



# DELIBERA N. 131

17 febbraio 2021

## Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Eurorappresentanze Vending S.r.l. – Procedura aperta telematica per la concessione sessennale in uso di spazi per la fornitura del servizio di installazione e gestione di distributori automatici di bevande calde, fredde, snacks, prodotti alimentari, spremute d’arancia al naturale e gelati, con eventuale opzione di proroga del contratto di sei mesi, nelle more dell’espletamento delle procedure necessarie per l’individuazione del nuovo contraente - Importo a base della procedura euro: canone di concessione minimo soggetto a rialzo pari a € 9.550,00 oltre iva all'anno per ognuno dei distributori di bevande calde, fredde, aliment. (48 distributori); € 1.000,00 oltre iva per sei mesi per ogni distributore automatico di spremute d'arancia (4 distributori); € 4.775,00 oltre iva per sei mesi per distributori automatici di gelati (4 distributori) - Criterio di aggiudicazione: massimo rialzo sul canone e massimo ribasso sul prezzo dei prodotti - S.A.: ARNAS “Civico di Cristina Benfratelli”

## PREC 20/2021/S

## Riferimenti normativi

Articolo 167 d.lgs. n. 50/2016

## Parole chiave

Distributori automatici di snack e bevande – Concessione di servizi – Valore della concessione

## Massima

### **Distributori automatici di snack e bevande – Concessione di servizi – Calcolo del valore della concessione – Metodo oggettivo – Fatturato del gestore uscente**

Il contratto di somministrazione di bevande e di altri prodotti a mezzo di distributori automatici installati in locali pubblici (ospedali, scuole, ecc.), è pacificamente ricondotto dalla giurisprudenza nello schema della concessione di servizi pubblici. L’art. 167 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. Tra i dati utili alla stima rientra il fatturato del precedente gestore. Una stima elaborata correttamente è indispensabile per consentire ai concorrenti di presentare una offerta economica seria e consapevole.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 17 febbraio 2021



Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 98523 del 28 dicembre 2020, con la quale l'operatore economico Eurorappresentanze Vending S.r.l. ha censurato il bando con cui l'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione "Civico di Cristina Benfratelli" ha indetto la gara per l'affidamento della concessione in uso di spazi per la fornitura del servizio di installazione e gestione di distributori automatici di bevande e snack, sotto due profili: 1) la scelta di aggiudicare la concessione avvalendosi di un criterio basato sul sistema c.d. "a doppia leva", il quale, oltre al rialzo sul canone di concessione, prevede anche il ribasso sul prezzo dei prodotti applicati al pubblico, ritenuto responsabile di serie ripercussioni sull'equilibrio economico-finanziario, in violazione degli artt. 97, comma 6, e 165, comma 2, d.lgs. n. 50/2016; 2) l'aver calcolato, in violazione dell'art. 167 del d.lgs n. 50/2016, il valore della concessione senza tenere conto del fatturato del gestore uscente, che la stazione appaltante ha dichiarato di ignorare. Ciò, secondo l'istante, impedirebbe agli operatori economici di individuare l'equilibrio economico-finanziario dell'offerta e, per l'effetto, di assumere in modo consapevole e informato il rischio di impresa tipico delle concessioni;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 14 gennaio 2021 con nota prot. n. 2889;

Vista la documentazione allegata all'istanza di parere;

Vista la memoria della stazione appaltante e la documentazione ad essa allegata, acquisite al prot. n. 10330 del 3 febbraio 2021 e al prot. n. 10440 del 5 febbraio 2021;

Visto, in particolare, il bando laddove, dopo avere individuato il canone minimo, annuale o semestrale, per ogni tipologia di distributore, indica il valore stimato della concessione per l'intera durata contrattuale di 6 anni, e 6 mesi di proroga, in presunti euro 3.141.300,00; vista altresì la delibera del 29 ottobre 2020, con cui il direttore generale dell'ARNAS ha approvato la proposta di indizione della gara e la relativa documentazione, dove viene esplicitato che il valore complessivo stimato di euro 3.141.300,00 corrisponde all'ammontare complessivo dei canoni che l'ARNAS percepirà per l'intera durata contrattuale, posto base d'asta; e vista anche la nota di risposta alle richieste di chiarimento, laddove, rispondendo al quesito n. 5, la stazione appaltante afferma che *"non è possibile ottenere il fatturato sviluppato dal gestore uscente nell'ultimo triennio, in quanto non è stato previsto nel pregresso contratto. La S.A. può solo dichiarare che l'attuale concessionario paga regolarmente il canone a dimostrazione che la platea e il numero di utenza è tale da riuscire a coprire non solo i costi dell'attività economica ma da farla risultare proficua"*;

Considerato che, tra le due doglianze sollevate dall'istante, la seconda relativa alla modalità di calcolo del valore stimato della concessione ha carattere pregiudiziale, in quanto attiene ad un profilo - la corretta stima del valore del contratto - che rileva non solo ai fini 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. Essa va pertanto valutata per prima, perché potenzialmente assorbente la seconda doglianza relativa al criterio di aggiudicazione;

Visto che il contratto di somministrazione di bevande e di altri prodotti a mezzo di distributori automatici, nel caso in cui sono installati in locali pubblici (ospedali, scuole, ecc.), è pacificamente ricondotto dalla giurisprudenza nello schema della concessione di servizi pubblici (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, 4 settembre 2012, n. 4682), e che esso non integra una concessione di porzione di immobili, a differenza di quanto indicato nella richiamata deliberazione dell'ARNAS del 29 ottobre 2020, poiché la causa della concessione di spazi è assorbita da quella del servizio pubblico consistente nella distribuzione di alimenti e bevande (cfr. TAR Toscana, 5 agosto 2014, n. 1329);



Considerato conseguentemente che essa soggiace, oltre ai principi generali in materia di affidamenti di appalti e concessioni di cui all'art. 30 d.lgs. n. 50/2016, alla disciplina puntuale dettata per le concessioni di lavori e servizi dagli artt. 164 e seguenti del d.lgs. n. 50/2016;

Visto l'art. 167 del d.lgs. n. 50/2016, il quale dispone, al comma 1, 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 il comma 4 del medesimo articolo che 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 (parere di precontenzioso n. 228 del 4 marzo 2020);

Considerato che la giurisprudenza, già sotto il vigore del d.lgs. n. 163/2006, sulla base anche di numerose pronunce dell'Autorità (Deliberazione n. 9 del 25 febbraio 2010; deliberazione n. 40 del 19 dicembre 2013) ha affermato, e oggi, sotto il vigore del presente Codice, ribadisce che 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);

Considerato che la giurisprudenza ammette che l'elaborazione del valore della concessione possa essere demandata dalla stazione appaltante ai concorrenti solo qualora sussista una giustificata impossibilità per l'amministrazione di provvedervi, e a condizione che vengano indicati negli atti di gara elementi conoscitivi analitici, approfonditi e, come tali, utili ad una ponderazione autonoma dei profitti potenzialmente ricavabili dalla gestione del servizio (Consiglio di Stato, 5 dicembre 2019, n. 8340);

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'art. 167 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;

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'art. 167 d.lgs. n. 50/2016;

Considerato altresì che le informazioni fornite dalla stazione appaltante, in sede di risposta alle richieste di chiarimenti, circa il numero dei dipendenti e il numero dei posti letto non potrebbero comunque essere considerate indicazioni sufficienti ai fini della ponderazione del valore della concessione da parte dei concorrenti secondo la più recente giurisprudenza (Consiglio di Stato, 5 dicembre 2019, n. 8340), la quale richiede l'indicazione di dati più significativi, come, ad esempio, sulla base del monitoraggio del precedente contratto da parte del direttore dell'esecuzione del servizio, la frequenza dell'adempimento dell'obbligo di rifornimento periodico degli apparecchi distributori (Consiglio di Stato, 14 giugno 2017, n. 2926), oppure la specificazione di fattori che incidono sui flussi di cassa che rientrano nella sfera di controllo



dell'amministrazione, quali le abitudini dell'utenza, la localizzazione di altri punti di ristoro nell'ambito della stessa struttura ospedaliera, l'accesso di utenti esterni (TAR Campania, Salerno, 12 dicembre 2019, n. 2192);

Ritenuto pertanto, sulla base della documentazione a disposizione, che la stazione appaltante non ha rispettato l'art. 167 del d.lgs. n. 50/2016 e non ha posto i concorrenti diversi dal concessionario uscente (con conseguente vulnus dei principi di trasparenza e parità di trattamento) nella condizione di elaborare un calcolo di convenienza economica funzionale alla formulazione di una offerta seria;

Considerata assorbita la censura riguardante il criterio di aggiudicazione;

#### Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono,

- 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 24 febbraio 2021

Per il Segretario verbalizzante Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente