



DELIBERA N. 349

27 aprile 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da [OMISSIS]S.r.l. - Procedura negoziata, preceduta da Avviso esplorativo per manifestazione di interesse n. 79/2019 finalizzata all'affidamento in concessione del servizio di bar/caffetteria presso le sedi di ATAC S.p.A., nella fattispecie dell'art. 164 del D. Lgs n. 50/2016 e s.m.i. - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - Importo a base di gara: euro 330.000,00 –S.A.: ATAC S.p.A.

PREC 76/2021/S-PB

Riferimenti normativi

Articolo 167, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Concessione di servizi – Valore della concessione

Massima

L'articolo 167 del d.lgs. n. 50/2016 pone a carico dell'amministrazione l'obbligo di effettuare la stima dei ricavi ragionevolmente generati dalla gestione del servizio, sulla base di una valutazione prognostica effettuata secondo un metodo oggettivo che deve essere specificato nei documenti della concessione, non potendo il valore della concessione essere riconosciuto *sic et simpliciter* all'importo del canone concessorio. Una stima elaborata correttamente è infatti indispensabile per consentire ai concorrenti di presentare una offerta economica seria e consapevole.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 27 aprile 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 21189 del 12 marzo 2021, relativa alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante contestava sia il valore della concessione definito dall'amministrazione ritenendolo in violazione dell'articolo 167 del d.lgs. n. 50/2016 sia il criterio di aggiudicazione utilizzato, sostenendone la non conformità agli articoli 144 e 95, comma 3, d.lgs. n. 50/2016;

CONSIDERATO che, nello specifico, l'istante rappresentava sia che la non conformità all'articolo 167 del d.lgs. n. 50/2016 del calcolo del valore della concessione in quanto fatto coincidere con la somma dei canoni concessori dell'intera durata, pari a 33.000 euro l'anno e 330.000 euro in totale sia il riferimento nella *lex specialis* ad un quadro economico e un bacino di utenza risalente al 2019, non coerente con



l'attuale situazione pandemica, sia la violazione del combinato disposto degli articoli 144 e 95, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, in ragione dell'unico criterio del rialzo sul canone concessorio, anziché del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

VISTA la documentazione di gara e in particolare la lettera d'invito del 26 febbraio 2021, che dopo aver definito che l'oggetto dell'affidamento è «*la concessione del servizio di Bar/Caffetteria, da svolgersi in favore del personale addetto presso le sedi di ATAC S.p.A. di Prenestina, Portonaccio, Tor Sapienza e Grottarossa, a fronte del pagamento di un canone accettando interamente il rischio operativo ed economico della gestione*», stabiliva al punto 2.3, l'importo complessivo stimato per la concessione pari ad € 33.000,00 annuali, oltre IVA di legge, (lotto 1: Prenestina € 15.600,00; Lotto 2: Portonaccio € 6.600,00; lotto 3: Tor Sapienza € 6.600,00; lotto 4: Grottarossa € 4.200,00) corrispondenti ad un valore complessivo di € 330.000,00, oltre IVA di legge, per l'intera durata della concessione, pari a dieci anni solari non rinnovabili nonché sanciva, al punto 11.1 che «*L'aggiudicazione avverrà a favore del concorrente che avrà presentato la migliore offerta economica, intesa quale ricavo per ATAC rispetto all'importo posto a base di gara, di cui al precedente art. 2.3, espressa sotto forma di percentuale unica di rialzo*»;

VISTO il capitolato speciale d'appalto che, con specifico riferimento al criterio di aggiudicazione, aggiungeva, al punto 5, comma 2: «*ciascun concorrente dovrà inoltre obbligatoriamente indicare, quale parte integrante dell'offerta economica, la percentuale unica di ribasso da applicare ai prezzi indicati nelle categorie 3°/4° del listino Assobar*»;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

RITENUTO che il parere possa essere reso ai sensi dell'articolo 11, comma 5, del Regolamento di precontenzioso;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 18 marzo 2021, con nota prot. 23057;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

VISTA nello specifico la memoria della stazione appaltante che, rigettando le contestazioni sollevate dall'istante, evidenziava come, nello stabilire il valore della concessione, non fosse stato possibile fare riferimento al fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto in quanto, «*essendo la prima volta che procedeva ad offrire direttamente in concessione i propri siti ristoro, non aveva alcuna evidenza oggettiva relativa al fatturato dei gestori uscenti noto al solo Dopolavoro*» e che, in ogni caso, nel canone erano stati ricompresi tutti i costi che l'operatore avrebbe dovuto sostenere, nonché era stato fornito, al momento della pubblicazione della manifestazione di interesse nel 2019, un quadro economico e bacino di utenza relativo al 2019, antecedente alla pandemia. Inoltre, l'amministrazione sottolineava come, relativamente alla asserita mancata considerazione della situazione pandemica, il servizio fosse rivolto ai «*conducenti di linea e gli addetti all'esercizio per i quali non è prevista alcuna contrazione del bacino di utenza in conseguenza dell'emergenza pandemica [...]. Il numero dei dipendenti ATAC rispetto al 2019 non è variato; l'utenza dei bar è rimasta composta dai dipendenti che su base quotidiana accedono ai siti aziendali, nella fascia oraria 6.00-16.00*» e che «*per il periodo relativo alla pandemia è stato comunicato a tutti i partecipanti, prima della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, che, qualora all'atto della firma del contratto dovesse persistere la situazione attuale, l'aggiudicatario avrà la possibilità di chiedere ad Atac, così come previsto dalla attuale normativa, la rinegoziazione in riduzione del canone per un arco di tempo limitato al protrarsi dell'emergenza. Ciò in analogia "inversa" rispetto a quanto disposto dall'art. 167 comma 3*». Infine, l'amministrazione, dopo aver rappresentato che alla gara avevano partecipato 6 concorrenti,



chiariva che anche la contestazione inerente il criterio di aggiudicazione era infondata in ragione del fatto che «*Trattandosi di un'attività [...] legata precipuamente all'interesse dell'Azienda a promuovere le migliori condizioni lavorative per i propri dipendenti, la procedura è stata concepita con l'unico fine di mantenere la funzionalità dei bar aziendali senza la necessità di valutare proposte tecniche*»;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità del valore della concessione e del criterio di aggiudicazione utilizzato dall'amministrazione nell'affidamento di una concessione di servizi;

CONSIDERATO preliminarmente che la procedura di gara in questione soggiace oltre ai principi generali in materia di affidamenti di appalti e concessioni di cui all'articolo 30 d.lgs. del n. 50/2016, alla disciplina puntuale dettata per le concessioni di lavori e servizi dagli articoli 164 e seguenti del d.lgs. n. 50/2016;

VISTO il contenuto dispositivo dell'articolo 167 del d.lgs. n. 50/2016, il quale, al comma 1, dispone che il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi e, al successivo comma 4, prevede che il valore stimato della concessione è calcolato secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti della concessione;

CONSIDERATA la *ratio* dalla norma che consiste nel garantire che il valore della concessione sia correlato al complesso degli introiti che possono essere ricavati, sotto qualsiasi forma, dal concessionario e ciò al fine di consentire agli operatori economici la possibilità di formulare un'offerta economica più consapevole (ANAC, delibera n. 245 dell'8 marzo 2017; n. 504 del 27 aprile 2016; n. 131 del 17 febbraio 2021 e n. 228 del 4 marzo 2020);

CONSIDERATO altresì che, l'orientamento consolidato è nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice debba indicare, in ottemperanza alla prescrizione dell'articolo 167 del d.lgs. n. 50/2016, il valore presunto dell'affidamento e che, laddove impossibilitata per motivi oggettivi a farlo (perché, per esempio, il servizio viene affidato per la prima volta, oppure perché il concessionario uscente non ha voluto fornire il relativo dato), sia quantomeno tenuta a fornire gli elementi analitici a sua conoscenza che possano consentire ai concorrenti di formulare un'offerta seria (e cioè, per esempio, le indicazioni circa il potenziale bacino di utenza del servizio da affidare, i costi e i benefici correlati al servizio stesso, la base d'asta riferibile ai corrispettivi pagati dai precedenti gestori, etc.), fermo restando che in alternativa all'indicazione del valore direttamente stimato dalla stazione appaltante, sussiste (laddove possibile e giustificata) l'unica, ma residuale, variante dell'indicazione negli atti di gara di elementi conoscitivi analitici, approfonditi e, come tali, utili ad una ponderazione autonoma, da parte dei concorrenti in gara, dei profitti potenzialmente ricavabili dalla gestione del servizio (Consiglio di Stato Sez. III, 5 dicembre 2019, n. 8340; cfr. ANAC, delibera n. 131 del 17 febbraio 2021 e n. 228 del 4 marzo 2020);

CONSIDERATI i principi interpretativi statuiti dalla giurisprudenza e dalla prassi dell'Autorità in vigore del d.lgs. n. 163/2006 e ribaditi anche con l'entrata in vigore del Codice secondo cui il valore della concessione non può essere riconosciuto *sic et simpliciter* all'importo del canone concessorio, ma che esso consiste in una stima del fatturato che sarà generato dal consumo dei prodotti da parte degli utenti del servizio, calcolato dalla stazione appaltante sulla base del fatturato del precedente gestore e di informazioni diverse e ulteriori che rientrano nella sfera di controllo dell'Amministrazione (Consiglio di Stato, 18 ottobre 2016, n. 4343; Consiglio di Stato, 14 giugno 2017, n. 2926; Consiglio di Stato, 11 gennaio 2018, n. 127; TAR Sicilia, Catania, 14 marzo 2018, n. 544; TAR Campania, Salerno, 12 dicembre 2019, n. 2192; ANAC, delibera n. 131 del 17 febbraio 2021 e n. 228 del 4 marzo 2020);



CONSIDERATO che la stima dei ricavi ragionevolmente generati dalla gestione del servizio, sulla base di una valutazione prognostica effettuata secondo un metodo oggettivo che deve essere specificato nei documenti della concessione, è un obbligo posto a carico della stazione appaltante dall'articolo 167 del d.lgs. n. 50/2016 e che una stima elaborata correttamente è indispensabile per consentire ai concorrenti di presentare una offerta economica seria e consapevole (cfr. ANAC, delibera n. 131 del 17 febbraio 2021);

CONSIDERATO che, nel caso in esame, la stazione appaltante ha equiparato il valore stimato della concessione all'ammontare complessivo dei canoni posto a base di gara, senza effettuare alcuna stima del fatturato del concessionario generato dalla concessione ai sensi dell'articolo 167 del d.lgs. n. 50/2016, utilizzando la valutazione prognostica prevista dall'ordinamento, anche tenuto conto della specifica finalità perseguita con il contratto in affidamento e delle informazioni in possesso dell'amministrazione in ordine all'utenza dei bar, composta dai dipendenti che quotidianamente accedono ai siti aziendali, nella fascia oraria 6.00-16.00;

RITENUTO pertanto che con riferimento al valore stimato della concessione non sia stato rispettato il contenuto dispositivo dell'articolo 167 del d.lgs. n. 50/2016, con l'effetto di inficiare la formulazione di una offerta seria e congrua sulla base di un calcolo di convenienza economica;

RITENUTO che la doglianza inerente la modalità di calcolo del valore stimato della concessione abbia carattere assorbente rispetto alla seconda contestazione inerente il criterio di aggiudicazione prescelto, dal momento che la corretta stima del valore del contratto non rileva solo per l'individuazione della disciplina applicabile (scelta della procedura di gara, importo delle garanzie richieste, livello adeguato di pubblicità, commisurazione del contributo dovuto all'Autorità), ma anche ai fini della possibilità per gli operatori economici di formulare un'offerta economica informata e consapevole, tenuto conto del previsto criterio di aggiudicazione (cfr. ANAC, delibera n. 131 del 17 febbraio 2021);

CONSIDERATA conseguentemente assorbita la seconda doglianza sollevata;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, non conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante per ciò che concerne la stima del valore della concessione indicato nella documentazione di gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 aprile 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente