

## **Deliberazione n. 97 Adunanza del 26 ottobre 2011**

Fascicolo: 681/2011

Oggetto: Concessione della gestione della piscina comunale coperta in località Monterazzano

Stazione Appaltante: Comune di Campagnano di Roma

Esponente: sig. Massimo Passalacqua

Riferimenti normativi: artt. 14, 15, 30, 40, 143 del d.lgs. 163/06 ss.mm.ii. e art. 60 del D.P.R. 207/2010

### **Il Consiglio**

Visto il d.lgs. n. 163/2006;

Vista la Relazione della Direzione Generale Vigilanza Lavori, Servizi e Forniture.

### **Considerato in fatto**

In data 4 marzo è pervenuto a questa Autorità un esposto relativo al bando in oggetto, presentato dal legale rappresentante del Circolo Casetta Bianca, secondo classificato nella procedura di affidamento, il quale ha rappresentato "il mancato rispetto degli obblighi contrattuali da parte dell'aggiudicatario".

Preliminarmente, occorre chiarire che la procedura segnalata riguarda l'affidamento della gestione di una piscina comunale di recente costruzione, ma priva di tutte le attrezzature necessarie per lo svolgimento delle attività sportive.

Pertanto, l'Amministrazione, ha predisposto un bando di gara finalizzato in primo luogo all'affidamento della gestione e manutenzione della piscina e in secondo luogo a rendere l'impianto funzionante, tramite la fornitura degli arredamenti, delle attrezzature necessarie per la pratica del nuoto, degli strumenti di primo soccorso, di due saune, oltre all'esecuzione di lavori di ampliamento degli spogliatoi, qualificando la procedura come "concessione di servizi" e assoggettandola alla disciplina del D. Lgs. n. 157/1995.

Il bando, inoltre, invitava i concorrenti a presentare una cosiddetta "offerta facoltativa" avente ad oggetto una proposta di ampliamento del complesso natatorio, riguardante la progettazione e realizzazione di una seconda piscina scoperta da utilizzare per i corsi estivi di nuoto e per il relax e/o la progettazione e realizzazione di un'area attrezzata adibita a parco giochi per bambini, sulla base di indicazioni tecnico-dimensionali contenute nel disciplinare di gara.

Gli elementi di valutazione, presi in considerazione ai fini dell'affidamento, erano i seguenti:

- A. Qualità, capacità ed esperienza tecnico organizzativa;
- B. Corrispettivo.

Riguardo al criterio di valutazione A) l'Amministrazione ha deciso di assegnare un valore massimo di 68 punti suddiviso in base ai seguenti sub-criteri:

1. Valutazione programma di gestione operativa - max 10 punti;
2. Valutazione programma sportivo - max 6 punti;
3. Valutazione programma di promozione e valorizzazione della piscina - max 4 punti;
4. Rispondenza dell'attività di gestione già svolta - max 9 punti;
5. Esperienza nella gestione di piscine coperte di almeno 25 metri negli ultimi 5 anni - max 13 punti;
6. Attestazioni rilasciate da Enti Pubblici per la gestione di piscine di almeno 25 metri - max 13 punti;
7. Qualificazione degli istruttori e degli allenatori - max 10 punti;
8. Livello di attività agonistica svolta - max 3 punti.

Riguardo invece al criterio di valutazione B) l'Amministrazione ha deciso di assegnare un valore massimo di 32 punti suddiviso in base ai seguenti due sub-criteri:

B.1) c.d. "Offerta obbligatoria" (punti 0) suddiviso come segue:

B.1.a) fornitura degli arredamenti, fornitura delle attrezzature necessarie per la pratica del nuoto e fornitura degli strumenti di primo soccorso;

B.1.b) realizzazione di lavori di ampliamento degli spogliatoi esistenti, da eseguire sulla base di un

semplice disegno allegato al disciplinare di gara;

B.1.c) fornitura di due saune.

B.2) c.d. "Offerta facoltativa" (max punti 32) suddiviso come segue:

B.2.a) Progettazione e realizzazione di una seconda vasca esterna, con un punteggio massimo previsto di 28 punti da assegnare in base al tempo offerto per la realizzazione dei lavori come di seguito indicato:

- 12 mesi / 28 punti;
- 24 mesi / 24 punti;
- 36 mesi / 20 punti;
- 48 mesi / 15 punti;

B.2.b) Progettazione e realizzazione di un'area attrezzata esterna, con un punteggio massimo previsto di 4 punti, da assegnare in base all'ampiezza dell'area, al numero e tipologia degli attrezzi ed al numero delle discipline praticabili.

Il Comune di Campagnano, ha pubblicato l'avviso di gara il 22/02/2007, la durata della concessione prevista era di sei anni a decorrere dalla data di consegna del servizio fino al 31/07/2013. Era inoltre previsto un prolungamento della concessione fino al 31/07/2020, in caso di aggiudicazione a seguito di presentazione di "Offerta facoltativa".

Il canone annuo della concessione posto a base d'asta era stabilito in € 15.000, per un importo complessivo previsto di € 90.000, sul quale effettuare offerte al rialzo.

L'Amministrazione stabiliva tuttavia, già nel bando, di rinunciare agli introiti derivanti dal pagamento del canone concessorio "convertendo" lo stesso in un finanziamento da utilizzare per l'acquisto degli arredi e delle attrezzature necessarie al funzionamento dell'impianto, e per realizzare i lavori di ampliamento degli spogliatoi.

La procedura di selezione ha registrato la partecipazione di tre concorrenti ed ha visto l'aggiudicazione definitiva (Determinazione Dipartimento 4° Amministrativo n. 487 del 12/07/2007 a firma del Responsabile del Settore OO.PP.) al RTI composto da: Associazione sportiva dilettantistica A.GE.P.I.; S.S.D. Sistemi integrati per lo sport Soc. Sportiva A.r.L.; RES Ambiente 91 S.r.L., il quale si impegnavano ad acquistare tutte le attrezzature, necessarie per il funzionamento dell'impianto indicate nel bando e a realizzare i lavori di ampliamento degli spogliatoi per un importo lavori di € 67.497 (valore desunto dal computo metrico allegato all'offerta) (offerta obbligatoria).

L'aggiudicatario inoltre offriva la progettazione e realizzazione della seconda vasca esterna, impegnandosi ad eseguire i lavori in 12 mesi, e la progettazione e realizzazione dell'area attrezzata, il tutto per un importo complessivo lavori di € 370.261 (valore desunto dal computo metrico allegato all'offerta) (offerta facoltativa).

L'Amministrazione ha stipulato il Contratto di gestione in data 09/08/2007 (scadenza 31/07/2020) attribuendo ad esso un valore contrattuale di € 519.115,65, importo non meglio dettagliato e risultante presumibilmente dalla somma del valore della fornitura, dei lavori di ampliamento degli spogliatoi e dei lavori relativi all'offerta facoltativa.

L'esponente "Circolo Casetta Bianca" ha quindi rappresentato il mancato rispetto degli obblighi contrattuali assunti da parte dell'aggiudicatario e, nello specifico, la mancata realizzazione dei lavori di ampliamento dell'impianto natatorio contenuti nella c.d. "offerta facoltativa".

All'esito delle attività pre-istruttorie, dall'analisi della documentazione resa disponibile dall'esponente sono emersi diversi elementi di criticità.

Nello specifico sono stati rilevati i seguenti aspetti:

- non corretto inquadramento dell'affidamento come "concessione di servizi";
- mancata richiesta, fra gli elaborati da allegare all'offerta, di un Piano Economico Finanziario;
- assenza della progettazione preliminare dei lavori, da porre a base di gara;
- non corretta definizione dei requisiti minimi dei soggetti ammessi a partecipare alla procedura di gara;
- non corretta individuazione degli elementi di valutazione dell'offerta.

Alla luce di quanto precede, la Direzione Generale Vigilanza Lavori, ha avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell'art. 2, comma 7, lett. f) e art. 4 del "Regolamento in materia di attività di vigilanza e accertamenti ispettivi di competenza dell'Autorità", dandone comunicazione al Comune di Campagnano .

Riguardo alla mancata realizzazione dei lavori previsti, segnalata dall'esponente, l'Amministrazione

ha comunicato che un significativo ritardo nell'avvio dei lavori di ampliamento dell'impianto, è stato causato in primo luogo da un ricorso proposto innanzi al TAR Lazio dal secondo classificato (Circolo Casetta Bianca - esponente), il quale aveva richiesto l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria e della graduatoria definitiva, contestando il seguente requisito di ammissione alla gara: "gestione nell'ultimo quinquennio e per un periodo non inferiore a trentasei mesi di una piscina coperta di lunghezza non inferiore a venticinque metri e di proprietà di enti pubblici".

Tale ricorso è stato dichiarato inammissibile con sentenza 3946/09 del 17/04/2009, in quanto la specifica clausola del bando non era stata impugnata nei termini decorrenziali previsti, oltre che per la carenza del requisito contestato, in capo allo stesso ricorrente "Circolo Casetta Bianca".

La sentenza è stata successivamente appellata presso il Consiglio di Stato, che ha respinto l'appello con sentenza n. 05201/2010 del 04/08/2010.

L'Amministrazione ha inoltre comunicato che un ulteriore ritardo è stato indotto dall'intervenuta modifica della normativa antisismica (DM 14/01/2008), modifica che, secondo il RP, ha richiesto la nomina di un geologo per la redazione di uno studio geologico supplementare e necessario per la verifica della progettazione strutturale fornita dal concessionario.

Infine, riguardo allo stato del procedimento, l'Amministrazione ha comunicato che la progettazione esecutiva è stata completata ed approvata (Del. G.C. n. 209 del 03/09/2009), sono stati nominati il Direttore dei lavori, il Coordinatore per la sicurezza ed il Collaudatore, e pertanto, entro breve tempo avrebbe proceduto alla consegna dei lavori.

È da segnalare che il Comune di Campagnano ha riscontrato solo parzialmente le richieste documentale ricevuta, ed ha comunicato l'indisponibilità dei seguenti documenti: determina a contrarre, progetto dei lavori di ampliamento degli spogliatoi, progetto preliminare e/o una relazione tecnica dei lavori di ampliamento dell'impianto natatorio redatti dall'Amministrazione, Piano Economico Finanziario, adducendo che gli stessi non risultano presenti presso l'archivio storico del Comune.

Il responsabile del procedimento ha inoltre dichiarato che il Piano Economico Finanziario non risulta essere stato approvato dall'Amministrazione.

### **Ritenuto in diritto**

L'analisi della procedura di affidamento in oggetto ha evidenziato diversi elementi di difformità rispetto alla disciplina in tema di appalti pubblici, facendo rilevare che l'Amministrazione comunale di Campagnano ha formulato un bando di gara assolutamente anomalo nei contenuti e nell'impostazione.

In primo luogo l'appalto è stato genericamente configurato come "concessione di servizi" senza tener conto della consistente parte relativa ai lavori che impropriamente viene collocata in una c.d. "offerta facoltativa", ove, per giunta, viene omessa la progettazione preliminare, non vengono individuati corretti criteri di selezione dei concorrenti e non vengono individuati adeguati criteri di valutazione dell'offerta.

In disparte tali ultime osservazioni attinenti ad anomalie evidenti, la previsione di una c.d. "offerta facoltativa" così atteggiata, risulta in contrasto con il Codice e comunque inappropriata rispetto a quello che sembra essere lo scopo precipuo dell'appalto, che appare quello della gestione di un servizio, mista a lavori, in cui, rispetto al "corpus" del bando, avrebbe potuto essere prevista, al più, un'offerta migliorativa.

Tanto premesso, un primo elemento di criticità emergente da un esame complessivo del bando, riguarda la scelta fatta dall'Amministrazione di classificare la concessione in oggetto come "concessione di servizi".

In tal senso, sottolineato in ogni caso l'errato riferimento normativo al D.Lgs. 157/1995 ormai abrogato ed al quale la S.A. fa riferimento nel bando, si deve evidenziare che la fattispecie in esame rientra nell'ambito dei contratti misti, disciplinati dall'art.14 del D.Lgs. n. 163/2006, il quale stabilisce, tra l'altro, che gli stessi sono considerati appalti pubblici di lavori, o di servizi, o di forniture, o concessioni di lavori, secondo le disposizioni che seguono: "a) un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un «appalto pubblico di forniture»; b) un contratto pubblico avente per oggetto prodotti e servizi di cui all'allegato II è considerato un «appalto pubblico di servizi» quando il valore dei servizi supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto; c) un contratto pubblico avente per oggetto dei servizi di cui all'allegato II e che preveda attività ai sensi dell'allegato I solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto è considerato un «appalto pubblico di servizi»."

Il terzo comma del citato articolo 14 precisa che, ai fini dell'applicazione delle disposizioni richiamate, "l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume

rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto".

In ogni caso, l'affidamento di un contratto misto secondo il citato articolo 14 non deve avere come conseguenza di limitare o escludere l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie relative all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture, anche se non costituiscono l'oggetto principale del contratto, ovvero di limitare o distorcere la concorrenza (art. 14, comma 4, D. Lgs. n. 163/2006).

Dovendo quindi valutare se la procedura in oggetto rientri nella nozione di concessione di lavori pubblici, o di servizi pubblici, va detto che i lavori di realizzazione della piscina esterna e dell'area attrezzata rappresentano interventi di ampliamento dell'impianto sportivo, e pertanto non possono rientrare nella nozione dei lavori accessori e funzionali all'espletamento del servizio.

Inoltre, si è rilevato che la componente lavori, dal punto di vista economico, risulta prevalente rispetto al servizio e superiore al cinquanta per cento del valore del contratto.

A tal proposito, in aggiunta a quanto stabilito dal richiamato art. 14, occorre evidenziare che l'Autorità in passato si è già espressa al riguardo la definizione dei requisiti di qualificazione negli appalti misti (Determinazione n. 3/2005) disponendo che la normativa in tema di lavori pubblici trova applicazione nei seguenti casi:

1. in tutti i casi in cui l'oggetto del contratto sia sostanzialmente un lavoro pubblico, cioè quando la sua funzione, ossia il risultato che dallo stesso l'Amministrazione pubblica intende conseguire è quello della realizzazione dell'opera pubblica; in tal caso, pur se sono previsti servizi o forniture, anche di valore economico prevalente, essi conservano una funzione meramente strumentale;
2. nei casi in cui la prestazione di lavori assuma rilievo prevalente e economico superiore al 50% del valore complessivo del contratto.

Quindi, alla luce delle indicazioni sopra riportate, considerata la natura dei lavori e gli importi necessari per la loro esecuzione, la scelta del Comune di qualificare il contratto in questione come concessione di servizi non è condivisibile dal punto di vista sostanziale. Pertanto, richiamando anche quanto già disposto in un caso analogo dal Consiglio dell'Autorità con la Deliberazione n. 5 del 30/01/2008, si rileva come l'opera in questione debba rientrare nella nozione di "concessione di lavori".

Un secondo elemento di marcata anomalia riguarda la mancata richiesta nel bando, fra gli elaborati da allegare a corredo dell'offerta economica, di un Piano Economico Finanziario dell'opera.

Al riguardo si deve evidenziare che nella procedura di affidamento di una concessione, sia che si tratti di una "concessione di servizi" sia che si tratti di una "concessione di lavori", trova applicazione l'art. 143, comma 7, del Codice il quale dispone che "l'offerta ed il contratto devono contenere un Piano Economico e Finanziario degli investimenti e della gestione relativo all'arco temporale della concessione".

Come noto, il Piano Economico finanziario si qualifica da un lato, come strumento di valutazione economica, attraverso la comparazione tra costi e ricavi attesi dalla realizzazione del progetto, stabilendo se lo stesso è o non è conveniente, dall'altro, come elemento di valutazione finanziaria, con riguardo alla capacità del progetto di servire il suo debito, e pertanto la sua analisi e valutazione risulta essere un passaggio fondamentale per l'Amministrazione, ai fini della verifica della sostenibilità economico-finanziaria dell'opera.

La palese dichiarata inesistenza di un Piano Economico e Finanziario della concessione in esame, contrasta in maniera evidente con i dettami del Codice in materia.

Un terzo elemento di difformità riguarda la mancanza di una progettazione preliminare, da porre a base di gara, dei lavori di ampliamento degli spogliatoi e dei lavori di ampliamento dell'impianto natatorio.

Infatti l'Amministrazione, riguardo ai lavori di ampliamento degli spogliatoi, si è limitata a fornire, in allegato al bando, un disegno preliminare, mentre per quanto riguardava i lavori di realizzazione della seconda piscina e dell'area attrezzata, ha solo fornito indicazioni tecnico/dimensionali, contenute nel disciplinare di gara, sulle caratteristiche degli interventi da realizzare ed ha richiesto ai concorrenti la presentazione di un progetto preliminare o almeno un disegno delle opere, dal quale desumere le caratteristiche dell'offerta.

Quindi si deve rilevare la inconsistente definizione progettuale dell'intervento, atteso che, a base di gara, sono state poste solo le sintetiche indicazioni funzionali contenute nel disciplinare di gara.

La procedura non ha tenuto conto dell'esigenza che un contratto di concessione comprendente l'esecuzione di lavori, come quelli previsti dal bando, a prescindere dal suo inquadramento giuridico,

deve essere preceduto da una idonea elaborazione progettuale da porre a base di gara, che definisca puntualmente le esigenze dell'Amministrazione e garantisca il perseguimento delle finalità pubbliche.

In sostanza l'Amministrazione ha sottratto le opere previste dal regime dei lavori pubblici e dai relativi obblighi in termini di programmazione, progettazione ed esecuzione, necessari per la realizzazione di un'opera pubblica.

Un quarto elemento attiene invece alla definizione dei requisiti di partecipazione.

In primo luogo si rileva che l'Amministrazione ha indicato (art. 3 del bando), quali soggetti ammessi a partecipare alla gara, le seguenti tipologie: società ed associazioni sportive, soggetti che esercitano attività di gestione di impianti e servizi sportivi, associazioni temporanee costituite tra i soggetti sopra indicati, richiedendo semplicemente, quale requisito di partecipazione, di aver gestito almeno una piscina coperta di lunghezza non inferiore a 25 metri di proprietà di un ente pubblico, per un periodo consecutivo uguale o superiore a 36 mesi.

Al riguardo giova rammentare che l'art. 15 del d.lgs 163/2006 stabilisce che "l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal Codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi o forniture prevista dal contratto".

Nel caso in esame, alla luce delle considerazioni fatte riguardo alla natura e gli importi dei lavori previsti, si devono richiamare anche l'art. 40 del D.Lgs. n. 163/2006 e l'art. 60 del D.P.R. n. 207/2010, in forza dei quali tutti i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo superiore a € 150.000, devono essere in possesso dell'attestato di qualificazione in riferimento alla tipologia ed all'importo dei medesimi.

Pertanto l'Amministrazione avrebbe dovuto riportare nel bando di gara le categorie di lavori da eseguire e le relative classifiche, individuate a seguito di una corretta progettazione dell'intervento, indicando non soltanto l'importo complessivo dei lavori nonché la categoria prevalente ed il suo specifico importo, ma anche tutte le categorie scorporabili ed il loro specifico importo e avrebbe dovuto richiedere, tra i requisiti di ammissione, il possesso di idonea qualificazione per l'esecuzione dei lavori, mentre, nel caso di specie, l'avviso non conteneva alcuna prescrizione specifica e attinente alla natura dei lavori previsti dall'affidamento.

Un ulteriore elemento distorsivo attiene alla definizione dei criteri adottati dall'Amministrazione ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Gli elementi di valutazione, presi in considerazione ai fini dell'affidamento, erano i seguenti:

- A. Qualità, capacità ed esperienza tecnico organizzativa - max 68 punti;
- B. Corrispettivo - max 32 punti.

Nel dettaglio del criterio di valutazione "A", l'Amministrazione ha stabilito di suddividere lo stesso nei seguenti sub-criteri:

1. Valutazione programma di gestione operativa - Max 10 punti;
2. Valutazione programma sportivo - Max 6 punti;
3. Valutazione programma di promozione e valorizzazione della piscina - Max 4 punti;
4. Rispondenza dell'attività di gestione già svolta - Max 9 punti;
5. Esperienza nella gestione di piscine coperte di almeno 25 metri negli ultimi 5 anni - Max 13 punti;
6. Attestazioni rilasciate da Enti Pubblici per la gestione di piscine di almeno 25 metri - Max 13 punti;
7. Qualificazione degli istruttori e degli allenatori - Max 10 punti;
8. Livello di attività agonistica svolta - Max 3 punti.

Al riguardo occorre evidenziare che l'Amministrazione ha adottato, ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, elementi attinenti all'esperienza ed alla capacità tecnica del prestatore.

Segnatamente, gli elementi di cui ai punti 4, 5, 6, 7 e 8, il cui valore incide complessivamente per 48 punti sui 68 totali, risultano evidentemente attinenti alla capacità del prestatore di eseguire il servizio di gestione oggetto dell'appalto e non la qualità dell'offerta.

Ora, malgrado il criterio di cui al punto 7 possa essere ricondotto alla nozione di "merito tecnico" e pertanto valutabile ai fini dell'aggiudicazione secondo gli orientamenti più recenti della giurisprudenza nazionale (Cons. Stato n. 2770/2008, n. 837/2009, n. 5626/2009) - che ha interpretato in maniera meno stringente l'obbligo di separazione tra requisiti di ammissione e ed elementi di valutazione delle offerte derivante dalla giurisprudenza comunitaria, come peraltro

evidenziato anche dall'Autorità nel documento di consultazione "Linee guida per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di servizi e forniture" del 9 giugno 2011 - rimane comunque valido per gli altri elementi il divieto di commistione dei requisiti di ammissione e dei criteri di valutazione dell'offerta.

A tal proposito, richiamando i principi contenuti nella Determinazione dell'Autorità n.5/2008 sull'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti pubblici di lavori, così come quelli contenuti nella Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri del 01/03/2007 sui principi da applicare nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, si osserva che gli elementi sopra indicati, in quanto attinenti alla capacità del prestatore di eseguire i servizi oggetto dell'appalto, potevano essere utilizzati unicamente ai fini della selezione dei concorrenti e non per la valutazione dell'offerta che doveva, invece, essere valutata esclusivamente in base a criteri che avessero una diretta connessione con l'oggetto dell'appalto e che servissero a misurare il valore della stessa e le concrete modalità con le quali il servizio veniva reso.

In linea generale, la capacità tecnica ed economica dell'offerente, in quanto strettamente inerente all'organizzazione del partecipante, rimane sul piano della valutazione dell'astratta idoneità del prestatore ad eseguire il servizio, mentre gli elementi oggettivi attinenti alla qualità dell'offerta entrano in gioco solo dopo che l'offerta ha superato preventivamente il vaglio di ammissibilità per essere valutata dal punto di vista del merito tecnico e dunque del suo pregio in relazione all'oggetto specifico del contratto dedotto in gara.

La copiosa giurisprudenza comunitaria e nazionale al riguardo ha chiaramente affermato il divieto di commistione dei requisiti di ammissione e dei criteri di valutazione dell'offerta, intendendo con ciò ovviare all'inconveniente che, ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, lo stesso parametro sia valutato due volte: una prima al momento dell'attribuzione dei punteggi nella selezione dei partecipanti, e una seconda al momento della valutazione delle offerte, così alterando il giudizio finale della commissione giudicatrice.

La *ratio* di tale divieto va ravvisata nella stessa finalità del procedimento di selezione che consiste non già nella competizione tra più imprese, la cui necessaria ed astratta idoneità ad eseguire l'appalto è previamente valutata in sede di qualificazione, ma tra le offerte da queste presentate, intese nel senso di concrete proposte contrattuali riferibili all'oggetto della gara: ne consegue che già in linea di principio i criteri di ammissione e quelli di valutazione delle offerte devono essere mantenuti nettamente distinti sia sotto un profilo ontologico che funzionale, né se ne può ammettere una loro eventuale commistione o doppia valenza, nel senso di un impiego per finalità diverse dalla loro intrinseca natura, oppure come possibilità di utilizzarli contestualmente sia a scopi di selezione in termini di partecipazione che di valutazione delle offerte. Del resto il principio in questione, oltre a salvaguardare la *par condicio* tra le imprese, è anche volto alla tutela dell'interesse pubblico a che l'Amministrazione valuti ed esamini ciò che le viene concretamente proposto, non assegnando a tale fine alcuna rilevanza alla generale capacità organizzativa ed economica dell'impresa, se non nei limiti già ricordati della qualificazione, che resta in tal modo del tutto disancorata rispetto agli impegni assunti in sede contrattuale attraverso la formulazione dell'offerta.

In tal modo si eviterà che l'appalto sia aggiudicato sistematicamente, a parità di offerta prezzo, all'impresa che possa vantare una maggiore esperienza nel settore o una più elevata dimensione quantitativa ed organizzativa dell'azienda e a danno di chi, invece, si trovi all'inizio della propria attività professionale.

Nel caso di specie, l'esperienza nella gestione di piscine di enti pubblici è requisito richiesto dal bando sia ai fini dell'ammissione alla gara, sia per l'attribuzione di punteggio già predeterminato, nel massimo, dalla *lex specialis* ai fini della valutazione dell'offerta, circostanza rilevata anche dal TAR nella sentenza, poi appellata, n.3949/09 resa sul ricorso proposto dal Circolo Casetta Bianca, in cui si afferma che: " Nel caso di specie, l'esperienza sulla gestione di piscine di enti pubblici è richiesto dal bando sia ai fini dell'ammissione alla gara, sia per l'attribuzione del punteggio già predeterminato, nel massimo, dalla *lex specialis* ".

L'Amministrazione ha quindi creato una commistione tra elementi soggettivi di qualificazione del concorrente ed elementi oggettivi attinenti la qualità dell'offerta, mentre diversamente avrebbe dovuto attenersi ad una netta e rigida separazione tra criteri di idoneità, ovvero di selezione dell'offerente, e criteri di selezione dell'offerta (in tal senso Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 837 del 16/02/2009).

Nel dettaglio del criterio di valutazione "B - Corrispettivo ", l'Amministrazione ha stabilito di suddividere lo stesso nei seguenti sub-criteri:

B.1) "Offerta obbligatoria" - punti 0

B.1.a) fornitura degli arredamenti, fornitura delle attrezzature necessarie per la pratica del nuoto e fornitura degli strumenti di primo soccorso;

B.1.b) realizzazione di lavori di ampliamento degli spogliatoi esistenti, da eseguire sulla base di un

semplice disegno allegato al disciplinare di gara;

B.1.c) fornitura di due saune;

B.2) "Offerta facoltativa" - max punti 32, da assegnare in base ai seguenti elementi:

B.2.a) Progettazione e realizzazione di una seconda vasca esterna, con un punteggio massimo previsto di 28 punti da assegnare in base al tempo offerto per la realizzazione dei lavori come di seguito indicato:

- 12 mesi / 28 punti;
- 24 mesi / 24 punti;
- 36 mesi / 20 punti;
- 48 mesi / 15 punti;

B.2.b) Progettazione e realizzazione di un'area attrezzata esterna, con un punteggio massimo previsto di 4 punti, da assegnare in base all'ampiezza dell'area, al numero e tipologia degli attrezzi ed al numero delle discipline praticabili.

L'analisi dei criteri e dei punteggi dell'elemento "Corrispettivo" evidenzia una non corretta definizione dei criteri stessi, in quanto troppo generici, e soprattutto uno squilibrio nella modalità di assegnazione dei punteggi a favore della c.d. "Offerta facoltativa".

Infatti, mentre all'offerta obbligatoria vengono attribuiti punti 0, all'offerta facoltativa vengono attribuiti 32 punti, di cui 28 ascrivibili al solo fattore tempo. In tal senso, si determina di fatto una sostanziale omissione della valutazione dell'elemento "Corrispettivo" e, in concreto, un'automatica attribuzione di punteggio all'offerta facoltativa, ancorata, in definitiva, alla sua mera proposizione.

Allo stesso modo si deve contestare l'ulteriore automatismo dato dalla previsione dell'allungamento della concessione, per effetto della semplice proposizione della c.d. "Offerta facoltativa".

Residualmente, si deve infine osservare un elemento di singolarità, emerso a seguito delle note di riscontro presentate dall'Amministrazione, riguardante la nomina del Direttore dei Lavori e del Coordinatore per la sicurezza.

Si rileva che tali nomine sono stata effettuate direttamente dall'Amministrazione (Determina n. 252 del 04/12/2009), la quale ha correttamente posto a carico del concessionario i costi relativi. Tuttavia va evidenziato che la nomina delle suddette figure spettava al concessionario, mentre l'Amministrazione avrebbe solo potuto esprimere il proprio gradimento, qualora previsto dalla concessione (in tal senso Determina dell'Autorità n. 2/2010).

Tutto ciò premesso e considerato,

### **Il Consiglio**

- approva la presente deliberazione nei termini di cui sopra;
- rileva la non conformità dell'operato del Comune di Campagnano alla normativa e ai principi in materia di pubblici affidamenti;
- invita il Comune di Campagnano a comunicare a questa Autorità le valutazioni di competenza e gli eventuali provvedimenti adottati alla stregua delle indicazioni di cui in motivazione nel termine di trenta giorni dal ricevimento della presente deliberazione.

Il Consigliere Relatore: Alfredo Meocci

Il Presidente supplente: Piero Calandra

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 23 novembre 2011

Il Segretario: Maria Esposito