



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici  
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

## ***Deliberazione n. 56 Adunanza del 6 ottobre 2010***

**VISF/GE/10/26647**

**Oggetto:** procedure per l'affidamento in concessione degli impianti sportivi "Palazzetto dello Sport", "Centro calcistico Salvo D'Acquisto", "Centro calcistico Torconca" del Comune di Cattolica per una durata di cinque anni (Importo a b.a. rispettivamente: 191.990,47 Euro; 230.086,01 Euro; 276.689,91 Euro) aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

**Stazione Appaltante: Comune di Cattolica**

**Riferimenti normativi principali:** D.Lgs. 163/2006, articoli 2, co. 1; 4, co 1; 28, co. 1, lettera b.2); 29; 30; 41, co. 1; 42, co 1; 143, co. 7; direttive 2004/17/CE e 2006/C 179/02; D.Lgs. 267/00, art. 113 e smi.

**Origine istruttoria:** su segnalazione

### **IL CONSIGLIO**

Vista la normativa sopra richiamata

#### **Considerato in fatto**

E' giunta all'Autorità una segnalazione, recante data 20.04.2010, con la quale il Circolo Tennis Cattolica lamenta, sostanzialmente, che i bandi di gara in oggetto sono contrari ai principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

Nello specifico, il segnalante censura le previsioni dell'art. 11.1 dei bandi di gara, le quali, nel dettare i criteri di attribuzione dei punteggi, avrebbero favorito il gestore uscente.

L'Ufficio alla luce della lettura della documentazione di gara, rilevando che diversi aspetti non sembrano conformi alla normativa comunitaria e nazionale in materia di affidamenti ad evidenza pubblica ha avviato procedimento di vigilanza con nota del 18.05.2010, Prot. n. 32877/10/VISF.

Preliminarmente, si è osservato che diversi "criteri" di cui al punto 11.1 dei bandi di gara sono più correttamente inquadrabili come requisiti di partecipazione piuttosto che costituire requisiti "oggettivi" dell'offerta cui poter attribuire punteggio nell'ambito della valutazione dell'offerta tecnica.

A tal proposito l'Ufficio, nel sottolineare che la commistione tra requisiti soggettivi del concorrente e requisiti oggettivi dell'offerta si pone in contrasto con la normativa di

settore, ha fatto riferimento alle lettere a), f), e g) del suddetto punto 11.1 dei bandi, inerenti rispettivamente all'esperienza pregressa, alla qualificazione professionale del personale, ed all'affidabilità economica.

Entrando nel merito delle doglianze del segnalante, l'Ufficio ha rilevato, innanzitutto, che i requisiti richiesti dalla lettera a) alla lettera c) del punto 11.1 dei bandi sono apparsi non conformi ai principi che regolano la scelta del concessionario, ai sensi del terzo comma dell'art. 30, del D.Lgs. 163/06; in particolare, con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, favorendo di fatto gli operatori economici locali e, particolarmente, il gestore uscente.

Inoltre, si è rilevato che il subentro nel contratto di leasing (riscontrato esclusivamente all'impianto sportivo "Centro calcistico Torconca") è apparso non come un obbligo ma come mera facoltà, in quanto il bando stabilisce testualmente che l'istituto bancario si riserva la possibilità di valutare l'eventuale subentro qualora l'aggiudicatario volesse subentrare nel contratto di leasing" (cfr. punto 3.3).

Conclusivamente, sono state chieste informazioni all'ente concedente in ordine alle modalità di calcolo della base d'asta ed in merito alle modalità di pubblicazione dei bandi di gara.

La stazione appaltante riscontrando la suddetta nota di avvio del procedimento, con nota del 03.06.2010 (prot. Gen. del 21.06.2010 n. 40986), ha sottolineato che i bandi di gara sono stati formulati - per quanto concerne la scelta del bando pubblico, dei criteri di valutazione e delle modalità di pubblicità dei bandi - seguendo i criteri dettati dal "Regolamento per l'affidamento in gestione degli impianti sportivi comunali" del Comune di Cattolica (Del. C.C. n. 87 del 30.11.2009, di seguito Regolamento) in quanto *lex specialis* e di aver adottato criteri che "fuoriescono dall'ottica puramente economica, che presiede i criteri delle gare, favorendo invece le società sportive che operano sul territorio".

In secondo luogo, l'Amministrazione ha chiarito che l'assunzione del contratto di leasing è stata rimessa alla volontà dell'aggiudicatario e dell'Istituto bancario, atteso che il Comune di Cattolica non è parte del contratto stesso; che la pubblicazione dei bandi di gara è avvenuta, oltre che sull'Albo Pretorio, su tre quotidiani locali e sul sito istituzionale del Comune di Cattolica (ex art. 6 del suddetto Regolamento); e che le basi d'asta, sono state definite, ai sensi dell'art. 9 del Regolamento (cfr. Dell. G. M. n.191/2009 e n. 57/2010).

### **Ritenuto in diritto**

Sulla base di quanto riportato nella parte in fatto, si ritiene di confermare i rilievi già evidenziati nella nota di avvio del procedimento di vigilanza, rilevando, altresì, quanto segue.

Per ciò che concerne la disciplina normativa seguita del Comune in ordine ai criteri di valutazione e alle modalità di pubblicità dei bandi, rappresentata dal citato Regolamento che è stato approvato in base alla L. R. n. 11/2007, recante "Disciplina delle modalità di affidamento della gestione di impianti sportivi di proprietà degli Enti locali", si evidenzia che in ordine alla fattispecie in esame la normativa di riferimento non può essere rappresentata esclusivamente dalla suddetta fonte normativa e che l'ente deve sempre improntare la propria condotta al rispetto dei principi fondamentali della disciplina comunitaria e nazionale in materia.

A tal riguardo, innanzitutto, si rammenta che le Regioni, nell'esercizio della potestà

normativa nelle materie oggetto del Codice dei contratti pubblici, sono tenute al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e delle disposizioni relative alle materie di competenza dello Stato, tra le quali rientra la tutela della concorrenza *ex* art. 117, co. 2, lettera e), Cost., (si veda art. 4, co. 1, D.Lgs. 163/06). Sul punto si ricorda, inoltre, il vincolo costituzionale per il quale la potestà legislativa è esercitata dalle Regioni nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (cfr. art. 117, co. 1, Cost.).

Per inciso, si osserva poi che la citata legge regionale - alla base, si ricorda, del Regolamento *de quo* - all'art. 2, co. 2, lettera a) sancisce che sono esclusi dal suo ambito di applicazione gli "impianti per i quali l'affidamento del servizio di gestione è regolato dall'art. 113 del D.Lgs. 267/00" (T.U.E.L.) e smi<sup>1</sup>, nel quale è previsto che l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali deve "favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale" (art. 23-bis, co. 1, primo periodo) e, inoltre, che l'affidamento secondo procedure ad evidenza pubblica deve avvenire nel rispetto dei principi del Trattato CE e dei principi generali relativi ai contratti pubblici.

Pur volendo prescindere da tali precisazioni, si deve rilevare che lo stesso bando di gara al punto 2. richiama l'art. 30 del Codice dei contratti pubblici per cui, nel rispetto del c.d. "Principio dell'Autovincolo", l'ente concedente nella scelta del concessionario, a seguito del richiamato articolo, avrebbe dovuto rispettare anche i principi desumibili dal Trattato CE - da cui derivano, tra l'altro, quelli di non discriminazione, di parità di trattamento e di trasparenza - ed i principi generali relativi ai contratti pubblici, tra i quali rientrano quelli di libera concorrenza e di adeguata pubblicità (cfr. art. 2, co. 1, D.Lgs. 163/06).

Alla luce di quanto precede, pertanto, si rileva, in primo luogo, che i requisiti richiesti al punto 11.1 dei bandi di gara (lettere a): "esperienza maturata nel settore sportivo specifico cui è destinato l'impianto, con particolare riferimento al bacino di utenza del medesimo [...]"; b): "valutazione del radicamento sul territorio comunale del soggetto richiedente [...]" e c): "contributo dato dal soggetto richiedente, nel corso dell'attività pregressa, alla valorizzazione e il potenziamento infrastrutturale dell'impianto") non sarebbero conformi ai principi sopra richiamati, piuttosto manifesterebbero un favor per gli operatori economici locali - in particolare, per il gestore uscente (cfr. Cons. St., sez. V, 29.12.2009 n. 8914) - a detrimento dei potenziali concorrenti che, considerato l'importo sopra soglia della maggioranza delle gare, potrebbero essere non solo operatori economici nazionali ma anche comunitari.

In secondo luogo, si ritiene che a sostegno della condotta della stazione appaltante non possa tenersi in considerazione il fatto che "altri enti locali del territorio della Provincia di Rimini hanno approvato regolamenti simili", atteso che quei regolamenti potrebbero presentare aspetti in evidente contraddizione con la normativa di settore. Nel caso, ad esempio, del Regolamento del Comune di Cattolica sembrerebbe evidenziarsi una continua commistione tra "criteri" di selezione dell'affidatario e "criteri" per la valutazione delle offerte (cfr. art. 8, Reg. C.C.), atteso che tra i secondi sono stati inseriti anche elementi che rappresentano requisiti puramente "soggettivi" di partecipazione (cfr., rispettivamente, l'art. 42, co. 1 e l'art. 41, co. 1, lettere e) ed a), D.Lgs. 163/06), come nel caso della lettera a) sull'esperienza maturata, della lettera f) sulla qualificazione del personale, e della lettera g) sull'affidabilità economica.

Su tale aspetto, si ribadisce che la commistione tra requisiti soggettivi ed oggettivi è vietata sia dalla normativa comunitaria sia dalla normativa nazionale di riferimento (cfr.

ex multis delibere AVCP n. 30/07 e 34/09, e giurisprudenza ivi citata). D'altronde, la stessa lettura dell'art. 81 del D.Lgs. 163/2006 evidenzia che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – scelto dalla stazione appaltante quale criterio di selezione delle offerte (cfr. art. 11) – ha la funzione di selezionare “la migliore offerta” e non “il migliore offerente”. Si osserva, infine, che la stessa legge regionale dell'Emilia Romagna, alla lettera e) del primo comma dell'art. 4, indica tali criteri come “criteri di scelta dell'affidatario”, pertanto, essendo requisiti “soggettivi”, non andavano inseriti tra i requisiti “oggettivi”.

Per ciò che attiene, invece, alla pubblicazione dei bandi di gara si rileva che le modalità adottate dalla stazione appaltante non sono conformi ai principi di trasparenza e di adeguata pubblicità, tenendo in debita considerazione che nella maggior parte dei casi si tratta di gare sopra soglia comunitaria (specificatamente, la gara relativa al “Centro Calcistico d'Acquisto” la cui b.a. è pari a 230.086,01€ e quella relativa al “Centro Calcistico Torconca” con b.a. di euro 279.689,91).

A tal riguardo, si rammenta che un'adeguata trasparenza per gli affidamenti dei servizi di cui all'allegato IIB della direttiva 2004/17/CE, il cui importo superi le soglie di applicazione di tali direttive (cfr. art. 28, co. 1, lettera b.2), D.Lgs. 163/06, implica generalmente la pubblicazione mediante un mezzo di comunicazione largamente diffuso (cfr. la Comunicazione Interpretativa della Commissione Europea del 23.06.2006) al fine di aprire alla concorrenza l'aggiudicazione dell'appalto, tra cui la GURI (e, si riterrebbe opportuna, almeno nel caso specifico delle due gare “sopra soglia”, anche la pubblicazione in GUCE).

Conclusivamente, invece, riguardo alle modalità di calcolo della base d'asta si osserva che il Comune ha fornito solo l'elenco dei rispettivi canoni minimi da corrispondere all'Ente concedente e non anche la procedura seguita nel definirli. La normativa di settore, invece, prevede altresì la stima, a monte della gara, degli introiti per il concessionario provenienti dall'utenza per tutta la durata della concessione, in altri termini la stima della prevista remuneratività del servizio per l'operatore economico sulla base dell'esperienza degli anni precedenti e delle peculiarità materiali e temporali del nuovo servizio.

Si rileva, infatti, che, sebbene ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs. 163/2006 (richiamato dalla stazione appaltante) la controprestazione a favore del concessionario sia costituita dal diritto di gestire e di sfruttare economicamente il servizio, lo stesso art. 30 richiama espressamente l'art. 143, comma 7, del medesimo D.Lgs. 163 (cfr. comma 7), il quale prevede, per le concessioni, che l'offerta contenga il c.d. “piano economico-finanziario” della gestione per tutto l'arco temporale prescelto.

Quanto precede si rileva anche nell'interesse dello stesso Comune, al fine di individuare un canone minimo più congruo, che permetta all'ente di conformarsi anche al principio di economicità, ossia all'obbligo di ottenere un determinato risultato (nella fattispecie de qua la migliore gestione dei propri impianti sportivi) impiegando le risorse a disposizione in modo ottimale.

Si conclude, pertanto, rilevando che tra gli elementi indicati dalla Giunta comunale nella suddetta delibera per l'individuazione del canone minimo si sarebbe dovuto considerare anche quanto sopra osservato (cfr. art. 29, comma 1, del D.Lgs. 163/06, il quale chiaramente prevede che “il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori e servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti”, importo che, nel caso delle concessioni, proviene come ricordato dall'utenza).

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio:

- ravvisa nella predisposizione della documentazione di gara l'inosservanza della normativa nazionale e comunitaria in materia di appalti;
- ritiene, pertanto, doversi richiamare la Stazione Appaltante ad una più scrupolosa osservanza, anche per l'avvenire, delle disposizioni che concernono - in particolare - i requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura di gara e i requisiti oggettivi per la selezione della migliore offerta e dei principi generali che attengono ai contratti pubblici, tra cui quelli di parità di trattamento, di non discriminazione e di libera concorrenza;
- ritiene che il regime pubblicitario dato alle gare non sia in linea con il principio di adeguata pubblicità, in particolare per le due gare "sopra soglia" che più opportunamente andavano pubblicate anche in GURI e GUCE; e che il Comune di Cattolica nel determinare la base d'asta, non abbia conformato il suo operato alle previsioni del Codice dei contratti a causa della mancata stima dei flussi di proventi per il concessionario;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture perché comunichi la presente deliberazione al segnalante e al Comune di Cattolica, in persona del RUP, per le valutazioni di competenza alla stregua delle indicazioni di cui in motivazione; valutazioni da comunicare entro 30 giorni dalla data di ricevimento della presente delibera.

**Firmato**

**Il Relatore:** Piero Calandra

**Il Presidente f.f.:** Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12 novembre 2010

Il Segretario: Maria Esposito

<sup>1</sup> Abrogato nelle parti incompatibili dall'art. 23-bis della L. 133/2008 sui servizi pubblici locali di rilevanza economica (di recente modificato dall'art. 15, co. 1, D.Lgs. 135/2009).