

Parere n.137 del 20/06/2014

PREC 45/14/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società sportiva Virtus Buonconvento – “*Affidamento in concessione della gestione della piscina comunale Grazia Bocchini e della adiacente area adibita a verde pubblico e parcheggio*” – euro 600.000,00 – S.A.: *Comune di Jesi*.

Offerta in rialzo sul canone annuo a base d’asta – Offerta di un canone variabile nel triennio contrattuale – Ammissibilità.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con istanza pervenuta all’Autorità il 3 febbraio 2014, la società sportiva Virtus Buonconvento espone di aver partecipato (classificandosi seconda) alla procedura aperta indetta dal Comune di Jesi per la concessione in gestione triennale della piscina comunale “Grazia Bocchini”, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Contesta l’ammissione della concorrente prima classificata, la società Nuova Sportiva, che a suo dire avrebbe presentato un’offerta economica difforme dalle prescrizioni della *lex specialis* di gara.

Per quanto qui interessa, gli artt. 3 e 9 del disciplinare di gara prevedono:

- che “all’offerta economica verrà attribuito il seguente punteggio - offerta al rialzo sul valore iniziale del canone concessorio da corrispondere a favore dell’Amministrazione comunale, espressa in percentuale da applicarsi all’importo minimo posto a base di gara (pari ad euro 1.000,00 annuali) e avente massimo due cifre decimali – Max 20 punti ... non saranno ammesse offerte subordinate, anche indirettamente, a riserve e/o condizioni, né offerte parziali, plurime, indeterminate o in diminuzione”;

- che “nella Busta C – Offerta economica dovrà essere contenuta, a pena di esclusione, l’offerta economica in competente bollo, da redigersi in conformità al modello allegato (All. 3) al presente disciplinare a formarne parte integrante e sostanziale, sottoscritta con firma leggibile e per esteso, in cui dovrà essere specificato il rialzo offerto, in conformità a quanto previsto al precedente art. 3”. L’art. 4 del capitolato speciale stabilisce, sempre con riguardo agli aspetti economici del rapporto, che “L’affidamento in concessione dell’impianto comporta la corresponsione da parte dell’aggiudicatario di un canone annuo, a base d’asta, di euro 1000,00 ... soggetto ad aumento in sede di gara. Tale valore minimo, a partire dall’anno di gestione 2015, sarà soggetto annualmente all’adeguamento nella misura del 100% dell’indice ISTAT rapportato all’indice FOI ... con decorrenza dalla data di stipula contrattuale. Il canone sarà aggiornato automaticamente senza preventiva comunicazione al concessionario e dovrà essere versato in rate bimestrali anticipate di pari importo”.

L’aggiudicataria Nuova Sportiva ha presentato un’offerta economica che prevede tre differenti canoni crescenti nel triennio: euro 10.000,00 per il primo anno (2014), euro 15.000,00 per il secondo anno (2015), euro 20.000,00 per il terzo anno (2016), senza indicare espressamente la percentuale di rialzo rispetto al canone annuo posto a base d’asta. Nella seduta pubblica del 19 dicembre 2013, la commissione giudicatrice ha ammesso l’offerta della Nuova Sportiva ed ha attribuito il relativo punteggio, calcolando la media dei tre distinti canoni offerti e confrontando il risultato così ottenuto con le offerte economiche degli altri concorrenti.

Secondo la società istante, l’offerta della Nuova Sportiva sarebbe condizionata ed incompatibile con le prescrizioni del disciplinare e del capitolato di gara, che avrebbero viceversa imposto ai concorrenti di proporre un canone unico annuale per il triennio.

Il Comune di Jesi, formalmente avvisato dell’avvio del procedimento di precontenzioso con nota dell’Autorità del 7 marzo 2014, ha trasmesso le proprie controdeduzioni.

Ritenuto in diritto

La controversia all'esame dell'Autorità riguarda l'ammissione della società Nuova Sportiva, nella gara indetta dal Comune di Jesi per l'affidamento triennale della gestione della piscina comunale "Grazia Bocchini". La seconda classificata Virtus Buonconvento afferma che l'offerta economica dell'aggiudicataria sarebbe inammissibile, in quanto sottoposta a condizione e formulata in termini difformi da quanto prescritto dalla *lex specialis* di gara.

La censura è infondata.

Lo schema di offerta predisposto nell'allegato 3 al disciplinare di gara prevede testualmente la seguente dizione: "... offre in caso di aggiudicazione il pagamento di un canone annuale pari a ...".

La stazione appaltante ha correttamente ritenuto che l'offerta (al rialzo) di un canone di importo crescente, per ciascun anno del rapporto concessorio, non sia incompatibile con quanto stabilito dalle richiamate clausole del disciplinare di gara.

Né può condividersi la tesi della società istante, secondo cui la commissione giudicatrice avrebbe svolto un'indebita attività manipolativa dell'offerta economica dell'aggiudicataria, prendendo in considerazione la media fra i tre canoni annuali offerti al fine di rimediare alla mancata indicazione della percentuale unica di rialzo.

E' opportuno ricordare, in via di principio, che le clausole della *lex specialis* di gara e dei relativi allegati vanno interpretate con modalità idonee a tutelare l'affidamento degli interessati, nell'ambito di un rapporto corretto tra stazione appaltante ed imprese concorrenti, nonché nel rispetto dei principi generali di imparzialità e buon andamento e del principio specifico che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nelle trattative per la conclusione del contratto, ai sensi dell'art. 1337 cod. civ. (così Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2012 n. 3687; Id., sez. V, 16 giugno 2013 n. 238).

Peraltro, anche a seguito delle modifiche apportate al Codice dei contratti pubblici dal decreto legge n. 70 del 2011, resta vietata in corso di gara la specificazione ovvero la modifica sostanziale degli elementi negoziali costitutivi dell'offerta, anche perché il riconoscimento di una simile facoltà violerebbe il limite della perentorietà del termine per la sua presentazione; ma è altrettanto importante ricordare che il comma 1-bis dell'art. 46 del Codice, introdotto con l'art. 4 del decreto legge n. 70 del 2011, consente di escludere i concorrenti esclusivamente "nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali".

Il principio di tassatività della cause di esclusione, da intendersi quale corollario del principio di proporzionalità di rango comunitario, è applicabile anche alle procedure di gara aventi ad oggetto concessioni di servizi pubblici ai sensi dell'art. 30 del Codice (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2013 n. 4471).

Nella specie, l'offerta economica della società Nuova Sportiva non può considerarsi affetta da incertezza assoluta sul suo contenuto.

Legittimamente la commissione di gara ha dedotto la percentuale di rialzo sul canone a base d'asta e partendo da tale valore numerico ha assegnato il relativo sub-punteggio, mediante un'operazione aritmetica neutra ed ininfluyente sulla comparazione oggettiva tra le proposte economiche dei concorrenti, nel pieno rispetto della *par condicio*.

Infine, l'offerta della società aggiudicataria non è condizionata, bensì esprime in modo univoco e definitivo l'impegno alla corresponsione di un canone concessorio di importo predeterminato per l'intero triennio (sull'esclusione delle offerte condizionate nelle pubbliche gare, cfr. A.V.C.P., determinazione 10 ottobre 2012 n. 4, ove si ribadisce: "(...) Deve essere ricondotta all'ipotesi di incertezza sul contenuto dell'offerta la presentazione di offerte condizionate o con riserve. L'offerta condizionata è vietata per principio generale in materia di appalti, codificato dall'art. 72, r.d. 23 maggio 1924, n. 827 - 'Qualunque sia la forma degli incanti, non sono ammesse le offerte per telegramma, né le offerte condizionate o espresse in modo indeterminato o con semplice riferimento ad altra offerta propria o di altri' - in quanto la stessa, non essendo univoca ed idonea a manifestare una volontà certa dell'impresa, non può costituire un'offerta suscettibile di valutazione per la

pubblica amministrazione”).

In conclusione, sulla base delle considerazioni fin qui svolte, l’avviso dell’Autorità è che l’offerta economica della società Nuova Sportiva sia stata legittimamente ammessa e valutata.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, in relazione alla gara in epigrafe:

- che il Comune di Jesi ha legittimamente valutato l’offerta economica della società Nuova Sportiva, ove sono stati indicati tre differenti canoni di importo crescente per ogni anno del rapporto concessorio.

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 24 giugno 2014

Il Segretario Maria Esposito