



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 452 del 29 maggio 2019

PARERE ai sensi dell'art. 211 comma 1-ter del d.lgs. n. 50/2016

Oggetto: procedura aperta per l'affidamento in concessione mediante project financing, ai sensi dell'art. 183 comma 15 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., con diritto di prelazione da parte del promotore, della concessione per la progettazione ed esecuzione degli interventi di recupero funzionale e riqualificazione e gestione del mercato coperto sito a Ferrara (CIA 101-2018) (CUP B72F19000030005) (CIG 78478770FA) – Comune di Ferrara.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visto l'articolo 213 del d.lgs. n. 50/2016 che definisce i poteri di vigilanza e controllo sui contratti pubblici dell'Autorità;

Visto l'articolo 211 comma 1-bis d.lgs. n. 50/2016 che attribuisce all'Autorità la legittimazione ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture;

Visto l'articolo 211 comma 1-ter, primo periodo, d.lgs. n. 50/2016 che attribuisce all'Autorità, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del Codice, il potere di emanare, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, parere motivato nel quale indicare specificamente i vizi di legittimità riscontrati;

Visto l'articolo 211 comma 1-ter, secondo periodo, d.lgs. n. 50/2016 che attribuisce all'Autorità la legittimazione ad agire in giudizio se la stazione appaltante non si conforma al parere motivato reso ai sensi del primo periodo della richiamata norma, entro il termine assegnato, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Visto il Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. n. 50/2016, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 164 del 17 luglio 2018, che ha dettagliato le modalità di esercizio della legittimazione attiva attribuita all'ANAC dalle sopra richiamate disposizioni;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza collaborativa e Vigilanze speciali

Considerato in fatto

Nel contesto della vigilanza speciale, l'Ufficio Vigilanza Collaborativa e Vigilanze Speciali ha effettuato un'indagine presso la Banca Dati dei Contratti Pubblici finalizzata all'individuazione di fattispecie di rilevante importo, connesse a procedure di carattere innovativo o complesso, al fine di verificarne la coerenza con il quadro regolatorio di riferimento.

A seguito di suddetta indagine è stato individuato il bando del Comune di Ferrara relativo alla procedura aperta per l'affidamento in concessione mediante project financing, ai sensi dell'art. 183 comma 15 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., con diritto di prelazione da parte del promotore, della concessione per la progettazione ed esecuzione degli interventi di recupero funzionale e riqualificazione e gestione del mercato coperto sito a Ferrara, pubblicato in data 17 aprile 2019, con termine di presentazione delle offerte 19 giugno 2019 e per un valore totale della concessione pari ad € 6.450.000. L'importo stimato dell'investimento per le opere da eseguire al lordo di IVA è quantificato in € 2.704.650,34, con spesa a totale carico del concessionario; il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come prescritto dall'art. 183 comma 4 del d.lgs. n. 50/2016.

La gara sarà gestita sulla piattaforma telematica da Intercenter, la centrale di acquisto per le pubbliche amministrazioni dell'Emilia-Romagna.

Nel bando risulta chiaramente indicato che il progetto di fattibilità tecnica ed economica (PFTE) approvato con delibera G.C. n. 51/2019 del 05/02/2019 P.G. 15995/2019 posto a base gara, è stato presentato da un soggetto promotore e che in favore di quest'ultimo sarà riconosciuto il diritto di prelazione. Il bando in questione presenta, pertanto, caratteristiche quali l'importo e la complessità procedurale che, oltre alla sua individuazione dalla Banca dati, hanno reso opportuna una più approfondita analisi su tutta la documentazione che la stazione appaltante ha pubblicato sul sito proprio istituzionale e su quello della centrale di committenza Intercenter.

L'attività dell'Autorità è stata conseguentemente rivolta, nel caso di specie, a verificare che la *lex* di gara non contenga clausole o misure ingiustificatamente restrittive della partecipazione e, più in generale, della concorrenza, trattandosi di una procedura che – come appena evidenziato – in quanto avviata sulla proposta di un promotore, già prevede la possibilità per quest'ultimo di esercitare il diritto di prelazione.



Autorità Nazionale Anticorruzione

I requisiti concernenti la capacità economica e di pregressa esperienza richiesti per la partecipazione risultano proporzionati all'importo dei lavori da eseguire; parimenti, i requisiti relativi alle attestazioni SOA per l'esecuzione dei lavori e per la progettazione sono proporzionati all'importo delle opere previste nel predetto progetto di fattibilità a base di gara.

Quanto agli elementi oggetto di valutazione, nell'ambito dell'applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si osserva che è prevista l'assegnazione di 80 punti per la qualità tecnica, così ripartiti:

Criterio 1 – Migliorie di carattere organizzativo e operativo dei lavori (punti 35);

Sub-criterio 1.1 – Organigramma funzionale aziendale, qualifiche ed esperienza specifica delle professionalità aziendali (15 punti);

Sub-criterio 1.2 – Organizzazione funzionale del cantiere (15 punti);

Sub-criterio 1.3 – Cronoprogramma dei lavori (5 punti);

Criterio 2 – Migliorie relative alla sicurezza in cantiere (15 punti);

Criterio 3 – Requisiti premianti rispetto ai criteri ambientali minimi (punti 20);

Sub-criterio 3.1 – Attestazione sistemi di gestione ambientale (punti 8);

Sub-criterio 3.2 – Specifiche dei componenti edilizi e riduzione dei rischi ambientali del cantiere (punti 12);

Criterio 4 - Tempi (punti 10);

Sub-criterio 4.1 – Tempi per la redazione del progetto esecutivo (punti 4);

Sub-criterio 4.2 – Tempi per realizzare le opere (punti 6);

Per l'offerta economica è prevista l'assegnazione di 20 punti così ripartiti:

Criterio 5 - Incremento del soddisfacimento del fabbisogno energetico del Comune (punti 10);

Criterio 6 - Coerenza e completezza del PEF (punti 7) (si tratta della valutazione circa la coerenza e la completezza di tutti gli elementi che compongono il PEF, in particolare modo con riguardo agli aspetti gestionali ed economici, nonché alle valutazioni delle manutenzioni della struttura e degli impianti. La relazione dovrà contenere la matrice dell'allocazione dei rischi).

Criterio 7 - Durata della Convenzione (punti 3).

Proprio questi ultimi sembrano mostrare alcune criticità che inducono a formulare parere ai sensi dell'art. 211, comma 1 ter d. lgs. n. 50/2016, ricorrendo la fattispecie legittimante di cui all'art. 6, comma 2, lettera h) del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. 50/2016, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 164 del 17 luglio 2018, ossia la presenza nel bando di misure che appaiono ingiustificatamente restrittive della partecipazione.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Al riguardo, si rammenta che ai fini dell'aggiudicazione di una concessione mediante finanza di progetto, l'art. 183 comma 5 del codice prescrive che, oltre a quanto previsto dall'articolo 95, in tema di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia assicurato che l'esame delle proposte risulti esteso agli aspetti relativi alla qualità del progetto definitivo presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione.

La previsione richiamata è diretta a valorizzare la finalità dell'istituto, richiedendo alle stazioni appaltanti, che intendano farvi ricorso, di svolgere attraverso la procedura di aggiudicazione una complessiva comparazione delle offerte ricevute, assicurandosi che la stessa sia riferita, non solo alla fase progettuale e di realizzazione delle opere, ma anche a quella successiva relativa alla gestione delle stesse; infatti, la qualità, la coerenza e la solidità del progetto gestionale costituiscono garanzia di affidabilità del livello qualitativo previsto nell'ambito del progetto definitivo delle opere, soprattutto nei casi – come quello in esame – in cui queste ultime devono essere eseguite esclusivamente con risorse a carico del soggetto proponente.

I criteri di valutazione indicati dalla stazione appaltante per la procedura in esame non paiono, tuttavia, rispondenti alla disposizione normativa appena richiamata ed alla finalità alla stessa sottesa; al contempo, non rispondono al principio generale, in base al quale gli stessi devono essere non solo proporzionati, ma anche attinenti all'oggetto del contratto, che nel caso in esame concerne oltre all'esecuzione dei lavori, anche la gestione dell'opera.

Infatti, come già riferito, al PEF è riservata l'assegnazione di soli 7 punti complessivi nell'ambito della valutazione dell'elemento economico dell'offerta.

Si tratta di un punteggio irrilevante, in quanto addirittura inferiore rispetto a quello conseguibile in caso di possesso di una certificazione di gestione ambientale (8 punti), oltre che relegato nell'ambito della valutazione dell'offerta economica, sebbene la commissione giudicatrice sia chiamata non tanto a "misurare" parametri economici definiti (come nel caso degli altri due criteri nn. 5 e 7, che sono riferiti alla durata della convenzione e all'incremento della percentuale del soddisfacimento del fabbisogno energetico del comune), quanto piuttosto di valutare discrezionalmente "la coerenza e la completezza" del PEF e della matrice di allocazione dei rischi. Sempre riguardo all'assenza di criteri di valutazione adeguatamente ponderati riferibili alla fase di gestione della concessione dell'opera, si osserva che l'ulteriore documento relativo all'attività gestionale denominato "progetto di gestione" - che pure si richiede di presentare unitamente agli altri da includere nell'offerta tecnica - non è oggetto di alcuna valutazione.

In buona sostanza, i criteri di valutazione definiti dalla stazione appaltante non paiono idonei a tenere nella dovuta considerazione proposte gestionali migliorative che possano rivelarsi preferibili non solo per la stazione appaltante sotto l'aspetto economico, ma anche per l'utenza, che sarà interessata all'utilizzo degli spazi in concessione al promotore. Sotto questo punto di vista, il cd. "progetto di gestione" potrebbe, invece, essere adeguatamente tenuto nella dovuta considerazione, premiando condizioni di accesso alla struttura più favorevoli o maggiormente improntate al principio della concorrenza.



Autorità Nazionale Anticorruzione

La mancata valorizzazione delle capacità gestionali dei proponenti, potrebbe altresì comportare anche un effetto distorsivo della concorrenza, rivelandosi favorevole solo per gli operatori più performanti nell'esecuzione dei lavori.

L'esame dei criteri di aggiudicazione ha, altresì, mostrato un'ulteriore criticità che riguarda il peso complessivo attribuito alle caratteristiche soggettive del promotore.

Infatti, nell'ambito del criterio 1 (migliorie di carattere organizzativo e operativo dei lavori), al sub-criterio 1.1, che riguarda l'organigramma funzionale aziendale, qualifiche ed esperienza specifica delle professionalità aziendali, è prevista l'assegnazione di 15 punti, a cui si aggiungono, nell'ambito del criterio 3 (requisiti premianti rispetto ai criteri ambientali minimi), 8 punti per il già richiamato sub-criterio 3.1, concernente l'attestazione sistemi di gestione ambientale. Al riguardo, è utile richiamare quanto concluso dall'Autorità nelle Linee Guida n. 2, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", nelle quali è stato evidenziato che *"....con l'elenco di cui all'art. 95, viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica. Nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli; in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione. Naturalmente, anche in questo caso, la valutazione dell'offerta riguarda, di regola, solo la parte eccedente la soglia richiesta per la partecipazione alla gara, purché ciò non si traduca in un escamotage per introdurre criteri dimensionali"*. Resta fermo, in ogni caso, che *"Limitato deve essere, di regola, il peso attribuito ai criteri di natura soggettiva o agli elementi premianti, ad esempio non più di 10 punti sul totale, considerato che tali elementi non riguardano tanto il contenuto dell'offerta ma la natura dell'offerente"*.

Il rilevante peso riservato dalla *lex* di gara alle caratteristiche soggettive del promotore si aggiunge alla mancata valorizzazione della componente del contratto relativa alla gestione dell'opera, aumentando la probabilità dei già descritti effetti distorsivi, a scapito della concorrenza.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Sempre con riferimento ai criteri di aggiudicazione, si deve, infine, osservare che la documentazione relativa all'offerta tecnica include anche quella per l'assegnazione dei 10 punti complessivi riservati ai tempi per la redazione del progetto esecutivo ed ai tempi per realizzare le opere. Al riguardo, si osserva che sia nelle Linee Guida Linee Guida n. 1, di attuazione del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria" che nel Bando tipo n. 3, la riduzione del tempo di redazione del progetto è, invece, inclusa nell'offerta economica. Gli atti di indirizzo dell'ANAC appena richiamati recepiscono, sul punto, l'orientamento di questa Autorità che già si era espressa ritenendo che la c.d. "offerta tempo" sia parte integrante dell'offerta economica (parere n. 151 del 9 settembre 2015; parere 29 luglio 2014, n. 8). In merito si è espressa anche la giurisprudenza evidenziando che *".....la separazione tra le fasi di valutazione dell'offerta tecnica e di quella economica, propria delle procedure di affidamento da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è principio generale diretto a evitare che la commissione di gara sia influenzata nella valutazione dell'offerta tecnica dalla conoscenza di elementi dell'offerta economica"*. Inoltre, sulla base del presupposto che l'offerta temporale, come quella economica, è legittimamente assoggettata a un'attribuzione di punteggi con metodo automatico, occorre anche concludere che *".....la conoscenza di elementi economico - temporali da parte della commissione, nella fase della valutazione dell'offerta tecnica, appare di per sé idonea a determinare anche solo in astratto un condizionamento dell'operato della commissione medesima, alterando o perlomeno rischiando potenzialmente di alterare la serenità e l'imparzialità dell'attività valutativa della commissione stessa, sicché è corretto stabilire che nessun elemento economico ma nemmeno temporale debba essere reso noto alla commissione medesima prima che questa abbia effettuato le proprie valutazioni sull'offerta tecnica"* (Consiglio di Stato decisione numero 5461 del 27 dicembre 2016).

Sulla base di quanto sopra rappresentato, ritenuto che al fine di superare le criticità rilevate e garantire un più adeguato livello di concorrenzialità occorra una revisione dei criteri di aggiudicazione previsti dalla *lex* di gara,

delibera

- di trasmettere al Comune di Ferrara il presente parere motivato ai sensi dell'art. 211, comma 1 ter, d.lgs. n. 50/2016 e degli artt. 8 e 9 del sopra richiamato Regolamento ANAC, al fine di segnalare i vizi di legittimità riscontrati nell'esame del bando in oggetto, come in parte motiva meglio illustrati;



Autorità Nazionale Anticorruzione

- ai sensi del richiamato art. 211, comma 1 ter, d.lgs. 50/2016, si assegna al Comune di Ferrara un termine di 30 giorni dalla ricezione del presente parere per agire in conformità, con avvertenza che, in mancanza, l'Autorità sarà legittimata ad impugnare il bando esaminato.

Ai sensi dell'art. 13 del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. 50/2016 dispone la pubblicazione del presente parere motivato sul sito istituzionale dell'Autorità.

Approvata dal Consiglio nell'adunanza del 29 maggio 2019

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12 giugno 2019

Il Segretario
Maria Esposito