



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 622

DEL 4 luglio 2018

Oggetto: istanza di parere di precontenzioso ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da STEP s.r.l. - Gestione in concessione del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, della tassa per l'occupazione di spazio ed aree pubbliche (TOSAP) e del diritto sulle pubbliche affissioni compresa la materiale affissione dei manifesti per il comune di Longiano – CIG: 70505791DA- Importo a base d'asta: 152.300 euro – S.A. Unione Rubicone e Mare Centrale Unica di committenza

PREC 137/18/S

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 94962 del 25 luglio 2017, presentata da STEP s.r.l. relativamente alla procedura di gara in epigrafe, con la quale veniva contestata, da un lato, la legittimità dell'esclusione dall'accesso all'offerta del concorrente aggiudicatario e, dall'altro, della legittimità del valore relativo al gettito introitato per le imposte e tasse posto a base d'asta che sarebbe, secondo l'istante, sottostimato;

VISTA la documentazione di gara e la corrispondenza intercorsa tra le parti;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 28 maggio 2018;

VISTE le memorie delle parti;

VISTA, in particolare, la posizione espressa dalla stazione appaltante che, relativamente alla prima contestazione, ha rappresentato che: «a seguito del diniego presentato ai sensi dell'articolo 53, comma 5, lettera a) del d.lgs. n. 50/2016 dalla ditta aggiudicataria ICA s.r.l., non aveva consentito l'accesso in quanto [...] essa conteneva segreti tecnici o commerciali per i quali la lettera a) della norma sopra citata esclude l'accesso ed ogni forma di divulgazione» e che, «quando a seguito della seconda richiesta datata 12 luglio 2017, la STEP s.r.l., ai sensi dell'articolo 53, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, motivava l'accesso ai fini difensivi, la CUC (in data 27 luglio 2017) richiedeva ad ICA s.r.l. di indicare espressamente, con le relative motivazioni, le parti e gli elementi dell'offerta tecnica integranti un segreto tecnico e commerciale, non rilevante ai fini difensivi, poiché, in caso contrario, sarebbe stato consentito l'accesso integrale all'offerta tecnica; [...] in data 1 agosto 2017, [...] veniva trasmessa tramite pec l'offerta tecnica presentata da ICA s.r.l. con oscurate le parti che, a giudizio dell'aggiudicatario, «*contengono strategie gestionali, commerciali e tecniche che palesate ad altri operatori economici danneggerebbero la scrivente*». L'amministrazione avrebbe quindi provveduto nei termini di legge all'accesso agli atti, senza ledere il diritto di difesa della ditta. Relativamente alla seconda contestazione, è stato evidenziato che «pur riconoscendo la non completezza delle comunicazioni relative agli incassi ICP e DPA degli anni 2014, 2015 e 2016,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

verificatasi in buona fede, si rileva la corretta pubblicazione e libera consultazione delle risultanze delle codifiche SIOPE relative agli anni 2014, 2015, 2016»; viene inoltre sottolineato come l'andamento della gara non sia stato alterato essendo stati presentati due progetti dai concorrenti aventi contenuto tecnico progettuale corretto e professionale, «nonostante l'incompletezza dei dati relativi al valore della concessione (incompletezza stimabile in una percentuale del 7% in difetto)»; RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'articolo 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

CONSIDERATO che per quanto concerne la prima questione, quella relativa all'accesso agli atti dell'offerta dell'aggiudicataria, la stessa appare superata nella misura in cui all'istanza, presentata in data 25 luglio 2017, hanno fatto seguito le circostanze fattuali descritte che dimostrano l'intervenuto esercizio dell'accesso alla documentazione richiesta;

CONSIDERATO che, in ogni caso, al riguardo si precisa che l'articolo 53, comma 5, lettera a), del d.lgs. n. 50/2016 esclude dal diritto di accesso e da ogni forma di divulgazione in relazione le «informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali» e che il successivo comma 6 chiarisce che, «in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto»;

CONSIDERATO altresì che l'Autorità e la giurisprudenza hanno al riguardo chiarito che è esclusa dal raggio di azionabilità del diritto di ostensione la documentazione suscettibile di rivelare il know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, sì da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso non già per prendere visione della stessa, allorché utile a coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto, quanto piuttosto per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri, al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato. È consentito, però, l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi, in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso, purché l'istante dimostri l'effettiva utilità di tale documentazione rispetto all'indizione di uno specifico giudizio (cfr. delibera n. 395 del 12 aprile 2017 e giurisprudenza ivi richiamata);

CONSIDERATO che, per quanto concerne la seconda contestazione, relativa al valore della concessione posto a base d'asta, l'articolo 167 del d.lgs. n. 50/2016 dispone, al comma 1, che il valore della concessione, ai fini della determinazione del relativo importo da porre a base di gara, è costituito dal fatturato totale del concessionario, generato per tutta la durata del contratto stimato dall'ente concedente, quale corrispettivo dei servizi o dei lavori oggetto della concessione, nonché



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

per le forniture accessorie ai servizi stessi, prevedendo altresì, al successivo comma 4, gli elementi di cui l'amministrazione tiene conto per il relativo calcolo;

CONSIDERATO che la *ratio legis* perseguita dalla norma consiste nel garantire che il valore della concessione sia correlato al complesso degli introiti che possono essere ricavati, sotto qualsiasi forma, dal concessionario e che nell'intenzione legislativa la corretta determinazione del valore del contratto non solo rileva ai fini della disciplina applicabile, ma intende altresì consentire agli operatori economici la possibilità di formulare un'offerta economica più consapevole (cfr. delibera n. 245 del 8 marzo 2017);

CONSIDERATO, inoltre, che questa Autorità, nella determinazione n. 25 del 23 settembre 2015, in cui sono state fornite le "Linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi ai sensi dell'articolo 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163", ha sottolineato l'importanza della corretta determinazione del valore del contratto concessorio, anche richiamando le disposizioni di cui alla direttiva 2014/23/UE;

CONSIDERATO che l'Autorità e il giudice amministrativo hanno anche precisato che nell'ipotesi in cui non sia possibile calcolare il fatturato presunto, l'amministrazione è tenuta quantomeno a fornire indicazioni analitiche, idonee a consentire la formulazione di un'offerta economica consapevole, circa il potenziale bacino di utenza del servizio da affidare (delibera n. 245 del 8 marzo 2017; T.A.R. Lazio, sez. II, 25 luglio 2016, n. 8439);

RITENUTO che la determinazione del valore della concessione sia un'attività di specifica competenza dell'amministrazione, che deve effettuarla secondo i criteri normativi previsti e nel rispetto dei principi ermeneutici elaborati dalla giurisprudenza e dalla prassi in materia e che l'Autorità non possa, pertanto, sostituirsi ad essa nella definizione del valore contrattuale;

RITENUTO che, nel caso di specie, le argomentazioni addotte dalla stazione appaltante e l'indicazione inerente le informazioni fornite ai concorrenti e gli effetti conseguenti non sembrano costituire una specifica violazione dei principi generali in materia;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le contestazioni formulate dall'istante non siano accoglibili.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12 luglio 2018

Il segretario Maria Esposito