



Delibera n. 27

Adunanza del 25 gennaio 2023

Parere motivato ai sensi dell'articolo 211 comma 1-*ter* d.lgs. n. 50/2016

Fascicolo: 5713/2022

Oggetto: **concessione servizio di ristorazione scolastica, periodo 10 dicembre 2022/Fine A.S. 2024/2025 - CIG 95130755D5.**

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visto il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Visto il Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. n. 50/2016, del 13 giugno 2018, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 164 del 17 luglio 2018, come modificato con Delibera n. 528 del 12 ottobre 2022;

Visti gli esiti istruttori del procedimento in oggetto, condotto dall'Ufficio vigilanza collaborativa, vigilanze speciali e centrali di committenza;

CONSIDERATO IN FATTO

In data 7 dicembre 2022, il Comune di S. ha pubblicato sul proprio sito istituzionale la determina dirigenziale n. 28, relativa alla concessione in oggetto, con la quale, ai sensi dell'art. 57, comma 5, lettera b), d.lgs. 163/2006, è stato disposto l'affidamento del contratto in favore della ditta *omissis* mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, per il periodo di ulteriori tre anni e, comunque, fino al termine dell'anno scolastico 2024/2025, per un importo pari ad euro 2.197.095,56.

Nello specifico, la stazione appaltante ha ritenuto di avvalersi della facoltà prevista dall'art. 6, comma 2, dell'originario bando di gara, approvato con determinazione dirigenziale Reg. Gen. 337/2014; con tale ultimo provvedimento, il Comune di S. aveva indetto una procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento in concessione del servizio di ristorazione scolastica, prevedendo un importo a base d'asta di € 4.588.982,40 + IVA, per il periodo di sei anni scolastici.

A conclusione delle operazioni di gara e giusta determinazione Reg. Gen. n. 562 del 10 luglio 2014, il Comune aggiudicava in via definitiva detta concessione all'operatore economico *omissis*, per un importo totale presunto pari a complessivi € 4.250.188,08, oltre IVA.

La procedura è stata oggetto di un ricorso giurisdizionale, promosso dall'impresa seconda in graduatoria; il lungo contenzioso si è poi concluso con l'aggiudicazione definitiva alla *omissis*, giusta determina n. 300/2016 e con la successiva stipula del contratto, in data 3 marzo 2017, per la durata di 6 anni e, segnatamente, dal 1° maggio 2016 al 30 aprile 2022.

In seguito, a motivo delle sospensioni di legge intercorse per effetto della normativa in materia di COVID-19, la durata della concessione è stata rideterminata fino al 9 dicembre 2022, come da determinazione dirigenziale n. 1183/2021 Reg. Gen.; pertanto, con la citata determina n. 28 del 7.12.2022, il comune di S. ha disposto l'affidamento di un servizio analogo in favore del medesimo operatore economico, ai sensi degli artt. art. 63, comma 5, d.lgs. 50/2016 - già art. 57, comma 5, lettera b, d.lgs. 163/2006 - e 6, comma 2, del bando di gara, per il periodo dal 10 dicembre 2022 al termine dell'anno scolastico 2024/2025 (convenzionalmente fissato alla data del 1 agosto 2025).

In proposito, considerato che le norme citate consentono la ripetizione di servizi analoghi in favore dell'aggiudicatario del contratto iniziale, esclusivamente entro il termine tassativo di tre anni dalla stipula del contratto, con nota prot. n.107940 del 22 dicembre 2022 è stato chiesto alla stazione appaltante di fornire chiarimenti in ordine alle ragioni del proprio operato.

Nel termine assegnato, il Comune ha riscontrato la predetta richiesta istruttoria, ricostruendo le vicende che hanno interessato l'affidamento in questione e prospettando, tra l'altro, la possibilità di qualificare la prosecuzione del rapporto concessorio con l'attuale gestore, quale legittimo rinnovo del contratto originario.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Violazione dell'art. art. 57, comma 5, lett. b) d. lgs. 163/2006; d. lgs. n. 50/2016); violazione degli artt. art. 63, comma 5, 60, 36 del d.lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 1 comma 2 lett. b) del d.l. n. 76/2020 e s.m.i.

Anche alla luce del riscontro fornito dalla Stazione Appaltante, il provvedimento adottato - non ancora annullato, sebbene sospeso - risulta illegittimo, in quanto non conforme all'art. 57, comma 5, lett. b) d. lgs. n. 163/2006 (oggi art. 63, comma 5, d. lgs. n. 50/2016), né fondato su alcuna chiara previsione del bando di gara legittimante il ricorso al rinnovo contrattuale.

Infatti, l'art. 57 comma 5 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, norma richiamata dalla stazione appaltante quale fondamento dell'affidamento in esame, consente il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara "*per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario*".

Il riaffidamento tramite procedura negoziata adottata ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. b) d. lgs. 163/2006 può dirsi dunque legittimo, purché rispetti le condizioni previste dalla norma: deve, perciò, trattarsi di ripetizione di servizi analoghi con il medesimo contraente, quale esecuzione di un unico

disegno progettuale, oggetto di procedura aperta o ristretta, con previsione sin dal primo affidamento, nel relativo bando di gara oltre che nel contratto stipulato con l'aggiudicatario della prima procedura, di tale possibilità di ripetizione.

Questa Autorità, infatti, in diversi precedenti (*ex multis* delibera n. 117 del 3 febbraio 2016) ha statuito che la possibilità di riaffidare analoghi servizi all'operatore economico selezionato con gara secondo le modalità dell'art. 57, comma 5, lettera b) del d.lgs. 163/2006, deve essere espressamente prevista nel contratto medesimo e presuppone la sussistenza di "*tutte le condizioni di legittimità disciplinate dalla suddetta disposizione normative*".

È del tutto evidente, dunque, che nel riaffidamento del servizio alla *omissis* il Comune di S. non abbia rispettato le richiamate condizioni di legittimità disciplinate dall'allora vigente art. 57, comma 5, lett. b) d. lgs. 163/2006, atteso che il ricorso alla procedura negoziata senza bando è avvenuto per mezzo della determina del 7 dicembre 2022, ben oltre i 3 anni dalla stipula del contratto iniziale (3 marzo 2017).

Del resto, come confermato dalla granitica giurisprudenza formatasi in materia, il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando per la ripetizione di servizi analoghi è legata alla ricorrenza degli stringenti presupposti, richiamati dalla norma, i quali devono ricorrere tutti cumulativamente, trattandosi di ipotesi derogatoria ed eccezionale rispetto alla regola principale secondo cui la procedura di evidenza pubblica costituisce l'indispensabile presidio a garanzia del corretto dispiegarsi della libertà di concorrenza e della trasparenza dell'operato delle amministrazioni.

L'art. 57, comma 5, lett. b) è dunque "norma di stretta interpretazione, la cui applicazione è ammessa nei soli casi tassativi individuati dal legislatore" (cfr. TAR Lazio, Roma, sent. 4924/2008), trattandosi di procedura dal carattere eccezionale, "in deroga all'ordinario obbligo dell'Amministrazione di individuare il privato contraente attraverso il confronto concorrenziale" (Delibera AVCP n. 22/2013).

Quanto alle giustificazioni addotte dalla stazione appaltante nella nota di riscontro alla richiesta preistruttoria formulata dall'Autorità, valgono le seguenti considerazioni.

Preliminarmente, deve darsi atto che lo stesso Comune ha ammesso l'insussistenza, nel caso di specie, dei presupposti per procedere ai sensi dell'art. 57 dell'allora vigente d.lgs. n. 163/2006; tuttavia, poiché il bando di gara originario ha avuto ad oggetto una concessione di servizi, contratto escluso dall'ambito di applicazione del medesimo d.lgs. n. 163/2006 per effetto di quanto previsto dell'art. 30 del predetto codice, sarebbe stato possibile disciplinare in modo diverso rispetto agli appalti l'eventuale prosecuzione di un rapporto contrattuale concessorio di servizi.

Al riguardo, ci si limita ad osservare che, a prescindere dalla qualificazione giuridica del contratto in termini di concessione, la Stazione Appaltante si è espressamente vincolata, nei documenti di gara, al rispetto delle prescrizioni disposizioni normative contenute nel d.lgs. n. 163/2006, avendo optato per lo svolgimento di una procedura di gara aperta, conforme alla disciplina del codice.

Sul punto, si deve infatti considerare che, per pacifica giurisprudenza, il bando di gara costituisce un vincolo dal quale anche la stazione appaltante non può sottrarsi, nel senso che, al pari dei concorrenti, anche l'amministrazione è inderogabilmente tenuta ad applicare le disposizioni che essa stessa si è data per la procedura di affidamento (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 25 aprile 2014, n. 9).

Le prescrizioni stabilite nella *lex specialis*, dunque, vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa Amministrazione, che non conserva margini di discrezionalità nella loro concreta attuazione e non può disapplicarle, neppure quando alcune di queste regole risultino inopportune o incongrue o, comunque, superate, fatta salva la sola possibilità di procedere all'annullamento delle regole di gara nell'esercizio del potere di autotutela (v., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2020 n. 1604 e TAR Lombardia, Milano, sent. n. 1215/2020).

Esaminando la documentazione di gara, appare del tutto evidente come la stazione appaltante si sia autovincolata al rispetto di tutte le prescrizioni normative contenute nel d.lgs. n.163/2006 e, in particolare, di quelle espressamente menzionate riguardanti, tra l'altro, l'utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa quale criterio di aggiudicazione ai sensi degli artt. 81 e 83 (richiamati dall'art. 3 del bando di gara), la determinazione valore del contratto ai sensi dell'art. 29 d. lgs. 163/2006, l'individuazione dei requisiti di partecipazione ai sensi degli artt. 34 e ss., la disciplina del subappalto e dell'avvalimento ai sensi degli artt. 20, 27 e 49 (richiamati dall'art. 15 del bando di gara) e - appunto - la ripetizione di servizi analoghi ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. b).

Infatti, l'art. 6, comma 2, del bando di gara non lascia adito a dubbi, nella misura in cui statuisce che "*Il Comune di S. si riserva di affidare, ai sensi dell'art. 57, comma 5, lettera b), d.lgs. 163/2006, tramite procedura negoziata diretta un servizio analogo o comunque conforme al progetto di base di cui al capitolato al medesimo aggiudicatario, per un ulteriore periodo massimo di tre anni scolastici (ossia fino al 31 luglio 2023)*". Di tenore identico risulta, altresì, la prescrizione contenuta nel punto 4.2 del capitolato speciale di concessione, per la quale "*Il Comune di S. si riserva di affidare, ai sensi dell'articolo 57, comma 5, lettera b), d.lgs. 163/2006, a mezzo di procedura negoziata, un servizio identico o analogo o comunque conforme al progetto di base di cui al presente capitolato speciale alla medesima Concessionaria, per un periodo massimo di ulteriori tre anni scolastici, e quindi fino al 31 luglio 2023*".

Ne consegue che, pur trattandosi di contratto escluso dall'ambito di applicazione del codice, il vincolo, autoimposto dalla stazione appaltante alla ripetizione dei servizi analoghi nel rispetto dell'art. 57, comma 5, lett. b) d.lgs. 163/2006, avrebbe dovuto indurre la stessa a conformarsi *in toto* a detta disciplina, tenendo conto del termine triennale entro il quale è possibile fare ricorso alla procedura in questione.

Del pari, non può considerarsi valida la possibilità, prospettata dallo stesso Comune di S. nella propria relazione, secondo la quale sarebbe legittimo riquilibrare il provvedimento con cui si dispone la ripetizione di servizi analoghi in termini di rinnovo della concessione. Infatti, non essendo stato previsto in alcun documento di gara e non potendo trovare fondamento in alcuna chiara clausola contrattuale, l'eventuale rinnovo si tradurrebbe in una palese violazione dei principi comunitari in materia di concorrenza e *favor participationis*, applicabili anche alle concessioni di servizi per effetto del richiamo contenuto nell'art. 30, comma 3, d. lgs. n. 163/2006, per il quale la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici.

Infatti, sulla base degli indirizzi assunti dalla granitica giurisprudenza sul punto, il rinnovo, al pari della proroga tecnica, si connota per il carattere della eccezionalità, poiché si sostanzia concretamente in un riaffidamento allo stesso operatore economico: è quindi necessario confinare l'utilizzo di tale

strumento ad ipotesi del tutto eccezionali, determinate e limitate sul piano temporale, inserire tale opzione nei documenti di gara affinché la stessa sia conosciuta dai partecipanti già al momento della presentazione dell'offerta e motivare adeguatamente il ricorso alla stessa.

Nel caso di specie, non può, dunque, considerarsi legittimo neppure un rinnovo che, se disposto dalla stazione appaltante, non risulterebbe conforme ai presupposti e limiti indicati, in quanto non previsto espressamente nei documenti di gara (che, al contrario, si riferiscono sempre alla ripetizione del servizio).

In conclusione, si deve ritenere che stante l'insussistenza dei presupposti previsti dalla normativa sopra richiamata per procedere con la ripetizione di servizi analoghi o con il rinnovo contrattuale, il nuovo affidamento di durata triennale all'attuale gestore si sostanzia in un illegittimo affidamento diretto, che integra, al contempo, la fattispecie legittimante l'emissione del parere motivato ai sensi dell'art. 211 co. 1-ter d.lgs. 50/2016 e dell'art. 6 co. 2 lett. b) del Regolamento ANAC del 13.6.2018, come modificato con Delibera n. 528/2022, che riguarda le ipotesi di "*affidamento mediante procedura diversa da quella aperta e ristretta fuori dai casi consentiti, e quando questo abbia determinato l'omissione di bando o avviso ovvero l'irregolare utilizzo dell'avviso di pre-informazione di cui all'articolo 59, comma 5 e all'articolo 70 del codice*".

Infatti, dovendo ritenersi esaurito il rapporto con l'attuale gestore, la stazione appaltante avrebbe dovuto espletare una nuova procedura di affidamento, pubblicando un bando di gara ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, ovvero facendo ricorso ad altra procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, del d. lgs. 50/2016, come modificato e integrato per effetto dei cc.dd. "decreti semplificazione".

Nello specifico, poiché l'affidamento disposto con la delibera n. 28/2022, riguarda una concessione di servizi di importo superiore ad € 1.000.0000, pur potendosi ritenere ammissibile l'applicabilità del regime derogatorio introdotto dall'art. 1 comma 2 lett. b, del d.l. n. 76/2020 e sss.mm. (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 1108 del 15 febbraio 2022), la stazione appaltante avrebbe dovuto quantomeno conformarsi alle disposizioni ivi previste, consultando un numero minimo di 10 operatori e pubblicando un avviso sul proprio sito istituzionale per l'avvio della procedura negoziata.

Per tutto quanto esposto,

DELIBERA

- di trasmettere il presente parere motivato, ai sensi dell'art. 211 co. 1 *ter* d.lgs. 50/2016, alla stazione appaltante, invitandola all'annullamento della determina n. 28 del 7 dicembre 2022, stante la presenza dei vizi gravanti la stessa esposti in parte motiva, riconducibili alla fattispecie legittimante di cui all'art. 6 co. 2 lett. b) del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50 e s.m.i., con le modifiche recate dalla Delibera n. 528/2022;
- di raccomandare di conformarsi alle disposizioni del codice dei contratti nell'assegnazione dei nuovi contratti concernenti il servizio in oggetto;

- ai sensi del richiamato art. 211, comma 1 ter, d.lgs. 50/2016, si assegna un termine di **30 giorni** dalla ricezione del presente parere per agire in conformità, con avvertenza che, in mancanza, l'Autorità sarà legittimata ad impugnare la documentazione di gara esaminata;
- ai sensi dell'art. 213 co. 13 D. Lgs. 50/2016 e dell'art. 9 del sopra richiamato Regolamento ANAC, la stazione appaltante è invitata a trasmettere, in ogni caso, gli ulteriori atti e provvedimenti eventualmente adottati con riferimento all'affidamento in oggetto.

Ai sensi dell'art. 13 del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. n. 50/2016 dispone la pubblicazione del presente parere motivato sul sito istituzionale dell'Autorità.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 gennaio 2022

Il Segretario

Laura Mascali

Atto firmato digitalmente