



DELIBERA N. 307

13 aprile 2021.

Oggetto

Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentate da Panda Benedetto S.r.l. e Panda Catering S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento in concessione, ai sensi dell'art. 164 del d.lgs. 50/2016, del servizio di ristoro nel plesso del triennio e nel plesso del biennio dell'ITIS Majorana di Cassino, mediante n. 2 bar-punto ristoro, uno ubicato presso la sede del triennio in Via S. Angelo (loc. Folcara) e uno ubicato presso la sede del biennio in Via S. Angelo 2 (loc. Folcara) - Importo presunto: euro 2.617.920,00 - S.A.: Istituto Scolastico Superiore Ettore Majorana - Cassino

PREC 63/2021/S

Riferimenti normativi

Articoli 95 e 167 d.lgs. n. 50/2016;

Parole chiave

Concessione di servizi – bar - valore - canone – listino prezzi - criteri

Massima

Concessione di servizi bar – valore presunto - canone – ribasso su listino prezzi – criteri di valutazione

Si qualifica correttamente come concessione di servizi l'affidamento il cui oggetto principale è caratterizzato dalla gestione di un servizio bar all'interno di plessi scolastici, rivolto a una platea di utenti, e dove la remunerazione del concessionario deriva dalla gestione del servizio stesso.

È conforme alla normativa di settore l'operato della S.A. che stimi il fatturato presunto in maniera prudenziale rispetto ai consumi storici, considerando solo una parte del bacino di utenza e comunque fornendo il dato del numero di utenti complessivo.

La clausola espressa di rimodulazione del canone nell'ipotesi di eventi eccezionali può essere ritenuta coerente con la situazione emergenziale in atto.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 13 aprile 2021



DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 13870 del 17 febbraio 2021 presentata da Panda Benedetto S.r.l., e l'istanza prot. n. 14224 del 18 febbraio 2021 presentata da Panda Catering S.r.l., con cui i due operatori economici contestano il bando di gara per l'affidamento della gestione dei bar interni a due plessi scolastici dell'Istituto Scolastico Superiore Ettore Majorana di Cassino. In particolare la Panda Benedetto S.r.l. rileva, pur senza argomentare ulteriormente le proprie affermazioni, che il bando di gara conterrebbe una «richiesta anomala di denaro, non meglio identificato come canone di affitto minimo pari a € 1.100», alla cui offerta al rialzo sarebbero attribuiti 15 punti; un listino prezzi precompilato per l'assegnazione di ulteriori 15 punti; la scelta di aggiudicare la concessione avvalendosi di un criterio economico basato sulla c.d. "doppia leva", il quale, oltre al rialzo sul canone di concessione, prevede anche il ribasso sul prezzo dei prodotti applicati al pubblico; un «piano economico-finanziario ben al di sopra delle reali condizioni economiche» e infine l'assegnazione totalmente discrezionale del punteggio tecnico. La Panda Catering S.r.l., con la propria istanza corredata da memoria, contesta il valore della concessione, che non terrebbe conto dell'attuale contesto emergenziale; osserva che il costo della manodopera risulterebbe sottostimato e che il canone mensile a base d'asta di €1.100 dovrebbe essere corrisposto alla Provincia in quanto ente proprietario. Nel caso di specie esso non sarebbe nemmeno comprensivo delle utenze, contrariamente a quanto indicato nei Quaderni MIUR. In proposito l'istante richiama due pareri ANAC relativi al divieto di imporre contributi, rimborsi o spese aggiuntive ai partecipanti a gare pubbliche. Chiede inoltre se sia corretta la qualificazione dell'affidamento come concessione, pur essendo previsti dei lavori a carico del concessionario;

RITENUTO di riunire le istanze in quanto dirette a contestare il medesimo bando di gara;

VISTO l'avvio del procedimento in data 3 marzo 2021, con nota prot. n. 18273;

VISTA la memoria prodotta dalla S.A., acquisita al prot. n. 19149 del 5 marzo 2021, con cui l'Istituto scolastico premette che la gara in oggetto si qualifica come concessione di servizi ed è conforme alle "Istruzioni per l'affidamento dei servizi di ristorazione mediante bar e distributori automatici nelle Istituzioni scolastiche ed educative" contenute nel Quaderno MIUR n. 2/2019. La S.A. osserva che la determinazione del valore della concessione rientra nell'esercizio della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione e rappresenta che, al fine di individuare il valore presunto della concessione si è tenuto conto della situazione logistica periferica dell'Istituto, posto in zona del tutto priva di esercizi commerciali, e che esso è stato determinato prudenzialmente tenendo conto del solo numero degli studenti, senza neppure comprendere, quindi, il personale docente/non docente. Per il costo della manodopera afferma di aver fatto riferimento alle tabelle ministeriali e ai contratti di categoria. Nell'evidenziare, poi, che ai sensi dell'art. 38 del d.m. 129/2018 le istituzioni scolastiche possono concedere a terzi l'utilizzazione temporanea dei locali dell'edificio scolastico e che il concessionario assume l'obbligo di sostenere le spese connesse all'utilizzo dei locali, evidenzia che il canone complessivo mensile richiesto pari a € 1.100,00 riguarda appunto l'utilizzo del bene pubblico, in questo caso di due locali distinti in due plessi scolastici;

VISTA la memoria di replica di Panda Catering S.r.l., acquisita al prot. 19943 del 9 marzo 2021, con cui l'istante ribadisce che, stante l'attuale situazione emergenziale, non è ravvisabile la necessità di indire una gara siffatta, per la quale il canone dovrebbe per lo meno essere rivisto se non azzerato. Inoltre l'istante passa a contestare in linea generale le previsioni dei Quaderni MIUR, laddove prevedono un



canone concessorio su cui presentare offerte al rialzo e un ulteriore contributo su cui presentare offerte al ribasso;

VISTO il disciplinare di gara che all'art. 4 indica il valore della concessione, quale fatturato totale stimato per un importo presunto pari a € 2.617.920,00, determinato sulla base di un'utenza media di 727 studenti (corrispondenti al 72% dell'utenza totale) per una media di 200 giornate per 9 anni. La stima è definita prudenziale rispetto ai consumi storici e non comprensiva del numero di docenti e personale ATA, corrispondente a circa 180 unità. Gli importi a base d'asta riguardano il canone mensile complessivo per l'utilizzo dei due locali, pari a € 1.100,00 e oggetto di offerta al rialzo, che «deve intendersi comprensivo del corrispettivo per l'occupazione dello spazio pubblico in uso», e il listino dei prezzi unitari dei singoli prodotti, sul quale formulare un'offerta al ribasso. L'offerta economica, cui sono attribuiti 30 punti sul totale, è distinta quindi nelle due voci (offerta al rialzo sul canone e offerta al ribasso sui prezzi di listino) a ognuna delle quali sono attribuiti 15 punti. Viene specificato che il canone mensile sarà oggetto di rimodulazione nel caso di eventi eccezionali che possano determinare la chiusura totale o parziale dei locali scolastici, in proporzione ai giorni di apertura;

VISTI i Quaderni MIUR laddove, nel richiamare l'art. 38 del d.m. 129/2018, evidenziano che «le Istituzioni, ai fini della gestione degli immobili messi a disposizione dagli Enti locali (e dunque anche dell'affidamento di servizi di ristorazione), hanno pieno potere dispositivo in ordine a tutti gli aspetti inerenti al godimento degli immobili di Comuni e Province, anche in termini di trasferimento della "utilizzazione temporanea" dei locali verso soggetti terzi [...] L'attribuzione del godimento a terzi dovrà essere "precario" (e dunque soggetto ad una precisa scadenza temporale) e dovrà comportare l'assunzione da parte del concessionario degli obblighi di custodia, delle responsabilità connesse all'attività che svolge nei predetti locali e ai danni eventualmente arrecati (a persone, beni o alle strutture scolastiche), nonché dell'obbligo di sostenere le spese connesse all'utilizzo dei locali»;

RITENUTO che l'affidamento in questione si qualifica correttamente come concessione di servizi, in quanto l'oggetto principale del contratto è caratterizzato dalla gestione di un servizio bar all'interno di due plessi scolastici ed è quindi rivolto a una platea di utenti, per cui la remunerazione del concessionario deriva direttamente dalla gestione del servizio stesso. La parte di "lavori funzionali al servizio", fatti rientrare nei "servizi accessori", non riveste evidentemente un rilievo autonomo tale da porre in dubbio la qualificazione dell'affidamento quale concessione di servizi. Infatti, la giurisprudenza qualifica ormai pacificamente come concessione di servizi il rapporto con cui una p.a. affida ad un privato la gestione di un servizio bar e ristorazione all'interno di un complesso immobiliare, e non può indurre a una diversa soluzione la circostanza che, in correlazione con l'affidamento in uso dei locali, sia previsto dal bando di gara il versamento, da parte del concessionario, di un canone annuo, come pure l'obbligo dello stesso di svolgere i lavori di predisposizione e di adeguamento funzionale dei locali, elementi che non modificano il profilo causale della concessione di servizi (T.A.R. Lombardia Brescia, 20 gennaio 2020, n. 45; T.A.R. Umbria, 21 gennaio 2010, n. 26);

CONSIDERATO che, ai sensi dell'articolo 167, co. 1 d.lgs. n. 50/2016, il valore della concessione, ai fini della determinazione dell'importo da porre a base di gara, è costituito dal fatturato totale del concessionario, generato per tutta la durata del contratto, stimato dall'ente concedente quale corrispettivo dei servizi o dei lavori oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie ai servizi stessi. La giurisprudenza, anche sulla base anche di numerose pronunce dell'Autorità (Deliberazione n. 9 del 25 febbraio 2010; deliberazione n. 40 del 19 dicembre 2013) ha ribadito 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 (v. Parere reso con delibera del 17 febbraio 2021, n. 131). L'Autorità ha precisato, in linea con la giurisprudenza in materia, che nell'ipotesi in cui non sia possibile calcolare il fatturato presunto, l'amministrazione è tenuta quantomeno a fornire indicazioni analitiche, idonee a consentire la formulazione di un'offerta economica consapevole, circa il potenziale bacino di utenza del servizio da affidare (delibere n. 622 del 4 luglio 2018; n. 245 del 8 marzo 2017; T.A.R. Lazio, sez. II, 25 luglio 2016, n. 8439);

RITENUTO che, nel caso di specie, risulta conforme alla normativa l'operato della S.A. che ha dichiarato di avere stimato il fatturato presunto in maniera prudenziale rispetto ai consumi storici, considerando il 72% dell'utenza totale per una media di 200 giornate per i 9 anni di durata della concessione e che ha comunque fornito il dato del numero di utenti complessivo;

CONSIDERATO che l'asserita lesività derivante dal meccanismo cd. della "doppia leva" non risulta dimostrata in quanto nel caso di specie la S.A. non si è limitata a fornire il valore del canone concessorio ma ha stimato il valore della concessione rispetto ai consumi storici e ai dati relativi all'utenza;

RITENUTO, quanto all'importo del canone posto a base d'asta, oggetto di rialzo nell'offerta economica, che i rilievi mossi dagli istanti sulla opportunità che esso sia rivisto, o anche azzerato, in ragione della situazione emergenziale in atto, non colgono nel segno dal momento che oggetto dell'affidamento è una concessione di durata novennale e il disciplinare reca una clausola espressa di rimodulazione del canone nell'ipotesi di eventi eccezionali che possano determinare la chiusura totale o parziale dei locali scolastici, in proporzione ai giorni di effettiva apertura;

CONSIDERATO che, così come chiarito anche nelle Linee guida Anac n. 2 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 e da ultimo aggiornate con delibera n. 424 del 2 maggio 2018, «in relazione a ciascun criterio o subcriterio di valutazione la stazione appaltante deve indicare gli specifici profili oggetto di valutazione, in maniera analitica e concreta. Con riferimento a ciascun criterio o subcriterio devono essere indicati i relativi descrittori che consentono di definire i livelli qualitativi attesi e di correlare agli stessi un determinato punteggio, assicurando la trasparenza e la coerenza delle valutazioni». Nel caso di specie, si osserva che per ciascun criterio di valutazione è indicato il relativo profilo di valutazione e il relativo punteggio e i coefficienti di valutazione sono corredati del pertinente giudizio;

RILEVATO, con riferimento alla contestazione del costo della manodopera, ritenuto sottostimato, che non viene fornita alcuna dimostrazione in merito a tale affermazione;

RILEVATO che i pareri Anac richiamati dall'istante Panda Catering non sono conferenti rispetto al caso di specie in quanto riguardano ipotesi di richieste di contributi ulteriori, per esempio a titolo di rimborso delle spese di gestione delle procedure di gara o dei costi di funzionamento della stazione appaltante, in relazione ai quali l'Anac ha ritenuto che non possono essere posti a carico dell'aggiudicatario;

CONSIDERATO che, in linea generale, le c.d. clausole immediatamente escludenti sono state individuate dalla giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. Plen. 26 aprile 2018, n. 4), fra le altre, nelle regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile, e nelle disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara. Tuttavia, secondo la giurisprudenza, «vanno considerate "clausole escludenti" solo quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese perché si spingono a precludere, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico. Resta dunque estraneo alla fattispecie eccezionale di clausola immediatamente escludente il caso di questioni attinenti la soggettiva opportunità economica



di presentare un'offerta, in ragione del calcolo individuale di convenienza del singolo operatore economico legato alle sue strategie di impresa» (Cons. Stato Sez. V, Sent. 18 marzo 2019, n. 1736);

RITENUTO in conclusione che, nel caso di specie, per tutti i motivi sopra esposti le doglianze non possano essere accolte in quanto non risulta dimostrato che le disposizioni della gara in questione siano abnormi o irragionevoli e tali da rendere aleatoria la remunerazione del servizio o estremamente difficoltoso il calcolo di convenienza economica, e tali quindi da precludere la partecipazione;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che le doglianze non possano essere accolte in quanto:

- l'affidamento in questione si qualifica correttamente come concessione di servizi, dal momento che l'oggetto principale del contratto è caratterizzato dalla gestione di un servizio bar all'interno di plessi scolastici, e quindi è rivolto a una platea di utenti e la remunerazione del concessionario deriva evidentemente dalla gestione del servizio stesso;
- è conforme alla normativa di settore l'operato della S.A. che, oltre a indicare il canone concessorio, ha stimato il fatturato presunto derivante dalla concessione, seppur in maniera prudenziale rispetto ai consumi storici, considerando solo una parte del bacino di utenza e comunque fornendo il dato del numero di utenti complessivo. Pertanto le doglianze concernenti l'utilizzo del meccanismo cd. della "doppia leva", in assenza di specifiche dimostrazioni in ordine all'asserita lesività dello stesso, non possono essere accolte;
- i rilievi sulla opportunità che il canone posto a base di gara sia rivisto, o anche azzerato, in ragione della situazione emergenziale in atto, non colgono nel segno dal momento che oggetto dell'affidamento è una concessione di durata novennale e il disciplinare reca una clausola espressa di rimodulazione del canone nell'ipotesi di eventi eccezionali;
- è corretto che i criteri di valutazione riportino voci analitiche e i punteggi attribuibili rechino coefficienti corredati dal pertinente giudizio;
- la contestazione del costo della manodopera, ritenuto sottostimato, non può essere accolta in quanto non viene fornita alcuna dimostrazione in merito a tale affermazione;
- non risulta in definitiva dimostrato che le clausole di gara siano abnormi o irragionevoli e tali da rendere aleatoria la remunerazione del servizio o estremamente difficoltoso il calcolo di convenienza economica, e tali quindi da precludere la partecipazione.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 aprile 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente