

**NORMATIVA E DIRITTI**

**DALL'ORDINANZA ARCA ALLA SOSPENSIONE DELLA GARA DELL'UNIVERSITÀ DI PARMA. DIECI INDICAZIONI ALLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER UN BANDO RISPETTOSO DEI PRINCIPI DI SOSTENIBILITÀ ECONOMICA E FINANZIARIA DELLA CONCESSIONE.**



**NORMATIVA  
E DIRITTI**

## A CURA DELL'AVVOCATO ANDREA NETTI

Negli ultimi mesi si sono susseguiti una serie di provvedimenti di annullamento o di sospensione della procedura di gara avente ad oggetto la selezione del miglior gestore del servizio di vending. I provvedimenti in parola sono giunti, sempre, a seguito dell'invio da parte di un Operatore Economico di una serie di censure al bando, sotto forma di richieste di chiarimenti, incentrate per lo più sull'assenza della stima del reale valore della concessione. In altri termini si è chiesto alla P.A. di annullare la procedura in quanto il valore della concessione era stimato sulla base del ristorno a base d'asta, mentre, sulla base di una serie di norme, la stima sarebbe dovuta essere parametrata al "fatturato" generato dalla concessione durante il tempo del contratto.

Tuttavia, l'esplicitazione del fatturato, nel più ampio quadro delle norme in materia di Partenariato Pubblico Privato e Concessioni, non esaurisce il quadro delle indicazioni basilari delle quali ciascuna P.A. Concedente dovrebbe tenere conto nel momento in cui intende indire una gara per la distribuzione del servizio di vending. In ultima analisi, l'esplicitazione del "fatturato" rappresenterebbe il primo (in ordine logico) di una serie di elementi della struttura della gara che, soltanto se esplicitati correttamente, potranno portare gli Operatori Economici a formulare una "offerta consapevole".



Il presente lavoro intende quindi enucleare – in dieci punti (tre strutturali e sette subordinati) – le coordinate all'interno delle quali una P.A. dovrebbe operare per, si auspica, progettare e indire una gara rispettosa delle complessità giuridiche e tecniche sottese al contratto di concessione di un servizio di vending.



Le tre indicazioni strutturali – che con enfasi chiameremo **"le tre colonne portanti"** – possono essere sintetizzate nei punti





che seguono:

1. Esatta determinazione del valore della concessione sulla base del fatturato stimato, tenuto conto di ogni eventuale proroga – precisazioni in ordine alla esplicitazione nei documenti di gara del metodo oggettivo utilizzato per stimare il valore della concessione;
2. Esatta ripartizione, fra Stazione Concedente e Operatore Economico, del rischio operativo – precisazioni in ordine alla gestione del servizio in esclusiva;
3. Piano economico e finanziario della concessione, individuazione della soglia (incomprimibile) costituita dalla somma del “costo del servizio e dell’ordinario utile di impresa”, in ogni caso “perseguimento dell’equilibrio economico e finanziario degli investimenti e della connessa gestione” – precisazioni in ordine ai principali parametri del PEF, alla “doppia leva” ed all’individuazione dell’ “offerta anomala”.

### §.1 – LA PRIMA COLONNA: IL VALORE. ESATTA DETERMINAZIONE DEL VALORE DELLA CONCESSIONE SULLA BASE DEL FATTURATO STIMATO, TENUTO CONTO DI OGNI EVENTUALE PROROGA.

Il valore della concessione è determinato

---

**<sup>1</sup> Il Parere di precontenzioso nr. 96 del 26.11.2014,** con il quale l’allora Autorità di Vigilanza ha, infatti, sottolineato: *“Ai sensi dell’art. 29, comma 1, del d.lgs. 163/2006 il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori e servizi pubblici è basato sull’importo totale pagabile al netto dell’IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Per le concessioni, nella nozione di importo totale pagabile è da ricomprendere il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione. Dovrà altresì essere computato nel calcolo il canone a carico del concessionario, ove previsto, e gli altri flussi economici che incidono sul piano economico finanziario (da redigersi anche nelle concessioni di servizi, in base al combinato disposto dell’art. 143, comma 7, e dell’art. 30, comma 7, del Codice). L’erronea individuazione dell’importo a base di gara può riflettersi sulle modalità di pubblicità della procedura e sulla quantificazione delle cauzioni in garanzia, oltre che del contributo all’Autorità, nonché sulla circostanza che i requisiti richiesti ai concorrenti possono risultare non proporzionati rispetto al valore dichiarato del servizio. Essa può determinare l’assenza di una trasparente e corretta informazione agli operatori economici sui reali*

sulla base di una stima effettuata dalla Stazione Concedente (cfr. art. 29 – 30 d. lgs. 163 del 2006) del fatturato generato – in termini di flussi di cassa – per tutta la durata del contratto, proroghe eventuali comprese<sup>1</sup> (cfr. art. 8 Direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014, in corso di recepimento da parte del Parlamento Italiano).

A supporto delle operazioni di “stima” può senza dubbio essere prodotta la dichiarazione, da parte del gestore uscente, circa il fatturato generato negli anni precedenti (nel caso di specie il politecnico chiede che il dato abbracci l’ultimo triennio) **tuttavia si ritiene che la mera equiparazione della “stima” al dato fornito dal gestore non corrisponda esattamente a quanto richiesto dal Legislatore.** Sul punto è quindi necessaria particolare attenzione.

Le norme citate al primo paragrafo chiedono espressamente, infatti, che la “stima” abbia riguardo al fatturato che la concessione andrà a generare e pertanto l’analisi della Stazione Concedente dovrà porsi, con fare prognostico, nell’ottica di definire non “quelli che sono stati” i flussi di cassa della concessione ma “quelli che saranno”, tenendo conto di alcuni ed importanti dettagli che andranno comunicati ai potenziali concorrenti tutti riconducibili ad una sorta di *gap analysis* fra ciò che oggi offre la concessione e ciò che si chiede di offrire nella prossima. Ad esempio: potrà dirsi corretta una sti-

ma di fatturato equiparata alla dichiarazione del gestore uscente se il numero potenziale di utenti non sia variato (da intendersi come dipendenti della struttura, avventori esterni, studenti nel caso di università, pazienti nel caso di ospedali etc.), se il numero dei distributori (e quindi il necessario rapporto fra popolazione e distributori) sia sempre lo stesso, se l’ubicazione degli stessi sia sempre la stessa, oppure se i prezzi di vendita siano sempre gli stessi, oppure se, infine, il paniere di prodotti sia sempre lo stesso o meglio, se i margini di scelta dei prodotti da inserire all’interno del paniere siano sempre gli stessi.

La variazione di uno soltanto di questi parametri avrebbe di certo impatti (positivi o negativi) sulla stima di fatturato ed è in tal senso che si ritiene che una mera parametrizzazione del valore della concessione alla dichiarazione del gestore uscente risulti essere poco rispondente al volere del Legislatore.

Il corpo motivazionale della stima potrà essere quindi scarno ed impugnabile oppure ricco di elementi e quindi sostanzialmente corretto e rispondente ai principi espressi dalla legge.

A chiusura dell’impianto motivazionale circa la stima del valore della concessione giunge l’art. 8, punto terzo, della Direttiva Europea citata, il quale impone espressamente che la Stazione Concedente, qualunque sia la stima che abbia fatto, espliciti nei documenti di gara “il

metodo oggettivo” utilizzato per arrivare alla suddetta stima. In poche parole, con questa norma di chiusura il Legislatore nel pieno rispetto del principio di trasparenza espone al giudizio degli operatori economici la metodologia utilizzata per giungere alla determinazione del valore della concessione.

A questo punto si comprendono ancor meglio i suggerimenti di cui ai paragrafi precedenti in quanto :

– i bandi che, pur indicando il fatturato della concessione, non dovessero esplicitare il “metodo oggettivo” di determinazione del valore del contratto saranno autonomamente impugnabili;

– i bandi che, dopo aver indicato il fatturato della concessione, dovessero indicare, quale “metodo oggettivo” utilizzato per la stima, quello del mero richiamo alla dichiarazione di fatturato effettuata da parte del gestore uscente, dovrebbero essere ritenuti impugnabili ed il rischio di impugnazione sarebbe crescente laddove l’operatore economico dovesse rilevare differenze sostanziali fra le modalità di gestione che hanno generato il fatturato di cui alla dichiarazione e quelle richieste nel nuovo bando (*gap analysis*);

– i bandi che, invece, fossero ricchi di dettagli e curati nella determinazione del valore, tenuto conto sì del fatturato di-

**valori della concessione che la stazione appaltante intende affidare. Difatti, laddove l’importo stimato del contratto non è rappresentativo della piena utilità economica che può derivare all’impresa dalla gestione del servizio, risulta arduo per gli operatori economici apprezzare il carattere remunerativo del servizio sulla base di tale parametro e quindi formulare “un’offerta economica consapevole”.** La **Deliberazione n. 40 del 19 dicembre 2013**, con la quale l’allora Autorità di Vigilanza ha, ribadito : “...secondo il consolidato orientamento di questa Autorità, quindi, per il calcolo del valore della concessione, la stazione appaltante deve considerare **la totalità dei ricavi provenienti dalla gestione economica del servizio**... (AVCP, **Delibera n. 13 del 12.03.2010**; AVCP, **Deliberazione n. 75 del 01/08/2012**). Ancora, con **deliberazione n. 56**, Adunanza del 6 ottobre 2010, l’AVCP: “... non è conforme alle disposizioni di cui all’art. 29, del D. Lgs. n. 163/2006, effettuare il calcolo della base d’asta utilizzando solo l’elenco dei rispettivi canoni minimi da corrispondere all’Ente concedente e non anche la procedura seguita nel definirli. La normativa di settore, invece, prevede altresì la stima, a monte della gara, degli introiti

*per il concessionario provenienti dall’utenza per tutta la durata della concessione, in altri termini la stima della prevista remuneratività del servizio per l’operatore economico sulla base dell’esperienza degli anni precedenti e delle peculiarità materiali e temporali del nuovo servizio. Si rileva, infatti, che, sebbene ai sensi dell’art. 30 del D.Lgs. 163/2006 (richiamato dalla stazione appaltante) la controprestazione a favore del concessionario sia costituita dal diritto di gestire e di sfruttare economicamente il servizio, lo stesso art. 30 richiama espressamente l’art. 143, comma 7, del medesimo D.Lgs. 163 (cfr. comma 7), il quale prevede, per le concessioni, che l’offerta contenga il c.d. “piano economico-finanziario” della gestione per tutto l’arco temporale prescelto. Quanto precede si rileva anche nell’interesse della stessa Stazione Appaltante, al fine di individuare un canone minimo più congruo, che permetta all’ente di conformarsi anche al principio di economicità, ossia all’obbligo di ottenere un determinato risultato (nella fattispecie di qua la migliore gestione dei propri impianti sportivi) impiegando le risorse a disposizione in modo ottimale.... per l’individuazione del canone minimo si sarebbe dovuto considerare anche quanto sopra osservato (cfr. art. 29, comma*

*1, del D.Lgs. 163/06, il quale chiaramente prevede che “il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori e servizi pubblici è basato sull’importo totale pagabile al netto dell’IVA, valutato dalle stazioni appaltanti”, importo che, nel caso delle concessioni, proviene come ricordato dall’utenza”.* La **Deliberazione n. 9 Adunanza del 25 Febbraio 2010**: “...Per le concessioni, nella nozione di “importo totale pagabile” di cui all’art. 29, del D. Lgs. n. 163/2006, è sicuramente 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 – come avvenuto nel caso di specie – l’unica voce indicativa del valore della concessione”.

chiarato dal gestore uscente ma con una analisi circa le differenze fra “le attuali modalità di gestione” e “le nuove modalità di gestione richieste”, potranno certamente essere incensurabili.

## §.2 – LA SECONDA COLONNA: IL RISCHIO. ESATTA RIPARTIZIONE, FRA STAZIONE CONCEDENTE E OPERATORE ECONOMICO, DEL RISCHIO OPERATIVO – PRECISAZIONI IN ORDINE ALLA GESTIONE DEL SERVIZIO IN ESCLUSIVA.

La Stazione Concedente, nel momento in cui opera per la costruzione della concessione da immettere nel mercato, deve chiarire la portata del rischio operativo che andrà a trasferire in capo al Concessionario.

L'operazione di allocazione del rischio operativo fra Stazione Concedente e Operatore Economico è necessaria ed imposta dalla Legge e la carenza o assenza di tale attività, tenuto conto della sua importanza strutturale, sarebbe motivo certo di autonoma censura di illegittimità della *lex specialis*.

Tale obbligo in capo alla P.A. è senza dubbio rinvenibile in una serie di passaggi della Direttiva Europea citata, nonché all'interno del Codice degli Appalti vigente, che ai principi comunitari fa espresso richiamo.

Nell'ordine:

– la lettera del 18° considerando della Direttiva Europea citata espressamente chiarisce che “... *la caratteristica principale di una concessione ... implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati* ...”;

– la lettera del 20° considerando della Direttiva Europea citata espressamente chiarisce che “... *il rischio operativo dovrebbe essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni di mercato,*

*che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta.*”;

– sempre la medesima lettera precisa ulteriormente che “... *per rischio sul lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto* ...”

In buona sostanza la “domanda effettiva”, nel caso della distribuzione automatica, si tradurrebbe:

**a.** nella possibilità che gli utenti non acquistano prodotti dalle macchine installate oggetto della concessione;

**b.** nella possibilità che gli utenti, nel caso di specie i dipendenti della struttura, non acquistano prodotti dalle macchine installate oggetto della concessione perché la Stazione Concedente autorizza gli stessi ad installare all'interno dei singoli uffici piccole macchine di distribuzione di caffè ed altri infusi;

**c.** nella possibilità che all'interno del perimetro del bando la Stazione Concedente autorizzi l'attivazione di servizi che si possano porre in tutto o in parte in concorrenza con il servizio oggetto della gara.

E' specifico obbligo della Stazione Concedente fornire ogni più opportuno dettaglio circa la portata del “rischio operativo” e tale obbligo, la cui violazione porterebbe con sé la possibilità di censurare il bando, discende direttamente dall'art. 3, comma 15-ter, del d. lgs. 163 del 2006 il quale, appunto, obbliga espressamente la P.A. nei contratti di Partenariato Pubblico Privato ad **allocare** chiaramente ed in maniera trasparente **il rischio**, quanto resta in capo alla P.A. e quanto invece viene trasferito al concessionario, “*ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari*”, appena richiamati.

Può senza dubbio ritenersi che il contratto di concessione per la somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici (vending) sia dato in condizioni di “esclusiva<sup>2</sup>” quando la Stazione Concedente escluda chiara-



mente le ipotesi "b" e "c", lasciando così il "rischio operativo" nel mero alveo della volontà dell'utente al quale è rimesso libero ed incondizionato arbitrio nell'utilizzo del servizio di vending.

Nell'ipotesi in cui, invece, la Stazione Concedente intendesse non concedere "l'esclusiva" e autorizzare una o entrambe le ipotesi di cui alle precedenti lettere "b" e "c" – oltre ad esporsi a non indifferenti censure di sostenibilità economica e finanziaria della concessione – dovrebbe operare ancor più difficili e convincenti argomentazioni nella determinazione del valore della concessione, quindi del fatturato.

E' infatti assodato che quasi al totalità delle concessioni in essere abbiano generato fatturato in un regime di sostanziale esclusiva, da ciò deriverebbe che anche il fatturato generato dal gestore uscente dovrebbe essere considerato come generato in un alveo ben preciso di "rischio operativo"; nell'ipotesi in cui, pertanto, la nuova concessione immessa a gara andasse a modificare il grado di rischio, *in pejus*, la P.A. dovrebbe andare necessariamente a ritoccare a ribasso la stima di fatturato.

Si guardi ad esempio alla P.A. che all'interno del proprio plesso intenda indire la gara per il vending contemporaneamente aggiungendo una gara per la costruzione e gestione di un bar. Inutile dirsi che entrambi i gestori, tanto quello del vending quanto quello del bar, dovrebbero formulare una offerta tenendo in considerazione la dimensione e portata del rischio operativo che vedrebbe, nello stesso contesto, la coesistenza di due attività concorrenti su gran parte dei beni (certamente quelli principali) oggetto del paniere. In tale contesto, che senso avrebbe sti-

mare il valore della concessione del vending con il fatturato generato durante il triennio precedente? E' ovvio che, pur con il dato di fatturato alla mano fornito dal gestore vending uscente, tenuto conto della diversa impostazione del rischio operativo, la Stazione Concedente dovrebbe operare una correzione a ribasso di tale fatturato tenuto conto della coesistenza della *constituenda* attività di bar.

### §.3 LA TERZA COLONNA: LA SOSTENIBILITÀ. PIANO ECONOMICO E FINANZIARIO DELLA CONCESSIONE, INDIVIDUAZIONE DELLA SOGLIA (INCOMPRESIBILE) COSTITUITA DALLA SOMMA DEL "COSTO DEL SERVIZIO E DELL'ORDINARIO UTILE DI IMPRESA", IN OGNI CASO "PERSEGUIMENTO DELL'EQUILIBRIO ECONOMICO E FINANZIARIO DEGLI INVESTIMENTI E DELLA CONNESSA GESTIONE" – PRECISAZIONI IN ORDINE AI PRINCIPALI PARAMETRI DEL PEF, ALLA "DOPPIA LEVA", ALL'INDIVIDUAZIONE DELL' "OFFERTA ANOMALA".

Il percorso fino ad ora delineato consente alla P.A. di poter stimare correttamente il valore della concessione, o meglio consente alla P.A. di poter stimare correttamente il fatturato che si andrà a generare nel tempo del contratto, ovviamente, tenuto conto del rischio operativo correttamente allocato in capo all'operatore economico. Concettualmente l'esatta determinazione del fatturato, l'esplicitazione del metodo oggettivo per calcolarlo e la corretta allocazione del rischio operativo costituiscono, in tutto e per tutto, veri e propri antecedenti logici rispetto alla individuazione dell'ultimo passaggio che deve compiere una Pubblica

<sup>2</sup> Il Tribunale di Pavia, con Sentenza del 5.05.2014 pronunciata nell'ambito del ricorso r.g. n. 13/2011 ha ribadito che "... *"l'esclusiva in favore del fornitore di servizi (ndr. di vending) è elemento connaturale al contratto in questione. L'ente che appalta o concede il servizio, se intende far operare altre Imprese, deve farne espressa menzione nel contratto (e, prima, nel bando di gara) eventualmente circoscrivendo le aree territoriali o le tipologie di servizi che permettano di discernere i limiti di legittima operatività del*

*diversi soggetti ammessi ad erogare i servizi. Dal punto di vista economico, l'esclusività della concessione giustifica la previsione del canone fisso .... e l'obbligo di praticare prezzi fissi per tutti o parte dei prodotti (obbligo che non avrebbe senso laddove dei terzi potessero operare di fatto o sarebbe addirittura penalizzante qualora i terzi ottenessero contratti a diverse e migliori condizioni). L'inadempimento e la violazione del diritto di esclusiva legittima il blocco del pagamento dei canoni di concessione".*

Amministrazione durante la fase di progettazione di una concessione: la costruzione di un Piano Economico e Finanziario dell'operazione. In definitiva una concessione non può "presumersi" sostenibile (come se la sostenibilità fosse un assioma), la sostenibilità economica e finanziaria di una concessione deve essere "ipotizzata" dalla P.A. sulla base di elementi matematici certi ed il più possibile verificabili ex post; la sostenibilità economica e finanziaria rappresenta in ultima analisi la pietra angolare dell'operazione economica, ciò in quanto è precipuo obbligo della P.A. quello di mettere l'operatore economico, in condizioni operative normali, nella possibilità di rientrare del proprio investimento durante il tempo del contratto.

A conforto di quanto appena scritto si possono senza dubbio citare:

i. in generale, la Direttiva Europea 23/2014, la quale prevede che, al netto della portata dei "rischi operativi" (trasferiti dalla P.A. all'operatore economico) ed in "condizioni operative normali", il concessionario sia messo nelle condizioni di poter recuperare gli investimenti effettuati ed i costi sostenuti per realizzare il servizio (cfr. 18° considerando ed art. 5° della Direttiva),

ii. l'art. 30 del d. lgs. 163 del 2006, il quale espressamente prevede, al secondo comma, due limiti fondamentali nella costruzione della concessione da immettere nel mercato: il primo che si assicuri (ovviamente in condizioni operative normali) al concessionario di non lavorare al di sotto di una soglia invalicabile caratterizzata dal "costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa"; il secondo che comunque la concessione sia caratterizzata dal "perseguimento dell'equilibrio economico e finanziario de-

gli investimenti e della connessa gestione";

iii. l'art. 147, comma 7°, sempre del d. lgs. 163 del 2006, espressamente richiamato dall'art. 30 citato, il quale espressamente prevede che "l'offerta e il contratto devono contenere il piano economico e finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione, anche prevedendo un corrispettivo per tale valore residuo."

Che la sostenibilità economica e finanziaria rappresenti la pietra angolare della struttura della concessione nel vending (come in ogni altro settore economico) è stato anche recentemente affermato dal TAR Lombardia, il quale in punto di "anti-economicità della concessione di vending", ha avuto modo di censurare l'impostazione di una procedura ad evidenza pubblica indetta, limitandosi addirittura soltanto a censurare la mera carenza della lex specialis in ordine alle indicazioni circa la esatta ubicazione dei distributori automatici all'interno dei plessi oggetto di gara. Ritenendo, più che correttamente, che ciò incidesse sulle valutazioni da parte dell'operatore economico e, soprattutto, che ciò incidesse sulla sostenibilità dell'intero contratto<sup>3</sup>. Attraverso la citata ordinanza il Tar di Milano ha, infatti, sospeso gli atti oggetto di impugnativa ravvisando, già in sede cautelare, la fondatezza del ricorso alla luce dell' "evidente anti-economicità e la non sostenibilità finanziaria del servizio". L'ordinanza in parola è stata poi confermata dal Consiglio di Stato ed il merito è a tutt'oggi in corso.

<sup>3</sup> Si veda sul punto Ordinanza Tar Milano, Sez. III, n. 1182 del 6.11.2013 emessa nell'ambito del ricorso r.g. n. 2339/2013 promosso da Ge.S.A. S.p.A. contro l'Agenzia Regionale Centrale Acquisti (ARCA), per l'annullamento, previa sospensione cautelare, del Bando di gara, pubblicato da ARCA Lombardia sulla G.U.U.E. 2013/S 155-270819 del 10/08/2013 e sulla G.U.R.I. n. 95 del 14/08/2013 con cui l'Agenzia Regionale Centrale Acquisti (ARCA) ha indetto una procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di somministrazione alimenti e bevande mediante distributori automatici per n. 19 Lotti, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di tutti gli atti ad esso inerenti.

<sup>4</sup> Si tratta in ultima analisi dell'ipotesi che questo documento intende scongiurare ovvero quella che la P.A. si limiti a sanare la precedente istruttoria inserendo il fatturato senza però tener conto di tutta una serie di ulteriori e fondamentali aspetti la cui carenza o inosservanza, come nel *leading case*, porterebbero comunque ad una impugnazione.



Nell'ottica di voler agevolare al meglio la S.V. nella costruzione di un P.E.F. si esporrà qui di seguito un *leading case*. Omettendo, per ragioni di correttezza, il nome della Pubblica Amministrazione, va però detto che il bando in parola è stato selezionato in quanto è stato impugnato pur avendo la P.A. inserito nel bando il fatturato complessivo<sup>4</sup>.

Ciò in quanto, pur sussistendo l'indicazione di fatturato:

– non veniva esplicitato il metodo oggettivo di calcolo del medesimo (ed i chiarimenti forniti certificarono che la P.A. non era nelle condizioni di poter esplicitare il "metodo oggettivo" così come richiesto dall'art. 8 della Direttiva Europea);

– non veniva esplicitato il perimetro dell'esclusiva (e nei chiarimenti la P.A. lasciava l'operatore economico nell'impossibilità di sapere se nel periodo del contratto la portata del rischio di domanda sarebbe stata modificata con l'apertura di attività concorrenti);

– e, per ciò che qui importa, non veniva prospettato alcun Piano Economico e Finanziario nonostante si trattasse, in termini di impegno economico, di uno dei bandi (dimensionalmente e territorialmente) più grandi dell'ultimo quinquennio<sup>6</sup> (anzi sul punto, la P.A. con fare apodittico si limitava ad

affermare che la concessione in parola si "presumeva"



sostenibile tanto da un punto di vista economico quanto finanziario).

Ovviamente il PEF non può fondarsi su mere "presunzioni" e nella prospettiva di ausilio illustrativo ed esplicativo di questo lavoro si renderanno qui di seguito alcuni grafici rappresentativi del conto economico della concessione di cui al leading case.

Innanzitutto andava prospettato un conto economico, partendo dal fatturato annuale così come stimato dalla P.A.:

A) C.E. P.A.	%	Anno No IVA
Fatturato	100%	2.280.000
Costo prodotto	32,8%	747.913
<b>I MARGINE</b>	<b>67,2%</b>	<b>1.532.087</b>
A.R.D.	15,2%	346.560
<b>I MARGINE</b>	<b>52,0%</b>	<b>1.185.527</b>
Tecnico Esterno	3,0%	69.251
Personale Struttura	18,4%	418.485
Ristorno	25,9%	589.950
<b>II MARGINE</b>	<b>4,7%</b>	<b>107.841</b>
Costi Fissi Generali	12,4%	283.773
<b>Margine Operativo Lordo (M.O.L.)</b>	<b>-7,7%</b>	<b>(175.932)</b>
Ammortamenti D.A.	47,2%	1.077.015
Leasing	0,0%	0
<b>Risultato Operativo (R.O.)</b>	<b>-55,0%</b>	<b>(1.252.947)</b>
Oneri Finanziari	0,2%	3.877
Oneri Straordinari	0,0%	0
<b>Risultato Netto (R.N.)</b>	<b>-55,1%</b>	<b>(1.256.824)</b>

Per poi confrontare i numeri espressi nel conto economico con quelli di mercato rilevati da una recente analisi di mercato<sup>6</sup> (tabella 2).

Per poi arrivare ad alcune preliminari considerazioni oggettive:

i. **IL PRIMO MARGINE.** Nel conto economico ALFA<sup>7</sup> il costo del prodotto al netto delle rimanenze di magazzino è pari al 32,8 % del fatturato generato. Il dato risulta essere in linea con la media della maggiori cinque imprese italiane che spendono il 31,8 % e sensibilmente più basso rispetto alla media nazionale che invece si attesta al 34,7 %. La conoscenza per la P.A. della fascia media entro la quale si attesta la spesa per l'acquisto dei prodotti da inserire nei distributori rappresenta senza ombra di dubbio un primo dato significativo che consente alla P.A. di costruire una sorta di "primo margine" del PEF dato dal FATTURATO - COSTO del PRODOTTO.

ATTIVITÀ	ALFA SPA		MEDIA		BEST 100	
<b>CONTO ECONOMICO</b>						
Ricavi A1	47.737	98,7%	149.854	96,8%	100.000	100,0%
Incrementi per Lavori Interni	0	0,0%	92	0,1%		0,0%
Ricavi A5	643	1,3%	4.949	3,2%		0,0%
<b>RICAVI</b>	<b>48.380</b>	<b>100,0%</b>	<b>154.883</b>	<b>100,0%</b>	<b>100.000</b>	<b>100,0%</b>
Acquisto Prodotti per la Vendita	16.449	34,0%	49.196	31,8%	34.700	34,7%
Variazione Rimanenze	-575	-1,2%	-968	-0,6%		0,0%
<b>TOTALE ACQUISTI PER LA VENDITA</b>	<b>15.874</b>	<b>32,8%</b>	<b>48.228</b>	<b>31,1%</b>	<b>34.700</b>	<b>34,7%</b>
Servizi e Beni di Terzi	12.982	26,8%	36.517	23,6%	22.000	22,0%
<b>TOTALE ACQUISTI ESTERNI</b>	<b>28.856</b>	<b>59,6%</b>	<b>84.745</b>	<b>54,7%</b>	<b>56.700</b>	<b>56,7%</b>
<b>VALORE NETTO DELLA PRODUZIONE</b>	<b>19.524</b>	<b>40,4%</b>	<b>70.138</b>	<b>45,3%</b>	<b>43.300</b>	<b>43,3%</b>
Altri Costi Operativi	560	1,2%	1.422	0,9%	0	0,0%
<b>VALORE AGGIUNTO</b>	<b>18.964</b>	<b>39,2%</b>	<b>68.717</b>	<b>44,4%</b>	<b>43.300</b>	<b>43,3%</b>
Costo del Lavoro	12.090	25,0%	42.385	27,4%	26.000	26,0%
<b>MARGINE OPERATIVO LORDO</b>	<b>6.874</b>	<b>14,2%</b>	<b>26.332</b>	<b>17,0%</b>	<b>17.300</b>	<b>17,3%</b>
Ammortamenti	5.512	11,4%	17.637	11,4%	10.500	10,5%
Altri Accantonamenti e Svalutazioni			77			
<b>UTILE OPERATIVO</b>	<b>1.362</b>	<b>2,8%</b>	<b>8.675</b>	<b>5,6%</b>	<b>6.800</b>	<b>6,8%</b>
Proventi e Oneri Finanziari	-104	-0,2%	-6.324	-4,1%	-3.000	-3,0%
<b>RISULTATO GESTIONE CORRENTE</b>	<b>1.258</b>	<b>2,6%</b>	<b>2.351</b>	<b>1,5%</b>	<b>3.800</b>	<b>3,8%</b>
Rettifica Attività Finanziarie	0	0,0%	-13	0,0%		0,0%
Proventi e Oneri Straordinari	355	0,7%	408	0,3%		0,0%
<b>UTILE ANTE IMPOSTE</b>	<b>1.613</b>	<b>3,3%</b>	<b>2.746</b>	<b>1,8%</b>	<b>3.800</b>	<b>3,8%</b>
Imposte	609	1,3%	995	0,6%	1.800	1,8%
<b>UTILE NETTO</b>	<b>1.004</b>	<b>2,1%</b>	<b>1.751</b>	<b>1,1%</b>	<b>2.000</b>	<b>2,0%</b>

TABELLA 2

ii. **IL SECONDO MARGINE.** Dal Primo Margine al MOL (margine operativo lordo)<sup>8</sup>. I costi inclusi in questa seconda parte del conto economico sono: il costo per gli A.R.D. (o addetti alla ricarica dei distributori automatici, in parte dipendenti ed in parte prestatori d'opera ex art. 2222 c.c.), altri lavoratori dipendenti (tecnici esterni ed altro personale operativo), costi fissi generali, servizi e beni di terzi ed ovviamente la globalità dei canoni concessori pagati dalla Società.

Nel Bilancio UE ALFA la totalità di questi costi assorbe il 53 % del fatturato; svolgendo le comparazioni si può notare come le cinque maggiori Aziende dedichino per questa parte del bilancio il 50,6 % delle proprie risorse, mentre nella media nazionale l'importo complessivo di queste voci vada ad assorbire il 48 % del valore complessivo generato.

iii. La terza: il margine per gli ammortamenti. In conclusione sulla analisi aggregata dei dati di bilancio può dirsi che ALFA impiega, assolutamente in linea con le cinque Aziende principali di settore, una quota dell'11,4 % del fatturato per gli Ammortamenti, a

fronte di un 10,5 % del mercato analizzato.

Sulla base di questi dati è possibile formulare alcune osservazioni critiche sul PEF della P.A. presa ad esempio come leading case:

i. **IL SECONDO MARGINE** nel contro economico della P.A. - tenuto conto dell'abnorme ristorno richiesto<sup>9</sup> - arriva ad assorbire il 74,9 % del fatturato, contro il 53 % di ALFA, 50,6 % delle maggiori cinque imprese e 48 % del mercato. E' quindi evidente che l'incidenza del ristorno così come richiesta dalla P.A. risulta assolutamente sproporzionata e finanziariamente insostenibile.

ii. Tenuto conto della percentuale media degli investimenti, stando al fatturato dichiarato dalla P.A. (2.200.000,00 euro ca.) l'ammontare degli investimenti annuali dovrebbe essere pari ad una somma pari a circa 242.000,00 (pari all'11% del fatturato), quando invece l'ammortamento annuale richiesto arriverebbe a pesare il 47,2 % dell'investimento, con buona pace dell'utile di impresa.

<sup>5</sup> Si trattava infatti della concessione di 570 aree break, per un numero complessivo di 1140 macchine nuove.

<sup>6</sup> La tavola sinottica è stata creata attraverso i dati depositati con il bilancio conforme ai parametri UE depositato presso la Camera di Commercio. All'interno della colonna MEDIA si è

trattato di aggregare i dati delle cinque principali aziende italiane del settore della distribuzione automatica.

Quanto invece alla colonna denominata BEST 100 si è trattato di aggregare i dati di oltre 100 imprese di varie dimensioni, sempre operanti nel settore del vending, iscritte all'associazio-

ne aventi le Sedi dislocate in tutto il territorio nazionale.

<sup>7</sup> Società operante nel settore del vending avente un fatturato superior a 50 Ml di euro.

<sup>8</sup> Per MOL si vuole intendere nel presente lavoro l'universalità dei costi sostenuti dall'Azienda prima degli ammortamenti.





Alcune note conclusive contenenti le ulteriori sette indicazioni che si vanno ad aggiungere alle tre strutturali costituenti le citate "colonne portanti".

I tre pilastri enucleati all'interno del presente lavoro consentono di guardare ed immaginare il futuro delle procedure di selezione pubblica nel vending e di dar forza ad un elenco di proposte in parte innovative, in parte figlie dell'evoluzione dell'ultimo quinquennio delle gare nella distribuzione automatica e semiautomatica che ben potrebbero tradursi in criteri di selezione dell'operatore economico. Il tutto con l'auspicio sincero che ciascuna P.A. possa attingere a piene mani dal presente lavoro al fine di coniugare il raggiungimento dei propri interessi con quelli di sostenibilità e, più in generale, di salvaguardia del settore<sup>9</sup>. Per quanto concerne la Documentazione Amministrativa:

**4.** A corollario, l'esatta stima del fatturato consentirà alla P.A. di definire meglio il livello di pubblicità da dare alla gara, i tempi intercorrenti fra la data di pubblicazione e la data di deposito delle buste contenenti l'offerta, i contributi da pagarsi all'ANAC, nonché, infine, le soglie di ingresso all'interno delle gare laddove, in quelle di rilievo Nazionale o comunque in quelle all'interno delle quali si andranno ad installare un numero di macchine superiore a 25, si intendesse limitare l'accesso ad Operatori Economici che abbiano un fatturato specifico generato nel vending superiore ad una determinata soglia;

Per quanto concerne la Documentazione Tecnica:

**5.** La Pubblica Amministrazione dovrà anzitutto adottare una vera e propria rivoluzione sulla durata del contratto alla luce della Direttiva Europea 23/2014<sup>11</sup>: la durata del con-

tratto non sarà più un elemento essenziale del rapporto e varierà – all'interno di un *range* minimo e massimo fissato dalla P.A. – a seconda dell'entità dell'investimento proposto dall'Operatore Economico concorrente. In buona sostanza la durata del contratto è stimata non in maniera apodittica ma in relazione all'entità degli investimenti ed alla possibilità che in quel lasso di tempo l'Operatore economico sia messo nelle condizioni di poterli recuperare, "insieme con un ritorno sul capitale investito". All'interno di queste coordinate si muove una piccola rivoluzione del sistema di selezione nel vending.

**6.** La Pubblica Amministrazione dovrebbe – definito il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa quale criterio di selezione e dopo aver attribuito all'offerta tecnica un punteggio non inferiore a 60 e non superiore a 75 punti – attribuire un peso specifico importante (pari a 30/40 punti) alla tipologia di investimento che l'operatore economico intenderà effettuare. La sezione dovrà essere declinata nel modo che segue:

**a.** La descrizione dell'investimento incentrata su tre direttrici la tipologia e caratteristiche delle macchine, la tipologia e caratteristiche dei *break point*, la tipologia e caratteristiche dei sistemi di pagamento;

**b.** L'importo complessivo dell'investimento che l'operatore economico intende effettuare al netto dell'IVA;

**c.** La durata del contratto. Detto che la P.A. dovrà fissare un *range* minimo e massimo della durata del contratto che è disposta ad accettare (proroghe escluse), sarà poi l'Operatore economico, tenuto conto dell'importanza dell'investimento che vuole mettere in campo, ad inserire nella proposta tecnica la durata del contratto (a parità di investimento sarà preferito l'Operatore che avrà offerto una proposta contrattuale della minor durata).

<sup>9</sup> Il ristorno medio pagato annualmente da ALFA è del 4%. Detto che sulle voci del SECONDO MARGINE si rileva un gap fra ALFA ed il mercato di 5 punti e che questo ben potrebbe essere speso fra maggiori investimenti o maggior ristorno, non si comprende bene sulla base di quale valutazione economica la P.A. del leading case abbia stimato nella misura del 25,9% il ristorno dovuto a base d'asta.

<sup>10</sup> Sul ruolo della Pubblica Amministrazione nelle

procedure ad evidenza pubblica nella distribuzione automatica ci permettiamo di richiamare "La responsabilità sociale della Pubblica Amministrazione in tema di vending", A. Netti, M. Bigonzoni, DA Italia, nr. 83, gennaio / febbraio, 2014, pagg. 26 – 30.

<sup>11</sup> Mentre l'Unione Europea dichiara battaglia aperta ai contratti di concessione dalla durata "illimitata" o comunque di durata superiore a quindici anni, nel vending assistiamo a fenomeni diametralmente op-

7. Alcune precisazioni sulle modalità di calcolo dell'investimento da parte della P.A. e sulla durata del contratto. Il tempo di ammortamento fiscale di una macchina per la distribuzione automatica è di 7 anni, tenuto conto di questo dato fondamentale il range proposto dalla P.A. dovrà essere compreso fra 5 e 7 anni (proroghe escluse). In tal senso, l'Operatore economico che sarà portato ad installare macchine nuove e di ultima generazione chiederà un periodo temporale più lungo, mentre l'Operatore economico che sarà portato ad installare macchine meno nuove e non ultima generazione potrà approfittare di ammortamenti già effettuati (almeno in parte) e puntare ad un periodo temporale più breve. Al fine di poter calcolare in maniera oggettiva il valore dell'investimento la P.A. dovrà inserire nel bando la seguente clausola contrattuale che introduce un criterio semplice, oggettivo e di immediata gestione da parte della Commissione *"Ai fini del calcolo del valore di investimento delle macchine, sistemi di pagamento e altri beni mobili contenuti nell'offerta la Stazione Concedente riterà di imputare al valore dell'investimento dichiarato in sede di offerta il 100 % della spesa in fattura laddove questa sia stata effettuata nel medesimo anno di esercizio in cui è avvenuta l'aggiudicazione provvisoria, mentre laddove la spesa sia stata effettuata in esercizi precedenti, per ogni anno, dalla spesa in fattura verrà decurtato convenzionalmente il 15 %"*.

Per quanto concerne invece la Documentazione contenente l'offerta economica:

8. Sempre più spesso si assiste all'introduzione del criterio della "doppia leva" nei bandi del vending. Si tratta in buona sostanza del criterio che vede premiato l'Operatore Economico che offre il prezzo più basso (sul quale il bando stimola una gara al ribasso) ed il ristorno più alto (sul quale il bando stimola una gara a rialzo). La

struttura in sé della "doppia leva" appare illegittima e l'illegittimità è desumibile dalla semplice lettura dell'articolo 30 del d. lgs. 163 del 2006. Se la P.A., infatti, chiede all'Operatore Economico – o direttamente o per effetto di un meccanismo da essa introdotto nel bando – di applicare un prezzo *"inferiore a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa"* si dovrebbe addirittura ricadere nell'ipotesi in cui la P.A. medesima dovrebbe intervenire con un sostegno economico all'Operatore, struttura questa che confligge chiaramente con l'ulteriore aspetto della "doppia leva" dato dal fatto che sempre l'Operatore dovrà pagare un corrispettivo per la gestione del servizio. Sulla base di tale evidente incompatibilità della "doppia leva" con le regole dell'art. 30 citato sarà quindi opportuno che la P.A. scelga anzitutto quale sistema di Partenariato Pubblico Privato intenda perseguire:

a. quello del sociale "del prezzo politico", ed allora propenderà per una gara sul ribasso dei prezzi;

b. o quello di business, teso ad ottenere il massimo rendimento dal PPP, ed allora propenderà per una gara sul rialzo del ristorno.

Lasciare tout court le due leve senza porsi il problema di come garantire la sostenibilità, favorirebbe le imprese grandi (capaci di permettersi gare in perdita) a discapito di quelle piccole, che invece non hanno tali spazi di manovra (non a caso il dumping è unanimemente ritenuto un vero e proprio abuso di mercato). Si tratterebbe in buona sostanza di una pratica illegittima censurabile innanzi al Tribunale.

9. A fianco di un punteggio all'offerta economica che dovrebbe pesare per un massimo di 10/15 punti, la vera rivoluzione sarebbe quella di attribuire il maggior punteggio all'offerta economica maggiormente

garantita. Nella quasi totalità dei bandi si assiste a richieste irrisorie di garanzie da parte della P.A. sull'importo offerto come ristorno (molto spesso la P.A. erroneamente mutuando dalla prassi degli appalti chiede fidejussioni finali pari al 2 % del canone offerto). Questo sistema non funziona e andrebbe modificato radicalmente in quanto favorisce "offerte anomale" e poco meditate, fatte tanto per aggiudicarsi la gara, e inadempimenti e trattative infinite ed estenuanti fra P.A. e Operatore in sede di esecuzione del contratto, fra chi vuole essere pagato e chi vuole "uno sconto" sulla base delle più disparate motivazioni... Diverso sarebbe se altrettanti 10/15 punti fossero distribuiti per la percentuale dell'offerta economica garantita secondo la seguente clausola *"Al concorrente che garantirà l'offerta economica formulata nella misura del 100 % verranno attribuiti 15 punti o meno in proporzione alla percentuale effettivamente garantita. Saranno comunque attribuiti 0 punti laddove la garanzia non sia di un Istituto primario ed a prima richiesta"*.

10. Infine, sarà necessario che in ogni Gara da indire la P.A. introduca la verifica della anomalia dell'offerta e dettagli "di coordinamento" in ordine all'applicazione del dettato normativo previsto dal d. lgs. 163 del 2006 con la struttura della lex specialis e la struttura del PEF così come elaborato di volta in volta.

In ogni caso e conclusivamente si auspica che la P.A. si renda conto che la base d'asta del ristorno della gara successiva non possa essere calcolata sulla base di quanto paga oggi l'operatore uscente.

In quanto si tradurrebbe nel chiedere al mercato un rialzo sulla migliore offerta economica della gara precedente!

E' evidente che si tratta di una metodologia che dimentica a monte i vari e più volte richiamati principi di sostenibilità che invece dovrebbero indirizzare l'azione amministrativa.

posti ed il periodo di durata del contratto mediamente inserito nei bandi è di 3 anni, rarissimi sono i bandi di durata quinquennale, molto frequenti i bandi di durata annual (soprattutto nelle Istituzioni Scolastiche minori). A dimostrazione del fatto che "la durata" del contratto di concessione non è fra gli elementi essenziali del bando di gara giunge in maniera chiara l'Allegato V della Direttiva, rubricato *"Informazioni da inserire nei bandi di concessione di cui all'art. 31"*,

il quale al punto 4 espressamente riporta quanto segue *"descrizione della concessione: natura e quantità dei lavori, natura e quantità dei servizi, ordine di grandezza o valore indicativo, e, se possibile, durata del contratto. (...)"*. In ogni caso è di fondamentale importanza il principio espresso dall'art. 18 della Direttiva il quale chiede alla P.A. che la durata del contratto non sia calata apoditticamente ma sia *"stimata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente*

*aggiudicatore in funzione dei servizi richiesti al concessionario"* in ogni caso *"per le concessioni ultrakinquennali la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici"*.