



DELIBERA N. 341

10 luglio 2024

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 presentata da Andreani Tributi S.r.l. – Servizi di supporto agli uffici comunali per la gestione della riscossione ordinaria, volontaria, dell'accertamento, del recupero dell'evasione e della riscossione coattiva delle entrate comunali per la durata di cinque anni – Importo a base di gara: euro 866.650,00 – S.A. Comune di Torchiarolo (BR) – CIG: A01A2785A4 - **istanza congiunta per adesione**

UPREC-PRE 0120-2024-S

Riferimenti normativi

Art. 88, co. 3 del d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Offerta economica – chiarimenti - distorsione

Massima

Offerta economica – chiarimenti – mancata pubblicazione – distorsione della concorrenza

Il fatto che i chiarimenti attinenti al calcolo del corrispettivo, e quindi alla formulazione dell'offerta economica, siano stati resi solamente al concorrente richiedente produce l'effetto di una distorsione della concorrenza.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 10 luglio 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 48415 del 19 aprile 2024, e la relativa memoria, presentata dall'operatore economico Andreani Tributi S.r.l., giunto secondo nella gara in oggetto e gestore uscente del servizio, che contesta l'aggiudicazione a favore di Creset S.r.l.. L'istante rappresenta che a seguito di



accesso agli atti si avvedeva l'operatore economico aggiudicatario era stato posto in condizione di presentare l'offerta economica di maggiore convenienza grazie all'indicazione fornitagli dalla stazione appaltante in risposta a una richiesta di chiarimenti non pubblicata sulla piattaforma. In particolare, Andreani Tributi S.r.l. afferma che la S.A. avrebbe fornito solo al concorrente Creset S.r.l. il chiarimento secondo cui l'aggio per l'attività di accertamento e l'aggio per l'attività di riscossione si sarebbero sommati in caso di prestazione di entrambe le attività. Secondo quanto prospettato dall'istante, Creset S.r.l. offriva, giovandosi di tale informazione, un ribasso del 99% sull'aggio della riscossione, aggiudicandosi la gara. L'istante chiede quindi un parere all'Autorità, in quanto ritiene che la condotta della S.A. abbia causato una distorsione della concorrenza;

VISTO l'avvio del procedimento con nota prot. n. 52799 in data 6 maggio 2024;

VISTA la nota di adesione della stazione appaltante Comune di Torchiarolo, acquisita al prot. n. 49836 del 24 aprile 2024, con la quale il Comune invoca l'inammissibilità dell'istanza per tardività essendo stata presentata oltre il termine di trenta giorni dal provvedimento di aggiudicazione adottato con determina n. 136 del 14 marzo 2024. Con successiva memoria, acquisita al prot. n. 54868 del 13 maggio 2024, l'Amministrazione riferisce che il disciplinare di gara in questione, pubblicata il 9 novembre 2023 e condotta tramite la piattaforma telematica Traspare della C.U.C. Unione dei comuni di Montedoro, prevedeva che il corrispettivo fosse costituito sia da un «compenso ad aggio del 10% oltre IVA rapportato in misura unica all'ammontare lordo effettivamente riscosso dall'Ente relativamente all'emersione dell'evasione Imu – Tari» sia da un «compenso ad aggio del 20% oltre IVA, soggetto a ribasso, a seguito dell'attività di riscossione coattiva, sugli importi effettivamente riscossi». Riferisce poi che l'operatore economico Creset S.r.l. formulava una richiesta di chiarimenti per chiedere conferma del fatto che l'aggio a base d'asta per l'attività di accertamento (10%) fosse autonomo e aggiuntivo rispetto a quello previsto per la riscossione coattiva (20%). Il RUP della gara rappresenta di aver risposto a tale richiesta con nota pubblicata sul portale Traspare nella sezione "documenti", anziché nella sezione "chiarimenti", nel senso che «L'aggio a base d'asta per la riscossione coattiva a seguito di accertamenti emessi e notificati si intende aggiuntivo a quello previsto, a base d'asta, per la riscossione coattiva». All'esito della gara, l'o.e. Creset S.r.l. risultava aggiudicatario e l'istante Andreani Tributi S.r.l. si collocava al secondo posto in graduatoria. L'Amministrazione rappresenta che quest'ultimo presentava una prima istanza di accesso agli atti dopo l'aggiudicazione provvisoria ma che, non essendo ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva, non era possibile corrispondere alla richiesta, mentre una volta intervenuta l'aggiudicazione definitiva il Comune riscontrava tempestivamente l'istanza. Con l'occasione, la S.A. riferisce anche che l'operatore economico Andreani Tributi S.r.l. veniva interpellato in occasione dei chiarimenti in quanto, essendo il gestore attuale del servizio, gli veniva chiesto di fornire i dati della gestione, e pertanto esso era consapevole dei chiarimenti richiesti. In ogni caso, l'Amministrazione evidenzia di essersi limitata a ribadire quanto già espresso dalla *lex specialis*, e pertanto insiste per l'inammissibilità e infondatezza dell'istanza presentata da Andreani Tributi S.r.l.;

VISTA la nota di adesione dell'aggiudicatario Creset S.r.l., acquisita al prot. n. 49574 del 23 aprile 2024, con cui l'operatore economico eccepisce l'inammissibilità dell'istanza per tardività evidenziando, con memoria acquisita al prot. n. 54613 del 10 maggio 2024, che ai sensi dell'art. 36, co. 9 del d.lgs. 36/2023, in materia di accesso agli atti, il termine di trenta giorni per impugnare l'aggiudicazione in sede giurisdizionale decorre comunque dalla comunicazione di tale provvedimento. Nel merito, anche Creset S.r.l. sostiene che il chiarimento oggetto dell'istanza di precontenzioso veniva pubblicato sulla piattaforma della C.U.C. nella sezione "documenti" ed era quindi accessibile a tutti i concorrenti che avessero usato la normale diligenza. Inoltre, l'o.e. riferisce che l'istante era comunque al corrente della richiesta, e chiede pertanto di ritenere l'istanza inammissibile e infondata;



VISTA la memoria di replica dell'istante, acquisita al prot. n. 55730 del 14 maggio 2024, con cui, nell'insistere per l'ammissibilità dell'istanza, l'operatore economico rileva di aver presentato una prima istanza di accesso agli atti subito dopo il provvedimento del 25 gennaio 2024 di aggiudicazione definita erroneamente "provvisoria" dall'Amministrazione, reiterandola il successivo 5 febbraio, mentre solamente il 22 marzo 2024 l'Ente riscontrava la richiesta, senza mai aver comunicato l'aggiudicazione "definitiva" del 14 marzo. Ne deriverebbe la tempestività e quindi l'ammissibilità dell'istanza di precontenzioso, presentata entro il termine di trenta giorni dall'acquisizione della documentazione richiesta con istanza di accesso, anche sulla base del rilievo che, trattandosi di gara pubblicata prima del 31 dicembre 2023, in tema di accesso agli atti si applicherebbe l'art. 53 del codice previgente d.lgs. 50/2016, secondo quanto disposto dalle "Disposizioni transitorie e di coordinamento" del nuovo Codice (art. 225, co. 2 del d.lgs. 36/2023). Nel merito, l'o.e. istante insiste nell'affermare che il chiarimento fornito a seguito della richiesta di Creset S.r.l. non è visibile nella piattaforma neanche nella sezione "documenti", così come non sono visibili i dati della gestione forniti in veste di gestore uscente in risposta alla richiesta del Comune. L'istante sottolinea la rilevanza della questione della cumulabilità degli aggi e della necessità di una espressa indicazione della S.A. su tale aspetto, portando ad esempio il caso di un diverso Comune che, in assenza di un'espressa previsione, negava il riconoscimento del doppio aggio a fronte del duplice servizio di accertamento e di riscossione coattiva;

VISTE le successive note della stazione appaltante, acquisite ai prot. 64327 del 7 giugno 2024 e 69957 del 20 giugno 2024 a riscontro dei supplementi istruttori disposti dall'Autorità, nelle quali l'Amministrazione insiste per l'inammissibilità dell'istanza per tardività sulla base di nuove considerazioni per cui la determina n. 36 del 25 gennaio 2024, erroneamente denominata "aggiudicazione provvisoria", costituirebbe in realtà l'unico provvedimento di aggiudicazione che, in quanto unico atto lesivo, doveva essere impugnato tempestivamente, mentre il provvedimento di aggiudicazione adottato con determina n. 136 del 14 marzo 2024, pubblicato sull'albo pretorio dell'ente il 18 marzo 2024 e sulla piattaforma "Traspare" utilizzata per la gara il 15 maggio 2024, era meramente "confermativo" del primo. Secondo l'Amministrazione, l'istante, per rimanere in termini, avrebbe dovuto impugnare il silenzio rifiuto formatosi dopo la prima richiesta di accesso agli atti rimasta inevasa ma, non avendo agito in tal senso, sarebbe ormai fuori termine. Nel merito della questione controversa, la S.A. ammette che effettivamente i chiarimenti pubblicati nella sezione "Documenti" erano visibili solo dall'aggiudicatario ma ritiene che l'istante, essendo a conoscenza della richiesta di chiarimenti, si sarebbe dovuto attivare per ottenere la risposta. La S.A. insiste poi nel ritenere il chiarimento pleonastico data la chiarezza della *lex specialis* sul punto. Su espressa richiesta dell'Autorità, inoltre, la S.A. riferisce che il bando della gara precedente prevedeva un aggio unico e pertanto non si poneva una questione analoga di cumulo degli aggi;

RITENUTO preliminarmente, in relazione alla questione dell'ammissibilità dell'istanza e quindi alla presunta tardività della stessa invocata dalla stazione appaltante e dal controinteressato, di richiamare le considerazioni espresse dal Consiglio di Stato (Sez. V, 4 aprile 2023, n. 3452) secondo cui «quando il provvedimento adottato dall'organo competente si limita all'approvazione della proposta di aggiudicazione, demandando ad un momento successivo l'aggiudicazione, in tale ultima eventualità la determina di (sola) approvazione della proposta di aggiudicazione rimane interna al procedimento, che si conclude soltanto con la determina di aggiudicazione. Diversamente si deve invece ritenere quando l'organo competente della stazione appaltante, senza esplicitamente provvedere all'approvazione della proposta ovvero provvedendovi contestualmente, provveda (anche) all'aggiudicazione ai sensi dell'art. 32, comma 5, citato. La verifica positiva del possesso dei requisiti, secondo il Codice dei contratti pubblici, è condizione di efficacia (non di esistenza, né di validità) del provvedimento di aggiudicazione. Non si può escludere che, nel caso concreto, l'organo competente della stazione appaltante, piuttosto che



condizionare la sola *efficacia* dell'aggiudicazione alla verifica del possesso dei requisiti, rinvii all'esito di quest'ultima anche l'adozione del provvedimento di aggiudicazione (secondo una condotta prudentiale *praeter legem*). In definitiva, la qualificazione dei provvedimenti adottati dall'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante non va condotta in astratto, ma tenendo conto della lettera e del contenuto del singolo provvedimento. Va ora considerato che nel nuovo Codice dei contratti (d.lgs. 36/2023) la scelta effettuata dal legislatore è l'adozione del provvedimento di aggiudicazione solo dopo la verifica dei requisiti dell'operatore economico. Lo prevede l'art. 17, co. 5, il quale dispone: «L'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace»»;

CONSIDERATO quindi che, nel caso di specie, con determinazione n. 36 del 25 gennaio 2024 denominata "aggiudicazione provvisoria" il Responsabile del Settore si limitava a "prendere atto" delle risultanze del verbale della seduta conclusiva di gara, recante la proposta di aggiudicazione a favore della Creset S.r.l. e disponeva di procedere alle attività conseguenti di verifica dei requisiti e di aggiudicazione. Appare evidente quindi che, nel caso di specie, l'aggiudicazione era demandata ad un momento successivo, dopo la verifica dei requisiti, come d'altra parte prevede il nuovo codice dei contratti d.lgs. n. 36/2023 ("L'organo competente a disporre l'aggiudicazione [...] dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione"). Pertanto, la determinazione n. 36 del 25 gennaio 2024 è da considerare interna al procedimento, che si concludeva soltanto con la determinazione di aggiudicazione n. 136 del 14 marzo 2024 conseguente al controllo dei requisiti. D'altronde la stessa Amministrazione riferiva, nella prima memoria prodotta a seguito dell'avvio del procedimento, che la prima richiesta di accesso era stata avanzata in un momento in cui non si era ancora addivenuti all'aggiudicazione e pertanto essa non poteva trovare riscontro e che infatti l'istante reiterava l'istanza di accesso il 20 marzo 2024, a seguito della determina di aggiudicazione del 14 marzo conclusiva del procedimento, e a tale nuova istanza egli otteneva risposta in data 22 marzo 2024. Emerge inoltre che a seguito del riscontro all'istanza di accesso agli atti l'istante veniva a conoscenza dei giustificativi presentati dal concorrente aggiudicatario, nei quali era chiaramente evidenziato come il calcolo del corrispettivo offerto fosse stato effettuato in base all'informazione ottenuta dal chiarimento n. 1;

CONSIDERATO che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha sempre ritenuto congruo il termine di 30 giorni previsto per l'impugnazione degli atti delle procedure di affidamento degli appalti pubblici, purché decorrente dal momento in cui si realizza la conoscenza effettiva delle ragioni del provvedimento da impugnare e dei documenti utili a consentire un pieno esercizio del diritto di difesa dell'interessato.

CONSIDERATO che, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza a seguito dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 2 luglio 2020, n. 12, è stato affermato che «L'impresa interessata a proporre un ricorso ha l'onere di consultare il profilo del committente, dovendosi desumere la conoscenza legale degli atti dalla data nella quale ha luogo la loro pubblicazione con i relativi allegati (data che deve costantemente risultare dal sito). [...] La proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la dilazione temporale "quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta"» (Cons. Giust. Amm., Sent., 22 aprile 2022, n. 508; Cons. Stato, Sez. V, n. 2736 del 15 marzo 2023);

CONSIDERATO che nel caso di specie, invece, i giustificativi dell'offerta del concorrente aggiudicatario venivano conosciuti solamente in data 22 marzo 2024 all'esito di apposita istanza di accesso agli atti;



RITENUTA pertanto, alla luce di tutti gli elementi sopra descritti, ammissibile l'istanza di precontenzioso presentata il 19 aprile 2024, entro trenta giorni dall'esito dell'accesso agli atti, in quanto i motivi di contestazione conseguono alla conoscenza dei giustificativi presentati dall'aggiudicatario, nei quali viene evidenziato come il calcolo del corrispettivo offerto sia dipeso dalle informazioni fornite con il chiarimento n. 1, non pubblicato e quindi noto solamente al richiedente;

CONSIDERATO, nel merito della questione posta, che il punto 4 del disciplinare di gara ("Valore complessivo della remunerazione"), e l'articolo 3 del capitolato di gara ("Importo contrattuale"), prevedevano che il corrispettivo fosse costituito, oltre che da un compenso fisso non soggetto a ribasso, dalle seguenti voci: «- compenso ad aggio del 10% oltre IVA, soggetto a ribasso, rapportato in misura unica all'ammontare lordo effettivamente riscosso dall'Ente relativamente all'emersione dell'evasione; - compenso ad aggio del 20% oltre IVA, soggetto a ribasso, a seguito dell'attività di riscossione coattiva, sugli importi effettivamente riscossi»;

VISTA la richiesta di chiarimenti avanzata dal concorrente Creset S.r.l., con la quale egli, fra i diversi quesiti posti, chiedeva anche di «chiarire se l'aggio a base d'asta per la riscossione coattiva a seguito di accertamenti emessi e notificati (10%) debba intendersi aggiuntivo a quello previsto a base d'asta per la riscossione coattiva (20%)», alla quale la S.A. rispondeva che «L'aggio a base d'asta per la riscossione coattiva a seguito di accertamenti emessi e notificati si intende aggiuntivo a quello previsto, a base d'asta, per la riscossione coattiva»;

VISTO l'art. 88, co. 3 del d.lgs. 36/2023, a tenore del quale «Le ulteriori informazioni richieste sui documenti di gara sono comunicate a tutti gli offerenti oppure rese disponibili sulla piattaforma di approvvigionamento digitale e sul sito istituzionale almeno sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte e almeno quattro giorni prima quando il termine per la ricezione delle offerte è ridotto»;

CONSIDERATO che, a seguito di un apposito supplemento di istruttoria effettuato nel procedimento di precontenzioso, la S.A. ammetteva che i chiarimenti erano visibili solo al richiedente. Occorre considerare che il chiarimento riguardante la possibilità di cumulo degli aggi atteneva alle modalità di calcolo del corrispettivo e riguardava quindi direttamente la formulazione dell'offerta economica, tant'è che dai giustificativi presentati dall'aggiudicatario emerge che il corrispettivo offerto era dipeso dalla risposta dell'Amministrazione al chiarimento n. 1, non pubblicato e quindi noto solamente al richiedente. Tale situazione ha di fatto causato una distorsione della concorrenza in quanto un elemento rilevante ai fini della formulazione dell'offerta economica era noto solo ad un concorrente. Non risulta dirimente, in proposito, il fatto che all'istante fosse stata fornita copia della richiesta di chiarimenti, in quanto egli era stato interpellato dalla S.A. in quanto gestore uscente solo "al fine di fornire i dati richiesti relativi al gettito e agli accertamenti effettuati";

CONSIDERATO l'orientamento consolidato della giurisprudenza (C.G.A., 8 aprile 2024, n. 28; Cons. Stato, Sez. V, 2 gennaio 2024, n. 50; 7 settembre 2022, n. 7793; Sez. III, 23 novembre 2022, n. 10301), secondo cui i chiarimenti della stazione appaltante sono ammissibili nei limiti in cui non comportino una modifica o integrazione della disposizione della *lex specialis*, ma rendano solo più trasparenti le previsioni di gara. La trasparenza delle regole di gara è strumentale a tutelare l'interesse alla partecipazione dei singoli operatori economici, in modo da consentire agli stessi di presentare un'offerta ammissibile e competitiva (CGUE, sez. IX, 2 giugno 2016, C- 27/15);

CONSIDERATO che, sebbene la S.A. insista nel considerare il chiarimento in parola superfluo e attinente ad un aspetto già chiaramente espresso dal disciplinare, in realtà si osserva che dal tenore letterale della *lex specialis* non emerge alcun riferimento all'aspetto del cumulo degli aggi, tanto che lo stesso



concorrente risultato aggiudicatario rivolgeva alla S.A. la richiesta di chiarire tale aspetto, ottenendo un'informazione utile ai fini della formulazione dell'offerta economica. Dall'istruttoria svolta è emerso altresì che il bando precedente, ad esempio, non prevedeva un doppio aggio bensì un aggio unico. Il chiarimento in questione può pertanto essere ritenuto ammissibile in quanto aveva lo scopo di esplicitare meglio le modalità di calcolo del corrispettivo, ma il fatto che esso non fosse conoscibile da parte di tutti i concorrenti ha comportato un'asimmetria informativa tale da causare una distorsione della concorrenza nella fase di presentazione delle offerte;

RITENUTO quindi, alla luce di tutto quanto sopra considerato, che nel caso di specie si è verificata una distorsione della concorrenza dovuta alla non conoscibilità delle risposte ai chiarimenti attinenti alla formulazione dell'offerta economica da parte di tutti i concorrenti. La S.A. è tenuta ad agire in autotutela al fine di rinnovare la procedura di gara nel rispetto della *par condicio*.

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- nel caso di specie, si è verificata una distorsione della concorrenza dovuta alla non conoscibilità delle risposte ai chiarimenti attinenti alla formulazione dell'offerta economica da parte di tutti i concorrenti. La S.A. è tenuta ad agire in autotutela al fine di rinnovare la procedura di gara nel rispetto della *par condicio*.

Ai sensi dell'art. 220, comma 1 del Codice, qualora la Stazione appaltante non intendesse conformarsi al parere dovrà comunicare, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che potrà proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 16 luglio 2024

P. Il Segretario verbalizzante Laura Mascali

Valentina Angelucci

Firmato digitalmente