



DELIBERA N. 672

29 luglio 2020.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società E.P. S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di mensa scolastica con utilizzo del centro cottura comunale sito in v. Vecchia di Velletri per gli AA.SS. 2020/2021, 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024, 2024/2025 per il Comune di Rocca di Papa – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 2.585.000,00 – S.A.: Comune di Rocca di Papa tramite Centrale Unica di Committenza della XI Comunità Montana (Unione dei Comuni) dei Castelli Romani e Prenestini

PREC 119/2020/S

Riferimenti normativi

Articolo 3, comma 1 lettera vv), d.lgs. n. 50/2016

Articolo 83, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Contratti pubblici – concessione – appalto – differenza

Requisiti di partecipazione – servizi analoghi - definizione

Massima

Contratti pubblici – concessione – appalto – differenza

La sostanziale differenza tra un contratto di appalto e un contratto di concessione consiste specificamente nel corrispettivo della fornitura di servizi, nel senso che un appalto pubblico di servizi comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, mentre si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che



quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione; in particolare, una concessione di servizi richiede che l'amministrazione concedente/aggiudicatrice abbia trasferito integralmente o in misura significativa all'operatore privato il rischio di gestione economica connesso all'esecuzione del servizio. In altri termini, la figura della concessione è connotata dall'elemento del trasferimento all'impresa concessionaria del rischio operativo, inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni di mercato che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, ossia da fattori al di fuori dalla sfera di controllo delle parti.

Requisiti di partecipazione – servizi analoghi - definizione

Nelle gare pubbliche, laddove il bando di gara richieda quale requisito il pregresso svolgimento di "servizi analoghi", tale nozione non può essere assimilata a quella di "servizi identici" dovendosi conseguentemente ritenere, in chiave di *favor participationis*, che un servizio possa considerarsi analogo a quello posto a gara se rientrante nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto in contestazione, cosicché possa ritenersi che grazie ad esso il concorrente abbia maturato la capacità di svolgere quest'ultimo e sostenere che «la *ratio* di siffatte clausole è proprio quella di perseguire un opportuno contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 29 luglio 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 40338 del 1 giugno 2020, presentata dalla società E.P. S.p.A. relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante chiedeva all'Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità della legge di gara sotto due differenti profili: l'uno in merito alla clausola del bando di gara che prevedeva quale requisito tecnico professionale un fatturato realizzato nel settore della refezione scolastica non generico, ma esclusivamente circoscritto a quello acquisito con il metodo della "riscossione diretta dei corrispettivi dovuti dall'utenza", escludendo quei servizi e quelle prestazioni caratterizzate da altre metodiche di incasso, in violazione del *favor participationis* e dell'articolo 83, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016, perché non adeguatamente motivato; l'altro profilo di contestazione relativo all'Allegato "Relazione Tecnica-Illustrativa", che prevedeva illegittimamente a carico della ditta aggiudicataria il rimborso delle spese (nella specie la somma di € 53.200,00) per "spese di pubblicazione GUCE, GURI e siti; (...) quota Cuc; e quota personale", in violazione del consolidato orientamento in merito all'impossibilità di attribuire tali spese a carico dell'aggiudicatario;



VISTA la documentazione di gara e, nello specifico, il bando e disciplinare di gara che, nel definire l'oggetto dell'affidamento, al punto 4.2 sanciva che: «Il servizio – in concessione – del servizio di mensa scolastica comprendente approvvigionamento, produzione, distribuzione e sporzionamento nell'ambito del servizio di refezione scolastica per gli alunni delle scuole dell'infanzia e primaria frequentanti il tempo pieno, i moduli e le attività integrative e gli insegnanti aventi diritto al pasto» e nello stabilire la modalità di finanziamento del contratto, al punto 10, disponeva che «Le prestazioni oggetto del presente bando risultano finanziate con la riscossione diretta che deve essere posta in essere dall'affidatario nei confronti dell'utenza e, in via residuale, con i fondi di bilancio del Comune di Rocca di Papa per il pagamento della quota di compartecipazione al costo del pasto a carico del Comune in base alla percentuale di copertura per i servizi a domanda individuale deliberata dal Consiglio Comunale ogni anno, la fornitura di pasti consumanti da alunni individuati dal servizio sociale Comunale e con i fondi del M.I.U.R. per la fornitura di pasti consumati dal personale docente avente diritto, nei limiti degli importi da questo riconosciuti»;

VISTA, altresì, la disposizione di cui al punto 13 della *lex specialis* che, nell'enumerazione delle condizioni minime di partecipazione, prevedeva tra l'altro: «e) aver realizzato negli ultimi tre esercizi (2017 – 2019) un importo di servizi analoghi a quelli oggetto della presente gara, al netto dell'IVA, non inferiore al 120% dell'importo del presente affidamento [2.585.000,00 euro]. In caso di raggruppamento di imprese, consorzi occasionali, consorzi stabili o GEIE, il soggetto capogruppo dovrà aver realizzato un importo di servizi analoghi pari ad almeno il 60% di detto requisito, le mandanti dovranno concorrere al possesso del requisito con un importo di servizi analoghi almeno pari al 10% dell'importo minimo richiesto. Resta inteso che il raggruppamento nel suo complesso dovrà possedere complessivamente il 100% del requisito richiesto. Per "servizi analoghi" si intendono tutti quelli indicati nel capitolato speciale descrittivo e prestazionale, ovvero servizi di mensa scolastica con riscossione diretta dei corrispettivi dovuti dall'utenza»;

VISTA la Relazione Tecnico illustrativa nella parte oggetto di contestazione;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 9 giugno 2020, con nota prot. n. 42386;

VISTE le memorie delle parti e, in particolare, quella della stazione appaltante che, preliminarmente sosteneva la tardività dell'istanza presentata «in quanto avente ad oggetto un atto della procedura di gara autonomamente impugnabile in sede giurisdizionale ancor prima di partecipare al bando di gara oggetto di contestazione parziale: infatti, il bando è stato pubblicato sulla G.U.R.I. dal 15 Aprile 2020 al 18 maggio, con proroga dei termini previsti (causa emergenza sanitaria Covid-19) sino al 03 giugno 2020»; e, nel merito, riteneva che la motivazione della richiesta del servizio di registrazione pasti e incasso diretto delle rette trova giustificazione nella tipologia dell'appalto: l'affidamento in esame, infatti – sostiene l'amministrazione – si configura come una concessione di servizi e non un appalto di servizi e, conseguentemente, il concessionario è tenuto a trattenere i flussi di cassa provenienti dall'utenza e deve necessariamente saper provvedere anche alla registrazione ed all'incasso delle rette che altro non è che una delle fasi essenziali della concessione dell'affidando servizio. Le modalità con le quali il servizio di refezione scolastica viene reso all'utenza, per intrinseche e non scorporabili caratteristiche, prevede un sistema di remunerazione ai sensi del quale il costo grava sugli utenti, ancorché con corresponsione di una quota da parte della Pubblica Amministrazione e l'assunzione del rischio di gestione grava in capo all'impresa (d'altro canto la remuneratività della gestione è legata ai livelli di utenza e sull'O.E. grava il rischio dell'inadempimento degli utenti, ai sensi degli articoli 6 e 7 del capitolato speciale d'appalto). Se l'impresa non detenesse le capacità tecniche necessarie anche nel campo della riscossione dei proventi previsti verrebbe a mancare la sostenibilità economica della concessione con gravi ripercussioni a carico della qualità del servizio e quindi degli utenti. Tale condizione trova dunque fondamento e motivazione,



secondo quanto asserito dall'amministrazione, nel fatto che la componente afferente la riscossione dei corrispettivi dall'utenza è un elemento caratterizzante e significativo ed essenziale della prestazione oggetto di affidamento attraverso il sistema della "concessione", ferma altresì restando la possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento ovvero raggruppamento in A.T.I. in caso di – parziale – carenza di requisiti. In merito alla censura relativa alla Relazione Tecnico illustrativa e nello specifico al prospetto economico e Calcolo della spesa per l'acquisizione del Servizio ex articolo 23, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante evidenziava come lo schema riportato nell'istanza di precontenzioso dalla società E.p. si riferisse chiaramente alle somme a disposizione dell'Amministrazione e, pertanto, a carico della stessa come chiaramente enunciato nella determinazione a contrarre del Responsabile del Settore Socioculturale n. 281 del 18/03/2020;

RILEVATO che, in merito all'eccezione di tardività dell'istanza sollevata dall'amministrazione, occorre precisare in via preliminare che la stessa non è fondata in ragione del contenuto dispositivo di cui all'articolo 103, comma 1, del d.l. n. 18/2020, pubblicato ed entrato in vigore il 17 marzo 2020, a tenore del quale «Ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 aprile 2020. Le pubbliche amministrazioni adottano ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati. Sono prorogati o differiti, per il tempo corrispondente, i termini di formazione della volontà conclusiva dell'amministrazione nelle forme del silenzio significativo previste dall'ordinamento» - la cui efficacia è stata prorogata dall'articolo 37 del d.l. 8 aprile 2020 n. 23 al 15 maggio 2020 - e delle indicazioni fornite nella delibera ANAC n. 312 del 9 aprile 2020 che rendono pertanto l'istanza procedibile ai sensi del Regolamento di precontenzioso;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità concerne la legittimità sia della clausola relativa ai requisiti di partecipazione, sia quella inerente la definizione delle spese di aggiudicazione;

CONSIDERATO che, preliminarmente, occorre evidenziare la sostanziale differenza tra un contratto di appalto e un contratto di concessione, consistente specificamente, come da ultimo precisato dal Consiglio di Stato, sez. VI, nella sentenza 4 maggio 2020 n. 2810, «nel corrispettivo della fornitura di servizi, nel senso che un appalto pubblico di servizi comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, mentre si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (CGUE 15 ottobre 2009, nella causa C-196/08; CGUE 13 novembre 2008, nella causa C-437/07); in particolare, una concessione di servizi richiede che l'amministrazione concedente/aggiudicatrice abbia trasferito integralmente o in misura significativa all'operatore privato il rischio di gestione economica connesso all'esecuzione del servizio (v. CGUE 21 maggio 2015, nella causa C-269/14). In altri termini, la figura della concessione è connotata dall'elemento del trasferimento all'impresa concessionaria del rischio operativo, inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni di mercato che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, ossia da fattori al di fuori dalla sfera di controllo delle parti (v. il Considerando 20 e l'art. 5, n. 1, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione)»;



RILEVATO che tale orientamento consolidato è suffragato altresì dal disposto dell'articolo 3, comma 1, lettera vv) del d.lgs. n. 50/2016, che definisce la concessione di servizi un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi: dunque elemento qualificante della concessione di servizi è costituito dal trasferimento del rischio economico/operativo a carico dell'affidatario;

RILEVATO che una tale posizione è stata costantemente sostenuta anche dall'Autorità e costituisce il presupposto essenziale delle Linee Guida n. 9 del 28 marzo 2018, recanti «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato» adottate con delibera numero 318 del 28 marzo 2018;

CONSIDERATO che, in generale, sul possesso dei requisiti di partecipazione, giova ricordare come la giurisprudenza e l'Autorità abbiano affermato che la stazione appaltante, nel definire i requisiti tecnici e professionali dei concorrenti, vanta un margine di discrezionalità tale da consentirgli di definire criteri ulteriori e più stringenti rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto del limite della proporzionalità e della ragionevolezza, oltre che della pertinenza e congruità dei requisiti prescelti in relazione alle caratteristiche dello specifico oggetto di gara e che, in particolare, recentemente, nella delibera n. 393 del 29 aprile 2020, l'Autorità ha stabilito che «i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore e parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto, giacché rientra nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge»;

CONSIDERATO che, con specifico riferimento ai requisiti inerenti i servizi analoghi, è pacifico in giurisprudenza e nella prassi dell'Autorità il principio in base al quale «nelle gare pubbliche, laddove il bando di gara richieda quale requisito il pregresso svolgimento di "servizi analoghi", tale nozione non può essere assimilata a quella di "servizi identici" dovendosi conseguentemente ritenere, in chiave di *favor participationis*, che un servizio possa considerarsi analogo a quello posto a gara se rientrante nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto in contestazione, cosicché possa ritenersi che grazie ad esso il concorrente abbia maturato la capacità di svolgere quest'ultimo» (Consiglio di Stato, Sez. V, 18 dicembre 2017 n. 5944) e che «la *ratio* di siffatte clausole è proprio quella di perseguire un opportuno temperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche» (TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 18 novembre 2014, n. 2892; cfr. ANAC, delibera n. 758 del 5 settembre 2018);

RITENUTO di condividere l'orientamento secondo cui «il concetto di "servizio analogo", e parimenti quello di "fornitura analoga", deve essere inteso non come identità, ma come mera similitudine tra le prestazioni richieste, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità» e che «quand'anche un singolo servizio (o fornitura) non possa considerarsi pienamente "analogo" a quello oggetto di gara, la valutazione che dovrà compiere la stazione appaltante non potrà che essere di tipo complessivo e ciò in quanto la sommatoria di tutti i servizi o forniture dichiarate può ragionevolmente essere considerata quale indice di idoneità tecnica alla corretta esecuzione



dell'appalto» (cfr. TAR Toscana, Sez. I, 18 gennaio 2016, n. 85 e TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 12 luglio 2018, n. 1609; cfr., da ultimo, ANAC, delibera n. 758 del 5 settembre 2018);

RILEVATO che in relazione al concetto di “servizi analoghi”, la finalità di una tale previsione nel bando di gara, secondo il consolidato orientamento ermeneutico, consiste dunque nel temperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, dal momento che la locuzione “servizi analoghi” non s'identifica con “servizi identici”; ne consegue, secondo tale ragionamento, la necessità di ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria richiesta dal bando. Pertanto, pur rilevando l'identità del settore imprenditoriale o professionale, il confronto va fatto in concreto tenendo conto del contenuto intrinseco delle prestazioni nonché della tipologia e dell'entità delle attività eventualmente coincidenti (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18 dicembre 2017 n. 5944; Consiglio di Stato, sez. V, 25 giugno 2014, n. 3220; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 18 novembre 2014, n. 2892);

RITENUTO che, in merito alla contestazione formulata nell'odierna controversia, alla luce sia dei principi ermeneutici sopra richiamati in relazione alla fondamentale distinzione esistente tra contratto di appalto e contratto di concessione sia delle argomentazioni motivazionali fornite dalla stazione appaltante, la decisione adottata dall'amministrazione di richiedere quale servizio pregresso quello avente il carattere di riscossione dei corrispettivi presso l'utenza non appare eccessivamente stringente, illogica, irragionevole ed incoerente in relazione all'oggetto contrattuale ed in grado di violare il principio di *favor participationis* in quanto giustificata proprio dalla natura delle prestazioni contrattuali, riconducibili al contratto di concessione;

RILEVATO che, per quanto concerne la contestazione mossa in merito alla previsione di spese a carico dell'aggiudicatario, l'amministrazione ha chiaramente esplicitato nella propria memoria che quanto dichiarato dall'istante non trova alcun fondamento nella disciplina di gara, dal momento che le somme riportate costituiscono piuttosto somme a disposizione dell'Amministrazione e, pertanto, a carico della stessa come chiaramente enunciato nella determinazione a contrarre del Responsabile del Settore Socioculturale n. 281 del 18/03/2020;

RITENUTE, pertanto, infondate le doglianze sollevate dall'odierno istante avverso la disciplina di gara in questione;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che le clausole della *lex specialis* relative ai requisiti di partecipazione siano conformi ai principi generali in materia di contratti pubblici.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni



Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 agosto 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente