



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**DELIBERA N. 621**

**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. - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di accertamento e riscossione del canone sulle iniziative pubblicitarie, dei diritti sulle pubbliche affissioni, compresa la materiale affissione dei manifesti e del COSAP (canone occupazione di spazi e aree pubbliche) – CIG: 6863605A04- Importo a base d'asta: 118.335,20 euro – S.A. Unione Comuni Alta Gallura

**PREC 136/18/S**

### **Il Consiglio**

VISTA l'istanza di parere prot. n. 94547 del 24 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, la 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, in esito alla richiesta di accesso formulata, comunicava alla società istante la data utile per l'accesso «specificando, inoltre, che l'offerta tecnica della ditta aggiudicataria ABACO S.p.A. sarebbe stata sottratta all'accesso, a seguito di diniego dichiarato dalla ditta stessa in sede di gara, ai sensi di quanto disposto dall'articolo 53, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016»; a fronte della risposta della società istante che riteneva inutile l'accesso con mancata consultazione dell'offerta tecnica, la stazione appaltante richiedeva alla aggiudicataria «di voler specificare dettagliatamente le parti delle offerta tecnica da assoggettare a privativa, al fine di contemperare le esigenze di entrambe le ditte e di garantire l'equilibrio tra l'accesso agli atti e la riservatezza, ai sensi dell'articolo 53 del d.lgs. n. 50/2016». Inoltre, la stazione appaltante ha rappresentato che, a fronte della specificazione fornita dall'aggiudicataria, «riteneva di estendere la possibilità di visione e riproduzione ad ulteriori parti dell'offerta», concedendo l'accesso in data 1 agosto 2017. Relativamente alla seconda contestazione, è stato evidenziato che, come rappresentato dal Comune di Tempio Pausania, «nel codice SIOPE di riferimento denominato “canoni di concessioni spazi e aree pubbliche” sono ricomprese entrate di natura diversa, gestite direttamente dal Comune o che comunque non costituiscono oggetto della concessione da riferire alla gara



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

suindicata. Dal puntuale esame delle partite contabili riportate dal Comune di Tempio Pausania, si comprende che il valore relativo al gettito introitato per le imposte e le tasse oggetto di gara è corretto e perfettamente coerente con i dati di bilancio dell'ente»;

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 24 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 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 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;



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

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