



DELIBERA N. 394

30 luglio 2024.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da AMAPA S.r.l. - Procedura ristretta per l'affidamento dei servizi di management alberghiero relativi alla gestione dell'Hotel "Palazzo delle Stelline", in Milano, Corso Magenta 61 - CIG 9908418D30 - Importo a base di gara euro: 29.312.400,00 - S.A.: Fondazione Stelline
UPREC/PRE/0197/2024/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 95 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Soglia di sbarramento – Offerta tecnica

Massima

Appalto pubblico – In genere – Offerta economicamente più vantaggiosa – Offerta tecnica– Soglia di sbarramento – Limitazione ai criteri tecnico-qualitativi – Manifesta illogicità – Non sussiste

La scelta di prevedere una soglia di sbarramento, nonché la sua concreta articolazione, sono frutto di una determinazione ampiamente discrezionale della Stazione appaltante, sindacabile solo in presenza di macroscopiche irrazionalità, incongruenze o palesi abnormità. La scelta di applicare la soglia di sbarramento al punteggio conseguito in relazione agli elementi tecnico-qualitativi della proposta, con esclusione di quelli definiti dalla lex specialis come tecnico-quantitativi, non è manifestamente illogica o arbitraria.

Appalto pubblico – In genere – Offerta economicamente più vantaggiosa – Offerta tecnica– Criteri quantitativi – Dichiarazioni dei concorrenti – Verifica – Necessità

Se la lex specialis individua dei criteri di valutazione delle offerte di natura quantitativa, prevedendo che l'attribuzione del punteggio avvenga in forza di quanto autodichiarato dai concorrenti e con il metodo



della proporzionalità inversa, al fine di non alterare gli esiti della gara, la Stazione appaltante è tenuta a verificare la serietà e attendibilità di quanto dichiarato e offerto dai concorrenti e, nel caso accerti l'irrealizzabilità della proposta, a ricalcolare i punteggi e a riformulare la graduatoria.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 luglio 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 73295 del 26 giugno 2024, con cui la Soc. AMAPA a r.l., premettendo di essere stata esclusa dalla procedura di gara in oggetto in ragione del mancato superamento della soglia di sbarramento, ha contestato l'illegittimità della *lex specialis* nella parte in cui ha previsto che il punteggio conseguito in relazione a taluni elementi dell'offerta tecnica non avrebbe concorso a determinare il superamento della soglia di sbarramento; ha contestato, altresì, i punteggi attribuiti dalla Commissione di gara in relazione ad alcuni elementi di valutazione delle offerte tecniche;

VISTE le clausole della *lex specialis* di gara richiamate dall'istante con riferimento alla prima censura sollevata. La lettera d'invito prevedeva l'aggiudicazione dell'appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di p. 90/100 per l'offerta tecnica e p. 10/100 per l'offerta economica. Quanto all'offerta tecnica, la lettera di invito prevedeva l'assegnazione di p. 32/90 per la valutazione di 4 elementi qualitativi e p. 38/90 per la valutazione di 9 elementi quantitativi (per un totale, quindi, di 70 punti). I restanti 20 p. dell'offerta tecnica andavano attribuiti per 2 elementi (Key money e utile minimo garantito), rispettivamente per p. 15 e p. 5, da inserire in busta C-offerta economica, insieme al ribasso. Era, inoltre, prevista una doppia riparametrazione dei punteggi. La lettera di invito prevedeva che non sarebbero state ammesse all'apertura della busta "C" le offerte che, sulla parte tecnica contenuta nella busta "B", non avessero raggiunto il punteggio minimo di 40 punti prima della seconda riparametrazione. Alla gara partecipavano 4 operatori economici, tra cui Amapa s.r.l. che, all'esito dell'esame della busta B, dopo la prima riparametrazione, conseguiva p. 28,96, inferiore quindi alla soglia di sbarramento di 40 punti e, per tale ragione, veniva esclusa;

VISTE le censure articolate dall'istante. AMAPA S.r.l. sostiene che, se la funzione assolta dalla soglia di sbarramento è quella di non far accedere alla valutazione dell'offerta economica i concorrenti che hanno presentato un'offerta tecnica giudicata non adeguata e quindi inidonea, la *lex specialis*, escludendo dalla valutazione i due elementi del key money (contributo per l'acquisto degli arredi a favore della Fondazione) e dell'utile minimo garantito, ha impedito la completa valutazione dell'offerta tecnica di Amapa e, quindi, dell'effettivo livello qualitativo dell'offerta presentata. È noto che la stazione appaltante gode di discrezionalità nella fissazione delle clausole della *lex specialis* ma è altrettanto noto che tale discrezionalità va esercitata in modo logico e razionale e cioè entro confini evidentemente sindacabili. Essendo il key money e l'utile minimo garantito elementi dell'offerta tecnica, la loro esclusione dal calcolo ai fini della verifica del superamento della soglia di sbarramento è manifestamente illogica. L'istante, per completezza, segnala che l'elemento key money quota p. max p. 15, mentre l'utile minimo garantito max p. 5 ed afferma che alla luce delle offerte degli altri tre oo.ee. per i predetti due elementi avrebbe diritto ad almeno p. 6,12 per l'elemento Key money e ad almeno p. 2,92 per l'utile minimo garantito, che le consentirebbero di recuperare nel complesso p. 9,04;



VISTE le specifiche contestazioni sollevate dell'istante sui punteggi attribuiti dalla Commissione di gara, riferite ai seguenti criteri di valutazione:

- a) Elemento 8 «*numero annuo di convegni corporate organizzati presso il centro congressi (punto 8/90)*». Secondo l'istante, le offerte degli altri concorrenti sarebbero palesemente irrealizzabili e quindi inattendibili. La lettera di invito, sul punto, stabiliva che «poiché il Palazzo delle Stelline è fornito di un proprio centro congressi, verrà considerata migliore l'offerta che prevederà il più alto numero annuo di convegni corporate organizzati presso il centro congressi». Precisa l'istante che, con il termine «convegni corporate», non si intende un semplice meeting aziendale ma un evento di portata e complessità superiori. Ora, l'o.e. New York Coast 2002 s.r.l. ha previsto di organizzare ben 500 convegni corporate in un anno e Sol Melià Italia s.r.l. 400. HNH Ospitality s.p.a. ha previsto di organizzarne 200, un numero anch'esso eccessivamente elevato e non realizzabile, considerando, a titolo di esempio, che la Nuvola di Fuksas, centro congressi a Roma e tra i più attrattivi in Italia, ospita mediamente 120-140 eventi l'anno. La formulazione di offerte dai numeri così eccessivi e non realizzabili ha trovato "sponda" nella formulazione della *lex specialis*, strutturata in modo che nessun elemento fosse chiesto (ad es. un PEF) per dare sostegno alla sostenibilità e realizzabilità al numero di convegni corporate dichiarati. Amapa s.r.l., che ha previsto di organizzare n. 24 convegni corporate, si è vista attribuire appena p. 0,38 per tale elemento. L'inattendibilità delle offerte degli altri oo.ee. renderebbe illegittima la valutazione della commissione, che avrebbe dovuto escludere gli altri oo.ee. perché è irrealistica l'offerta presentata (Cons. Stato, sez. 3^a, sent. n. 4236/2022 con richiamo a parere Anac 18.1.2017, n. 26) o almeno non assegnare punteggio agli altri concorrenti per l'elemento in questione, con conseguente diritto di AMAPA a p. 8 per l'elemento 8, e non a p. 0,38 attribuiti dalla commissione;
- b) Elemento 9 «*adesione a tutte le anti corruption policies*». Sul punto la lettera di invito stabiliva che sarebbe stata considerata migliore l'offerta che avrebbe dimostrato l'adesione al numero più alto di anticorruption policies. Nell'offerta, Amapa indicava esempi concreti di adesione a cinque anti corruption policies. Avrebbe avuto, pertanto, diritto a p. 1,88 e non a p. 1;
- c) Elemento 12 «*promozione di iniziative culturali internazionali. In ragione del contesto del Palazzo delle Stelline e della presenza del centro congressi al suo interno, sarà valutata migliore l'offerta che dimostrerà la promozione, attraverso strumenti di marketing e/o public relations (come ad es. l'uso di social media), del numero più alto di iniziative culturali internazionali*». Amapa rappresenta che la Commissione le aveva chiesto di chiarire quale fosse il numero complessivo annuo di iniziative culturali internazionali dell'offerta e che, in risposta, precisava che il numero di iniziative culturali era 12. L'offerta dell'istante è sostanzialmente in linea con quella di HNH (4) e Sol Melià (20). Sorprendente sarebbe, invece, l'offerta di New York Coast di n. 296 iniziative culturali, evidentemente irrealizzabile anch'essa tanto più che la promozione di iniziative culturali internazionali doveva tener conto del centro congressi, già considerato dall'o.e. per la organizzazione di 500 convegni corporate/anno. Secondo l'istante, vi sarebbero due possibili spiegazioni: o la commissione ha considerato quel numero di 296 nei 20 anni di durata del contratto per NYC ed annuale per gli altri oo.ee. (e quindi la commissione avrebbe dovuto moltiplicare per 20 anche il numero annuale di iniziative culturali internazionali promossi attraverso strumenti di marketing e/o public relations degli altri oo.ee. concorrenti) oppure quel numero di 296 è un'offerta anch'essa irrealizzabile ed inattendibile. In entrambe le ipotesi Amapa avrebbe diritto ad un punteggio non inferiore a p. 1,2 (su max p. 2), anziché a p. 0,08 attribuiti dalla commissione;
- d) Elemento 13 «*iniziative di marketing dedicate: sarà valutata migliore l'offerta che prevederà la promozione, attraverso strumenti di marketing e/o public relations (come l'uso di social media), del numero più alto di iniziative di marketing dedicate*». Anche qui, la commissione chiedeva ad Amapa



di chiarire quale fosse il numero complessivo annuo di iniziative di marketing previste ed in risposta Amapa precisava che il numero annuo era 50. Anche in tal caso, l'offerta di Amapa è sostanzialmente in linea con quella di HNH (24) e Sol Melià (32). Sorprendente, ancora una volta, sarebbe invece l'offerta di New York Coast di n. 645 di iniziative di marketing. NYC avrebbe formulato un'offerta oggettivamente irrealizzabile. Si ripete la stessa situazione dell'elemento 12: o la commissione ha considerato quel numero di 645 nei 20 anni per NYC ed annuale per gli altri oo.ee. (e quindi la commissione avrebbe dovuto moltiplicare per 20 anche il numero annuale di iniziative di marketing promosse attraverso strumenti di marketing e/o public relations degli altri oo.ee. concorrenti, Amapa compresa) oppure quel numero di 645 è un'offerta anch'essa irrealistica ed inattuabile. In entrambe le ipotesi – anche qui – Amapa avrebbe diritto ad un punteggio non inferiore a p. 5 (su max p. 5) anziché a p. 0,39 attribuiti dalla commissione;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 77421 del 4 luglio 2024;

VISTE le memorie della HNH Hospitality S.p.A., acquisita al prot. n. 79859 del 9 luglio 2024, della New York Coast 2002 SRL, acquisita al prot. n. 79868 del 9 luglio 2024 e quella della Stazione appaltante, acquisita al prot. n. 80087 del 10 luglio 2024, che, per comodità espositiva, verranno illustrate di seguito in maniera cumulativa e sintetica. In via preliminare, le parti hanno eccepito la mancanza di interesse concreto dell'istante al rilascio del parere per la mancanza della prova di resistenza: anche laddove venissero considerati, ai fini del superamento della soglia di sbarramento, i punteggi cui l'istante afferma di avere diritto per il Key Money e l'utile garantito, in ogni caso questi non raggiungerebbero il punteggio minimo di 40 punti. Nel merito della prima censura, richiamata copiosa giurisprudenza sulla funzione e sulle modalità di declinazione concreta, negli atti di gara, della soglia di sbarramento, le parti hanno rappresentato che la scelta della Stazione appaltante di limitare l'applicazione della soglia alla valutazione dei soli elementi tecnico-qualitativi della proposta esprime una scelta più che razionale e logica, ovvero quella di privilegiare offerte risultate particolarmente apprezzabili per quei profili tecnici che per la Fondazione Stelline rivestono importanza prioritaria e strategica, in coerenza con le sue finalità statutarie. Per quanto concerne, invece, la seconda censura, le parti, richiamato l'indirizzo giurisprudenziale sui limiti del sindacato sulle valutazioni tecnico discrezionali della Commissione di gara, hanno evidenziato che:

- a) Con riferimento all'elemento 8, ovvero al numero di convegni corporate organizzati annualmente, la Stazione appaltante aveva reso in sede di gara un chiarimento in cui aveva confermato che per "convegni corporate" doveva intendersi ogni tipo di congresso o di meeting aziendale, in altre parole ogni opportunità di riempimento delle numerose sale presenti all'interno del centro congressi della Fondazione Stelline. Pertanto, la definizione fornita dall'istante non è coerente con le indicazioni fornite dalla S.A. In ogni caso, anche considerando il più alto dei valori offerti dai concorrenti in gara (500 convegni corporate/anno), viene in rilievo un'occupazione degli spazi esistenti comunque molto contenuta. Osserva, sul punto, la Fondazione Stelline che, anche senza il supporto di un operatore economico specializzato, nel 2023, ha organizzato ben oltre 500 eventi. Pertanto, il numero di congressi corporate offerto dagli altri concorrenti diversi da Amapa è tutt'altro che irrealistico. New York Coast S.r.l. deduce, poi, che la propria offerta sarebbe anzitutto rispondente ai desiderata della Stazione appaltante, avendo proposto un consistente numero di convegni corporate annuali tale da massimizzare la capacità di iniziative nel centro congressuale della Fondazione delle Stelline. Il numero proposto non sarebbe, inoltre, per nulla illogico e/o non sostenibile se solo si consideri che il centro congressi vanta oltre venti sale. Pertanto, anche volendo utilizzare un approccio prudente e considerando solo le venti sale congressuali, si deve considerare



che il centro congressi ha ipoteticamente la capacità di ospitare venti convegni al giorno (venti eventi/venti sale). In un anno, tale capacità si traduce in un numero di 7.300 eventi (365*20). Il numero di 500 convegni annuo proposto dal New York Coast, quindi, corrisponde a una percentuale di circa il 7% della capacità annua di convegni che il centro congressi della Fondazione Stelline è in grado di ospitare;

- b) Quanto all'elemento di valutazione n. 9, recante "*anticorruption policies*", la Stazione appaltante ha rappresentato che la Commissione ha considerato per Amapa l'adesione ad una sola politica perché così il Concorrente avrebbe dichiarato nel documento d'offerta, in cui ha affermato che "Grazie alla collaborazione con Accorhotels, il nostro impegno per la prevenzione della corruzione è sempre stato al centro delle nostre politiche aziendali. Queste politiche, integrate in una più ampia "Politica di prevenzione della corruzione", stabiliscono chiaramente ...". Il Concorrente ha poi aggiunto, sempre in sede di documento di offerta, che le due diligence, il codice etico e di condotta, i canali di segnalazione, il monitoraggio delle spese, la revisione e l'aggiornamento periodico erano solo esempi concreti di pratiche utilizzate per promuovere una cultura di trasparenza e di integrità all'interno dell'organizzazione. Solo in sede di istanza di parere di precontenzioso Amapa ha avanzato la pretesa di considerare ciascuno di questi fattori come cinque anticorruption policies autonome e distinte. In ogni caso, tenuto presente che in relazione a tale criterio erano previsti massimo 3 punti, neppure attribuendo ad Amapa per intero detto punteggio sarebbe stato per lei possibile superare la soglia di sbarramento di 40 punti, atteso l'ampio gap di oltre 11 punti che la dividevano dal conseguimento di tale risultato;
- c) Con riferimento all'elemento di valutazione n. 12, recante "Promozione delle iniziative culturali internazionali", la Stazione appaltante era intervenuta durante lo svolgimento della procedura di gara fornendo un chiarimento e stabilendo che ciascun concorrente avrebbe dovuto indicare "il numero di iniziative culturali internazionali che in caso di aggiudicazione [n.d.r., avrebbe inteso] promuovere in favore del Palazzo delle Stelline e del centro congressi attraverso strumenti di marketing e/o public relations (come ad es. l'uso di social media)". Pertanto, Fondazione aveva chiarito che tutte le attività di promozione delle iniziative all'interno della Fondazione sarebbero state computate in questa voce (site inspections, workshop, fiere, ufficio stampa, PR, partnership). Amapa, pertanto, aveva gli strumenti per formulare un'offerta migliore di quella effettivamente proposta ma o non si è avveduta del chiarimento fornito dalla Stazione appaltante o, ancora una volta scientemente, ha formulato un'offerta che è risultata più contenuta rispetto a quella degli altri operatori economici. New York Coast S.r.l. aggiunge, peraltro, che Amapa si sarebbe limitata ad asserire la pretesa irrealizzabilità dell'offerta presentata senza evidenziare alcun elemento concreto idoneo a mettere in dubbio la bontà e serietà della proposta del New York Coast che, peraltro, ha formulato l'offerta tenendo in considerazione i più variegati canali di promozione a sua disposizione;
- d) Quanto all'elemento di valutazione n. 13, recante "Iniziativa di marketing dedicate", già la descrizione di questo elemento di valutazione contenuto nella lettera d'invito era molto chiaro nello stabilire che sarebbe stata valutata migliore l'offerta che avrebbe previsto "la promozione, attraverso strumenti di marketing e/o public relations (come ad es. l'uso di social media), del numero più alto di iniziative di marketing dedicate". Anche in questo caso soccorrono i chiarimenti resi dalla Fondazione durante lo svolgimento della procedura di gara, in cui si legge che "Il concorrente deve indicare il numero di iniziative di marketing relative al brand e/o all'hotel gestito con esso, che intende promuovere in caso di aggiudicazione", per tali intendendosi ogni forma di iniziativa di marketing (comunicati stampa, site inspection, fiere, workshop, digital marketing e social media, partnership, loyalty program)". Ne consegue che, anche con riferimento a questo elemento di valutazione, gli operatori economici avevano gli strumenti cognitivi per formulare le offerte.



Evidentemente alcuni concorrenti hanno formulato delle offerte più competitive (ma per questo non irrealizzabili) e hanno ottenuto un punteggio più alto a differenza di Amapa, che non può dolersi del basso punteggio tecnico ottenuto avendo formulato un'offerta piuttosto deludente;

RILEVATO, inoltre, che le parti hanno ritenuto infondata anche la censura relativa alla mancata richiesta nella *lex specialis* di un PEF da parte dei concorrenti a supporto della realizzabilità delle offerte tecniche presentate: invero, essendo stata impostata la gara in esame come procedura per l'affidamento di un appalto di servizi, l'inserimento di dati economici all'interno dell'offerta tecnica avrebbe comportato l'esclusione dei concorrenti. La Stazione appaltante ha, poi, precisato che il piano economico-finanziario è stato richiesto al concorrente primo in graduatoria in fase di verifica dell'anomalia. Infine, quanto al precedente giurisprudenziale richiamato dall'istante in tema di irrealizzabilità delle offerte, Fondazione Stelline ha evidenziato che la fattispecie in quella sede esaminata dal Giudice amministrativo era profondamente diversa da quella che oggi viene in rilievo. In quella situazione, infatti, veniva giudicata la legittimità dell'operato della Commissione giudicatrice che aveva attribuito un punteggio pari a zero all'offerta di un operatore economico che aveva proposto una riduzione del 100% dei tempi di intervento nelle situazioni di emergenza. Il Consiglio di Stato in tale evenienza aveva giudicato legittimo l'operato della Commissione in quanto l'operatore, offrendo una riduzione del 100%, non aveva formulato una proposta migliorativa sull'elemento temporale, ma l'aveva addirittura annullata, proponendo una prestazione per definizione "impossibile", in quanto un tempo sia pur minimo di intervento non è oltremodo comprimibile fino ad arrivare a zero. Situazione ben diversa è quella in esame, in cui nell'ambito di elementi quantitativi liberi ciascun operatore ha formulato la propria offerta di cui, solo in sede di esecuzione del contratto, la Stazione appaltante potrà pretendere il completo e puntuale adempimento (sul punto, cfr. TAR Marche, Ancona, Sez. I, n. 282 del 19 marzo 2024). Cita, infine, una recente sentenza del giudice amministrativo, ove si afferma che "le censure relative all'asserita impossibilità, per l'aggiudicataria, di assicurare o meno l'effettivo adempimento di tutte le prestazioni offerte in sede di partecipazione alla gara "concernono previsioni sulla capacità di adempiere, che nella fase di gara debbono essere valutate dalla stazione appaltante in chiave di verosimiglianza, risultando il vaglio sul concreto ed esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali riservato alla fase esecutiva del contratto, in sede di controlli" (Cons. di Stato, Sez. III, n. 3387, del 15 aprile 2024);

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 9 del 10 gennaio 2019, come modificato dalla delibera n. 528 del 12 ottobre 2022, applicabile *ratione temporis*;

PREMESSO, in via generale, che la caratterizzazione dell'istituto del precontenzioso quale modalità di risoluzione delle controversie alternativa al ricorso giurisdizionale comporta per l'Autorità il dovere di attenersi agli specifici quesiti sollevati dalle parti, senza (poter) svolgere una valutazione complessiva e più generale sulla procedura o sul tipo di procedura, che potrebbe essere invece valutata in altra sede (ad esempio in sede di vigilanza). Pertanto, il presente parere deve intendersi volto esclusivamente a fornire una soluzione alle questioni controverse sollevata da AMAPA S.r.l. e non quale valutazione complessiva di correttezza e legittimità della procedura indetta dalla Fondazione Stelline;

RITENUTO, in via preliminare, di dover rigettare l'eccezione di presunta inammissibilità dell'istanza per l'assenza dell'interesse concreto al rilascio del parere. Invero, sebbene l'istante non abbia prodotto specifici conteggi, la mera sommatoria dei punti cui afferma di avere diritto in relazione all'offerta tecnica e del punteggio per le voci del Key Money e dell'Utile garantito gli consentirebbero di raggiungere il punteggio minimo per il superamento della soglia di sbarramento;



RITENUTO, nel merito, che la prima censura articolata, relativa alle concrete modalità di articolazione della soglia di sbarramento, appare infondata;

CONSIDERATO, infatti, che, attraverso la previsione di una soglia di sbarramento, l'amministrazione subordina la completa valutazione delle offerte, e quindi la possibilità per l'operatore di concorrere ai fini della graduatoria finale, ad un livello qualitativo minimo, al di sotto del quale ritiene le stesse non meritevoli di considerazione (Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2023, n. 9075). La scelta di prevedere una simile clausola, nonché la sua concreta articolazione, sono frutto di una determinazione ampiamente discrezionale, sindacabile solo in presenza di macroscopiche irrazionalità, incongruenze o palesi abnormità (Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2011, n. 6084). Anche secondo la Corte di Giustizia UE (sez. IV, 20 settembre 2018, C-546/16), la normativa di fonte europea non osta alla fissazione di un punteggio tecnico minimo per l'ammissione dell'offerta alle successive fasi della valutazione, purché ciò avvenga *"nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, al fine di garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte e quindi un'effettiva concorrenza"*. Pertanto, *"le amministrazioni aggiudicatrici dispongono, nel rispetto delle condizioni di cui al punto precedente della presente sentenza, della libertà di determinare, conformemente alle loro necessità, in particolare, il livello di qualità tecnica che le offerte presentate devono garantire in funzione delle caratteristiche e dell'oggetto dell'appalto in questione, nonché della libertà di stabilire una soglia minima che tali offerte devono rispettare da un punto di vista tecnico"*;

RITENUTO che, nel caso di specie, la scelta della Stazione appaltante di valutare, ai fini del superamento della soglia di sbarramento, il punteggio conseguito dagli operatori economici in relazione ai soli elementi inclusi nella busta dell'offerta tecnica, con esclusione, quindi, delle voci del Key Money e dell'Utile minimo garantito, non appare affetta da illogicità e irragionevolezza. I citati elementi del Key Money e dell'Utile minimo garantito, infatti, sono descritti dalla stessa *lex specialis* come elementi tecnico-quantitativi, in ragione del forte impatto economico che presentano, da inserire nella BUSTA C "Offerta economica", diversamente dagli altri 13 elementi dell'offerta tecnica, qualificati espressamente come tecnico-qualitativo. La Fondazione Stelline ha, quindi, ritenuto, in modo non arbitrario, di circoscrivere l'applicazione della soglia di sbarramento al punteggio assegnato in relazione a quegli elementi, a connotazione prettamente tecnico-qualitativa, che per la stessa rivestono importanza prioritaria e strategica. D'altro canto, si deve osservare che la soglia di sbarramento è stata fissata in 40 punti sul massimo di 70 conseguibili per l'offerta tecnica, dunque in una misura ragionevole e proporzionata, tale da non comportare un'eccessiva restrizione della concorrenza;

RICHIAMATO, in merito al secondo gruppo di censure, il granitico orientamento giurisprudenziale secondo cui è inammissibile una contestazione delle valutazioni operate dalla Commissione di gara volta a sollecitare l'esercizio di un sindacato di merito sull'attribuzione del punteggio alle offerte tecniche, salvo che queste non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su un palese e manifesto travisamento dei fatti (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 25.11.2016, n. 4990; Consiglio di Stato, Sez. IV 26.8.2016, n. 3701; Sez. V, 29.7.2019, n. 5308 e 26.5.2015, n. 2615). In altri termini, il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in sede di attribuzione del punteggio nell'ambito del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 95 del D. Lgs. 50/2016, è circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della natura tecnico-discrezionale di tale attività, cosicché gli apprezzamenti compiuti dalla Commissione di gara non possono essere sostituiti da valutazioni di parte. E, pertanto precluso al giudice amministrativo e all'Autorità l'esercizio di un sindacato sostitutivo sulle valutazioni della Commissione, essendo consentito soltanto un vaglio preliminare (ed in questo senso "sommario") di ragionevolezza ed illogicità, volto a verificare se



le censure mosse disvelino un'abnormità della valutazione, del tutto illogica e/o parziale, o un manifesto travisamento dei fatti (in questi termini Consiglio di Stato, sez. III, 4 marzo 2024, n. 2109);

CONSIDERATO che, alla luce di tale orientamento, l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione di gara alle offerte tecniche dell'istante e degli altri concorrenti, in relazione agli elementi 8, 12 e 13, non appare, nel caso di specie, affetta da alcun vizio. La Commissione, infatti, si è limitata a dare applicazione alle prescrizioni della *lex specialis*, che prevedevano una modalità di attribuzione del punteggio quantitativa, a proporzionalità inversa, basata esclusivamente su quanto dichiarato in offerta dai concorrenti. La lettera di invito stabiliva, infatti, che la Commissione avrebbe dovuto assegnare il punteggio utilizzando la formula matematica indicata nel paragrafo n. 21.2, recante "*Valutazione degli elementi quantitativi dell'offerta tecnica (dal n. 5 al n. 13)*", ossia la formula $P_i = P_{max} * (O_i / O_{max})$, dove: P_i = punteggio assegnato al concorrente; P_{max} = punteggio massimo previsto dalla *lex specialis* per lo specifico elemento tecnico quantitativo di volta in volta considerato; O_i = offerta del concorrente relativamente allo specifico elemento tecnico quantitativo di cui viene calcolato il punteggio; O_{max} = offerta massima proposta fra tutti i concorrenti per l'elemento tecnico quantitativo di cui viene calcolato il punteggio;

CONSIDERATO, peraltro, che le offerte della New Coast S.r.l., Sol Melia Italia S.r.l. e HNH Ospitality s.p.a non presentavano elementi dai quali la Commissione di gara potesse inferire la palese e manifesta irrealizzabilità, tenuto conto sia dell'ampiezza della struttura sia dei numeri di convegni che nel 2023 la Fondazione ha realizzato in proprio. Pertanto, come correttamente evidenziato dalla Stazione appaltante nelle memorie, il caso di specie non presenta alcuna attinenza con quello esaminato dal Consiglio di Stato, nella sentenza citata dall'istante, ove l'irrealizzabilità astratta e concreta dell'offerta formulata (che prevedeva l'azzeramento dei tempi, fissati dal Capitolato, per l'esecuzione di una certa prestazione) presentava caratteri di manifesta evidenza;

CONSIDERATO, nondimeno, che non appare corretto demandare alla sola fase dell'esecuzione del contratto la verifica dell'effettiva serietà e attendibilità della proposta contrattuale. La formulazione della graduatoria e la stessa esclusione dell'istante in ragione del mancato superamento della soglia di sbarramento risultano, infatti, decise sulla base (anche) del punteggio conseguito dagli altri concorrenti in forza delle dichiarazioni rese dai partecipanti in sede di composizione e formulazione dell'offerta tecnica in relazione agli elementi 8, 12 e 13. Le predette dichiarazioni, allorché contribuiscono a determinare le eventuali esclusioni dalla procedura e a decretare la migliore offerta, non possono assumere rilevanza solo in sede esecutiva. Sul punto si richiama l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui "*La comminatoria di penali in sede esecutiva ha infatti la funzione di sanzionare il mancato assolvimento dell'obbligo negoziale: laddove la verifica della praticabilità del contenuto dell'offerta ha la diversa (ed anzi opposta: in chiave di prevenzione di possibili inadempimenti) funzione di tutelare l'interesse della stazione appaltante a scegliere un contraente affidabile e a selezionare, con l'attribuzione del relativo punteggio, un'offerta seria. Portando ad estreme conseguenze l'argomento dell'appellante si avrebbe che l'offerente – in base ad una valutazione di convenienza economica – potrebbe deliberatamente offrire una prestazione impossibile, pur di aggiudicarsi la commessa, salvo monetizzare in termini di penali i propri inadempimenti: il che, a tacer d'altro, altererebbe un corretto esplicarsi della dinamica concorrenziale sottesa al procedimento di evidenza pubblica e frustrerebbe l'interesse dell'Amministrazione a selezionare il miglior contraente e la migliore offerta cui il medesimo procedimento è pure funzionale. Altro è infatti l'imprevisto ed episodico mancato rispetto degli impegni negoziali ed altro è una proposta contrattuale fondata su impegni a priori non mantenibili, o comunque*



con la riserva di verificarne l'effettiva praticabilità a valle" (cfr. Cons. Stato, sez. III, sentenza n. 4225 del 26 maggio 2022 – par. 5.1.)' (Cons. Stato, IV sez., 24 aprile 2024, n. 3739);

RITENUTO, pertanto, che, al fine di evitare che l'esito della gara sia alterato dalle dichiarazioni, non verificate, dei concorrenti, è opportuno che la Stazione appaltante sottoponga a verifica ciascuna delle offerte pervenute, richiedendo di precisare e argomentare sulla base di quali elementi sono stati dichiarati, in offerta, i numeri relativi ai convegni, alle iniziative culturali e alle iniziative di marketing che si intendono svolgere. In particolare, la necessità di una verifica generalizzata della serietà e attendibilità delle offerte pervenute deriva dall'articolato della *lex specialis* di gara ed, in particolare, dalle clausole che consentivano di autodichiarare, nell'offerta tecnica, i numeri dei convegni/iniziative culturali e di marketing che sarebbero stati svolti senza richiedere apposita documentazione probatoria a sostegno della realizzabilità della proposta (aspetto che, come sopra rilevato, non consente di censurare l'operato della Commissione di gara nell'attribuzione dei punteggi numerici) e dalla stessa modalità di attribuzione del punteggio (numerico a proporzionalità inversa), non basato sul valore in assoluto dell'offerta presentata da ciascun concorrente bensì sul suo valore "relativo" ovvero confrontato con le offerte degli altri. La mancata verifica dell'attendibilità delle offerte presentate determinerebbe, pertanto, il rischio di pervenire ad un esito della gara (per tale intendendosi la formulazione della graduatoria e le esclusioni comminate per mancato superamento della soglia di sbarramento) potenzialmente inidoneo a rappresentare e premiare la reale migliore offerta;

RITENUTO, peraltro, che qualora dovesse emergere l'inattendibilità dell'offerta formulata da uno o più dei concorrenti in relazione ai criteri 8, 12 e 13 - tenuto conto del principio di immodificabilità dell'offerta - l'Amministrazione sarebbe tenuta a ricalcolare i punteggi, a verificare se l'istante possa in tal modo superare la soglia di sbarramento, e a riformulare, conseguentemente, la graduatoria (sul punto cfr. Cons. Stato 3739/2024 cit.);

CONSIDERATO, in relazione all'elemento 9, che, sulla base di quanto affermato dalle parti – non è stato, infatti, trasmesso uno stralcio dell'offerta tecnica –, non appare corretto l'iter logico-giuridico seguito dalla Commissione nell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica dell'istante. La due diligence, il codice etico e di condotta, i canali di segnalazione, il monitoraggio delle spese, la revisione e l'aggiornamento periodico costituiscono, a tutti gli effetti, misure di prevenzione della corruzione, dotate di una propria autonomia e specificità, tali da non poter essere considerate come costituenti una sola politica anticorruzione. Si osserva, in termini generali, che la prevenzione della corruzione è una politica aziendale (unica) che si declina, necessariamente, in una pluralità di misure/strategie per renderla concretamente applicabile e attuabile. Pertanto, anche laddove la terminologia utilizzata dall'istante non fosse stata del tutto conforme a quanto previsto nel criterio di valutazione delle offerte (l'istante sembrerebbe, infatti, aver riferito di "esempi concreti" di una politica della prevenzione della corruzione), in ogni caso, la Commissione avrebbe dovuto tenere in debita considerazione, ai fini dell'attribuzione del punteggio, l'assoluta eterogeneità delle misure indicate;

Il Consiglio

Ritiene, alla luce delle argomentazioni che precedono e nei limiti del sindacato sulle scelte discrezionali della Stazione appaltante e sulle valutazioni tecnico-discrezionali della Commissione, che:



- non appare viziata da manifesta illogicità la scelta della Stazione appaltante di ancorare la soglia di sbarramento al punteggio conseguito dai concorrenti in relazione ai soli elementi tecnici da inserire nella busta B, con esclusione del Key Money e dell'Utile minimo garantito;
- non appaiono affette da vizi di manifesta illogicità o abnormità le valutazioni effettuate dalla Commissione di gara e i punteggi assegnati alle offerte tecniche dell'istante e degli altri concorrenti in relazione agli elementi 8, 12 e 13. Al fine di evitare che l'esito della gara e il punteggio conseguito dall'istante siano alterati dalle dichiarazioni rese in offerta tecnica dai partecipanti, è opportuno che la Stazione appaltante sottoponga a verifica le offerte presentate e, laddove accerti la non attendibilità di quanto proposto, sarà tenuta a ricalcolare i punteggi e a riformulare la graduatoria;
- sulla base delle informazioni fornite dall'istante e dalla Stazione appaltante, non appare corretto l'iter logico-giuridico seguito dalla Commissione nell'attribuzione del punteggio all'istante per l'elemento 9 "*anticorruption policies*".

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 agosto 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente