



Delibera n. 577/2024

Adunanza del 10 dicembre 2024

Fascicolo 5892/2023

(da citare nel riscontro)

Oggetto

Autorità di Sistema Portuale *omissis*: procedura aperta per l'affidamento in concessione, mediante finanza di progetto ai sensi dell'art. 193 del D. Lgs. n. 36/2023, dei lavori e della gestione dei servizi di interesse generale nei porti di *omissis* (CIG A023D84883)

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visto il D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36;

Visto il "*Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia dei contratti pubblici*", approvato con Delibera n. 270 del 20 giugno 2023;

Viste le richieste istruttorie dell'Autorità e i relativi riscontri forniti dall'ente concedente;

Vista la comunicazione di avvio del procedimento prot. U. n. 26408 del 23 febbraio 2024 e relativo riscontro con nota prot. n. 31300 del 5 marzo 2024;

Visti gli esiti dell'attività ispettiva autorizzata con mandato presidenziale prot. n. 43454 del 5 aprile 2024 ed effettuata nelle giornate del 7, 8 e 9 maggio 2024 e la documentazione integrativa trasmessa dall'ente concedente in seguito alla stessa (prot. 58049 del 21 maggio 2024);

Vista la Comunicazione di Risultanze Istruttorie (CRI) trasmessa all'ente concedente e al promotore aggiudicatario provvisorio con prot. U. n. 83288 del 16 luglio 2024 e i relativi riscontri, acquisiti, rispettivamente, ai prot. l. nn. 99729 e 99741 del 30 agosto 2024;

CONSIDERATO IN FATTO

Sulla base di alcune segnalazioni acquisite al protocollo dell'Autorità relative a presunte anomalie concernenti l'affidamento in oggetto - in seguito alle quali sono state richieste all'ente concedente informazioni e documentazione in via preistruttoria - l'Autorità ha avviato un procedimento di vigilanza ai sensi del Regolamento interno nei confronti dell'Autorità di Sistema Portuale *omissis* (d'ora in avanti ADSP).



In particolare, in relazione alla concessione in oggetto, con rituale comunicazione di avvio del procedimento – prot. U. n. 26408 del 23.2.2024 - sono state contestate all'ente concedente diverse violazioni della normativa di settore, con particolare riferimento alla prevalenza del contributo pubblico rispetto a quello privato, alla errata individuazione del valore della concessione, al mancato ottenimento in via preventiva del parere del CIPESS ai sensi dell'art. 175, comma 3, d. lgs. n. 36/2023, alla mancata richiesta nei documenti di gara dei requisiti speciali previsti dalla legge e alla mancata previsione nella documentazione di gara dell'obbligo di costituire una società di scopo e alla mancata pubblicazione sul sito istituzionale dell'ente committente di un provvedimento espresso a conclusione dell'iter approvativo della concessione.

Ritenuta incompleta la documentazione trasmessa dall'ente concedente in riscontro alla suindicata comunicazione di avvio del procedimento e alle ulteriori richieste istruttorie dell'Autorità e valutata la necessità di acquisire ulteriore documentazione relativa all'affidamento in oggetto, il Consiglio dell'Autorità ha disposto l'accesso ispettivo presso la sede dell'ente concedente, realizzatosi nelle giornate del 7, 8 e 9 maggio 2024, alla presenza del gruppo ispettivo designato e dei rappresentanti dell'ADSP.

Successivamente, tenuto conto delle risultanze emergenti dai verbali ispettivi sottoscritti in contraddittorio con i rappresentanti dell'ente concedente e degli ulteriori aggiornamenti forniti dal medesimo ente in conseguenza dell'attività ispettiva, con prot. U. n. 83288 del 16 luglio 2024, è stata trasmessa all'ente concedente e al promotore potenziale aggiudicatario la Comunicazione di Risultanze Istruttorie (CRI), adottata ai sensi del regolamento di vigilanza. Nel citato provvedimento, tenuto conto delle osservazioni rese in sede ispettiva e delle comunicazioni *medio tempore* trasmesse dall'ente concedente, sono state superate alcune criticità *prima facie* ritenute sussistenti, anche per effetto delle condotte successive tenute da ADSP, relativamente alla normativa applicabile, alla mancata qualificazione dell'ente (inizialmente ascrivibile ad un errore materiale e prontamente rettificata in conseguenza dell'attività ispettiva), al mancato parere del CIPESS e alla costituzione della società di scopo.

Del pari, nel medesimo provvedimento adottato dall'Autorità si è dato atto che nel corso dell'attività ispettiva, in accordo con il mandato presidenziale, sono stati esaminati gli atti di gara e di esecuzione relativi ad un'ulteriore procedura di affidamento - servizio di vigilanza armata e controllo accessi ai varchi delle aree portuali - selezionata a campione dalla BDNCP; al riguardo, sono emerse una serie di criticità oggetto di confronto immediato con i rappresentanti dell'ente concedente (tra cui l'errata indicazione del valore complessivo dell'affidamento a base di gara, la non coerenza tra gli atti di programmazione e l'affidamento avviato, la genericità dei requisiti di partecipazione relativamente al fatturato globale richiesto, alcune previsioni potenzialmente limitative della concorrenza in relazione a criteri premiali e l'assenza di un provvedimento formale che desse atto dell'avvenuta conclusione delle verifiche in ordine ai requisiti, generali e speciali, prima dell'aggiudicazione definitiva).



L'ADSP, già in sede ispettiva, ha preso atto delle suddette criticità, impegnandosi pro futuro a rimuoverle, in conformità alle osservazioni espresse dall'Autorità.

Nella medesima nota di comunicazione di risultanze istruttorie, l'Autorità, sulla base dell'ampia documentazione acquisita in sede ispettiva, ha infine contestato ulteriori criticità, oltre che confermato alcune di quelle già contestate in sede di comunicazione di avvio del procedimento.

In definitiva, all'esito dall'attività ispettiva e mediante l'adozione della suindicata comunicazione di risultanze istruttorie, ferme restando le richiamate contestazioni superate e quelle per le quali vi è stata presa d'atto in contraddittorio con i rappresentanti dell'ente, sono state contestate ad ADSP le seguenti criticità, sinteticamente rappresentate:

- errata determinazione del valore della concessione;
- mancata evidenza delle condizioni di equilibrio della concessione, in relazione ad elementi quali la pubblicazione del PEF, la matrice dei rischi e la convenienza economica del *project* rispetto all'affidamento mediante appalto;
- richiesta di requisiti speciali di partecipazione non proporzionata rispetto all'oggetto della gara;
- criticità concernenti i requisiti dei lavori e la loro messa a disposizione mediante avvalimento (con particolare riferimento all'indeterminatezza e non rispondenza di alcune categorie di attestazione SOA e alla mancata evidenza della sostenibilità del contratto di avvalimento);
- omessa verifica dei carichi pendenti relativi ad alcuni esponenti dell'aggiudicatario provvisorio.

Tenuto conto delle stesse, nella medesima nota di comunicazione delle risultanze istruttorie, l'Autorità ha rilevato la necessità di rivisitare gli aspetti sostanziali e procedurali del *project financing* in esame, ferma restando ogni valutazione di competenza dell'ente concedente in ordine alle misure più opportune da adottare in proposito, ivi incluso l'annullamento in autotutela della procedura di affidamento ed ha assegnato alle parti ampio termine per presentare eventuali controdeduzioni rispetto a quanto contestato.

Le citate controdeduzioni sono state poi fornite in data 30 agosto 2024 sia dall'ente concedente (prot. I. n. 99729 e ss.) che dal potenziale aggiudicatario (prot. I. n. 99741). In particolare, quest'ultimo, unitamente al riscontro fornito, ha formulato richiesta di accesso documentale agli atti del fascicolo istruttorio, motivata dall'esigenza di avere piena contezza degli atti procedurali al fine di garantire la tutela della propria posizione giuridica connessa all'aggiudicazione della concessione in oggetto.

In ottica di trasparenza e leale collaborazione istituzionale, l'Autorità, nonostante la non tempestiva richiesta – effettuata dal potenziale aggiudicatario in seguito alla trasmissione delle proprie controdeduzioni - ha poi consentito l'accesso agli atti del procedimento, assegnando un ulteriore termine per la presentazione di eventuali osservazioni integrative, che il medesimo operatore economico ha ritenuto di non fornire.



All'esito dell'istruttoria complessivamente condotta, le suddette residuali criticità, evidenziate nella comunicazione di risultanze istruttorie, tuttavia, non paiono superate neanche a seguito delle controdeduzioni rese dalle parti, che vengono riportate nell'ambito dei seguenti paragrafi unitamente alle contestazioni definitive dell'Autorità rese a conclusione del procedimento.

CONSIDERAZIONI IN DIRITTO

1. Violazione dell'art. 179 del Codice – errata determinazione del valore della concessione

1.1) Nel corso del procedimento di vigilanza (con comunicazione di avvio del procedimento, in sede ispettiva e successivamente con la comunicazione di risultanze istruttorie), è stata contestata la violazione dell'art. 179 d.lgs. 36/2023, per erronea determinazione del valore della concessione. Infatti, il bando di gara, par. II.1.5, pubblicato in GUUE e disponibile sul portale telematico dell'ADSP indica come valore della concessione € 176.406.254,00. Lo stesso valore è riportato nel disciplinare di gara (pag. 7), il quale reca anche la seguente tabella suddivisa per la componente servizi e lavori relativi alla stazione marittima.

SERVIZI			
IMPORTO SERVIZIO [€/anno]	IMPORTO A CARICO ADSP [€/anno]	INVESTIMENTO PROPONENTE [€/anno]	IMPORTO A CARICO UTENZA [€/anno]
12.727.190,56 €	€ 6.789.580,16 €	1.913.330,00 €	4.024.280,40 €

LAVORI STAZIONE MARITTIMA		
COSTO TOTALE	IMPORTO A CARICO ADSP	INVESTIMENTO PROPONENTE
14.815.000,00 €	6.666.750,00 €	8.148.250,00 €

Durante la visita ispettiva, invece, ADSP ha precisato "che il valore reale della concessione poteva comunque desumersi dagli atti di gara pubblicati e, in particolare, dal quadro economico riepilogativo dei servizi erogati, nel quale è riportato l'importo totale annuale del progetto servizi per euro 12.727.190,56 moltiplicato per 25 anni, con ulteriore aggiunta dell'importo per la gestione di altri servizi (tra cui quello di assistenza) per la stazione marittima per euro 14.815.000,00, il tutto per complessivi euro 332.994.764,00."

In tal senso, a valle dell'ispezione (09.05.2024), ADSP ha richiesto al concorrente (attuale aggiudicatario provvisorio) l'integrazione della cauzione provvisoria, inizialmente presentata per il minor valore indicato dal bando di gara. Il concorrente, in data 26.06.2024 ha provveduto a tale integrazione (v. prot I n.72765 del 26.06.2024).



Già *prima facie* emerge dunque che il valore della concessione indicato negli atti di gara (€ 176.406.254,00) e quello rideterminato dalla ADSP in sede ispettiva (€ 332.994.764,00) siano quantomeno contraddittori.

1.2) In sede di controdeduzioni, le parti hanno proposto considerazioni simili. Entrambe hanno riconosciuto la sussistenza dell'errore (ADSP già in sede ispettiva), tanto da giungere da un adeguamento della cauzione provvisoria a corredo dell'offerta.

Per altro verso, invece, le parti affermano l'irrilevanza della violazione, derubricata a mero errore materiale non incidente sulla regolarità della procedura, eccependo che:

- il valore complessivo della concessione sarebbe comunque desumibile *aliunde* dall'esame della documentazione di gara (in particolare dal quadro riepilogativo o dalla relazione metodologica), dunque non incidendo sull'interesse alla partecipazione di eventuali altri operatori economici, all'uopo citando un unico precedente che legittimerebbe tale *modus procedendi* (CdS 8340/2019);
- in realtà il valore della concessione rappresenta una mera stima, soggetta a modifiche, tenuto conto della particolare innovatività e diversificazione dei n. 44 servizi dati in gestione per un lungo lasso di tempo;
- in ogni caso, l'avvenuta pubblicazione a livello europeo e il principio del risultato (inteso come mera individuazione di un possibile aggiudicatario) potrebbero comunque sanare ogni vizio.

1.3) In questa sede appare sufficiente ribadire che ai sensi dell'art. 179 del d.lgs. 36/2023, il valore da porre a base dell'affidamento di una concessione deve essere calcolato computando il fatturato totale stimato, generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA¹.

Pertanto, dall'analisi dell'elaborato che l'ADSP ritiene qualificabile quale PEF, risulta che il fatturato totale del concessionario, ottenuto dalla sommatoria anno per anno della voce "ricavi totali di gestione" ivi indicati, ammonta ad € 466.781.609,00, al netto dell'IVA, non corrispondente a nessuno dei valori indicati dall'ADSP (nei documenti di gara e in sede ispettiva).

Quindi, richiamando quanto già affermato in sede di CRI, non v'è dubbio della sussistenza della violazione, ammessa dalle stesse parti, ma derubricata a mero errore materiale; ciò che appare in discussione è la rilevanza della violazione e le sue conseguenze, in quanto secondo le parti il valore

¹ "La giurisprudenza ha, in più occasioni, chiarito che il valore della concessione non può essere ancorato unicamente al parametro del canone di concessione (Cons. Stato n. 2411 del 2017), e ciò soprattutto rispetto alla concessione di cd. opere fredde, quale quella oggetto di causa, caratterizzate dal fatto che il concessionario non è destinato a ricevere i pagamenti dagli utenti finali del servizio, sicché emerge all'evidenza che quella del fatturato si inquadra come "una stima prospettica, che richiede l'attualizzazione di ogni ricavo futuro ritraibile dalla gestione del servizio per tutta la durata dell'affidamento", atteso che "va parametrata al fatturato complessivo che si prevede possa derivare dalla fornitura dei servizi a favore della massa degli utenti" (Cons. Stato, n. 4343 del 2016). In sostanza, stante il carattere prospettico della stima del fatturato, quest'ultimo avrebbe dovuto comprendere sia i valori presenti che i valori futuri attualizzati al momento dell'indizione della gara" (Cons. St., V, 7927/2023; delib. Anac n. 2457/2017).



della concessione sarebbe comunque desumibile dai documenti di gara. Al riguardo devono richiamarsi tre argomenti non superati dalle controdeduzioni offerte dalle parti.

- In primo luogo, la documentazione di gara non reca il fatturato complessivo stimato, ricavabile al massimo dal PEF il quale, nel caso di specie, non è stato pubblicato.

Invero, la documentazione di gara messa a disposizione degli oo. ee. reca il disciplinare, il quadro economico riepilogativo dei costi dei servizi proposti e di quelli necessari alla realizzazione della nuova stazione marittima di *omissis*, suddivisi, per anno, fra quota a carico dell'ADSP, dell'utenza e del proponente. Pertanto, anche a voler ricostruire, a partire da tali elaborati, un ammontare complessivo rapportato alla durata proposta della concessione (25 anni), si perviene ad un valore che rappresenta la stima totale dei costi da sostenere da parte dei vari soggetti coinvolti, non il fatturato totale del concessionario generato per la durata del contratto.

- In secondo luogo, per un consolidato orientamento giurisprudenziale, il valore della concessione costituisce indefettibile elemento della *lex specialis* di gara, la cui omissione determina l'illegittimità della stessa e la sua determinazione non può essere posta a carico del concorrente, neanche ove fosse desumibile dalla documentazione di gara, in quanto gli elementi occorrenti potrebbero non essere tutti nella disponibilità del privato, come peraltro avvenuto nel caso di specie, non essendo stato pubblicato il PEF del *project financing*.

In tal senso, *"La giurisprudenza ha infatti osservato che la stima del fatturato non può essere demandata né al concorrente, né desunta dalle previsioni della lex specialis, che potrebbe non contenere tutti gli elementi necessari a stimare il fatturato in modo attendibile, laddove è invece la stazione appaltante a poter "attingere a informazioni diverse e ulteriori che certamente rientrano nella sua sfera di controllo" (così, III, 14 giugno 2017, n. 2926; conforme, 18 ottobre 2016, n. 4343)"* (Cons. St., V, 8505/2020²; in termini anche T.A.R. Piemonte, I, n. 622/2018).

² La sentenza ha affermato anche che *"Non vi è pertanto dubbio che la lex specialis in esame avrebbe dovuto considerare, ai sensi della predetta lett. b), nel "valore stimato della concessione", i proventi derivanti al concessionario dall'utilizzo del tempio crematorio per la durata dell'affidamento.*

Del resto, sin dalla deliberazione n. 9 del 25 febbraio 2010, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (le cui competenze sono state poi trasferite all'Anac dal d.-l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114), in relazione all'art. 29, comma 1, del previgente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ha chiarito che "il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici [menzionato dalla predetta norma] è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto", e che nelle concessioni, la nozione di "importo totale pagabile" ricomprende sicuramente "il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione", giacché se la stessa nozione nel caso di appalto ricomprende il corrispettivo pagato dalla stazione appaltante, qualora si tratti di una concessione, non essendovi un prezzo pagato dalla stazione appaltante, ma solo quello versato dagli utenti, sarà quest'ultimo a costituire una parte integrante, mentre il canone a carico del concessionario potrà essere computato ove previsto, ma non costituisce l'unica voce indicativa del valore della concessione.

A sua volta, anche la giurisprudenza ha ritenuto, ai sensi dell'art. 8, comma 2, della direttiva 2014/23/UE e dell'art. 29 del previgente d.lgs. n. 163 del 2006, l'obbligo della stazione appaltante di indicare il fatturato generato dalla concessione (Cons.



Ed ancora *“il valore della concessione non può essere ancorato ad un parametro – quello del canone di concessione – non rispondente alla previsione normativa recata dall’art. 29 del D.L.vo 163/06, né può ritenersi che la stima del fatturato possa essere demandata al concorrente anziché all’Amministrazione, né che possa essere desunta sulla base degli elementi contenuti nel capitolato speciale, perché in questa particolare tipologia di servizio è difficile dall’esterno compiere attendibili previsioni di stima, in quanto i fattori che incidono sui flussi di cassa dipendono da una molteplice varietà di condizioni, relative all’ubicazione delle strutture ospedaliere, alla collocazione dei distributori automatici, alle abitudini dell’utenza, alla localizzazione di altri punti di ristoro nell’ambito della stessa struttura ospedaliera, all’accesso di utenti esterni, e così via, tali da non consentire ai concorrenti di stimare in modo attendibile il fatturato sulla base dei soli elementi indicati nel capitolato speciale.”*(Cons. St., 127/2018).

- Infine, anche volendosi porre nella prospettiva dell’ente concedente, deve osservarsi che il valore della concessione non era comunque desumibile dalla documentazione di gara. Al riguardo, va osservato che il punto 4 dell’Allegato IV.1 del codice prevede la necessità di indicare in bando il valore della concessione.

Solo il bando di gara è pubblicato a livello comunitario, corredato della traduzione in tutte le lingue europee (cfr. art. 84 comma 2 d.lgs. 36/2023), mentre il disciplinare di gara è accessibile sulla piattaforma telematica dell’ente concedente solo in lingua italiana.

Pertanto, fermo quanto già osservato, la ricostruzione del valore effettivo della concessione sarebbe stata impossibile, per tutti gli operatori economici, senza trascurare il fatto che quelli stranieri avrebbero comunque dovuto procedere anche ad un’autonoma traduzione degli atti di gara.

La *ratio* della pubblicazione del bando a livello comunitario e della necessità che tutti gli elementi richiesti dalla legge siano indicati nel bando così pubblicato è proprio quella di porre tutti gli operatori economici potenzialmente interessati, a livello comunitario, in una situazione di *par condicio* al fine di partecipare e formulare un’offerta adeguata e credibile (Delibera ANAC 689/2019).

Diversamente, nel caso di specie, si è aggravato il procedimento e determinata una differenziazione tra il proponente (che conosce perfettamente il progetto, avendolo proposto), gli operatori economici italiani (ai quali è stato richiesto uno sforzo ricostruttivo del valore della

Stato, III, 14 giugno 2017, n. 2926; V, 20 febbraio 2017, n. 748; III, 18 ottobre 2016, nr. 4343), oggi rinvenibile nel citato art. 167 del d.lgs. n. 50/2016.

Acclarata la sussistenza di un tale obbligo, non è condivisibile l’affermazione del Comune di Dragoni secondo cui il valore della concessione poteva evincersi dal PEF allegato alla proposta del promotore, così come dichiarato e riconosciuto di interesse pubblico, il quale, come evidenziato proprio da Italgeco, “ipotizza un ricavo medio annuale di oltre € 1 milione per tutti 30 anni della durata della concessione”, da cui quantificare agevolmente in via presunta il valore complessivo della concessione (quasi € 17.000.000,00), sicché Italgeco avrebbe avuto “una completa conoscenza dei dati economici del servizio da svolgere”.



concessione, senza avere tutti gli elementi a disposizione) e gli operatori economici stranieri (che avrebbero dovuto sobbarcarsi anche l'onere traduttivo, invero garantito da una pubblicazione corretta).

Quanto alle ulteriori eccezioni formulate dalle parti, non pare cogliere nel segno il precedente giurisprudenziale citato da ADSP nelle proprie memorie, riferibile alle modalità di calcolo dell'anomalia dell'offerta presentata nell'ambito di una gara per una concessione.

Né convince l'argomento speso dal potenziale aggiudicatario, per il quale tale valore sarebbe una mera stima, in quanto seppure il valore della concessione è fondato su una stima dei ricavi futuri, quest'ultima deve essere certa e coerente con l'analisi dell'operazione economica (contenuta nel PEF).

Da ultimo, appare irrilevante il richiamo al principio del risultato, in quanto ADSP intende tale principio come mera individuazione di un potenziale aggiudicatario e poiché tale principio non può essere inteso nel senso di sanare ogni violazione commessa.

L'art. 1 prevede che *"Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto (...), nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza"*.

Nel caso di specie, sembra chiaramente violato il principio di legalità (per la condivisa violazione dell'art. 179) e soprattutto di concorrenza, poiché il potenziale concorrente, unico partecipante alla procedura di gara, coincide con l'altrettanto unico proponente del p.f. In altre parole solo il proponente ha presentato offerta nell'ambito della gara in esame, dimostrando in modo plastico gli effetti anticoncorrenziali di una errata indicazione del valore della concessione, particolarmente rilevanti in una gara di *project financing*, non potendo escludersi che la corretta indicazione del valore dell'affidamento (pari quantomeno ad € 466.781.609,00 al netto dell'IVA), rispetto al ridotto valore indicato nel bando di gara (€ 176.406.254,00), avrebbe potuto attrarre un più ampio numero di partecipanti.

La violazione assume un rilievo tenuto conto che è commessa in un mercato – quello del *project financing* – dove notoriamente la concorrenza è assente e, pressoché sempre, il promotore diviene concessionario all'esito di procedure di gara che lo vedono unico partecipante.

Per tutto quanto precede, si ritiene la rilevanza del vizio esposto (consistente nella erronea determinazione del valore della concessione).

2. Violazione delle disposizioni di riferimento in relazione all'equilibrio e sostenibilità della concessione – contributo pubblico, PEF, matrice dei rischi e convenienza economica del project

2.1) Anche in relazione a tale profilo, l'ADSP ha preventivamente riconosciuto il fondamento delle osservazioni eccepite dall'ANAC e precisato di averle recepite in ottica di futuri affidamenti.

L'ente concedente, tuttavia, nella propria nota di controdeduzioni, ha fornito alcune precisazioni, evidenziando innanzitutto che nel passaggio dalla previgente all'attuale codificazione sarebbe



venuto meno l'obbligo di pubblicazione del PEF tra i documenti a base di gara e che, pertanto, ADSP avrebbe assolto agli obblighi imposti dall'art. 193 del Codice, di pubblicare il solo progetto di fattibilità approvato.

L'ente ha poi affermato che la matrice dei rischi presentata dal proponente in fase di gara avrebbe individuato correttamente ed analiticamente i rischi operativi e l'allocatione degli stessi in capo al concessionario e che il PEF asseverato avrebbe riportato nel dettaglio ricavi, costi operativi, investimenti e ammortamenti concernenti il rapporto concessorio nei 25 anni di durata. La bozza di convenzione posta a base di gara avrebbe poi consentito di individuare ancor più nel dettaglio l'allocatione dei rischi, servizio per servizio, il tutto come da indirizzi contenuti nelle Linee Guida ANAC n. 9, approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 318 del 28 marzo 2018; del pari, in disparte alcuni refusi considerati irrilevanti, la documentazione di gara avrebbe consentito comunque di individuare il dato numerico esatto concernente i ricavi di gestione. Infine, l'ente concedente ha rappresentato che, a tutela dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera e della posizione del medesimo ente concedente, l'aggiudicazione della gara sarebbe stata in ogni caso subordinata all'accettazione della bozza di contratto da parte del potenziale aggiudicatario, anche nell'ottica di bilanciare i rischi connessi all'erogazione di servizi multidisciplinari per un periodo di tempo medio-lungo.

2.2) Anche l'operatore economico ha presentato ampie controdeduzioni sul punto, asserendo in primo luogo l'assenza di obblighi normativi che impongano la pubblicazione del PEF tra i documenti di gara; in proposito, lo stesso proponente, anche richiamando le Linee Guida n. 9 sopra citate, ha dapprima osservato che, se pubblicato, il PEF avrebbe determinato una violazione della *par condicio* in suo sfavore, nella misura in cui avrebbe reso conoscibile la propria offerta alla platea degli altri concorrenti, per poi allegare ampia giurisprudenza.

In secondo luogo, il concorrente ha ribadito che la documentazione posta a base di gara era completa ed esaustiva anche per quanto riguarda il trasferimento in capo al concessionario del rischio operativo, riportando calcoli e documentazione dalla quale si dovrebbe desumere la correttezza dell'allocatione dei rischi e la trasparenza nell'operato dell'ente concedente.

2.3) Anche all'esito delle soprarichiamate controdeduzioni, devono ritenersi confermate le criticità esposte sul punto nella comunicazione di risultanze istruttorie.

Quanto alle argomentazioni a supporto dell'inesistenza di un obbligo di pubblicazione del PEF, ritenuta assodata dall'operatore economico alla luce del novellato quadro di riferimento, si ribadisce che l'impianto normativo attuale contiene diversi riferimenti al PEF (art. 182, co.5, art. 190 co. 4 lett. c), art. 193, co. 1 del D.Lgs. 36/2023), e in particolare l'art. 6 comma 7 lett. m) dell'allegato I.7 che annovera fra i documenti di cui deve essere fornito un Progetto di fattibilità tecnico economica (PFTE) anche "un piano economico e finanziario di massima per le opere da realizzarsi mediante



partenariato pubblico-privato". Tale norma, nel caso in argomento, va coordinata in particolare, con l'art. 193, comma 3 il quale, in materia di PPP, prevede che il progetto di fattibilità proposto dal promotore e acquisito dall'ente concedente una volta approvato e dichiarato di pubblico interesse, *"è posto a base di gara nei tempi previsti dalla programmazione"*. Alla luce del combinato disposto delle norme sopracitate, sembra quanto mai opportuno rilevare come il dato normativo consenta di ritenere essenziale la pubblicazione del PEF, visto che è uno dei documenti del PFTE da porre a base di gara nell'ambito degli affidamenti di contratti di concessione (tra cui – come detto- rientrano anche le procedure per finanza di progetto).

Una simile interpretazione risulta innanzitutto coerente in un'ottica complessiva di sistema, nella misura in cui si pone in linea di continuità con la normativa previgente - per la quale le amministrazioni aggiudicatrici dovevano provvedere all'affidamento dei contratti di PPP *"ponendo a base di gara il progetto definitivo e uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico"* (art. 181, comma 1, d. lgs. n. 50/2016) – oltre che con la giurisprudenza prevalente e i precedenti di questa Autorità.

Inoltre, come rappresentato dall'Anac nella recente Delibera n. 34/2023, l'equilibrio economico finanziario fra i costi, gli investimenti e il rendimento atteso per l'intero periodo della gestione di una concessione è scolpito nel PEF, a garanzia della sostenibilità dei rischi trasferiti al concessionario. Pertanto, alla luce del peculiare connotato di tale documento, della normativa di riferimento nonché dei precedenti sopra citati, non può ignorarsi che la pubblicazione del PEF tra gli atti posti a base di gara di un PPP risulti quantomeno ampiamente raccomandata, se non addirittura obbligatoria, nella misura in cui rende maggiormente intellegibile alla platea dei concorrenti le specifiche concrete che l'ente concedente richiede nella concessione da affidare con finanza di progetto, unitamente agli investimenti privati richiesti e ai connessi costi e ricavi per l'operatore economico, specialmente in relazione al grado di complessità della concessione in oggetto.

Depone in tal senso, inoltre, la consolidata giurisprudenza, confermata dalla recentissima pronuncia del Tar Sicilia – Catania, Sez. I, sent. n. 3886 del 22 novembre 2024, per cui *"la causa tipica del P.F. nonché dell'operazione economica sottesa al sistema concessorio (dovendosi ricondurre la finanza di progetto ad una modalità di finanziamento della concessione [Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2013, n. 4355] così come emerge dal tenore letterale dell'art. 183, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui il P.F. costituisce una modalità alternativa dell'affidamento di una concessione rispetto al sistema previsto dalla parte III del d.lgs. n. 50/2016 [rubricato "contratti di concessione] e così come chiarito nella relazione illustrativa del nuovo codice dei contratti pubblici che ha meglio precisato – rispetto al previgente codice – i rapporti tra concessione e finanza di progetto, non vertendosi nell'ambito di due tipi contrattuali diversi, "ma del medesimo contratto di concessione che può essere finanziato, sia in 'corporate financing', sia in 'project financing'"*.



È dunque del tutto evidente che, non essendo in discussione che il P.F. costituisca una *species* del contratto di concessione e che l'elemento essenziale ed indefettibile di tale *genus* di contratti consista nella traslazione del rischio all'operatore economico privato (come peraltro dettagliatamente riportato nella sentenza da ultimo citata), la pubblicazione del piano economico e finanziario tra i documenti a base dell'affidamento risulti, in relazione alla complessità della gara in oggetto, nei fatti imposta dal combinato disposto degli artt. 182, 185, 190 e 192, richiamati dettagliatamente nella nota di comunicazione delle risultanze istruttorie.

Non possono, altresì, trovare accoglimento né le argomentazioni prodotte relativamente alla completezza della matrice dei rischi, né il rimando alla bozza di convenzione, allegata ai documenti di gara, per il reperimento della corretta valutazione ed allocazione degli stessi. Come già si è potuto evidenziare, la matrice dei rischi è uno strumento operativo finalizzato a schematizzarne la distribuzione tra pubblico e privato con i seguenti obiettivi:

- programmazione (in fase propedeutica alla gara per la valutazione di convenienza del PPP);
- valutazione delle offerte presentate in gara;
- monitoraggio in fase esecutiva.

Non si tratta di uno strumento costitutivo della disciplina dell'allocazione dei rischi, ma sinottico di quanto contenuto nel contratto di PPP *lato sensu* inteso.

Nel caso di specie la matrice dei rischi allegata ai documenti pubblicati per la gara non appare riconducibile alla complessità dei n. 44 servizi offerti, nonché alla realizzazione e gestione della Stazione marittima; peraltro rimane indeterminata la ripartizione tra pubblico e privato sia del rischio di domanda che del rischio di offerta, così come contenuta nella schematizzazione riportata a pag. 10 del documento.

A fortiori, contrariamente a quanto asserito dall'operatore economico nelle proprie controdeduzioni, nessun documento contrattuale riporta per i servizi oggetto di concessione parametri utili per restituire una visione chiara relativamente al raggiungimento degli obiettivi prefissati, e per valutare se le risorse associate ad ogni singola attività siano ottimali o necessitino di essere implementate, anche ai fini di un possibile riequilibrio della concessione. Si fa presente, infine, che nella bozza di convenzione pubblicata tra il materiale di gara non è rinvenibile una specifica sezione dedicata alla matrice dei rischi. Tale strumento valutativo è solo elencato fra gli allegati (p.63), senza trattazione nel documento. La bozza di convenzione reperibile sul profilo di committente di ADSP, peraltro, è di 74 pagine, contrariamente a quella citata dall'operatore economico che deve essere ben più corposa, visto che le controdeduzioni parlano di una specifica sezione denominata "matrice dei rischi" sviluppata dalla p. 81 alla p. 96.

Non si possono, altresì, condividere le considerazioni dell'Ente concedente riguardo l'irrelevanza dei refusi presenti nella documentazione di gara. In questa sede non può che ribadirsi che la disamina dei soli documenti pubblicati per la procedura di gara (relazione metodologica sulle modalità di



esecuzione dei servizi e quadro economico riepilogativo) consente di comprendere, per ciascun servizio individuato, soltanto i costi e le relative modalità di calcolo, mentre non si evincono elementi di sintesi o opportune tabelle riepilogative dei principali dati sulla base dei quali si fondano, oltre alle previsioni dei costi, anche quelle dei ricavi dei servizi offerti, utilizzati per la redazione dei documenti economico-finanziari. Le voci relative ai ricavi reperibili sul PEF (v. conto economico) non sono coincidenti con quelle derivanti dalla sommatoria dei costi a carico dell'Ente concedente e di quelli dell'utenza presenti nel PFTE; sommatoria che, come sostenuto nelle controdeduzioni, dovrebbe restituire il dato relativo ai ricavi dell'operatore economico. Le indicazioni sui dati corretti da considerare, fornite dall'Ente concedente a fronte delle eccezioni avanzate nella Comunicazione di risultanze istruttorie, sostanziano le numerose incongruenze di dati fondamentali riportati nel materiale posto a base di gara in relazione agli elementi cardine della proposta del Promotore. Tali discrasie determinano un senso di incertezza derivante dall'impossibilità di poter contare su elementi univoci per la costruzione di proposte alternative. Sul punto con riferimento all'analisi degli elementi economici riferiti ai n. 44 servizi, si ribadiscono alcune incongruenze:

1. l'importo totale del progetto servizi ricavato dalla sommatoria di tutte le voci di costo, servizio per servizio, così come desunte dalla relazione metodologica, ammonta ad € 12.434.002,56/anno; tale importo è differente da quello indicato nel quadro economico riepilogativo, che risulta pari ad € 12.437.190,56; lo stesso ammontare è ulteriormente difforme da quello indicato nella tabella di p.6 del Disciplinare di gara (v. anche tabella riportata a p. 8 del presente documento) dove l'importo totale dei servizi è pari ad € 12.727.190,56/anno - suddivisi in € 6.789.580,16 a carico dell'ADSP, € 4.024.280,40 a carico dell'utenza ed € 1.913.330,00 quale investimento del proponente;
2. l'importo totale dell'investimento del concessionario riferito alla quota servizi, non indicato nella relazione metodologica, ammonta ad € 2.619.900,00 nel quadro economico riepilogativo; tale voce è differente da quella indicata nella tabella di p.6 del Disciplinare di gara, corrispondente ad € 1.913.330,00;
3. riguardo la Stazione marittima di *omissis*, la relazione metodologica fa riferimento all'attività di progettazione e realizzazione, il cui costo stimato è indicato in circa € 14.000.000,00, da investire tramite partenariato pubblico/privato, con percentuale di ripartizione pari al 45% (quota pubblica) e 55% (quota privata), come meglio specificato nello studio di fattibilità tecnico economico allegato alla proposta. In proposito, il quadro economico riepilogativo riporta quale costo totale per la realizzazione della Stazione marittima, comprensivo del costo di progettazione, l'importo di € 14.815.000,00, ripartito con quota parte a carico della ADSP di € 6.666.750,00 (45%) e quota parte a carico del concessionario pari a € 8.148.250,00 (55%). Anche in questo caso emergono elementi di incertezza dal confronto dei suddetti documenti con quelli indicati nel PEF che, alla voce ricavi, indica un importo a titolo di contributo Autorità per i primi due anni di € 7.208.550,00 (riferibili all'investimento ADSP per la Stazione marittima), nonché



ricavi dalla gestione del terminal nei restanti 13 anni per € 49.249.345,00, per i quali tuttavia non si rinvergono, dalla documentazione esaminata, elementi riferibili alle attività proprie della gestione del nuovo terminal.

Riguardo al PEF si ribadisce che l'impostazione metodologica mostra l'accorpamento in medesime voci di costo/ricavo riferite a più servizi dei n. 44 oggetto della concessione ed alla Stazione marittima; in tal modo non si consente alcuna apprezzabile valutazione, per ogni servizio e per la Stazione marittima, del peso di tutte le componenti economico-finanziarie ai fini di una adeguata valutazione di convenienza e fattibilità incentrata sugli elementi di cui all'art. 175 d.lgs. 36/2023 (es. efficiente allocazione del rischio, finanziamento privato, capacità di generare soluzioni innovative, capacità di indebitamento dell'ente e disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale). Con ciò, dunque, viene meno anche il confronto degli elementi caratterizzanti la concessione rispetto a quelli del ricorso alternativo ad un contratto d'appalto per l'arco temporale equivalente alla durata della concessione (art. 175, co. 2 del d.lgs. 36/2023).

In questa sede non può che ribadirsi che dagli atti esaminati non si rinvergono elementi utili alla comprensione delle voci sinteticamente riportate nella sezione dei ricavi del conto economico del PEF, essenziali per la verifica della conservazione dell'equilibrio economico finanziario dell'operazione lungo tutta la durata del rapporto concessorio e per la valutazione di eventuali azioni di riequilibrio del piano stesso.

Infine, deve aggiungersi come l'assenza di una parte introduttiva (denominata "assumptions") del Piano economico e finanziario dove vengono indicate le modalità di stima dei valori contenuti negli elaborati del PEF, non rende verificabili e, pertanto, comprensibili i costi riportati nel Quadro economico riepilogativo dei servizi con i costi operativi indicati in forma sintetica nel prospetto del Conto Economico o del *Cash flow*.

3. Violazione degli artt. 182, comma 4, del Codice e dell'art. 33 dell'Allegato II.12 al Codice – requisiti speciali non proporzionati rispetto all'oggetto della concessione

3.1) In proposito, l'Autorità, nella nota di comunicazione di risultanze istruttorie, ha contestato all'ente concedente di aver richiesto requisiti di partecipazione non congrui rispetto alla complessità della concessione da aggiudicare, stante la mancata previsione, nei documenti di gara, dei requisiti di cui agli artt. 182, comma 4, del Codice e di quelli dell'art. 33 dell'Allegato II.12.

In riscontro, l'ente concedente ha ribadito quanto sostenuto in precedenza, ossia che innanzitutto, i requisiti tecnici e funzionali dei lavori e dei servizi dedotti in concessione sarebbero stati comunque desumibili - a prescindere dall'inserimento di specifici requisiti di gara - dalla documentazione allegata al disciplinare, con particolare riferimento alla relazione tecnica, al piano delle manutenzioni, ai piani di sicurezza e al cronoprogramma (per i lavori) oltre che dalla relazione esplicativa sul metodo di erogazione per i servizi.



ADSP ha poi invocato il principio del risultato e una *ratio* pro concorrenziale e di apertura al mercato al fine di giustificare il mancato inserimento, tra i requisiti a base di gara, di quelli previsti dall'art. 33 dell'Allegato II.12 al Codice, anche considerato che la complessità del *project* da affidare avrebbe scoraggiato la partecipazione, ove fossero stati previsti requisiti aggiuntivi a quelli effettivamente richiesti in gara. Inoltre, al fine di evitare che la concessione fosse affidata a soggetti sprovvisti dei relativi requisiti, l'ente ha poi dichiarato di aver provveduto a verificare comunque, con esito positivo, il possesso dei citati requisiti dell'art. 33 – in aggiunta a quelli generali e speciali attestanti moralità, capacità economica e professionale – in capo al potenziale aggiudicatario.

3.2) L'ATI proponente ha invece asserito che, in relazione alla componente lavori, il solo possesso delle certificazioni SOA avrebbe in ogni caso garantito il possesso dei requisiti generali, economico-finanziari e tecnici previsti dalla legge e che pertanto sarebbe stato precluso all'ente concedente di richiederne di ulteriori; in relazione alla componente dei servizi, ha poi osservato che rientrerebbe nella discrezionalità dell'amministrazione che indice la gara la previsione più o meno ampia dei requisiti di partecipazione; infine, l'operatore economico si è riportato integralmente al parere reso dell'Avvocatura di Stato, ai sensi del quale l'art. 33 citato sarebbe stato comunque applicabile alla procedura di gara per effetto del meccanismo legale di eterointegrazione, che la valutazione dei requisiti si sarebbe dovuta avere con riguardo alla struttura complessiva del *project* da affidare e che, pertanto, dalla documentazione complessiva di gara sarebbero emersi requisiti comunque proporzionati, anche considerato che *"ipotizzare di chiedere agli operatori economici un fatturato specifico per ciascun (dei n. 44) servizio avrebbe significato violare frontalmente il principio de favor participationis, restringendosi inammissibilmente la possibilità di partecipare"*.

3.3) Anche in questo caso, le controdeduzioni offerte dalle parti risultano inconsistenti e prive di fondamento e, come tali, inidonee a superare le contestazioni già mosse in CRI. In proposito, riguardo l'asserita possibilità di desumere i requisiti tecnici e funzionali di lavori e servizi dalla documentazione a disposizione degli operatori economici, si ribadisce che, trattandosi di un affidamento di concessione mista complessa, articolata e di importo e durata rilevanti, l'ente concedente avrebbe dovuto farsi carico di individuare con chiarezza requisiti di partecipazione proporzionati e attinenti, riducendo quanto più possibile i margini di incertezza e le interpretazioni individuali del materiale di gara da parte dei singoli operatori economici. Ciò proprio nel rispetto del principio generale dettato dall'art. 10 co. 3 del Codice³. Nel caso di specie, peraltro, i requisiti speciali richiesti agli operatori economici in sede di partecipazione devono ritenersi del tutto non

³ "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, **attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto**, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese".



proporzionati, soprattutto in relazione alla componente servizi del *project financing* da affidare; componente estremamente rilevante sia in relazione al valore complessivo della procedura, sia alla natura dei n. 44 servizi di interesse generale considerati, ciascuno connotato da intrinseche peculiarità e da elementi di specialità. Come già sottolineato, la documentazione di gara riferita ai servizi ha richiesto per la partecipazione il solo requisito di idoneità professionale relativo all'iscrizione all'ANGA, riferibile ad un particolare servizio in affidamento. Non sono stati, invece, richiesti requisiti di capacità tecnica, né requisiti di fatturato per tutti gli altri servizi oggetto del *project financing*, che, per la loro complessità ed eterogeneità, comportano necessariamente la partecipazione di concorrenti estremamente affidabili sul piano organizzativo-strutturale, nonché molto solidi su quello economico-finanziario. Ciò proprio in aderenza al principio del risultato formulato all'art. 1 del Codice - richiamato impropriamente dall'Ente concedente - che individua nella promozione della concorrenza fra operatori economici lo strumento funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidamento ed esecuzione di contratti pubblici. Come chiarito dal Consiglio di Stato nella Pronuncia del 12.10.2023, n. 8896 III Sez., citata peraltro nelle controdeduzioni, la tutela della concorrenza *"non deve far perdere di vista la funzione del procedimento medesimo, che è quella, pur in un contesto concorrenziale, di acquisire i beni e servizi maggiormente idonei a soddisfare l'interesse pubblico specifico portato dall'amministrazione aggiudicatrice"*.

A fortiori, si rammenta quanto disciplinato dall'art. 182 co. 4 del Codice (in armonia con il considerando 63 della Dir. 23/204) il quale, nel caso di contratti di concessione, impone che il bando di gara indichi *"i requisiti tecnici e funzionali che definiscono le caratteristiche richieste per i lavori o i servizi oggetto della concessione"*.

Al contrario, a fronte di una gara dal valore di oltre 400 milioni di euro - che prevede ingenti investimenti per il privato, nonché l'istaurarsi di un rapporto contrattuale di 25 anni per la costruzione e gestione di un'area portuale con stazione marittima e con l'esecuzione di ulteriori servizi non necessariamente ad essa connessi - l'ente concedente non ha richiesto ai partecipanti nemmeno un fatturato minimo o una quota di servizi analoghi in relazione al servizio ritenuto prevalente sul piano economico-quantitativo ai sensi del disciplinare di gara.

In base a quanto finora rappresentato, non convincono, dunque, le argomentazioni avanzate sia dall'Ente concedente che dall'ATI proponente in relazione al fatto che l'introduzione di requisiti aggiuntivi, come quelli previsti dall'art. 33 dell'Allegato II.12 per i lavori, avrebbe violato frontalmente il *favor participationis* finendo per ridurre o azzerare la platea dei partecipanti interessati alla gara. Non si concorda nemmeno con l'affermazione avanzata dall'ATI proponente che sia sufficiente il possesso di un'adeguata attestazione SOA nella categoria dei lavori da realizzare per garantire il soddisfacimento dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale. In questa sede, richiamando quanto già espresso nella CRI, si ribadisce che l'ente concedente avrebbe dovuto necessariamente esplicitare i requisiti tecnici e funzionali obbligatori e



aggiuntivi (v. art. 33 All. II.12), al fine di garantire la più ampia trasparenza e pubblicità della procedura, con possibili risvolti anche sul piano della maggiore concorrenza; è ormai assodato l'orientamento giurisprudenziale in base al quale le clausole del bando e del disciplinare devono essere chiare, immediatamente fruibili a tutti gli operatori economici interessati alla partecipazione, con conseguente divieto di assoggettarle ad un procedimento ermeneutico avente funzione integrativa, il tutto per esigenze di certezza del diritto, di trasparenza, di concorrenza, nonché per la necessità di evitare possibili contenziosi o contestazioni, anche meramente strumentali, da parte di terzi. Circa la supposta affermazione che la mancata richiesta di requisiti aggiuntivi avrebbe favorito in concreto la partecipazione e la concorrenza, deve inoltre osservarsi che tale presupposto non può non coordinarsi con gli altri principi ordinanti, quali quello della proporzionalità dei requisiti di partecipazione, della capacità, professionalità e competenza dell'affidatario, nonché del legittimo affidamento dello stesso in una selezione seria e rigorosa. Il principio della necessaria proporzionalità dei requisiti è stato confermato anche da recente giurisprudenza che, in relazione all'interpretazione in chiave più restrittiva di un requisito di partecipazione, ha affermato che il principio di proporzionalità contenuto nel nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36 del 2023 – e segnatamente nell'art. 10 comma 3 – *“introduce certamente un favor per l'accesso al mercato ma compatibilmente con l'oggetto del contratto e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica”*. Dunque il principio di proporzionalità dei requisiti di capacità deve, comunque, essere sempre rapportato all'oggetto dell'appalto, non potendosi consentire l'affidamento di commesse pubbliche a soggetti sprovvisti delle necessarie competenze (cfr. Cons. St., V, 22.4.2024, n. 3663).

Alla luce di tutto quanto innanzi, si conferma conclusivamente che deve ritenersi incongrua e non proporzionata tutta la valutazione effettuata dall'ente concedente in relazione ai requisiti speciali e aggiuntivi da richiedere agli operatori economici partecipanti, posto che non sono stati indicati in sede di gara né i requisiti aggiuntivi dell'art. 33 dell'Allegato II.12 al Codice, né requisiti minimi e proporzionati rispetto ai molteplici servizi oggetto della concessione.

4. Violazione concernenti le norme di settore in relazione alla richiesta di requisiti dei lavori indeterminati, non coerenti e alla loro messa a disposizione mediante avvalimento

4.1) In proposito, nella comunicazione di risultanze istruttorie, l'Autorità ha contestato la descrizione generica di alcune categorie di lavorazioni, la previsione del disciplinare che indicava le categorie ivi riportate come meramente esemplificative, oltre che la non piena rispondenza delle categorie di lavorazioni richieste dal progetto rispetto alle categorie e alle classifiche indicate nel disciplinare. Sotto altro profilo, è stata poi contestata la genericità delle risorse messe a disposizione mediante due contratti di avvalimento, oltre che l'effettiva sostenibilità economica degli stessi.



4.2) Sul punto, circa il primo profilo di contestazione, l'ADSP ha in primo luogo evidenziato che l'esame complessivo della documentazione di gara (unitamente agli aspetti tecnici descritti nella *lex specialis*) avrebbe consentito di delineare in maniera specifica le categorie di lavorazioni richieste; ha poi asserito la correttezza e proporzionalità delle categorie richieste nella documentazione introduttiva di gara, ritenute conformi al disposto dell'art. 30 dell'Allegato II.12 al Codice. Circa il secondo profilo di contestazione, l'ente concedente ha poi sostenuto la chiara onerosità dei contratti di avvalimento, affermando che in ogni caso il contratto sarà eseguito dall'impresa partecipante, che l'importo del 3% dedotto in contratto rappresenta il corrispettivo per la messa a disposizione del requisito SOA ad opera dell'ausiliario e che i citati contratti, conformemente al dato normativo, recano l'obbligo dell'ausiliaria di mettere effettivamente a disposizione dell'esecutore i requisiti forniti.

4.3) Anche l'ATI concorrente ha preliminarmente asserito che la documentazione di gara avrebbe consentito di accedere a tutti gli elementi necessari per la presentazione di un'offerta e che, relativamente all'indicazione delle categorie, sarebbe stato comunque ampiamente sufficiente fare ricorso al computo metrico, fermo restando che l'ente concedente avrebbe indicato correttamente le categorie di attestazione SOA richieste nella documentazione di gara.

Per quanto concerne il contratto di avvalimento, l'ATI ha dichiarato che provvederà in proprio all'esecuzione del contratto, che il prezzo pattuito è del tutto congruo e che è stato chiaramente messo a disposizione dell'ente concedente l'elenco delle risorse che saranno messe a disposizione dell'ausiliata.

4.4) Anche in relazione a questo profilo devono essere confermate le contestazioni contenute in CRI. Contrariamente a quanto asserito, l'obbligo di indicare in seno al bando di gara le categorie e classifiche delle lavorazioni di cui si compone l'intervento di realizzazione della nuova stazione marittima, non può ritenersi soddisfatto con il semplice rimando alla documentazione di gara pubblicata ed in particolare agli elaborati costituenti il PFTE, tra i quali il computo metrico estimativo, che specifica il dettaglio delle lavorazioni richieste. Infatti, la *lex specialis* deve consentire ai potenziali concorrenti di comprendere univocamente l'opera che si dovrà realizzare e l'offerta che si intende formulare, non potendo essere rimessa alla volontà degli offerenti l'individuazione degli importi della categoria prevalente, delle categorie scorporabili, delle categorie con obbligo di qualificazione e delle categorie per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori. L'individuazione dei suddetti elementi rientrava, peraltro, tra le attività di controllo prescritte e propedeutiche alla validazione del progetto (art. 40 comma 2, lettera f), punto 9) dell'allegato I.7 del d.lgs. 36/2023).

Inoltre, il possesso delle categorie e classifiche SOA rappresenta un requisito di partecipazione (art. 100 comma 4 d.lgs. 36/2023) ed in quanto tale deve essere richiesto in modo puntuale e non



generico, come invece contenuto nel disciplinare, dove espressamente si afferma che (rispetto alla richiesta categoria OG1 classifica VII ed OG9 classifica IV) *“L’indicazione delle predette categorie è esemplificativa e non esaustiva”*. È infatti evidente che, in tal caso, non si fornisce ai concorrenti un chiaro parametro di valutazione in ordine all’effettivo possesso dei requisiti minimi e ciò al di là dei possibili gradi di libertà connessi alla formulazione dell’offerta da parte di eventuali operatori economici diversi dal promotore, nel caso di una modifica delle lavorazioni previste nel progetto posto a base di gara, che comunque non possono stravolgere l’impostazione iniziale dell’opera.

Con riferimento alla contestata non piena rispondenza delle categorie e classifiche di lavorazioni richieste dal progetto rispetto alle categorie e classifiche indicate nel disciplinare, ritenute invece corrette e proporzionali nonché conformi al disposto dell’art. 30 dell’Allegato II.12 al Codice, le precisazioni formulate confermano le contestazioni indicate in CRI.

Non appaiono, infatti, congruenti le categorie e classifiche SOA desumibili dal computo metrico estimativo che hanno condotto ad una errata indicazione delle stesse nel disciplinare di gara così da non rendere univocamente comprensibile l’opera che si dovrà realizzare e l’offerta che si intende formulare.

In particolare, con riferimento alla categoria OG1 classifica VII si condividono le considerazioni circa l’aver ricompreso nella citata categoria le lavorazioni impiantistiche (fatta eccezione per le lavorazioni afferenti l’impianto elettrico) attesa l’impossibilità di ricomprendere dette lavorazioni nella categoria OG11 intesa come categoria di opere generali a se stante connessa all’esecuzione coordinata e congiunta di impianti tecnologici (impianti idrico-sanitario, cucine, lavanderie - impianti termici e di condizionamento - impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi), difettando nel caso di specie l’importo delle lavorazioni afferenti l’impianto idrico-sanitario in misura superiore al 10% del totale delle lavorazioni in OG11. Diversamente, non può essere condivisa la mancata richiesta della qualificazione delle lavorazioni relative a *Infissi e pareti continue*, stimate nel CME in € 2.385.384,00 che sono riconducibili alla categoria superspecialistica OS18-B e in ragione del loro ammontare richiederebbero per il concessionario il possesso di una specifica qualificazione nella classifica IV, categoria per la quale il disciplinare non ha richiesto alcuna qualificazione; conseguentemente andrebbe rivalutata anche la classifica VII della categoria OG1.

Anche con riferimento alla categoria OG9 classifica IV, la precisazione formulata a seguito della contestata mancata chiarezza circa le opere impiantistiche indicate nel CME ed afferenti detta categoria OG9, conferma l’errata indicazione nel bando di gara della categoria OG9 per la classifica IV; infatti, non può ritenersi coerente la giustificazione addotta di aver computato tra le lavorazioni afferenti la categoria OG9 (Impianti per la produzione di energia elettrica) – importo € 367.896,00 – quelle afferenti l’impianto elettrico della struttura – importo € 690.143,26 – considerate come complementari ed accessorie all’impianto fotovoltaico nonché le lavorazioni afferenti opere edili forfettariamente stimate nella misura del 15% del totale – importo € 510.685,18. Ciò in quanto le opere afferenti l’impianto elettrico computate nel CME per € 690.143,26 sono complementari ed accessorie alla stazione marittima più che all’impianto fotovoltaico e pertanto avrebbero dovuto essere computate tra le lavorazioni della categoria OG1 al pari delle altre lavorazioni impiantistiche;



non può infine condividersi che la scelta della categoria OG9 per dette lavorazioni è conseguenza dell'impossibilità di averle potute attribuire alla categoria OG11. Anche la giustificazione di avere computato forfettariamente in OG9 alcune opere edili (importo € 510.685,18) perché afferenti la realizzazione dell'impianto fotovoltaico non può essere condivisa nella misura in cui il CME non supporta tale scelta e le declaratorie delle singole categorie di lavoro ed i relativi prezzi computati nella sezione del CME riferita all'impianto fotovoltaico comprendono la posa in opera oltre che la fornitura. Solo le opere per "impianto fotovoltaico accumulo e ricarica veicoli elettrici", stimate in € 367.896,09, sono riconducibili alla categoria OG9 e richiedono il possesso della qualificazione in una classifica di molto inferiore (classifica I) rispetto a quella richiesta (classifica IV).

In sintesi, dunque, il disciplinare richiede requisiti sovrabbondanti e non coerenti con le lavorazioni richieste dal progetto, omettendo la richiesta di attestazioni SOA in altre categorie di lavorazioni previste dal progetto.

Ovviamente ciò potrebbe aver inciso anche sulla coerenza tra la tipologia di prestazioni professionali di progettazione richieste e le opere previste e i relativi requisiti di partecipazione.

È evidente in tal caso, il grave pregiudizio alla concorrenza, avendo richiesto un requisito maggiore di quello necessario, che ha potenzialmente escluso dalla partecipazione tutti gli operatori economici in possesso di una classifica inferiore.

Per converso, l'assenza di una corretta qualificazione delle categorie delle opere comporta il rischio di far realizzare le stesse da parte di operatori economici non qualificati.

Da ultimo, con riferimento ai contratti di avvalimento, si prende atto di quanto rappresentato ovvero che in conformità a quanto previsto dall'art. 104, comma 8 del d.lgs. 36/2023 il contratto sarà eseguito dall'impresa che partecipa alla gara (concessionario), alla quale verrà rilasciato il certificato di esecuzione; l'importo del 3% non riguarda il pagamento dei lavori eseguiti, ma rappresenta il corrispettivo per la "messa a disposizione" del requisito (qualificazione SOA) ad opera dell'ausiliario; i contratti di avvalimento recano l'esplicito obbligo dell'impresa ausiliaria, assunto nei confronti del concorrente, di fornire i requisiti e di metterli a disposizione per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, i richiamati contratti di avvalimento, e le correlate dichiarazioni di impegno presentate in sede di gara, contengono la specificazione dei requisiti forniti e l'indicazione delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria, per la durata delle obbligazioni contrattuali cui si riferiscono.

Ciò posto, non può comunque non rilevarsi che gli atti trasmessi afferenti i contratti di avvalimento, contengono, comunque, un mero elenco di risorse detenute dalle singole imprese e non di quelle effettivamente messe a disposizione per l'esecuzione dello specifico affidamento; pertanto, vale richiamare l'art. 104 comma 9 d.lgs. 36/2023 che impone all'ente concedente la verifica sull'effettiva messa a disposizione dei requisiti prestati da parte dell'ausiliario e sull'utilizzo delle risorse dichiarate, nonché un adeguato corrispettivo, che garantisca la realizzazione dell'opera a regola d'arte.



5. Omessa verifica dei carichi pendenti relativi ad alcuni esponenti dell'aggiudicatario provvisorio

Circa tale contestazione, contenuta nella comunicazione di risultanze istruttorie, l'ente concedente, considerato che allo stato non esiste un apposito *database* nazionale a ciò deputato, ha comunicato di aver avviato i relativi controlli sui carichi pendenti presso gli uffici territoriali preposti, impegnandosi in ogni caso a completare la verifica dei requisiti di moralità prima dell'aggiudicazione. Pertanto, la suddetta criticità, può considerarsi superata, fermo restando in ogni caso l'obbligo di espletare le verifiche previste per legge prima dell'aggiudicazione.

Conclusioni e raccomandazioni dell'Autorità

Complessivamente valutate, le suindicate criticità, contestate ai punti nn. 1, 2, 3 e 4, appaiono particolarmente rilevanti, afferendo ad aspetti - sostanziali e procedurali - cruciali nella gestione degli affidamenti, specialmente con riguardo a procedure estremamente complesse, quali quelle del *project financing* in esame.

In proposito, le parti - al fine di attribuire legittimazione e stabilità agli atti della procedura sinora adottati, anche in considerazione della prossima aggiudicazione della stessa - hanno invocato nelle memorie di controdeduzioni il rispetto del principio del risultato, che imporrebbe di salvaguardare i provvedimenti adottati e gli effetti giuridici sinora prodotti, nell'ottica del raggiungimento di obiettivi di efficienza e di tempestiva realizzazione dell'opera e dei servizi connessi.

Tuttavia, nel richiamare nuovamente le considerazioni di cui al punto 1.3) e 3.3) della presente Delibera, deve concludersi che, benché ne sia chiara la *ratio* giustificatrice, il principio del risultato non può tradursi in una incondizionata preferenza ordinamentale per l'aggiudicazione "ad ogni costo", atteso che lo stesso, lungi dal costituire un generico "permesso incondizionato", deve essere viceversa coordinato con altri principi fondanti dell'ordinamento, di rango quantomeno paritario, primo su tutti quello della concorrenza e dell'apertura al mercato (artt. 3 e 4 del Codice), che garantisce una efficiente allocazione delle risorse e una conseguente migliore realizzazione dell'interesse pubblico, anche a tutela dello stesso ente concedente.

Per tutto quanto precede - valutato comunque positivamente l'impegno manifestato dall'ente concedente di adeguarsi, *pro futuro*, al rispetto della normativa di settore secondo le osservazioni fornite dall'Autorità - si conclude il procedimento affermando la rilevanza dei vizi esposti per le ragioni indicate in parte motiva (erronea determinazione del valore della concessione, indicazione generica della documentazione posta a base di gara, con particolare riferimento ai requisiti di partecipazione), e rimettendo alle discrezionali valutazioni di competenza dell'ente concedente in ordine alle misure più opportune da adottare in proposito, ivi incluso l'annullamento in autotutela della procedura di affidamento.

Per tutto quanto sopra esposto, il Consiglio dell'Autorità, ai sensi dell'art. 18 del "*Regolamento*



sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia dei contratti pubblici', approvato con Delibera n. 270 del 20 giugno 2023

DELIBERA

che l'affidamento in oggetto è caratterizzato dalle criticità esposte ai par. 1, 2, 3 e 4; conseguentemente, alla luce delle conclusioni e raccomandazioni formulate, invita l'ente concedente a comunicare all'Autorità le eventuali determinazioni che intende assumere al riguardo, entro il termine di **30 (trenta) giorni** dalla comunicazione della presente delibera, che sarà pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22, co. 1, del predetto Regolamento.

Si avvisa che la reiterazione delle violazioni accertate nella presente delibera può dar luogo all'attivazione dei poteri di cui all'art. 220, co. 3, d.lgs. 36/2023, ai sensi dell'art. 6, co. 2, lett. j) del Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 220, commi 2, 3 e 4 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Legittimazione straordinaria) - Del. n. 268 del 20.06.2023.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 dicembre 2024

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente