



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 327 DEL 28 marzo 2018

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Aste Giudiziarie Inlinea S.p.A. – Effettuazione del servizio di pubblicità legale delle vendite giudiziarie e pubblicazione delle informazioni sulle procedure esecutive individuali e concorsuali sul sito internet ufficiale del Tribunale – Importo a base di gara: non indicato - S.A.: Tribunale di Agrigento

PREC 288/17/S

VISTA l'istanza acquisita al protocollo n. 45066 del 24 marzo 2017, con cui Aste Giudiziarie Inlinea S.p.A. ha lamentato l'illegittimità della procedura attivata dal Tribunale di Agrigento per lo svolgimento del servizio di pubblicità legale in internet delle vendite giudiziarie e di altri servizi, in quanto l'invito ad offrire fatto pervenire agli operatori economici non recava l'indicazione del valore stimato della concessione né il relativo metodo di calcolo e neppure i criteri per la selezione della migliore offerta né la loro graduazione. L'istante ha altresì lamentato la presunta illegittimità delle modalità con cui la commissione ha selezionato la migliore offerta, senza comparare gli aspetti qualitativi delle varie offerte presentate, e della stessa composizione della commissione, comprendente solo personale amministrativo e nessun magistrato;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 12 settembre 2017 con nota prot. n. 106562;

VISTO quanto rilevato dall'aggiudicatario Edicom Servizi S.r.l. con note acquisite ai prot. n. 62070 del 3 maggio 2017 e n. 106815 del 13 settembre 2017 circa l'erroneità del presupposto messo dall'istante alla base della propria censura, ossia l'assunto che nella specie sia stata affidata dal Tribunale di Agrigento una concessione di servizi, trattandosi invece di un caso di individuazione dell'intermediario per la pubblicità sui siti internet delle vendite giudiziarie ai sensi degli artt. 68, 484 e 490 c.p.c. direttamente connessa all'esercizio della potestà giurisdizionale tipica del Giudice ordinario secondo quanto prospettato dal TAR Lombardia nella sentenza del 19 aprile 2017 n. 901;

VISTA la documentazione acquisita agli atti e in particolare l'invito a presentare offerta (prot. 559 del 25 gennaio 2017) trasmesso agli operatori economici nella quale il Tribunale di Agrigento ha qualificato la procedura come «un'indagine esplorativa di mercato non impegnativa per l'Amministrazione» e la nota (prodotta dall'istante) con cui lo stesso Tribunale di Agrigento ha rigettato la richiesta di annullamento in autotutela asserendo di non avere indicato né il valore stimato dell'appalto né i criteri tecnici di aggiudicazione in quanto l'iniziativa avviata è una indagine esplorativa di mercato e non anche una procedura di gara;

CONSIDERATO che, per quanto concerne l'eccezione sollevata dall'aggiudicatario, il contrasto giurisprudenziale in materia di affidamento dei servizi di pubblicità immobiliare nell'ambito delle procedure esecutive e fallimentari sembra essere stato ricomposto dalle più recenti pronunce sull'argomento del Consiglio di Stato, il quale ha evidenziato la distinzione tra le funzioni giurisdizionali,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

che restano riservate ai giudici dei fallimenti e delle esecuzioni, e i servizi (recte: attività) ad esse complementari ed accessorie facoltativamente fruibili dagli stessi giudici (sentenza n. 1690 del 3 maggio 2016) e ha ritenuto che il fatto che la legge processuale demandi al singolo giudice dell'esecuzione la scelta in ordine a ciascuna procedura di vendita non esclude in radice il potere dell'amministrazione di fornire *ex ante* un adeguato supporto per l'ipotesi in cui venga prescelta la forma della pubblicità su internet o sui giornali cartacei (sentenza n. 4297 del 12 settembre 2017), così che la selezione del contraente cui affidare lo svolgimento di detti servizi (complementari alle funzioni giurisdizionali) si qualifica come attività amministrativa che rimane regolata dai canoni dell'evidenza pubblica (TAR Lombardia Brescia, sez. I, 10 novembre 2014);

CONSIDERATO che tale approdo interpretativo è stato fatto proprio anche dall'amministrazione giudiziaria che, nella Circolare del 13 ottobre 2017 del Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, del personale e dei servizi recante «Convenzioni con soggetti diversi da quelli di cui all'art. 1 comma 787 L.208/2015», ha ritenuto che la stipula con soggetti privati di convenzioni aventi ad oggetto, tra gli altri, la gestione di servizi pubblicitari relativi alle vendite debba essere preceduta da una procedura improntata al rispetto dei principi dell'evidenza pubblica e che l'individuazione dei soggetti con cui contrarre è condizionata alla sussistenza dei requisiti previsti dalla legge in relazione alla specificità del servizio, fra cui anche i requisiti soggettivi di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016;

RITENUTO pertanto, alla luce di quanto sopra, che la selezione, da parte dell'amministrazione (e non del singolo giudice) del soggetto cui affidare la gestione della pubblicità delle vendite giudiziarie è una attività amministrativa che si concretizza nell'affidamento di un servizio, qualificabile come servizio pubblicitario, secondo lo schema negoziale del contratto pubblico e che, dunque, rientra nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 50/2016;

CONSIDERATO che, nel caso in esame, al di là dell'intenzione dichiarata dal Tribunale di Agrigento di svolgere una indagine esplorativa di mercato, la comunicazione trasmessa agli operatori economici coinvolti nel procedimento è da qualificarsi più propriamente come un invito alla partecipazione ad una procedura selettiva per l'affidamento del servizio, poiché richiede agli operatori economici interpellati la presentazione di una proposta di convenzione accompagnata da una scheda contenente le specifiche tecniche nonché dal listino prezzi, ovvero di un'offerta, che è stata oggetto di valutazione da parte di apposita commissione che, al termine dell'analisi della documentazione presentata, ha scelto quella ritenuta «più vantaggiosa sotto il profilo economico» e ha aggiudicato il servizio (cfr. verbale di valutazione delle offerte del 16 febbraio 2017), mentre l'indagine esplorativa di mercato è uno strumento preordinato a conoscere gli operatori interessati a partecipare alla successiva procedura di selezione nel caso di procedura negoziata di cui alle lettere b) e c) del comma 2 dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 (cfr. Linee guida n. 4, di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici»);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RITENUTO, conseguentemente, che la procedura espletata nel caso in esame dal Tribunale di Agrigento è una procedura selettiva per l'affidamento del servizio di pubblicità legale delle esecuzioni immobiliari rientrante nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 50/2016;

CONSIDERATO che, ai fini dell'affidamento di un contratto pubblico, la stazione appaltante calcola preliminarmente il valore presunto dell'oggetto del contratto, secondo i criteri stabiliti dagli articoli 35 (in caso di appalto) e 167 (in caso di concessione) del d.lgs. n. 50/2016, in quanto «Come già affermato da questa Autorità, la corretta e trasparente determinazione del valore presunto del contratto e la sua indicazione nel bando è elemento fortemente rilevante nella procedura di gara poiché persegue l'obiettivo di evitare possibili elusioni della normativa comunitaria, sottraendo così l'affidamento alle regole di pubblicità e di aggiudicazione previste per gli appalti di rilevanza comunitaria, ed è necessario sia per la ponderazione della congruità dei requisiti speciali di partecipazione, sia ai fini del superamento delle soglie di rilevanza comunitaria in relazione al livello di remuneratività del contratto (Determinazione AVCP 22/12/2010 n. 9). Rileva, dunque, ai fini della determinazione delle soglie, della scelta delle procedure di gara, delle modalità di pubblicità, dell'importo della cauzione, della determinazione dei requisiti soggettivi, tecnici ed economici di selezione degli offerenti, per la determinazione del contributo dovuto all'AVCP» (Deliberazione n. 73 del 1 agosto 2012);

CONSIDERATO, in particolare, quanto previsto dagli articoli 167 e 168 del d.lgs. n. 50/2016 con riferimento alla concessione (che è lo schema negoziale cui la giurisprudenza più recente tende a ricondurre i contratti quali quello in esame; cfr. TAR Puglia bari, 10 novembre 2016, n. 1273; TAR Piemonte 13 maggio 2016 n. 659; Consiglio di Stato 12 settembre 2017, n. 4297) in ordine alla necessità che le modalità di calcolo del valore presunto della concessione siano esplicitate nella documentazione di gara e che la concessione abbia una durata limitata e determinata nel bando in funzione dei servizi richiesti al concessionario, commisurata al valore della concessione e alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa;

RITENUTO che, nel caso in esame, il Tribunale di Agrigento non ha indicato il valore complessivo del servizio, che peraltro risulta essere di durata indeterminata, né tantomeno ha esplicitato le modalità di calcolo dello stesso;

VISTO quanto ribadito nelle richiamate Linee guida n. 4, in ordine alla necessità che l'invito a presentare offerta contenga tutti gli elementi che consentono alle imprese di formulare un'offerta informata e dunque seria, tra i quali il criterio di aggiudicazione prescelto, nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 95 del d.lgs. n. 50/2016 e motivando nel caso di applicazione del criterio del minor prezzo di cui al predetto articolo 95, comma 4;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che, nel caso in esame, la stazione appaltante non ha indicato in maniera inequivoca nella lettera d'invito il criterio di aggiudicazione prescelto - criterio che nella nota di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela il Tribunale di Agrigento dichiara essere stato quello del prezzo più basso - poiché la "convenienza economica" viene indicata come criterio cui ricorrere subordinatamente alla "parità di servizi", lasciando intendere che i servizi sarebbero stati valutati comparativamente tra loro al fine di verificarne la parità e che un'offerta che si fosse rivelata recare servizi non "pari" ma migliori avrebbe potuto essere scelta indipendentemente dal prezzo offerto, senza tuttavia indicare i criteri alla luce dei quali detta valutazione sarebbe stata condotta;

CONSIDERATO inoltre che, a sua volta, il criterio della convenienza economica è integrato, in caso di offerte di pari convenienza, con il criterio dell'esperienza pregressa (avvenuto espletamento di attività analoghe presso Uffici Giudiziari e del conseguimento di riconoscimenti relativi alla qualità del servizio erogato) che, in quanto profilo di carattere soggettivo, può essere utilizzato ai fini della selezione delle offerte solo nel limite in cui esso consenta di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli, e quindi riguardi aspetti che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione e che, comunque, non può avere un peso preponderante, visto che non riguarda tanto il contenuto dell'offerta ma la natura dell'offerente (Delibera precontenzioso n. 287 del 22 marzo 2017), ma che, nel caso di specie, è l'unico criterio di selezione, oltre a quello della convenienza economica, ad essere esplicitato nella lettera d'invito;

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- la procedura di affidamento non è conforme alla vigente normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 aprile 2018
Il segretario Maria Esposito