto di servizi e lavori ai sensi dell’ art. 28, comma 1, ultimo periodo del d.lgs. 50/2016, con conseguente possibilità per il concessionario, all’occorrenza, di appaltare a terzi lavori di contenuta entità anche in assenza delle relative qualificazioni (si veda Consiglio di Stato, sez. V, 13.07.2020 n. 4501).

Va tuttavia rimarcato che l’eventuale affidamento a terzi, ai sensi dell’art. 164, co.2 lett. c, deve essere effettuato con le modalità previste dal codice dei contratti (cfr. Cons. St., sez. I, Parere 28 aprile 2020, n. 823) e il relativo progetto deve essere approvato dalla Stazione appaltante, che è, altresì, chiamata alla sorveglianza sulla esecuzione e contabilizzazione dei lavori.

Si conferma, altresì, l’osservazione già formulata in sede di CRI per cui una concessione di gestione di impianto pubblico di durata quindicennale avrebbe richiesto un più analitico riparto delle competenze per le attività manutentive programmabili e non programmabili tra concessionario e committente.

7. **Mancata redazione del DUVRI per la stima degli oneri di sicurezza:** la stazione appaltante replica che la dichiarazione circa l’assenza di rischi interferenti è stata formulata sul presupposto che tutti i servizi che concorrono a formare l’oggetto contrattuale siano svolti da un’unica impresa e che, laddove il concessionario dovesse avvalersi dell’apporto di più operatori (soprattutto nel caso in cui decidesse di realizzare opere di manutenzione straordinaria o altri lavori strumentali alla gestione del servizio), si procederà alla formulazione del D.U.V.R.I.

Tale argomento appare solo parzialmente accoglibile alla luce della normativa di riferimento. Infatti, se è vero che, sulla scorta di quanto affermato dall’Autorità nella determinazione n. 3/2008 del 5 marzo 2008, il DUVRI è un documento “dinamico”, per cui la valutazione dei rischi effettuata prima dell’espletamento dell’appalto può e deve essere aggiornata in caso di situazioni mutate, quali l’intervento di subappalti o di forniture e posa in opera o nel caso di affidamenti a lavoratori autonomi; d’altra parte la valutazione dei rischi per edifici aperti all’uso pubblico, (quali ospedali, scuole, etc.) deve avvenire con riferimento non solo alle interferenze tra i lavoratori delle imprese appaltatrici, ma anche con l’eventuale personale interno, gli utenti della struttura e con il pubblico esterno; interferenze, quest’ultime, che possono essere previste e valutate già in fase di predisposizione del bando di gara.

Inoltre, in base ai carteggi intercorsi con la stazione appaltante successivamente all’aggiudicazione, non risulta che si sia proceduto ancora alla valutazione dei rischi da interferenze, sebbene il concessionario abbia espressamente dichiarato in sede di gara di volersi avvalere di ditte terze per le attività di pulizia e manutenzione ordinaria.

² Nel contratto del 15.11.2022, infatti, è precisato che ogni intervento che si renda necessario durante la durata contrattuale deve essere eseguito dal concessionario (art. 6 lett. c). Stando al Capitolato (art. 12), inoltre, la manutenzione straordinaria della struttura e delle aree di pertinenza è a carico del Comune, intendendosi per manutenzione straordinaria:

- ricostruzione di strutture portanti;
- riparazioni di rilevante entità e/o rifacimenti di coperture del sistema di raccolta e/o smaltimento delle acque piovane;
- grosse riparazioni e/o rifacimento della recinzione perimetrale;
- rifacimenti e/o riparazioni del sistema fognante.



Nel complesso, quindi, le procedure adottate non appaiono conformi alle disposizioni di cui all'art. 26 del d.lgs. 81/2008.

- 8. Mancata previsione di penali:** l'Ente comunica, *"nella piena condivisione dei rilievi svolti sul punto da codesta Autorità"*, di aver concordato con il contraente un'integrazione della convenzione già stipulata, introducendo un sistema sanzionatorio da applicare nelle ipotesi in cui si registri un ritardo nell'adempimento delle obbligazioni negoziali.

È stata, infatti, prevista una penale di importo compreso fra un minimo di € 100 e un massimo di € 200 (elevabile per talune fattispecie a € 300) per ogni giorno di ritardo accertato nell'adempimento delle obbligazioni gravanti sul concessionario in forza del contratto, applicabile esclusivamente trascorsi 15 giorni dalla data della diffida.

Si ritiene, tuttavia, che ai fini della coerenza interna del contratto e dell'effettiva allocazione del rischio operativo in capo al concessionario, nella definizione del sistema delle penali sarebbero da esplicitare anche le condizioni al ricorrere delle quali la stazione appaltante non darà corso all'erogazione del contributo, in conformità all'art. 180 comma 4 del d.lgs. 50/2016 e in attuazione dell'art. 7 del contratto (*"... l'Amministrazione concedente si impegna ad erogare un contributo annuale di € 32.748,34 a fronte degli impegni assunti dal concessionario ai sensi del precedente art. 6, comma 1, lett. f, g e h"*).

Alla luce delle suesposte considerazioni, rilevata l'inosservanza della normativa di riferimento come sopra richiamata, il procedimento è definito in forma semplificata – ai sensi dell'art. 21 del Regolamento di vigilanza del 4.07.2018 – con invito a codesta stazione appaltante a comunicare le eventuali iniziative adottate in recepimento delle indicazioni dell'Autorità.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Originale firmato digitalmente