

AS1529 - COMUNE DI ROMA - GARA PER LA SCELTA DEL SOCIO PRIVATO E PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO SCOLASTICO INTEGRATO

Roma, 6 luglio 2018

Comune di Roma Capitale

Con riferimento alla richiesta di parere dell'Amministrazione in indirizzo, concernente la gara a doppio oggetto per la scelta del socio privato e per l'affidamento del servizio scolastico integrato a società mista pubblico privata, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 27 giugno 2018, ha inteso svolgere, ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, le seguenti considerazioni.

Al riguardo, giova premettere che la richiesta di parere all'esame trae origine dall'intervento *ex art. 21-bis* della legge n. 287/90 deliberato dall'Autorità in data 27 settembre 2017, in merito alla comunicazione effettuata da codesta Amministrazione ai sensi dell'art. 5, comma 3, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (c.d. "Testo Unico delle Società a Partecipazione Pubblica o TUSPP"), concernente la costituzione di una società mista cui affidare, con gara a doppio oggetto, taluni servizi qualificati di interesse generale. Segnatamente, l'Autorità aveva, in tale sede, adottato un parere motivato ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge n. 287/90, ritenendo l'affidamento delineato nella delibera di indirizzo n. 42/2017 dell'Assemblea capitolina e nella conseguente *lex specialis* di gara a doppio oggetto, in contrasto con le disposizioni di cui agli artt. 4, commi 1 e 2, 5, commi 1 e 2, e 17, commi 1, 2 e 3, del TUSPP e di cui agli artt. 30, 51 e 83 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. "Codice dei contratti pubblici")¹.

A seguito dell'interlocuzione intercorsa nell'ambito della scansione procedurale prefigurata dall'art. 21-*bis*, codesta Amministrazione ha disposto l'annullamento in autotutela degli atti della gara a doppio oggetto e fornito indicazione dei nuovi indirizzi destinati a governare la riedizione della procedura di affidamento e a ispirare le modifiche dei precedenti intendimenti formulati dall'Assemblea capitolina per superare le criticità rilevate nel parere motivato.

Alla luce degli esiti del descritto intervento *ex art. 21-bis*, l'Amministrazione in indirizzo ha ritenuto opportuno richiedere all'Autorità un parere preliminare ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/90, sulla riformulazione della documentazione da sottoporre all'Assemblea capitolina per la riedizione della gara a doppio oggetto finalizzata all'affidamento del servizio scolastico integrato di competenza di Roma Capitale ad una società mista di nuova costituzione, in conformità alle indicazioni ricevute nel parere motivato precedentemente reso.

A tal fine, l'Amministrazione comunale ha prodotto – in bozza – la nuova proposta di deliberazione assembleare, la motivazione analitica *ex art. 5*, comma 1, del d.lgs. n. 175/16, lo schema di contratto di servizio tra Roma Capitale e la società mista con allegata la relativa matrice

¹ Cfr. parere motivato AS1456 – Comune di Roma/Costituzione di una società mista cui affidare taluni servizi qualificati di interesse generale, pubblicato sul Bollettino dell'Autorità n. 48/2017. Si veda, anche, la sentenza del T.A.R. Lazio n. 1098/2018, con cui il giudice amministrativo di primo grado si è pronunciato sulla medesima fattispecie in linea con le indicazioni rese dall'Autorità nel riferito parere motivato e richiamando ampi passaggi del parere stesso.

dei rischi, il contratto per l'esecuzione delle prestazioni accessorie da parte del socio operativo privato, lo statuto della società mista, il patto parasociale da stipulare con il socio operativo privato, il piano economico finanziario dell'operazione di partenariato prefigurata e lo stralcio del capitolato di gara concernente la definizione del corrispettivo del servizio. Con successiva comunicazione codesta Amministrazione ha fornito ulteriori informazioni e documenti volti a dettagliare le caratteristiche della domanda e dell'offerta del servizio scolastico integrato oggetto di affidamento.

Dalla disamina della descritta documentazione emerge, anzitutto, la corretta perimetrazione dell'oggetto statutario della società mista costituenda, coincidente, in via esclusiva, con i servizi dedotti nell'affidamento posto a gara (in conformità, quindi, con l'art. 17, comma 1, TUSPP). Parimenti conforme alla normativa vigente risulta essere la disciplina - tratteggiata sia nella bozza di statuto della società mista che nei documenti destinati a regolare i rapporti negoziali tra socio privato e socio pubblico - concernente l'arco temporale di permanenza nel capitale sociale del partner privato, allineato alla durata complessiva dell'affidamento da assegnare nell'ambito della descritta operazione di partenariato (sei anni), e le puntuali modalità di esecuzione dell'obbligo di dismissione della partecipazione/riscatto delle quote di pertinenza del socio operativo una volta decorso il riferito termine (nel rispetto dell'art. 17, comma 3, TUSPP).

Quanto al complessivo disegno dei servizi da affidare alla società mista, si riscontra, rispetto all'originaria configurazione stigmatizzata nel parere motivato *ex art. 21-bis*, una riduzione qualitativa e quantitativa del novero delle prestazioni accorpate nell'affidamento da porre a gara e una contestuale riconfigurazione sostanziale delle stesse in termini di servizi di interesse generale.

In tal senso, l'Amministrazione in indirizzo risulta aver correttamente espunto dall'oggetto dell'affidamento unitario le attività non aventi diretta attinenza con la prestazione del "servizio scolastico integrato" (quali, ad esempio, la manutenzione del verde pubblico in aree comunali diverse dai plessi scolastici, la derattizzazione, la manutenzione delle piste ciclabili, etc.), individuando un perimetro prestazionale omogeneo, da rendersi nel medesimo contesto operativo (plessi scolastici), il cui affidamento unitario alla società mista consentirebbe - secondo quanto rappresentato - risparmi di costi attraverso sinergie organizzative. In particolare, il novero complessivo dei servizi da affidare con gara a doppio oggetto risulta, allo stato, dimensionato sulle seguenti attività: ausiliario, assistenza al trasporto scolastico, pulizia e piccoli interventi manutentivi e di facchinaggio, da espletarsi nei nidi, nelle scuole dell'infanzia comunali, nelle sezioni ponte, nelle scuole d'arte e dei mestieri. È stata, inoltre, ridotta da otto a sei anni la durata complessiva dei servizi posti a gara.

La riferita opera di riduzione e demarcazione dell'ampiezza e tipologia dei servizi da affidare, tesa a concentrare l'ambito prestazionale oggetto di gara ad un nucleo di attività omogeneo con contestuale riduzione dell'orizzonte temporale dell'affidamento, ha prodotto una drastica riduzione del valore da porre a base della procedura ad evidenza pubblica, rideterminato in diminuzione dagli originari circa 475 milioni di euro agli attuali circa 277 milioni di euro. Tale valore, come traspare dalla motivazione redatta *ex art. 5* del TUSPP circa la convenienza dell'affidamento unitario a società mista, sconta una significativa economicità derivante dalla gestione unitaria di più servizi contigui da espletarsi in uno stesso contesto operativo da un medesimo operatore e, sotto altro profilo, è suscettibile di ulteriori margini di riduzione connessi, come si illustrerà meglio nel prosieguo, al trasferimento in capo al privato dei rischi di domanda e di disponibilità.

I descritti interventi di ridimensionamento delle prestazioni oggetto dell'affidamento paiono maggiormente conformi alla normativa dettata dal codice dei contratti pubblici in punto di tutela della concorrenza e del *favor participationis* alle gare pubbliche. Invero, deve, al riguardo,

considerarsi che, sebbene il valore della gara a doppio oggetto rimanga di entità non trascurabile, militano nel senso della legittimità, anche sotto il profilo concorrenziale, di un affidamento unitario così demarcato molteplici elementi fattuali, quali l'interconnessione operativa dei servizi da svolgere e le sinergie ricavabili dalla gestione combinata degli stessi da parte di un'unica società mista, profili puntualmente argomentati nella bozza di motivazione analitica ai sensi dell'art. 5 del TUSPP. Devono, inoltre, considerarsi i vantaggi e le peculiarità gestionali conseguibili mediante l'impiego del partenariato pubblico privato istituzionale e della formula negoziale di svolgimento delle descritte attività modellata, come si dirà meglio appresso, in termini di prestazione di un servizio di interesse generale con allocazione dei rischi operativi in capo al partner industriale in una cornice contrattuale di natura concessoria non assimilabile ad un mero appalto di servizi.

Nell'ottica di assicurare una più ampia apertura del mercato e un più proficuo soddisfacimento del principio della massima partecipazione degli operatori interessati, si richiama l'attenzione dell'amministrazione comunale in indirizzo sulla necessità di provvedere ad affidare separatamente i servizi eterogenei scorporati dall'originaria configurazione prestazionale, mediante l'attivazione di distinte gare pubbliche accessibili anche in via individuale dalle piccole e medie imprese specializzate in tali servizi.

Sempre nell'intento di garantire il più composito confronto competitivo anche nell'ambito della gara a doppio oggetto, si invita codesta Amministrazione a prestare particolare cura nel confezionare i requisiti partecipativi necessari per accedere alla procedura ad evidenza pubblica e nel definire i criteri qualitativi e quantitativi di selezione delle offerte (tali elementi, infatti, non figurano nella documentazione trasmessa ai fini della richiesta dell'odierno parere), assicurando il pieno rispetto dei principi di proporzionalità, *favor participationis* e non discriminazione.

Sotto ulteriore versante, l'Amministrazione in indirizzo ha provveduto a riqualificare i servizi oggetto di affidamento, in precedenza sostanzialmente configurati in termini di servizi strumentali da rendere all'amministrazione nel quadro negoziale di un contratto di appalto (ancorché formalmente definiti alla stregua di servizi di interesse generale). Siffatta riformulazione è stata condotta intervenendo - come suggerito dall'Autorità nel parere motivato *ex art. 21-bis* - sull'allocazione dei rischi operativi in capo al prestatore del servizio, secondo le indicazioni coglibili dalla normativa in materia di concessioni di servizi e, più in generale, di partenariato pubblico privato, e della relativa prassi interpretativa consolidatasi in sede sia pretoria che amministrativa oltreché legislativa². Invero, come già illustrato nell'anzidetto parere motivato, gli artt. 4, comma 2, lett. c), e 17, comma 1, del TUSPP, in coerenza con le corrispondenti disposizioni del d.lgs. n. 50/16 (artt. 5, comma 9, e 180, richiamate dallo stesso TUSPP) tratteggiano l'istituto dell'affidamento a società mista con gara a doppio oggetto quale possibile strumento di coinvolgimento del capitale privato per attività di gestione di opere pubbliche o di servizi di interesse generale, con allocazione di tutto o parte del rischio operativo in capo alla società affidataria dell'attività gestoria da prestare all'utenza pubblica.

La descritta riqualificazione dei servizi in senso sostanziale, effettuata agendo sul piano del riparto dei rischi operativi di gestione, appare esiziale al fine di consentire al Comune di Roma di poter legittimamente ricorrere a moduli gestori implicanti la costituzione di una società mista attraverso

² Cfr., da ultimo, le sentenze del Consiglio di Stato n. 655/2018 e n. 1811/2018 oltreché le adunanze plenarie n. 13/2013 e 22/2016. La nozione di rischio operativo da trasferire al privato in caso di partenariato pubblico privato istituzionale o contrattuale, può rinvenirsi, giusta i rimandi al Codice dei contratti pubblici previsti nel TUSPP, nell'art. 3, lett. zz) e ss., del d.lgs. n. 50/2016.

il coinvolgimento del capitale di un partner operativo privato, sia ai sensi del TUSPP, sia del codice dei contratti pubblici.

In tal senso, l'amministrazione comunale ha provveduto, considerando anche le Linee guida ANAC n. 9 concernenti il monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato, a redigere la matrice dei rischi rinvenienti dalla gestione dei servizi da affidare e a introdurre un meccanismo di riduzione dei corrispettivi coerente con la scelta di trasferire all'operatore privato i rischi di domanda e di disponibilità.

In particolare, quanto al trasferimento del rischio di domanda, il meccanismo di determinazione del corrispettivo stimato implica una riduzione della remunerazione sino ad un'incidenza pari al 30% in funzione dell'andamento del volume di utenza.

Quanto al trasferimento del rischio di disponibilità, la definizione della porzione di corrispettivo relativo a ciascuna tipologia prestazionale, che concorre a comporre il corrispettivo totale (destinato ad essere inciso dal rischio di domanda nei termini sopra riportati), risulta caratterizzata da meccanismi di riduzione, fino ad un massimo del 30%, della remunerazione prevista, nel caso di mancato conseguimento di molteplici, specifici e oggettivi parametri qualitativi prefigurati nel capitolato prestazionale, calibrati in ragione di ciascuna tipologia di attività, oltre ad un puntuale e articolato apparato di penali in caso di mancato rispetto di adeguati standard nella prestazione dei servizi.

Sono infine previste specifiche clausole (contenute nel contratto per l'esecuzione delle prestazioni accessorie da parte del socio operativo) che determinano l'automatico ribaltamento dei rischi di domanda e di disponibilità come già definiti dalla società mista al solo socio privato operativo, attraverso la decurtazione della *management fee*, al fine di assicurare il pieno trasferimento degli indicati rischi esclusivamente alla compagine privata partecipante al capitale della società mista.

La descritta riconfigurazione delle modalità di gestione dei servizi da affidare alla società mista, attraverso una riallocazione all'operatore privato dei rischi di domanda e di disponibilità, appare tendenzialmente idonea - salve le precisazioni di seguito esposte - ad una qualificazione delle attività dedotte nella gara a doppio oggetto in termini di servizi di interesse generale e ad un corretto inquadramento della fattispecie negoziale prefigurata nell'ambito della cornice giuridica del partenariato pubblico privato nella figura contrattuale della concessione di servizio a società mista, in conformità con la normativa di riferimento (TUSPP e Codice dei contratti pubblici).

Tuttavia, si richiama l'attenzione dell'Amministrazione in indirizzo su taluni potenziali profili di criticità in merito all'effettiva consistenza dei rischi allocati all'operatore privato nell'ambito della descritta operazione di partenariato e alla concreta incidenza di tali rischi sui ricavi e profitti dell'operatore stesso.

In tal senso, si segnala la necessità, con particolare riguardo al trasferimento del rischio di domanda, che il margine di alea allocato all'operatore privato risulti idoneo a tradursi, in concreto, nell'effettiva possibilità del privato di incorrere in perdite in ragione delle fluttuazioni della domanda effettiva.

Al riguardo, poiché dai dati forniti dall'Amministrazione capitolina risulta emergere un rapporto tra numero di utenti iscritti e capienza delle strutture educative comunali interessate dai servizi in discorso tendenzialmente superiore al 90% (con, peraltro, liste di attesa relative ai nuovi inserimenti che, anche in corso d'anno non riescono ad assorbire tutte le domande presentate), si segnala a codesta Amministrazione di valutare l'opportunità di considerare l'introduzione, nell'ambito dei meccanismi negoziali di trasferimento del rischio, di ulteriori specifiche clausole che consentano di enfatizzare la sensibilità del corrispettivo alla fluttuazione del volume di utenza,

scongiurando ipotesi di extra-reddittività, quali, ad esempio quelli suggeriti dall'ANAC nelle menzionate Linee guida n. 9, ossia la variazione della durata del contratto nel caso in caso di conseguimento più veloce dell'obiettivo del recupero degli investimenti e dei costi sostenuti o la previsione di meccanismi di *profit sharing* che consentano la condivisione degli extra-profitti con l'amministrazione o con gli utenti destinatari del servizio.

Inoltre, con specifico riferimento al concreto trasferimento del rischio di disponibilità, si invita l'amministrazione capitolina ad un effettivo e costante monitoraggio, nel corso dell'esecuzione del rapporto di servizio, circa il conseguimento (o il mancato conseguimento) dei parametri qualitativi prescritti dal capitolato prestazionale.

Da ultimo, si rileva come l'amministrazione in indirizzo abbia integrato e meglio articolato la motivazione analitica da rendersi ai sensi dell'art. 5 TUSPP sottesa alla scelta dell'affidamento a società mista, rimarcando i risparmi di costi realizzati attraverso tale soluzione rispetto alla percorribilità di vie alternative, quali il ricorso al mercato mediante una pluralità di gare di appalto; la predetta amministrazione ha altresì rappresentato espressamente che, in coerenza con quanto già evidenziato nel piano di razionalizzazione delle partecipate del Comune di Roma, la dismissione, mediante vendita a compagine privata, della società a partecipazione pubblica di secondo livello attualmente affidataria dei servizi da riassegnare nell'ambito della descritta gara a doppio oggetto, si realizzerà secondo una tempistica concomitante con il subentro dell'istituenda società mista.

Si evidenzia, infine, che quanto rappresentato nel presente parere lascia in ogni caso impregiudicate le valutazioni che effettuerà l'ANAC per i profili di sua spettanza, con particolare riguardo anche al rispetto delle citate Linee guida n. 9, e fa comunque salvo il potere *ex art. 21-bis* della legge n. 287/90 che l'Autorità potrà esercitare a seguito dell'invio della comunicazione di cui all'art. 5 della l. n. 175/16, una volta che codesta Amministrazione adotterà le formali deliberazioni circa il prefigurato affidamento a società mista di nuova costituzione, avendo a disposizione la versione finale della documentazione odiernamente scrutinata in bozza, oltreché la *lex specialis* della gara a doppio oggetto.

Ai fini della pubblicazione del presente parere sul Bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90, si chiede a codesta Amministrazione di rappresentare eventuali, motivate, esigenze di riservatezza entro trenta giorni dal ricevimento del presente, anche con riferimento alla tempistica di pubblicazione.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella
