



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 104 del 17 giugno 2015

PREC 28/15/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata da Maestrini & Dolci di Maestrini Angelo & C. S.n.c. – Gara per la concessione del servizio di distribuzione automatica di alimenti e bevande (n. 4 Istituti scolastici) – Importo a base di gara: non indicato - S.A. Istituto Superiore “C. D’Arco e I. D’Este” (MN)

Concessione di servizi. Rispetto dei principi generali del Trattato. Suddivisione in lotti a tutela della concorrenza. Valore dell’affidamento. Requisiti di partecipazione restrittivi.

La vigente legislazione contempla quale regola generale la suddivisione in lotti a tutela della concorrenza. Anche per una concessione di servizi il valore dell’affidamento va calcolato nel rispetto delle regole di cui all’art. 29 del codice dei contratti, il quale impone di riferirsi al fatturato presunto derivante dalla gestione del servizio. Le clausole che richiedono requisiti di partecipazione ulteriori a quelli individuati dalla legge trovano un limite nella ragionevolezza e logicità della previsione, e pertanto ogni requisito di capacità tecnica deve necessariamente essere il frutto di una consapevole valutazione svolta dall’Amministrazione e adeguatamente motivata.

Artt. 2, 29 e 30 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

Il Consiglio

VISTA l’istanza prot. n. 105101 del 29 settembre 2014 presentata da Maestrini & Dolci di Maestrini Angelo & C. S.n.c. che lamenta di non essere stata invitata alla procedura in oggetto, benchè fosse gestore uscente del servizio presso uno degli Istituti oggetto della gara, e ritiene discriminatorio il requisito richiesto di avere più di 40 dipendenti, oltre a lamentare la mancata suddivisione in lotti, a danno delle piccole e medie imprese;

VISTE le memorie dell’istante e della S.A.;

VISTO il bando di gara che ha ad oggetto l’organizzazione, la gestione, l’installazione e la manutenzione di distributori automatici presso 4 Istituti Scolastici di Mantova per 3 anni, dove la S.A., quale Istituto capofila, ha invitato «ditte con più di 40 dipendenti per poter servire un’utenza di circa 4150 persone», e che «possano assicurare la catena del freddo con uso di automezzi refrigerati omologati»;

VISTO l’art. 30 d.lgs. 163/2006, che dichiara applicabili alla concessione di servizi i propri principi fondamentali e quelli dell’ordinamento comunitario, ed impone una minima forma concorrenziale



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

costituita da una gara informale cui devono essere invitati almeno cinque concorrenti con predeterminazione dei criteri selettivi, e la giurisprudenza che qualifica unanimemente il contratto relativo ai distributori automatici di bevande nei termini di concessione di servizio (TAR Toscana sez. I 30 marzo 2015 n. 536);

VISTE la Delibera n. 40 del 19 dicembre 2013 e la Deliberazione n. 75 del 1 agosto 2012 che sottolineano la necessità di calcolare, anche per una concessione di servizi, il valore dell'affidamento nel rispetto delle regole di cui all'art. 29 del codice dei contratti, il quale impone di riferirsi al fatturato presunto derivante dalla gestione del servizio. Per le concessioni in particolare, nella nozione di importo totale pagabile è da ricomprendere il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione. Infatti, così come nella stessa nozione è ricompreso il corrispettivo pagato dalla stazione appaltante nel caso di appalto, qualora si tratti di una concessione, non essendovi un prezzo pagato dalla stazione appaltante, ma solo quello versato dagli utenti, sarà quest'ultimo a costituire parte integrante dell'importo totale pagabile di cui è fatta menzione nella norma sopra citata; il canone a carico del concessionario potrà altresì essere computato, ove previsto, ma certamente, proprio in quanto solo eventuale, non può considerarsi l'unica voce indicativa del valore della concessione (Cfr. Deliberazione n. 9 del 25 febbraio 2010). La mancata indicazione del valore stimato dell'affidamento può rendere più difficoltosa per le imprese interessate alla partecipazione, la formulazione di un offerta economica consapevole. Inoltre, l'erronea indicazione del valore del contratto può determinare la mancata assicurazione di un adeguato livello di pubblicità, che - in base a quanto da tempo chiarito dalla Commissione Europea nella Comunicazione interpretativa sulle concessioni del 2000 sulla scorta di orientamenti costanti della Corte di Giustizia - per le concessioni di servizi di importo superiore alle soglie comunitarie, consiste nella pubblicazione del relativo avviso sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (cfr. Deliberazione n. 73 del 20 luglio 2011 e Deliberazione n. 13 del 12 marzo 2010). Ulteriore conseguenza della non corretta valutazione dell'importo dell'affidamento, può essere anche l'erronea commisurazione del contributo dovuto all'Autorità e delle cauzioni previste dal codice dei contratti pubblici, in quanto i relativi importi sono fissati proprio sulla base del predetto valore;

VISTA la giurisprudenza che ha sottolineato la previsione dell'art. 2, comma 1-bis d.lgs. 163/2006, secondo cui: «Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali», indicando la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti, e ponendo criteri di partecipazione tali da non escludere le piccole e medie imprese, e ha concluso che la vigente legislazione, prevedendo un obbligo di motivazione, contempla quale regola generale la suddivisione in lotti a tutela della concorrenza (Consiglio di Stato sez. VI 12 settembre 2014, n. 4669); e la giurisprudenza che ha rilevato come «le Amministrazioni non possono introdurre nei bandi di gara prescrizioni che risultano irragionevoli avuto riguardo all'oggetto dell'appalto e alle sue caratteristiche particolari e in contrasto con i principi di derivazione comunitaria



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ed immanenti nell'ordinamento nazionale, di ragionevolezza e proporzionalità, nonché di apertura alla concorrenza degli appalti pubblici. Le clausole che richiedono requisiti di partecipazione ulteriori a quelli individuati dalla legge trovano un limite nella ragionevolezza e logicità della previsione [...], di talché ogni requisito di capacità tecnica[...] deve necessariamente essere il frutto di una consapevole valutazione svolta dall'Amministrazione appaltante – verosimilmente all'esito di una apposita istruttoria – e deve essere adeguatamente motivata, sotto il profilo della indispensabilità per l'esecuzione del servizio o della fornitura da affidarsi che il contraente sia in possesso proprio di quello speciale requisito richiesto dalla *lex specialis*» (TAR Lazio Roma sez. II 19 gennaio 2009, n. 383).

RITENUTO che, nel caso di specie, la mancata suddivisione in lotti e la gara riservata a ditte con più di 40 dipendenti appare restrittiva della partecipazione per le piccole e medie imprese; non emerge inoltre dal bando l'esatto importo a base di gara, che appare calcolato solamente sulla base del "contributo" da versare, ma non tiene conto del fatturato presunto;

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- È illegittima la procedura posta in essere dalla S.A. laddove la mancata suddivisione in lotti e la gara riservata a ditte con più di 40 dipendenti appare restrittiva della partecipazione per le piccole e medie imprese; non emerge inoltre dal bando l'esatto importo a base di gara, che appare calcolato solamente sulla base del "contributo" da versare, ma non tiene conto del fatturato presunto.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 giugno 2015
Il Segretario Maria Esposito