



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**DELIBERA N. 1197 del 23 novembre 2016**

**OGGETTO:** Richiesta di parere presentata da Roma Capitale – quesito giuridico in ordine alla procedura aperta per l'affidamento in concessione a terzi di n. 7 nidi comunali indetta da Roma Capitale - riscontro a nota prot. n. 134199 del 15 settembre 2016 e nota prot. n. 164328 del 8 novembre 2016

**AG 49/2016/AP**

### **Contratti pubblici – contratto di concessione – necessario trasferimento del rischio operativo**

Ai fini dell'inquadramento di un contratto come concessione è necessario che sia trasferito sul concessionario il rischio operativo, ovvero il rischio legato alla gestione del servizio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi. Ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera zz) del d.lgs. n. 50/2016 si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi oggetto di concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile. Qualora tale trasferimento del rischio non sussista la fattispecie contrattuale va inquadrata nel novero degli appalti pubblici.

**Articolo 165 e articolo 3, comma 1, lettera 11) del d.lgs. n. 50/2016**

### **Il Consiglio**

Visto il decreto legislativo n. 50/2016 e s.m.i.;

Visto l'appunto dell'Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici;

### **Considerato in fatto**

Con nota acquisita al prot. n. 134199 del 15 settembre 2016 - confermata, con nota prot. n. 164328 del 8 novembre 2016, in seguito al provvedimento di revoca della procedura di gara avvenuto in data 21 settembre 2016 – Roma Capitale ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine alla fattispecie indicata in oggetto.

Roma Capitale specificava di aver strutturato la nuova procedura, come le precedenti già espletate, prevedendo la concessione gratuita a soggetti privati di strutture nuove, di proprietà comunale, completamente arredate; l'organizzazione del servizio nido in favore di utenti provenienti dalla lista d'attesa municipale, secondo le seguente modalità: periodo di erogazione



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

del servizio per ciascun anno educativo: 1 settembre – 31 luglio, periodi di funzionamento settimanale: lunedì – venerdì, orario di funzionamento giornaliero: 8 – 16:30; gestione dell'immobile compresa la manutenzione ordinaria e straordinaria; possibilità per il soggetto concessionario di realizzare, attraverso l'utilizzo della struttura, una serie di attività complementari al servizio educativo. Per quanto concerne la struttura della quantificazione e della corresponsione prezzo/mese/ bambino, al fine di dare attuazione all'articolo 180, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, il Comune, diversamente dalle precedenti edizioni, aveva introdotto tali modalità: il prezzo/mese/bambino massimo riconosciuto per ogni utente iscritto e frequentante ciascuna struttura è stato quantificato in € 570,00, al netto dell'IVA. Una cifra in aumento rispetto alla precedente quota pari a 500 euro, necessaria per la crescita dei costi di gestione, in particolare del costo del lavoro.

La somma suddetta risultava così composta: una quota, pari a quella pagata per i nidi delle rete capitolina, a carico dell'utente nella misura corrispondente alla fascia ISEE di appartenenza, che l'utente versa direttamente al concessionario; una quota fissa a carico di Roma Capitale di 171,00 euro, pari al "costo dell'investimento complessivo" (ovvero al 30% del prezzo/mese/bambino massimo di 570,00 euro), comprensivo di eventuali oneri finanziari, calcolata secondo quanto previsto dall'articolo 180, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016; una quota di attività imprenditoriale pari a 100 euro, derivante da attività ordinarie remunerate a prezzi di mercato da utenza esterna (circa 10 posti su 70 destinati ad utenti privati) e da attività complementari a prezzi di mercato.

Tale impianto comportava che il prezzo unitario posto a base di gara per ciascun lotto e soggetto a ribasso era la quota fissa a carico di Roma Capitale di 171,00 euro posto/mese/bambino al netto dell'aliquota del 5% di IVA se dovuta. Conseguentemente, evidenziava Roma Capitale, rispetto alle gare precedenti che assicuravano al concessionario l'intero importo di 500,00, l'aggiudicatario avrebbe ricevuto come quota fissa unicamente l'importo di 171,00 euro, come ribassato in sede di gara, mentre del tutto variabile era la quota a carico degli utenti.

Tanto premesso, Roma Capitale rappresentava, nella menzionata istanza del 15 settembre 2016, di aver proceduto ad una riflessione circa la fattibilità e la qualità del servizio da rendersi nelle condizioni sopra esposte, in cui il concessionario è tenuto ad un forte impegno economico presso strutture frequentate da bambini provenienti da famiglie con una fascia di reddito medio-basso, con un numero e modalità di iscrizione imposti dall'amministrazione capitolina, con modalità di erogazione del servizio che devono rispondere agli standard qualitativi previsti per i nidi capitolini a gestione diretta e con una tariffa a carico delle famiglie imposta dall'amministrazione, prevedendo anche ipotesi di esenzione totale o scontistica per l'utente.

Conseguentemente, veniva ipotizzata, richiamando la giurisprudenza europea, la possibilità di considerare gli asili nido tra i servizi non economici di interesse generale e pertanto applicare l'articolo 164, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui «i servizi non economici di interesse generale non rientrano nell'ambito di applicazione della presente Parte»; ciò avrebbe



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

consentito di ricalcolare la composizione del prezzo/mese/bambino secondo le modalità utilizzate nelle precedenti edizioni della procedura.

Con nota del 8 novembre 2016, prot. n. 164328, Roma Capitale, facendo riferimento alla propria istanza del 15 settembre 2016, ha rappresentato l'esigenza di conoscere l'orientamento dell'Autorità, sebbene abbia nel frattempo proceduto alla revoca della procedura di gara, al fine di applicare correttamente la normativa nella redazione degli atti relativi alla nuova procedura di gara.

### **Ritenuto in diritto**

La questione sottoposta da Roma Capitale presuppone preliminarmente una riflessione sulla natura del contratto oggetto dell'affidamento e sulla sua corretta definizione quale contratto di concessione.

Sul punto, questa Autorità, infatti, già con riferimento ad altre procedure di gara per l'affidamento del servizio di asili nido del Comune di Roma, si era pronunciata sulla natura contrattuale giungendo alla conclusione che non si tratta di concessione di servizio, bensì di appalto di servizio (cfr. parere n. 28 del 9 febbraio 2011).

Al riguardo era stata posta l'attenzione su alcune caratteristiche contrattuali dell'affidamento oggetto del parere da cui derivava la natura di appalto; si legge, infatti, nel parere citato che: *«se i bambini e le relative famiglie sono gli utenti finali, resta la fondamentale intermediazione della p.a. alla quale – proprio in quanto viene a regolare nel dettaglio, anche della singola struttura, un proprio compito fondamentale – è rimessa ogni totale ed assoluta determinazione in ordine all'individuazione dei singoli utenti ammessi nonché delle regole della gestione, senza che residui alcun margine di sostanziale autonomia in capo al presunto concessionario. Quanto appena evidenziato assume rilevanza altresì sotto il secondo profilo in evidenza (individuazione del soggetto su cui ricade il rischio della gestione): è chiaro, infatti, che, avendo il Comune predeterminato ogni aspetto della gestione – a partire dalla scelta dell'ammissione degli utenti alla frequenza, in applicazione di propri criteri senza che il concessionario possa in alcun modo interferire, fino ad arrivare a comprendere ogni dato e caratteristica della polizza assicurativa che il presunto concessionario è tenuto a stipulare in ordine ad ogni possibile rischio – ogni conseguente rischio finisce col ricadere direttamente sulla p.a. che risponde verso gli utenti finali. [...] Inoltre, il c.d. concessionario del servizio potrà contare prevalentemente, se non esclusivamente, sugli introiti corrisposti dal Comune “a seguito di presentazione di regolare fattura” e non vendendo i servizi direttamente agli utenti, tranne che in misura marginale e meramente eventuale, atteso che la riconosciuta possibilità di fornire servizi aggiuntivi extra convenzione ai bambini e alle famiglie, ad utenza libera, risulta estremamente limitata: all'eventuale quota supplementare di posti (pari al 15%), nonché alla mancata formale opzione all'acquisizione della stessa da parte del Comune. In definitiva, non emergono dati rilevanti al fine di distinguere, in specie sotto i due predetti aspetti, l'affidamento in questione da un ordinario appalto di servizi. Nella medesima ottica assumono primario rilievo le risultanze concernenti la durata ridotta del periodo di gestione oggetto di affidamento, cosicché appare difficile parlare di reale remuneratività e della connessa possibilità di gestire*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

*autonomamente e con profitto i beni affidati. Infatti, anche per questi ultimi è prevista una totale e predeterminata regolamentazione, tale da escludere spazi di autonomia nella gestione con connesso rischio in capo all'affidatario».*

Tali osservazioni sembrano potersi replicare per l'affidamento oggetto dell'odierna istanza di parere. Infatti, dalla lettura del capitolato, all'articolo 1, si evince che al concessionario è fornito l'uso gratuito degli immobili del lotto di riferimento, dei cui oneri di gestione si fa carico.

Il modello di gestione del servizio è obbligatoriamente definito da Roma Capitale, strutturato in un orario standard 8.00-16.30, con facoltà di monitoraggio e verifica da parte dell'Amministrazione Capitolina sia in relazione ai criteri di gestione generali che a quelli di carattere pedagogico.

Al di fuori dell'orario standard il concessionario potrà utilizzare i locali oggetto della concessione per la realizzazione, a proprio rischio imprenditoriale e con oneri e spese a proprio esclusivo e totale carico, di attività complementari al servizio, purchè compatibili con lo stesso, in termini di rispetto delle normative vigenti, di assicurazione dei corrispondenti standard quali-quantitativi. I proventi di tali attività, insieme a quelli derivanti da eventuale utenza privata, andranno a sommarsi a quanto riconosciuto dall'amministrazione per assicurare l'equilibrio economico finanziario dell'operazione.

Il contratto, che ha durata triennale, definisce altresì la modalità di gestione, organizzazione e funzionamento del servizio nido. Difatti, all'articolo 3 è stabilito che la capacità ricettiva di ciascun nido, calcolata secondo la normativa regionale e comunale vigente, è quella indicata negli allegati al capitolato. Tutti i posti della capienza sono riservati a Roma Capitale. In caso di mancata formale opzione dell'acquisizione da parte del municipio territoriale di riferimento, i posti rimasti liberi saranno destinati all'utenza privata. Inoltre, il nido dovrà funzionare dal lunedì al venerdì, dalle 8.00 alle 16.30, secondo il calendario stabilito annualmente per i nidi capitolini. Potranno essere forniti, a carico del singolo utente, servizi complementari ai bambini e alle famiglie, mentre saranno a carico del concessionario le attività di potenziamento del servizio tipico.

E ancora, all'articolo 10 è stabilito che Roma Capitale provvederà, in applicazione dei criteri e modalità di accesso ai nidi capitolini, ad individuare i bambini da inserire nei posti della struttura. Il concessionario non potrà in alcun modo interferire nell'individuazione dei bambini che occuperanno i posti. Nel caso in cui Roma Capitale accertasse l'impossibilità di coprire tutti i posti riservati a Roma Capitale, rimetterà i posti disponibili al concessionario.

Roma Capitale, che si impegna a mettere a disposizione del concessionario per tutta la durata del contratto i locali adibiti al servizio, dotati di impianti fissi, attrezzature e arredi (articolo 16), provvede a liquidare mensilmente e dopo l'effettiva erogazione del servizio il prezzo dovuto al concessionario, al netto della quota contributiva versata da ciascun utente (articoli 18 e 19).

In particolare, l'articolazione del corrispettivo dovuto al gestore è strutturata con un prezzo/mese bambino a carico di Roma Capitale, fino a un massimo di 171,00 euro, una quota contributiva dovuta dall'utenza pari in media ad euro 299,00, in ragione della fascia ISEE di



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

appartenenza, versata direttamente al soggetto concessionario ed una quota derivante dallo svolgimento delle attività complementari e agli introiti provenienti da eventuale utenza privata.

Sebbene la struttura del corrispettivo preveda la corresponsione di una quota da parte dell'utenza, la stessa sembrerebbe corrispondere ad una tariffa che il gestore riscuote per conto dell'amministrazione, in ragione del servizio che il concessionario stesso svolge per conto e al posto dell'amministrazione.

Da tale quadro di riferimento, la natura contrattuale del servizio di asilo nido in questione sembrerebbe non riconducibile alla nozione di concessione, bensì inquadrabile nella tipologia di appalto.

Elemento dirimente, in particolare, appare essere quello della difficoltà di individuare il rischio operativo sul concessionario, ovvero il rischio legato alla gestione del servizio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, che deve essere trasferito al concessionario. Ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera zz) del d.lgs. n. 50/2016 si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi oggetto di concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile.

Lo stesso articolo 165 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che nei contratti di concessione la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Essi comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico-finanziario.

Nel caso di specie, le caratteristiche contrattuali annoverate - e, in particolare, il fatto che sia Roma Capitale, in applicazione dei criteri di modalità di accesso ai nidi capitolini, ad individuare i bambini da inserire nei posti della struttura, senza che il concessionario possa interferire; che Roma Capitale mette a disposizione i propri locali ad uso gratuito del contraente; che sia Roma Capitale a definire le modalità di gestione degli asili nido e che la possibilità che il contraente possa fornire servizi complementari a prezzo di mercato sia limitata sia in termini di disponibilità di posti dalla *lex specialis*, sia in relazione all'eventuale mancata copertura di tutti i posti riservati a Roma Capitale - denotano che l'amministrazione ha definito ogni aspetto della gestione con conseguente difficoltà di poter individuare il reale trasferimento del rischio sul privato.

L'inquadramento della struttura contrattuale nel novero dell'appalto di servizi, anziché in quello della concessione, determina la necessità di procedere all'affidamento del contratto mediante apposita procedura di gara, nel rispetto delle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 relative agli appalti pubblici, con conseguente inapplicabilità della disciplina di cui alla parte III del decreto stesso, cui fa invece riferimento l'amministrazione comunale.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

Spetterà dunque a Roma Capitale delineare un disegno di gara che, nel rispetto della normativa vigente, definisca le modalità di affidamento del servizio, stabilisca le prestazioni a carico del contraente privato ed individui la struttura del corrispettivo nel rispetto dei principi generali in materia di contratti pubblici.

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che, il contratto in questione sia inquadrabile nel novero degli appalti di servizi e che, conseguentemente, il relativo affidamento deve avvenire nel rispetto delle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 relative agli appalti pubblici, con conseguente inapplicabilità della disciplina di cui alla parte III del decreto stesso.

Il Presidente  
*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 23 novembre 2016

Il Segretario, Maria esposito