

## NORMATIVA

## A CHE PUNTO SIAMO CON IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE E LE NUOVE LINEE GUIDA NR. 9



A CHE PUNTO SIAMO CON IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE E LE NUOVE LINEE GUIDA NR. 9 CHE DEFINISCONO I PUNTI CARDINALI DELLE CONCESSIONI (DI SER-

VIZI), QUINDI PER IL SERVIZIO DI SOMMINISTRAZIONE DI ALIMENTI E BEVANDE A MEZZO DISTRIBUTORI AUTOMATICI.



AVV. **CRISTINA BRASCA** – SENIOR ADVISOR ADR  
AVV. **ANDREA NETTI** – PARTNER ADR

A distanza di soli due anni dall'entrata in vigore del Codice degli Appalti e delle Concessioni (d.lgs. 50 del 2016 ss.) l'Autorità Nazionale Anti Corruzione o ANAC ha introdotto numerose Linee Guida di cui alcune, in questo breve periodo di tempo, sono già state oggetto di revisioni. In tale quadro di proliferazione delle norme è necessario focalizzare l'attenzione sugli aspetti salienti di questi atti affinché ogni operatore economico abbia un quadro chiaro delle regole oggi in vigore in Italia per competere nelle procedure di gara.

Il primo importante intervento, del quale si è già molto discusso, riguarda il principio di rotazione: introdotto dalle Linee Guida nr. 4, nella versione approvata dal Consiglio dell'Autorità con Delibera nr. 318 del 28 marzo 2018. Di che cosa si tratta. In estrema sintesi la Pubblica Amministrazione, dopo aver selezionato i potenziali concorrenti e quindi formato un vero e proprio elenco di operatori economici, dovrà scegliere i concorrenti per la futura gara escludendo quelli invitati alla gara precedente, gestore uscente compreso.

Un breve esempio chiarirà il concetto: immaginando che l'elenco di operatori economici sia composto da dieci imprese ed immaginando che alla prima gara siano stati invitati i primi cinque operatori della lista, quando

la PA si troverà a rifare la medesima gara, ad esempio perché semplicemente scaduta la precedente, dovrà invitare i successivi cinque operatori rimasti nell'elenco.

In buona sostanza l'aspetto saliente sul quale focalizzare l'attenzione è che il principio di rotazione si applica non solo al gestore uscente ma anche agli operatori economici che, pur avendo perso la competizione, furono invitati alla precedente gara.

Chiarito ciò, il prossimo futuro ci riserverà la scoperta di tutti casi - di elaborazione giurisprudenziale - in cui il principio di rotazione potrà non essere applicato:

**I.** è stato, infatti, già ritenuto dalla giurisprudenza che il principio di rotazione possa non essere applicato ogni qual volta la gara indetta, pur avendo avuto inizio con la formazione di un elenco di operatori economici, si sia poi atteggiata a gara aperta. Si è infatti ritenuto che sebbene la PA abbia proceduto a formare un elenco di operatori ma poi abbia proceduto ad invitare tutti quelli che avevano manifestato l'interesse a partecipare, il principio di rotazione possa non essere applicato (cfr. TAR, Emilia Romagna Bologna, sez. II, 20/06/2018, n. 519);

**II.** è stato, inoltre, affermato dalla giurisprudenza che il principio di rotazione possa non essere applicato ogni qual volta la PA abbia immesso a gara una concessione sostanzialmente diversa dalla precedente (cfr. TAR, Friuli Venezia Giulia, Trieste, 21/05/2018, n. 166). Nel caso si trattava di una concessione che precedentemente riguardava l'installazione e gestione di 7 macchine distributrici e che poi ribandita, per effetto di alcuni accorpamenti avvenuti nel tempo, era divenuta una concessione per l'installazione e gestione di 21 macchine distributrici;

**III.** è stato, infine, affermato sempre dalla giurisprudenza che il principio di rotazione possa non essere applicato ogni qual volta debba prevalere il principio di concorrenza (cfr. TAR Campania, Napoli sez. II, 27.10.2016, n. 4981; TAR Campania, Napoli sez. II, 08/02/2017, n. 788; TAR, Toscana, Firenze, sez. II, 12/06/2017, n. 816 Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 12/04/2017, n. 188; conforme, Consiglio di Stato, sez. IV, n.1018/2014). Nel caso si trattava di una gara alla quale avevano manifestato interesse esclusivamente due operatori, fra i quali il gestore uscente, ed è stato ritenuto che in tal caso non potesse applicarsi un principio - quello di rotazione - che avrebbe avuto come solo (e perverso) effetto

quello di eliminare uno dei due concorrenti lasciando così soltanto una impresa in lizza per l'aggiudicazione del contratto.

Ovviamente la Giurisprudenza elaborerà ulteriori eccezioni al principio, eccezioni che si andranno ad aggiungere all'unica prevista dalle Linee Guida che in buona sostanza consentirebbe di derogare al principio di rotazione ogni qual volta la base di concorrenti formanti l'elenco sia ristretta (e per ristretta potremmo intendere inferiore al numero di cinque operatori) e l'operatore economico uscente si sia distinto attraverso una gestione del contratto esente da inadempimenti. Nota fondamentale è rappresentata dal fatto che la PA dovrà esplicitare la deroga al principio fin dalla determina a contrarre non ponendo sanare la carenza in via postuma.

Se, da un lato, la rotta interpretativa del principio di rotazione sembra già sufficientemente tracciata, dall'altro lato, lo stesso non può dirsi per un altro intervento normativo dell'Autorità: le Linee Guida nr. 9, nella versione approvata dal Consiglio dell'Autorità con Delibera nr. 318 del 28 marzo 2018, denominate "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato.

Alla lettura ed analisi delle Linee Guida in parola va premesso che con l'introduzione del d. lgs. 50 del 2016 la disciplina delle concessioni ha trovato finalmente una degna articolazione normativa. Il Legislatore, comunitario prima e nazionale poi, ha dedicato - come noto - alle stesse la Parte III del Codice a partire dall'art. 164.

Grazie a tale ampliamento della base normativa si è potuto entrare nel dettaglio rispetto a concetti quali il fatturato o il flusso dei corrispettivi, la sostenibilità economica e finanziaria (piano economico e finanziario), il valore, il valore residuo ed il rientro dell'investimento, infine la durata del contratto e, senza presunzione di esaustività, il rischio nelle sue varie declinazioni.

È di fondamentale importanza condividere fin da ora che i concetti testé espressi introdotti dal Legislatore sono veri e propri **punti cardinali** che dovranno obbligatoriamente non solo condurre l'Amministrazione nell'istruttoria ma anche essere riflessi nella costruzione del bando e degli altri documenti di gara. **Pena la possibilità di invalidare la gara.**

Si arriva infatti alla massima "sanzione", quella della illegittimità della gara, perché più i documenti di gara saranno privi dei suddetti punti cardinali, più le offerte degli operatori saranno approssimative fino ad arrivare al punto che, a fronte dell'as-

senza della maggior parte dei punti cardinali od a fronte di una radicale assenza di filo logico fra questi, l'operatore economico accorto sarà costretto a rinunciare a formulare una offerta consapevole.

Si arriva, quindi, ad un grado così alto di carenza istruttoria, di carenza di elementi o di punti cardinali da divenire la carenza medesima motivo di impugnazione immediata del bando.

Sul punto la Giurisprudenza ha (già) statuito che la grave carenza di un elemento strutturale del bando sia in sé motivo ostativo alla partecipazione e, quindi, ha già ritenuto che tale grave carenza, ove impedisca la formulazione di una offerta consapevole, sia da trattare al pari delle clausole immediatamente escludenti dalla gara.

Dall'esperienza ARCA - Lombardia (maturata qualche tempo prima l'introduzione della Direttiva nr. 2014/23/CEE del 26 febbraio 2014 - cfr. Ordinanza TAR, Lombardia Milano, sez. IV, 09/12/2014, n. 2999; Sentenza TAR, Lombardia Milano, sez. IV, 20/11/2015, n. 2439) ad oggi si è quindi sviluppato un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale che ha incluso nel perimetro dei più volte richiamati punti cardinali il dato del fatturato.

In buona sostanza, si è ritenuto che l'indicazione del fatturato dovesse essere considerato un elemento essenziale della concessione e, ove mancante, che il bando dovesse essere ritenuto illegittimo: perché si è, a ragione, ritenuto che l'operatore economico in assenza del dato di fatturato non avrebbe potuto formulare una offerta economica consapevole (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 11/01/2018, n. 127; Consiglio di Stato, Sez. III, 14/06/2017, n. 2926 Consiglio di Stato, Sez. III, 23/05/2017, n. 2411; Consiglio di Stato, Sez. V, 20/02/2017, n. 748; Consiglio di Stato, Sez. III, 18/01/2016, n. 4343; TAR, Calabria, 25/10/2017, n. 1600, T.A.R. Emilia Romagna - Bologna, Sez. II, 02/02/2018, n. 121 e T.A.R. Emilia Romagna - Bologna, Sez. II, 02/02/2018, n. 122).

Ed è proprio in questo punto dell'evoluzione della giurisprudenza in materia di concessioni - nel caso di specie concessione di servizi - che si innesta il presente articolo in quanto è necessario comprendere se le Linee Guida nr. 9 abbiano introdotto altri punti cardinali la cui carenza nel bando comporti la possibilità di invalidare tutta la gara non essendo possibile effettuare una offerta economica consapevole.

Le gare nel vending sono gare per la concessione di un servizio e le concessioni di servizi rientrano, è bene saperlo, all'interno del più ampio quadro delle operazioni di Partenariato Pubblico Privato (di seguito anche "PPP").

Le Linee Guida nr. 9 regolano le operazioni di PPP quindi anche le gare nel vending.

Sulla riconducibilità della concessione di servizi alle operazioni di PPP non sussiste dubbio alcuno: è chiaro infatti l'art. 180, ultimo comma, del Codice il quale testualmente afferma che "nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 [ndr. Le operazioni di PPP] rientrano [...] la concessione di servizi [...]", come altrettanto chiaro è sul punto il parere reso dal Consiglio di Stato, Ad. della Commissione speciale del 22 febbraio 2017, nel quale la concessione di servizi è ricondotta pacificamente nel più ampio genus delle operazioni di cooperazione fra pubblico e private qualificabili come PPP (cfr. P. 2.2, ultimo cpv.), come anche, infine, appare altrettanto chiara sul punto l'Autorità medesima la quale nella premessa redatta a favore delle Linee Guida nr. 9 conferma la chiara riconducibilità della concessione di servizi al più ampio genus delle operazioni di PPP.

Colpisce nel segno ed è assolutamente utile a comprendere quanto sia complesso costruire un bando per la concessione di un servizio di distribuzione automatica la definizione stessa che l'Autorità offre del PPP nel punto in cui, a pag. 3, guarda alla costruzione della gara come ad "un complesso fenomeno giuridico che si delinea come un genus contrattuale riferibile a più modelli specifici in cui risulta prevalente la natura economica-finanziaria. Da qui la necessità di un approccio multidisciplinare nella sua gestione con affiancamento di figure giuridiche, economiche e tecniche".

Natura economica e finanziaria della concessione che fa **dell'equilibrio (economico e finanziario)** il suo presupposto ed il suo fine:

**I.** presupposto, in quanto a sensi e per gli effetti dell'art. 165, secondo comma, del Codice "l'equilibrio economico e finanziario definite dall'art. 3, comma 1, lettera fff) rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1";

**II.** fine, in quanto a sensi e per gli effetti dell'art. 165, comma sesto, del Codice "il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico e finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio".

Ebbene, di fronte a tale chiaro quadro normativo le LG. nr. 9, nella Parte II, ove "sono riportate le prescrizioni sulle modalità di controllo dell'attività svolta dagli operatori economici in esecuzione di un contratto di PPP, da considerarsi vincolanti per le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi del citato articolo 181, comma 4, del codice dei contratti pubblici" (cfr. LG. nr. 9, pag. 4), al paragrafo 4.2, sono analiticamente indicate gli elementi essenziali della concessione di servizi.

Cuore nevralgico della costruzione di una concessione di servizi appare senza dubbio la creazione da parte del RUP della **matrice dei rischi** che sarà utilizzata "in fase di programmazione della procedura di gara, per la redazione del documento di fattibilità economica e finanziaria, per verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale e per la corretta indicazione della fase procedimentale" (cfr. § 5.2 LG nr. 9).

Fondamentale sottolineare che "la matrice dei rischi è posta a base di gara e utilizzata come elemento di valutazione dell'offerta" (cfr. § 5.3 LG nr. 9) e che "detto documento è elaborato dal RUP o da altro soggetto individuate in conformità del regolamento organizzativo dell'amministrazione ed è definito caso per caso sulla base delle caratteristiche specifiche della prestazione oggetto del contratto, con l'obiettivo di disciplinare ex ante modalità e limiti di revisione delle condizioni economiche-finanziarie poste a base del PEF e offerte in sede di gara" (cfr. § 5.1 LG nr. 9).

L'Autorità, avendo ben a mente la complessità giuridico-tecnica-economica dello strumento, ha addirittura altresì imposto "per i progetti di maggiore complessità" alle PA di svolgere consultazioni preliminari di mercato "anche al fine di acquisire i dati e le informazioni necessarie ad una compiuta identificazione e valutazione dei rischi che possono caratterizzare un determinato progetto".

Pena la grave carenza istruttoria, come nel caso che ci trattiene.

Le LG nr. 9 distinguono anzitutto le molteplici ipotesi di rischio arrivando ad una vera e propria griglia esplicativa contenente 22 ipotesi, potremmo chiamarle di "rischio generale"; cionondimeno la lista è chiaramente esemplificativa e coerentemente con quanto sopra scritto l'Autorità lascia ampio spazio a che la PA possa individuare quelli che potremmo chiamare "rischi speciali" ovvero dei rischi che caratterizzano la particolare tipologia di concessioni nel vending. L'Autorità inquadra, poi, il tutto in uno schema di facile utilizzo che consente, per ogni rischio, di effettuare l'operazione preliminare di *risk assessment* e *risk management*, arrivando a chiarire che ad ogni rischio rilevato deve essere agganciata una specifica clausola contrattuale ed un "peso" nella costruzione del conto economico della gara.

Elemento portante è però rappresentato dal combinato disposto dei §§. 5.1 e 5.2 delle LG nel quale appare (finalmente) evidente che creata la griglia dei rischi, la PA debba, da un lato, introdurre fra i documenti di gara il "Documento di Fattibilità Economica e Finanziaria dell'operazione" e la concorrente, dall'altro lato, debba introdurre nell'offerta economico al proprio "Piano Economico e Finanziario".

**In estrema sintesi: con l'introduzione delle LG nr. 9, la matrice dei rischi, il Documento di fattibilità Economica e Finanziaria, nonché il Piano Economico e**

**Finanziario, rappresentano quei punti cardinali fondamentali che non potranno mai mancare.**

Si impone a questo punto oltremodo necessario definire la matrice dei rischi del settore del vending così che ogni PA possa attingervi onde evitare di incappare in una babele eterogenea di documenti. Sarà certamente questo un compito di chi detiene gli interessi diffusi della categoria e rispetto al lavoro che verrà si vuole con le presenti conclusioni offrire un primo concreto contributo.

Dei principali rischi che dovrebbero essere inclusi nella matrice dei rischi del settore della distribuzione automatica possiamo senza dubbio annoverare:

- I.** il rischio di domanda, che riguarda la perdita del volume di incassi;
- II.** il rischio di esclusiva, che riguarda l'introduzione di attività commerciali nel plesso o nelle immediate vicinanze;
- III.** il rischio di atti vandalici, che riguarda non solo la perdita di moneta ma anche i danni al distributore;
- IV.** il rischio di aumento dell'IVA, che riguarda la costruzione di prezzi sempre Iva Inclusa;
- V.** il rischio di OCS "clandestine", che riguarda l'installazione di semi-automatici negli uffici senza autorizzazione alcuna quando nel plesso vi è una gestione che ha vinto una gara;
- VI.** il rischio di valore residuo, che riguarda la quota di ammortamento dei distributori che residua al termine del contratto;
- VII.** il rischio della clausola sociale, che riguarda una chiara indicazione del costo aziendale del personale che potrebbe essere trasferito al nuovo aggiudicatario dal gestore uscente.

Si tratta ovviamente di prime indicazioni rispetto a Linee Guida recentemente introdotte ma nonostante la novità è bene fin d'ora avere ben chiaro il tema centrale della sfida che ci attende: in assenza di una esatta ponderazione del valore che una concessione può creare il rischio concreto è che la PA continui a guardare esclusivamente al proprio ritorno economico senza chiedersi se la concessione immessa nel mercato sia o meno sostenibile. Questo porterà nel breve periodo alla proliferazione di concessioni che avranno enormi difficoltà ad arrivare a fine contratto, o a causa dell'insolvenza del concessionario o a causa della impossibilità a rispettare gli standard qualitative promessi o altro ancora.

L'auspicio è che in fretta le nuove LG entrino a far parte del patrimonio informative delle PA così da orientare le gare verso la direzione tracciata dal Legislatore, dell'Autorità e del Consiglio di Stato che con le Linee Guida nr. 9 hanno inteso combattere e porre le basi per una riduzione seria della percentuale di mortalità e di contenzioso nelle concessioni di servizi.