



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 105 del 15 gennaio 2020

Fasc. 2953/2017

Oggetto: Concessione di progettazione, costruzione e gestione del nuovo centro di produzione pasti del Comune di Desio - richiesta di verifica di regolarità amministrativa e contabile della delibera n. 191 del 13.10.2015.

Stazione appaltante: Comune di Desio

Il Consiglio

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

1. Premessa

Con nota a firma del sig. Claudio Fiore, acquisita al protocollo ANAC n. 76670 del 6.06.2017, è stata segnalata all'Autorità la rinegoziazione di un contratto di concessione risalente al 2005 e in scadenza nel gennaio 2018, per effetto della quale la concessione è stata prolungata per altri 10 anni, ossia sino al dicembre 2027.

Il segnalante ha chiesto di verificare la legittimità sotto il profilo amministrativo e contabile della predetta operazione, disposta con delibera di G.C. n. 191 del 13.10.2015.

Alla luce della documentazione esaminata e delle memorie prodotte dal Comune di Desio, si ricava la seguente ricostruzione dei fatti.

2. Considerato in fatto

In data 24 aprile 2002 il Comune di Desio bandiva la gara pubblica per l'affidamento in *project financing* della concessione in oggetto, su proposta del promotore C.A.M.S.T. S.c.r.l.

Lo schema di convenzione posto a base di gara all'art. 8 (Variazioni contrattuali) prevedeva che:

“Ai sensi dell'articolo 19, comma 2, della legge 109/'94 e ss.mm., nel caso di variazioni apportate dall'Amministrazione durante il periodo di concessione alle condizioni che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, nonché nel caso di norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione su tale equilibrio, le parti procederanno alla revisione della presente convenzione mediante rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziario”.

Nel gennaio 2004 la gara era aggiudicata in via definitiva al raggruppamento costituito da CIR Food Spa e Orion Scarl, che in seguito costituivano la società di scopo Desio Food Spa.

Il 28 settembre 2005 il Comune di Desio stipulava con la società Desio Food Spa di Reggio Emilia il contratto di concessione relativo alla progettazione, costruzione e gestione di un centro di produzione pasti con annesso self-service, a servizio di utenti scolastici, sociali e dei dipendenti comunali.

Stando agli atti acquisiti, il costo dell'investimento era stimato inizialmente pari ad euro 2.905.669,00, la quota di ammortamento euro 3.661.458,67, mentre il valore del servizio affidato in concessione, calcolato sul prezzo dei pasti stimati per gli 11 anni di durata della gestione (dall'8.01.2007 al 7.01.2018), era quantificato in euro 3.762.000.

Tra gli elementi fondamentali della concessione la Convenzione-contratto includeva, oltre alla misura dell'investimento iniziale, dei costi di manutenzione da sopportare e alle tariffe da applicare, soggette ad aggiornamento ISTAT, la produttività del servizio nella misura di 320.000 pasti annui per utenze scolastiche e sociali e di 22.000 pasti annui per utenze del self service (per un totale di 342.000).

All'art. 15 della Convenzione-contratto era previsto che:

“C) Il Concessionario è tenuto a una rigorosa rendicontazione del numero di pasti erogati, suddivisi per le tipologie di cui al precedente punto B).

D) Qualora a consuntivo di ogni singolo esercizio annuale, in cui è suddivisibile il periodo di gestione previsto dalla presente concessione-contratto, il numero di pasti erogato complessivamente dal Concessionario risultasse superiore al 5% della sommatoria dei pasti di cui al precedente punto A), il Concessionario e l'Amministrazione concorderanno una riformulazione delle condizioni di equilibrio economico e finanziario della concessione, in favore dell'Amministrazione, da attuarsi attraverso la revisione del piano economico-finanziario della presente convenzione-contratto. Tale riformulazione dovrà comunque rispettare, anche attraverso la rideterminazione di uno o più di uno dei prezzi di cui al precedente punto B), le condizioni necessarie per la salvaguardia dei parametri di redditività, oltre che di recupero del capitale investito, con le modalità e la tempistica previste nel piano economico-finanziario citato.

Parimenti, qualora, con la stessa cadenza periodica, il numero di pasti erogato complessivamente dal Concessionario risultasse invece inferiore del 5% della sommatoria dei pasti di cui al precedente punto A), il Concessionario e l'Amministrazione opereranno una revisione del piano economico-finanziario. Tale riformulazione dovrà perseguire la ricostituzione delle condizioni di equilibrio economico-finanziario della concessione da attuarsi mediante revisione dei prezzi di cui al precedente punto B) e/o mediante l'attuazione di altre formule trovate di comune accordo fra le parti, non esclusa la possibilità di proroga del termine di scadenza della concessione (come previsto dall'art. 19, comma 2 bis, della legge 109/'94 e ss. mm.), proroga che comunque non potrà eccedere il periodo di 3 (tre) anni.”

Con la delibera n. 191/2015 la Giunta Comunale ha approvato un piano di rinegoziazione delle condizioni contrattuali che prevedeva anche la proroga della concessione per 10 anni, allo scopo di riconoscere al concessionario la somma delle quote di ammortamento dell'investimento non introitate negli anni 2009-2017 per ridotta produttività del servizio, corrispondente ad euro 1.361.000,00.

Nella citata delibera, la revisione delle condizioni e della durata contrattuale è motivata richiamando la previsione contrattuale (art. 15 lett. D) che consentiva di concordare una

rideterminazione dell'equilibrio economico-finanziario nell'ipotesi di scostamenti superiori al 5%, sia positivi che negativi, nella produzione dei pasti. I presupposti per l'applicazione della predetta clausola discenderebbero dalla sensibile contrazione dei volumi di domanda intervenuta in corso di esecuzione, in parte per cause endogene (introduzione dei buoni pasto per i dipendenti comunali, da parte del Comune di Desio), in parte per cause esogene (riduzione del numero dei rientri pomeridiani degli alunni, disposta dagli istituti scolastici che fruiscono del servizio).

Difatti, *“dall'1/10/2005 l'Amministrazione Comunale, come si evince dalla comunicazione prot. n. 24939 del 20/06/2005, ha stabilito di attribuire ai dipendenti i buoni pasto sostitutivi del servizio mensa, spendibili negli esercizi pubblici convenzionati, andando così ad incidere, già da subito e in misura rilevante sul contenuto del contratto di concessione, nella parte relativa al numero di pasto previsti negli anni di gara”* (così la delibera 191/2015 e la Convenzione del 26.05.2016).

Inoltre, a partire dal 2009 si è registrata una ulteriore contrazione della domanda dovuta alla scelta di molti istituti scolastici, soprattutto della scuola media, di ridurre il numero dei rientri pomeridiani.

Tabella 1. – Erogazione pasti

Anno	Pasti previsti	Pasti prodotti	Scostamento percentuale complessivo	Scostamento per buoni pasto (A) %	Scostamento in scuole medie (B)* %	Somma scostamenti A+B %
2007	342.000	331.684	-3,02	- 6,43	0,00	-6,43
2008	342.000	331.278	-3,14	- 6,43	0,58	-5,85
2009	342.000	314.510	-8,04	- 6,43	-0,88	-7,31
2010	342.000	321.247	-6,07	- 6,43	-3,34	-9,77
2011	342.000	305.120	-10,78	- 6,43	-5,15	-11,58
2012	342.000	320.111	-6,40	- 6,43	-4,71	-11,14
2013	342.000	314.661	-7,99	- 6,43	-4,59	-11,03
2014	342.000	310.454	-9,22	- 6,43	-5,31	-11,75
Media	342.000	318.633	-6,8325	-6,43	-2,925	-9,3575

*(*ritenuto imputabile alla mutata pianificazione dei rientri pomeridiani.)*

Per altro verso, la revisione contrattuale, pur motivata nella delibera con le circostanze sopra illustrate, si fonderebbe sull'applicazione dell'art. 8, comma 8, lett. a) del DL 66/2014, convertito in legge 89/2014, secondo cui le PPAA sono autorizzate a ridurre gli importi dei contratti in essere o solo aggiudicati, nella misura del 5% per tutta la durata residua dei contratti stessi; con facoltà delle parti di rinegoziare il contenuto del contratto in funzione della suddetta riduzione.

Ai fini dell'applicazione di tale norma, con la delibera in esame si stabilisce di ridurre il prezzo unitario del buono pasto da euro 5,91 iniziali, ad euro 4,71 per gli anni 2015-2017 ed euro 4,81 a partire dal 2018; salvo qualificare una parte rilevante della detrazione come

anticipazione, vincolandola a restituzione da parte del Concedente nel corso della proroga contrattuale¹.

In seguito il Comune di Desio, in attuazione della delibera n. 191/2015, in data 26.05.2016 ha stipulato con la società Desio Food un nuovo contratto con scadenza al 2027.

In questo atto, per effetto della predetta rimodulazione dei prezzi e del prolungamento della durata del contratto, l'importo contrattuale è stato rideterminato in euro 19.338.320,00.

A detta dell'Ente, la clausola, prevedendo la possibilità di un riequilibrio non solo a favore del Concessionario, ma anche a favore dell'Amministrazione, era volta a tener conto di eventuali cambiamenti, in un arco di tempo lungo come quello della concessione, dei calendari scolastici, che non sono nella disponibilità dell'Amministrazione comunale, bensì dipendono dalle autonome decisioni dei singoli istituti scolastici.

Nel caso concreto, secondo la stazione appaltante, la riduzione del numero di rientri pomeridiani stabilita dagli Istituti scolastici, in particolare nella scuola media, sommata all'erogazione dei buoni pasto ai dipendenti comunali, avrebbe determinato una contrazione della domanda mediamente nell'ordine del 9,35% nel periodo 2007-2014 (di cui 6,43% per i soli buoni pasto).

Con nota n. 89515 del 30.10.2018 l'Ufficio ha mosso alla Stazione appaltante alcune contestazioni, attinenti in particolare:

- la legittimità della clausola di revisione contrattuale prevista nel contratto per ogni variazione di domanda superiore al 5%;
- l'accollo integrale del rischio di domanda sulla Stazione appaltante, per effetto combinato di tale clausola contrattuale e di altre misure adottate dall'Amministrazione comunale (l'istituzione del servizio di buoni pasto);
- la congruità della proroga decennale concessa a compensazione dei mancati introiti dell'impresa, che ha sottratto lungamente il servizio alla libera concorrenza;
- l'inadeguata esplicitazione del nesso tra le scelte organizzative degli Istituti didattici serviti e la dichiarata contrazione della domanda;
- la conformità del richiamo all'art. 8, comma 8, del DL 66/2014.

Il Comune di Desio ha fornito le proprie controdeduzioni in sede di audizione e tramite memoria scritta. In tali sedi, l'Amministrazione si è soffermata ad illustrare, tramite i dati di cui alle due tabelle qui riportate, i fattori che hanno inciso sulle variazioni nel numero di pasti intervenute nel periodo 2007-2014. In particolare la tabella 2. varrebbe a comprovare il collegamento tra le scelte organizzative degli Istituti didattici in merito ai rientri pomeridiani e la contrazione della domanda di pasti.

Tabella 2. – Dati pasto scuole medie

Anno	Totale pasti Sc. Medie	% Scost./2007	Rientri	% Scost./2007
------	---------------------------	------------------	---------	------------------

¹ Più precisamente, Desio Food Spa, in applicazione del D.L. n. 66/2014, riconosce uno sconto incondizionato, non soggetto a restituzione, pari ad € 0,11 per ogni pasto erogato dal 01/01/2015 al 31/12/2017, nonché uno sconto di € 10.000,00 annui sul servizio di scodellamento per tutta la durata residua del contratto;

Per quanto esposto in delibera, quindi, il totale delle somme riconosciute a titolo di sconto ammonta ad € 230.320,00, così composti:

-€ 100.320,00 (0,11 x 304.000 x 3): sconto sui pasti 2015-2017;

-€ 130.000,00 (10.000 x 13): sconto sul servizio di scodellamento 2015-2027;

2007	53935	0	276	0
2008	55911	3,66	256	-7,25
2009	50937	-5,56	244	-11,59
2010	42529	-21,15	244	-11,59
2011	36321	-32,66	244	-11,59
2012	37836	-29,85	232	-15,94
2013	38222	-29,13	232	-15,94
2014	35759	-33,7	232	-15,94
Media	43931,25	-18,5488	245	-11,23

Il dato riguarda l'utenza delle scuole medie, perché nelle elementari non vi sono state variazioni dei rientri pomeridiani.

In merito alla soglia del 5% per l'attivazione della procedura di revisione del contratto, l'Amministrazione ha tenuto a ribadire che essa è applicabile tanto agli scostamenti di segno + (che consentono all'ente di rinegoziare al ribasso) sia a quelli di segno - (che consentono all'impresa di negoziare al rialzo).

In ultimo, allo scopo di chiarire l'esistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 8, comma 8, del D.L. 66/2014, l'Amministrazione, oltre a rinviare alle motivazioni della delibera, ha fornito i dati relativi al valore contrattuale medio, con specifica della quota a carico dell'Amministrazione, nel periodo pre-rinegoziazione e nel periodo post-rinegoziazione, da cui si evince una differenza complessiva pari a -19,04% per quanto riguarda la spesa complessiva e pari a -35,42% per quanto riguarda la spesa a carico dell'Amministrazione.

3. Comunicazione risultanze istruttorie

Con nota n. 24383 del 25.03.2019 l'Ufficio istruttore ha comunicato al Comune di Desio e alla società concessionaria le risultanze dell'istruttoria, come dedotte dagli atti acquisiti.

In particolare sono state rappresentate le seguenti considerazioni e conclusioni, al fine di acquisire le idonee controdeduzioni da parte dei soggetti coinvolti.

La legittimità della rinegoziazione contrattuale disposta dal Comune di Desio con delibera di G.C. n. 191/2015 è stata verificata *in primis* con riguardo al richiamato art. 8, comma 8, del DL 66/2014; nonché alla luce delle condizioni di ammissibilità della rinegoziazione, sancite dalla normativa in materia di concessioni applicabile *ratione temporis* e dalle stesse clausole convenzionali.

Per quanto riguarda il riferimento, nella citata delibera, all'art. 8, comma 8, del DL 66/2014, si è rilevato anzitutto che, stando al contenuto letterale di tale norma, il relativo ambito di applicazione è circoscritto ai contratti "aventi ad oggetto acquisto o fornitura di beni e servizi". Quindi appare dubbia la sua applicabilità ad un contratto qualificato come concessione di lavori, ove, dal punto di vista teleologico, l'oggetto dell'iniziativa consiste nella realizzazione dell'opera, mentre l'affidamento al privato della sua gestione economica sarebbe solo strumentale al recupero dell'investimento in progettazione e costruzione.

Di contro, un'interpretazione che estenda la portata di tale disposizione anche alle concessioni di costruzione e gestione introdurrebbe nell'ordinamento un ulteriore presupposto per la rinegoziazione delle concessioni in deroga ai limiti rigidamente fissati da altra norma di

livello primario (art. 19, comma 2 bis, della legge n. 109/94, poi riprodotto dall'art. 143 comma 8 del dlgs 163/2006). Si presume che, se questo fosse stato l'intento del legislatore del 2014, esso sarebbe stato esplicitato nel dettato normativo.

Tanto più che nel caso di concessioni di lavori ex art. 19 della legge Merloni, la rinegoziazione del contratto in applicazione del DL 66/2014 dovrebbe necessariamente consistere in una revisione complessiva del piano economico finanziario che ricalcoli anche l'ammortamento dell'investimento iniziale e dei costi di gestione, operazione di complessità non certo equiparabile a quella della semplice compensazione della decurtazione applicata, nel caso di appalti di servizi o forniture.

Per le considerazioni che precedono, si è ritenuto che l'art. 8 comma 8 del DL 66/2014, ove è prevista la facoltà di rinegoziare i contratti in essere a compensazione di uno "sconto" massimo del 5% nell'importo del contratto, non sia applicabile ai contratti di concessioni di lavori pubblici ai sensi della legge 109/94.

Sotto altro profilo, è stato osservato che tale disposizione, essendo finalizzata a consentire la riduzione della spesa pubblica per beni e servizi (*spending review*), è applicabile ai contratti delle pubbliche amministrazioni nella misura in cui essi gravano effettivamente sul bilancio pubblico (e non sono, quindi, remunerati dall'utenza).

Secondo quanto riferito dal comune di Desio nella corrispondenza intercorsa, nel caso in questione, tramite il meccanismo del rimborso al concessionario delle agevolazioni tariffarie per fasce di reddito, il costo del servizio sarebbe sostenuto dall'Ente per quasi la metà (44%) nel periodo precedente la rinegoziazione e per circa un terzo (35%) nel periodo successivo alla stessa.

Si osserva, inoltre, che in base al 2° periodo, lettera a), del citato comma 8, (*"Le parti hanno facoltà di rinegoziare il contenuto dei contratti, in funzione della suddetta riduzione"*) il valore della rinegoziazione contrattuale, comprensiva dell'eventuale proroga, deve essere commisurato alla decurtazione dell'importo del contratto praticata dalla Stazione appaltante, che in ogni caso non può eccedere il 5% dell'importo contrattuale iniziale.

Non sembra quindi contemplato l'utilizzo di tale istituto normativo per compensare con la rinegoziazione/proroga, invece che la decurtazione degli importi applicata *ex nunc*, eventuali crediti maturati dal Concessionario o obbligazioni di sorta relative alla fase antecedente di esecuzione del contratto.

Inoltre, per quanto dichiarato dalla Stazione appaltante nella memoria depositata in sede di audizione, la rinegoziazione avrebbe inciso sul valore contrattuale in misura molto superiore al previsto 5%, determinando una riduzione pari al 19,04% per quanto riguarda il costo del servizio globalmente considerato e pari al 35,42% per quanto riguarda la quota a carico dell'amministrazione.

Per quanto attiene alla conformità della predetta rimodulazione contrattuale alla normativa in materia di concessioni, il riferimento normativo applicabile *ratione temporis* è costituito dall'art. 19, comma 2 bis della legge quadro sui lavori pubblici n. 109/94, vigente all'epoca di indizione della gara per il *project financing* poi sostanzialmente riprodotto dall'art. 143 comma 8 del d.lgs. 163/2006. Considerata l'invarianza della norma, possono applicarsi al caso in questione anche le acquisizioni giurisprudenziali e dottrinarie intervenute in vigenza del Codice dei contratti, approvato con d.lgs. 163/2006.

Nella norma anzidetta è stabilito che la revisione del PEF può/deve essere operata solo quando le condizioni di equilibrio economico-finanziario siano mutate per effetto di norme

legislative e regolamentari o di variazioni apportate dalla stazione appaltante ai presupposti i base della concessione, identificati nel contratto stesso².

Si tratta di presupposti molto stringenti - in sostanza riducibili alla responsabilità della stazione appaltante o alla fattispecie della “forza maggiore” - che secondo il giudice amministrativo vanno applicati in senso restrittivo (cfr. CDS, sez. V, 13.06.2012 n. 3474 secondo cui “i casi nei quali la norma consente la modifica dei termini del rapporto, essendo palesemente eccezionali, non consentono applicazioni estensive, e sono accumulati dal fatto di avere alla base circostanze di particolare rilevanza che sopravvenendo alla stipula del contratto ne modificano nella sostanza l’attuazione”). Non è invece consentita la revisione del contratto con prolungamento della concessione quando presupposto della proroga è solo la constatazione, “a posteriori”, di un risultato economico meno favorevole, per l’imprenditore, di quello originariamente previsto, talché non si ricadrebbe nell’ambito di applicazione dell’art. 143 co. 8. (*ibidem*).

Non appare, quindi, conforme alla norma anzidetta la clausola di revisione contrattuale introdotta nella stipulanda convenzione, clausola che subordina la revisione delle condizioni contrattuali al solo superamento della soglia di un certo numero di pasti in più o in meno, senza tener conto delle circostanze che hanno determinato quella variazione.

Di converso, si ritiene che la verifica di ammissibilità della revisione contrattuale debba fondarsi su un’accurata analisi degli scostamenti maturati in fase di esecuzione, estesa all’imputazione soggettiva delle cause degli stessi, così da poter escludere, in particolare, la responsabilità del concessionario. Tale verifica, si ritiene, non può essere surrogata dall’osservanza di un semplice parametro numerico non avente alcun legame immediato con i requisiti di cui all’art. 19 comma 2bis.

E’ stato anche revocato in dubbio che la permanenza della produzione entro un *range* prossimo al valore stimato inizialmente ($\pm 5\%$), ancorché assistita dall’art. 15 del contratto, possa essere identificata *ex se* come condizione di base dell’equilibrio economico finanziario la cui variazione comporta la rinegoziazione del contratto ai sensi dell’art. 19 comma 2bis, se non a costo di vanificare la *ratio* della concessione, basata sull’assunzione del rischio di gestione da parte del privato.

Ciò premesso, nell’ottica di accertare la legittimità delle modifiche apportate all’impianto della concessione in seguito alla delibera di G.C. n. 191/2015, e segnatamente della proroga del tempo contrattuale, sono state esaminate singolarmente le due motivazioni addotte dall’Ente.

In merito alla riduzione di domanda derivante dall’istituzione del servizio di buoni pasto, non v’è dubbio che questa discenda da una decisione autonoma della Stazione appaltante, il che pertanto legittimerebbe le iniziative (proroga del contratto) adottate per compensare il concessionario dei minori introiti percepiti per effetto di tale scelta.

Tuttavia, nell’ottica di un più ampio sindacato di convenienza e opportunità delle procedure adottate, si ritiene che le scelte della stazione appaltante che vanno ad incidere sull’equilibrio economico finanziario della concessione dovrebbero essere orientate all’interesse

² “I presupposti e le condizioni di base che determinano l’equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dall’amministrazione aggiudicatrice a detti presupposti o condizioni di base, nonché norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l’esercizio delle attività previste nella concessione, qualora determinino una modifica dell’equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni, ed in mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dalla concessione” (art. 19, comma 2 bis, legge 109/94 e s.m.; similmente l’art. 143, comma 8, del Dlgs 163/2006).

pubblico secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, e conformi ai canoni di efficienza ed economicità che costituiscono corollari del più generale principio di buona amministrazione. Dovrebbe trattarsi, si ritiene, di decisioni conseguenti ad una rivalutazione dell'interesse pubblico connessa all'oggettiva mutazione del contesto sopravvenuta alla stipula contrattuale.

Nel caso in questione, invece, non può non rilevarsi la contraddittorietà degli indirizzi dell'Ente, che da una parte affida in gestione il servizio di produzione pasti per i dipendenti comunali e dall'altra per gli stessi dipendenti attiva l'erogazione dei buoni pasto.

Ne consegue che, a parte le implicazioni sulla legittimità della rinegoziazione del 2015, il comportamento dell'Amministrazione comunale nei delicati passaggi a cavallo della stipula del contratto, una decade prima della revisione contrattuale, non appare improntato a criteri di efficienza ed economicità, dal che deriverebbe la responsabilità dell'Ente circa il disequilibrio generato nel piano di finanziamento dell'opera e la proroga della gestione resasi necessaria per il riassetto del PEF.

Per quanto attiene alla motivazione riferita alla riduzione dei rientri pomeridiani nella scuola media, i dati forniti dall'Amministrazione con le predette tabelle evidenziano che questo fattore può aver inciso sulla domanda di pasti-mensa, ma non risulta una diretta correlazione tra le due variabili. Come si vede in tabella 2., nel periodo 2007-2014 il numero di rientri nella scuola media è risultato inferiore dell'11% rispetto al valore prestabilito, mentre la diminuzione dei pasti serviti ha superato il 18,5%. In particolare, negli ultimi tre anni (2012-2014), a fronte di una riduzione dei rientri stabilizzatasi sul 12% del numero iniziale, il numero di pasti serviti era inferiore di oltre il 30% rispetto a quello previsto. Non vi è evidenza, quindi, che la riduzione della domanda di pasti nella scuola media – che negli otto anni di esecuzione del contratto corrisponde in totale a circa il 3% della fornitura prevista dalla Desio Food - sia integralmente da imputare alla riduzione dei rientri.

Ciò assume rilevanza nella misura in cui come indicatore della flessione di domanda da "ristorare" al Concessionario è stata impiegata, si può dire *grossolanamente*, la differenza del numero di pasti erogati nella scuola media, senza valutare l'effettiva coincidenza con i mancati rientri.

Inoltre, come si evince dalla tabella 1., la diminuzione dei pasti serviti nella scuola media nel periodo di riferimento (2,95%) è stata quasi integralmente compensata da un aumento dei pasti serviti nelle altre categorie di scuola, tanto che in ultimo lo scostamento negativo totale in tutte le categorie coincide all'incirca con lo scostamento dovuto all'introduzione dei buoni pasto (differenza di 0,40 punti percentuali tra i valori delle colonne 4 e 5).

Orbene, anche volendo ritenere ammissibile, a giustificare la rinegoziazione, la motivazione relativa alla modifica dei calendari scolastici, assumendo che essa attenga a circostanze esterne, indipendenti dalla condotta del concessionario - si ritiene che nel complesso, al netto delle suddette parametrizzazioni e compensazioni, essa abbia una valenza economica trascurabile (non superiore allo 0,30% dell'importo contrattuale).

Occorre considerare che, in base alla corrente orientamento della giurisprudenza e di quest'Autorità (vd. Delibera n. 39/2013), il riequilibrio del PEF da riconoscere al Concessionario ai sensi dell'art. 143 co. 8 del Dlgs 163/2006 (già art. 19 co. 2 bis della Legge Merloni) deve essere calibrato nella misura strettamente necessaria a compensare le variazioni intervenute (nel caso di specie, la diminuzione dei ricavi), per quanto imputabili alle cause riconosciute dalla legge.

Per quanto riguarda la parte restante, in mancanza di più precise specificazioni, la lamentata riduzione della domanda si dovrebbe ascrivere alle normali fluttuazioni del mercato, la cui alea deve gravare sul concessionario privato, secondo il concetto di “alea normale” adoperato dalla recente giurisprudenza (TAR Lombardia – Milano, Sezione I, 11 novembre 2016, n. 2090).

Si è rilevato altresì che l'esistenza di un'alea dovuta all'autonomia decisionale degli istituti didattici sull'orario delle giornate scolastiche era già conosciuta al momento della progettazione del servizio. L'amministrazione pertanto avrebbe potuto farne oggetto di specifica regolazione contrattuale e sottoporla al confronto competitivo, piuttosto che accollarsi indistintamente buona parte del rischio di domanda tramite la clausola sopra richiamata.

Ciò premesso, la soluzione di accordare al concessionario, a ristoro dei mancati guadagni, la proroga della concessione per un periodo decennale, ossia pari a quello dell'originario contratto, a parte i profili di congruità contabile dell'operazione è apparsa abnorme sia rispetto ai generali principi di concorsualità dei contratti pubblici, atteso che la suddetta proroga finisce per sottrarre il servizio al mercato concorrenziale per un tempo eccessivamente lungo; sia rispetto alle stesse previsioni della convenzione-contratto del 2015, che ammetteva la proroga della concessione, a compensazione dei mancati introiti, per un periodo massimo di tre anni.

Infine, è stata rimarcata la criticità della operazione sotto il profilo della permanenza del rischio operativo in capo al gestore del servizio, dato che l'allocatione in capo al privato del rischio di gestione da tempo è ritenuto l'aspetto distintivo del contratto di concessione, assieme alla trilateralità dei flussi economici.

In particolare, riguardo alle concessioni per la costruzione e gestione di opere “calde”, ossia in grado di autofinanziarsi prestando all'esterno i propri servizi, già la Decisione Eurostat del 11 febbraio 2004 chiariva che deve essere trasferito in capo all'operatore economico, oltre che il rischio di costruzione, anche il rischio di domanda dei servizi resi. Con l'ovvia conseguenza che, nel caso in cui si debba procedere alla revisione del piano economico finanziario al ricorrere dei presupposti di legge, la revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto (come oggi compiutamente precisato dall'art. 182, comma 3, del dlgs 50/2016).

E' stato altresì osservato che il servizio di refezione scolastica di per sé stesso è poco esposto al rischio di domanda, in regione della relativa anelasticità della domanda di pasti degli alunni.

La clausola di revisione contrattuale di cui all'art. 15 della convenzione, poi, ha un effetto riduttivo sul trasferimento del rischio operativo, in quanto sin dal principio limita ad una quota marginale (-5%) il rischio di domanda in carico al gestore del servizio³.

Peraltro, la scelta, operata dall'Ente prima dell'avvio dell'esecuzione, di escludere dalla concessione il servizio rivolto ai dipendenti comunali (avente un'incidenza pari al 6,43%) ha estinto quel margine, con la conseguenza che all'attualità ogni ulteriore variazione della domanda verrebbe automaticamente accollata a carico del Concedente.

³ Non rileva la circostanza che la revisione è prevista anche per variazioni in positivo della domanda, salva la franchigia del + 5%, dato che la contestuale riduzione di domanda dovuta all'introduzione dei buoni pasto è valsa di fatto a sterilizzare tale eventualità.

Si è ritenuto, quindi, che la combinazione dei predetti fattori produca l'effetto concreto, nella concessione in esame, di azzerare il rischio di domanda a carico del Concessionario in quanto, essendo stato superato in partenza il margine di rischio convenzionalmente attribuito allo stesso, ogni ulteriore flessione della domanda dovrebbe essere sostenuta dalla parte pubblica.

Considerata l'entità e rilevanza delle modifiche introdotte, la nuova pattuizione è apparsa in contrasto con il generale divieto di rinegoziazione dei contratti, concretizzandosi nell'acquisizione da parte del privato di oggettive condizioni di vantaggio rispetto alle condizioni poste a base di gara.

4. Controdeduzioni e valutazioni finali

Ricapitolando gli aspetti essenziali di quanto più estesamente rappresentato in precedenza, trattasi di concessione aggiudicata nel 2004 sulla base di un bando del 2002, che prevedeva tra gli elementi basilari della concessione il livello annuo di produzione del servizio affidato in gestione.

Nel 2005, nelle more della stipula del contratto l'Amministrazione assume un provvedimento che, istituendo un servizio alternativo, incide in misura rilevante (6,3%) sulla produttività del servizio in concessione. Nella Convenzione-contratto sottoscritta dopo qualche mese, poi, è inserita una clausola che impegna le parti a rinegoziare il contratto in caso di variazioni della produzione superiori al 5% di quella prevista a base di gara.

A tale clausola si è dato applicazione nel 2016 quando, approssimandosi la scadenza del contratto, si è convenuto di prolungarne la durata per ulteriori 10 anni.

In antitesi alle contestazioni dell'Autorità, con le rispettive memorie (prot. ANAC n. 35541 del 6.05.2019 e n. 35148 del 3.05.2019) l'amministrazione concedente e la società concessionaria hanno proposto argomentazioni sostanzialmente ridicibili ai seguenti assunti:

- al momento della indizione della gara in esame (febbraio 2002) non aveva rilevanza, per distinguere il contratto di concessione rispetto all'appalto, l'elemento relativo all'allocazione del rischio, in quanto la concessione si connotava unicamente per la modalità di remunerazione tramite i proventi generati dalla gestione;
- la previsione della revisione automatica del contratto per ogni variazione nel numero di pasti serviti superiore ad un margine prestabilito, contenuta nel contratto stipulato, si fonda sulla espressa indicazione, nel medesimo contratto, del numero di pasti da servire quale elemento fondamentale della concessione;
- permane comunque in capo al concessionario un rischio operativo relativo sia alla costruzione che alla gestione del centro cottura, legato tanto alla variazione dei costi di produzione del servizio quanto al rischio di insolvenza;
- è stato operato in via accessoria il richiamo all'art. 8 comma 8 del dl 66/2014 in quanto la proroga del contratto con riduzione dei prezzi unitari soddisfa anche le esigenze dettate dalla *spending review*, a prescindere dall'applicabilità o meno di tale normativa alle concessioni di lavori; in particolare la rinegoziazione ha comportato una riduzione del costo del servizio a beneficio sia dell'utenza, sia del Comune, nel quadro della sua contribuzione a sostegno delle tariffe sociali per categorie protette;
- la proroga decennale della concessione è altresì coerente con la normativa di riferimento *ratione temporis*, che prevedeva il limite di 30 anni per la durata delle concessioni;

- la rinegoziazione non impatta su aspetti connessi alla concorrenza in quanto il costo a pasto, in vigore dall'1 gennaio 2018, è inferiore ai costi medi praticati nel mercato da altre imprese di settore e che il Comune ragionevolmente potrebbe ottenere ad esito di un confronto competitivo.

In merito alle due motivazioni indicate negli atti per la revisione contrattuale, è stato precisato che:

- la scelta di ricorrere al servizio di buoni pasto per i dipendenti comunali in sostituzione del servizio mensa interno, datata al 17 maggio 2005, sarebbe stata assunta prima della stipula del contratto (28.09.2005) ma dopo l'aggiudicazione definitiva (aprile 2004) che aveva cristallizzato l'offerta dell'aggiudicatario sulla fornitura di n. 342.000 pasti annui;
- la riduzione del numero dei pasti ordinati in coerenza con la mutata programmazione dei rientri pomeridiani da parte degli istituti scolastici serviti sarebbe stata formalizzata con richiesta dell'amministrazione comunale al concessionario, ed è quindi riferibile alla stazione appaltante⁴.

Le argomentazioni proposte dalle parti appaiono nel complesso solo parzialmente accoglibili.

In particolare è degna di considerazione la tesi secondo cui, poiché al momento dell'indizione della gara il quadro normativo vigente non indicava il trasferimento del rischio di gestione quale elemento costitutivo della concessione, ciò permetterebbe di far rientrare nel perimetro della concessione di costruzione e gestione un contratto in cui l'assuntore privato non può esercitare un controllo effettivo sui parametri fondamentali della gestione, in quanto è l'amministrazione concedente a stabilire il numero dei pasti da produrre in rapporto alle mutevoli esigenze dell'utenza; con la conseguenza che il concessionario non può farsi carico dell'alea connessa alla variabilità della domanda.

Va osservato, tuttavia, che lo schema di convenzione posto a base di gara non prevedeva la clausola di revisione del piano economico finanziario per variazioni del numero pasti superiori al 5%, limitandosi a rinviare a quanto disposto dall'art. 19 comma 2bis della legge 109/94 in materia di modifiche al PEF. La suddetta clausola, di contro, fu introdotta all'epoca della sottoscrizione del contratto (28.09.2005), quando era ormai invalso nel diritto comunitario e nazionale il principio secondo cui nelle concessioni il rischio di gestione debba essere trasferito almeno in parte a carico del privato.

Ciò premesso, poiché nei documenti oggetto del confronto concorrenziale i presupposti per la revisione di contratto erano specificati in termini più restrittivi di quelli poi adottati nel contratto del 2005, l'applicazione di tali ultime previsioni contrattuali per accedere alla rinegoziazione nel caso di disequilibri economici non imputabili alla Stazione appaltante né a modifiche normative o regolamentari costituirebbe violazione, oltre che dell'art. 19 comma 2bis della legge Merloni, dei principi di trasparenza e *par condicio* che sovrintendono alle procedure di affidamento.

⁴ "E' vero che la "programmazione dei rientri" a scuola costituisce una decisione dei singoli Istituti scolastici, ma tale riduzione si traduce comunque (nei rapporti interni con la Concessionaria) in una richiesta unilaterale dell'amministrazione concedente di riduzione del numero di pasti e in una conseguente modifica delle modalità di erogazione del servizio della concessione, riferibile alla stazione appaltante" (Desio Food Spa, nota di controdeduzioni acquisita al prot. ANAC n. 35148 del 3.05.2019).

Inoltre, le controdeduzioni prodotte dalle parti complessivamente non impingono la criticità principale desunta dagli atti, vale a dire la sproporzione tra la durata decennale della proroga e i disequilibri che, ai sensi della norma citata, consentirebbero la revisione del PEF.

Sotto questo profilo, anzi, i chiarimenti forniti dall'Amministrazione concedente⁵ inducono ancor più a ritenere che la durata della proroga ecceda il tempo strettamente necessario ad ammortizzare i mancati utili del Concessionario, per quanto riconducibili a fatto dell'Amministrazione.

Alla luce di quanto precede

il Consiglio

ritiene di confermare i rilievi contenuti nella Comunicazione di risultanze istruttorie secondo cui:

- le circostanze richiamate dal Comune di Desio nella deliberazione di G.C. n. 191/2015 a motivazione della revisione contrattuale non risultano idonee a giustificare la proroga della concessione per l'intera durata di un decennio;
- la revisione del contratto di concessione, introducendo condizioni più vantaggiose per il concessionario di quelle poste a base di gara, non è conforme al disposto dell'art. 19 comma 2 bis della legge 109/94, determinando perciò un *vulnus* ai principi di libera concorrenza, imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa.

Dà mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente delibera:

- al Comune di Desio nelle persone del Sindaco, del Responsabile per la Prevenzione della Corruzione e del Responsabile del procedimento in questione, per l'adozione delle misure correttive rispetto ai rilievi sopra riportati, ritenute idonee in base alla ponderazione dell'interesse pubblico;
- all'esponente sig. Claudio Fiore.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 5 febbraio 2020

Il Segretario, *Maria Esposito*

⁵ Si veda in particolare quanto dedotto al punto 3.2.4 della memoria del 3 maggio 2019, ove è precisato che "la rilevante riduzione dei pasti prodotti in favore dell'utenza scolastica" è dovuta solo in parte alle scelte organizzative assunte dagli istituti di scuola secondaria di primo grado, dato che "tra il 2009 e il 2016, è stato registrato un costante calo del numero degli utenti iscritti al servizio mensa che ha finito per interessare addirittura il 15% dell'utenza scolastica".