



## **Rivista di diritto amministrativo**

Pubblicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

### **Diretta da**

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

### **Direttore Responsabile**

Marco Cardilli

### **Coordinamento Editoriale**

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,  
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

# FASCICOLO N. 3-4/2017

## estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

## Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

## Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

## Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

## Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

# La concessione di servizi tra richiami normativi ed indirizzi pretori alla luce del d.lgs n. 56/2017

di Rosa Giordano

## Sommario

1. Introduzione. 2. L'influenza del d.lgs 56 del 5.05.2017 sulle concessioni di servizi. 3. Obbligo di indicazione del valore della concessione: contrasti giurisprudenziali 4. Le modalità di calcolo del valore stimato: elementi rilevanti. 5. Mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale e soccorso istruttorio.

## Abstract

Con l'introduzione del nuovo codice dei contratti pubblici, così come integrato dal d. lgs. n. 56 del 5 maggio 2017, è stata prevista, finalmente, una disciplina unitaria e dettagliata delle concessioni alle quali il codice dedica l'intera parte III (artt. 164-173).

Vengono così superate quelle difficoltà interpretative ed applicative sussistenti in vigore del d.lgs. n. 163/2006, delineando in maniera chiara le norme del codice applicabili ai contratti di concessione, con conseguenziale applicazione di un regime "semplificato" quanto meno nella fase pubblicistica.

In primo luogo va premesso che ai fini dell'inquadramento di un contratto come concessione è necessario che sia trasferito in capo al concessionario il rischio operativo, ovvero il rischio legato alla gestione del servizio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile. Qualora tale trasferimento del rischio non sussista, la fattispecie contrattuale va inquadrata nel novero degli appalti pubblici.

## 1. Introduzione

Con l'introduzione del nuovo codice dei contratti pubblici, così come integrato dal d. lgs. n. 56 del 5 maggio 2017, è stata prevista, finalmente, una disciplina unitaria e dettagliata delle concessioni alle quali il codice dedica l'intera parte III (artt. 164-173).

Vengono così superate quelle difficoltà interpretative ed applicative sussistenti in vigore del d.lgs. n. 163/2006, delineando in maniera chiara le norme del codice applicabili ai contratti di concessione, con conseguenziale applicazione di un regime "semplificato" quanto meno nella fase pubblicitica.

In primo luogo va premesso che ai fini dell'inquadramento di un contratto come concessione è necessario che sia trasferito in capo al concessionario il rischio operativo, ovvero il rischio legato alla gestione del servizio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile. Qualora tale trasferimento del rischio non sussista, la fattispecie contrattuale va inquadrata nel novero degli appalti pubblici.

In altre parole, il discrimine tra appalti e concessioni (che nel tempo è stato oggetto di forti contrasti giurisprudenziali a causa dell'assenza di un'apposita disciplina normativa), risiede nel rischio di impresa che l'operatore economico si assume considerato che il corrispettivo (a differenza degli appalti in cui è pagato direttamente dall'Amministrazione), consiste nel diritto di gestire il servizio.

In proposito, l'art. 165 del dlgs 50/2016, espressamente prevede che nei contratti di concessione, la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni

relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

Ovviamente, ai fini della corretta allocazione dei rischi in capo all'operatore economico, dovrà essere previsto un adeguato piano economico - finanziario, espressione di un equilibrio contrattuale.

A tal fine la Stazione appaltante, ai sensi del comma 2 dell'art. 165, può anche stabilire un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili, purché non superi il 49% (che prima dell'entrata in vigore del decreto correttivo n. 56/2017 era pari al 30%) dell'investimento complessivo.

È chiaro che il legislatore con l'introduzione del predetto limite ha voluto limitare la soglia massima dell'apporto pubblico al raggiungimento dell'equilibrio finanziario.

Sotto il profilo applicativo, va ancora premesso che alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, ai sensi dell'art. 164 del d.lgs 50/2016, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.

Per ciò che concerne la definizione di concessione di servizi, l'art. 3, comma 1, lett. vv) del d.lgs n. 50/2016 prevede che: «La concessione di servizi è un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto

to di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi”.

Orbene, come chiarito anche in giurisprudenza, la definizione della concessione di servizi rinvenibile nel citato art. 3, comma 1, lett. vv) e la previsione di puntuali e cogenti regole procedurali consentono di ritenere, ormai, superate gran parte delle difficoltà definitorie e delle ambiguità regolative prodotte dalla scarsa disciplina preesistente (Cons. Stato, Ad. Plenaria, 27.07.2016, n. 33).

Ciò posto, oggetto della presente trattazione sono due aspetti peculiari che, seppur richiamati dalla vigente normativa di settore, risultano caratterizzati da rilevanti difficoltà applicative. In particolare:

1. L’obbligo di indicazione del valore della concessione *ex art. 167* codice dei contratti (con riferimento alle modalità e tempistiche).
2. L’applicazione dell’istituto del soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale *ex art. 95*, comma 10 d.lgs n. 50/2016;

Prima di entrare nel vivo della trattazione, occorre, però, soffermarsi sulle novità introdotte dal recente d.lgs n. 56/2017 in materia di concessioni.

## 2. L’influenza del d.lgs 56 del 5.05.2017 sulle concessioni di servizi

Dal punto di vista oggettivo (ovvero dell’ambito di applicazione del nuovo codice), una delle principali novità introdotta dal d.lgs n. 50/2016 è costituita dalla previsione di una dettagliata disciplina in ordine alle concessioni.

Con il decreto correttivo n. 56/2017 anche la disciplina concernente le concessioni ha subito delle modifiche meritevoli di approfondimento.

In primo luogo, viene elevata la soglia massima dell’apporto pubblico al raggiungimento dell’equilibrio finanziario dal 30% al 49% dell’investimento complessivo ed introdotta la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell’investimento attra-

verso altre forme di finanziamento. (art. 165, comma 2).

Il tutto, al fine di favorire gli affidamenti di concessioni di lavori e servizi incrementando la disponibilità finanziaria a favore degli operatori economici (maggior contributo pubblico e ampliamento degli strumenti di finanziamento).

Viene introdotto un nuovo limite alla sottoscrizione del contratto di concessione che ai sensi dell’art. 165, comma 3, può avvenire solamente a seguito della approvazione del progetto definitivo.

Viene introdotta una nuova ipotesi risolutiva da prevedere nelle *lex specialis*, subordinata alla mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento da parte dell’operatore economico (art. 165, comma 5).

Inoltre ai sensi del novellato art. 165, comma 6 (ultimo periodo) in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto ed al concessionario sono rimborsati gli importi di cui all’articolo 176, comma 4, (*recte*: il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l’opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario; le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse), ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse (art. 165, comma 6).

Il limite temporale previsto dall’art. 168, comma 2 (non superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario, individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario) viene circoscritto alle sole concessioni ultraquinquennali.

Pertanto, al di fuori della predetta ipotesi, la durata delle concessioni, ai sensi dell'art. 168, comma 1, dovrà essere determinata nel bando di gara dalla Stazione appaltante in funzione (solo) dei lavori o servizi e commisurata al valore della concessione e alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa.

L'art. 174, prevede che anche per le concessioni vi è l'obbligo per gli operatori economici di indicare una terna di nominativi di sub-appaltatori, prima della stipula del contratto e non in sede di offerta.

Relativamente alle ipotesi di risoluzione per inadempimento dell'Amministrazione aggiudicatrice, ai sensi del novellato art. 176, comma 4, spettano al concessionario (oltre alle penali e agli altri costi sostenuti o da sostenere), gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse; inoltre, un indennizzo pari al 10% del valore delle opere da eseguire e, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico – finanziario (relativamente agli anni residui di gestione).

Viene aggiunto il comma 5 bis all'art. 176 secondo cui: *“Senza pregiudizio per il pagamento delle somme di cui al comma 4, in tutti i casi di cessazione del rapporto concessorio diversi dalla risoluzione per inadempimento del concessionario, il concessionario ha il diritto di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i ricavi da essa derivanti, sino all'effettivo pagamento delle suddette somme per il tramite del nuovo soggetto subentrante, fatti salvi gli eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento dei correlati costi”.*

Infine, ai sensi del nuovo comma 10 dell'art. 176, il diritto di subentro degli enti finanziatori, deve essere previsto dalla Stazione appaltante all'interno della documentazione di gara.

Per quel che riguarda l'istituto del soccorso istruttorio, la grande e sostanziale novità introdotta dal d. lgs n. 57/2017 risiede nell'eliminazione della sanzione pecuniaria.

In particolare, il comma 9 completamente riscritto, prevede la regolarizzazione di qualsiasi elemento

formale della domanda (fatta eccezione per l'offerta tecnica ed economica) senza il pagamento di alcuna sanzione pecuniaria.

La stazione appaltante concederà un termine di 10 giorni entro cui l'operatore economico dovrà integrare la documentazione mancante e/o incompleta. In caso dell'inutile decorso del predetto termine, ci sarà l'esclusione automatica.

Ivi si legge: *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”.*

Trattasi di una modifica necessaria stante il rispetto dei principi di concorrenza di matrice comunitaria. Difatti, come si evince dalla relazione illustrativa di accompagnamento del decreto correttivo, l'eliminazione del soccorso istruttorio a pagamento discende da quanto emerso dagli atti di una pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia dai quali si evince che tale previsione, presente solo nell'ordinamento italiano, sembrerebbe contrarla ai principi di concorrenza previsti dal Trattato.

Infine, merita menzione l'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016 che alla luce del divisato decreto correttivo, prevede a carico degli operatori economici, oltre che l'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza aziendale anche del costo della manodopera, ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a).

Ivi si legge: *“Nell’offerta economica l’operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell’aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all’articolo 97, comma 5, lettera d).*

### **3. Obbligo di indicazione del valore della concessione: contrasti giurisprudenziali.**

Come evidenziato in premessa, la *ratio* che si rinviene nella nuova normativa di settore è quella di attuare il regime delle concessioni nell’ambito di una disciplina dettagliata e vincolata quale quella prevista per gli appalti di lavori.

In proposito, l’art. 167 (rubricato: *“Metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni”*), impone, anche con riferimento alle concessioni, l’inserimento nella *lex specialis* della procedura, del valore della concessione (quale importo a base d’asta), da determinarsi al momento dell’avvio della procedura di gara, mediante un criterio molto rigoroso e disancorato da mere valutazioni politiche e di indirizzo

Ivi si legge: *“Il valore di una concessione, ai fini di cui all’articolo 35, è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell’IVA, stimato dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi. 2. Il valore stimato è calcolato al momento dell’invio del bando di concessione o, nei casi in cui non sia previsto un bando, al momento in cui l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore avvia la procedura di aggiudicazione della concessione”.*

Orbene, stante le riscontrate difficoltà applicative della disposizione in esame, la giurisprudenza ha cercato di chiarirne (seppur, talvolta, in maniera contrastante) l’ambito di applicazione e le relative modalità di attuazione.

Ciò posto, in primo luogo occorre analizzare la portata dell’obbligo in esame ovvero se l’indicazione del valore della concessione sia sempre obbligatoria o sia subordinata al raggiungimento della soglia comunitaria *ex art. 35 del d.lgs. n. 50/2016*.

La questione è stata affrontata dal TAR Toscana, Sez. II, che con la sentenza n. 173 del 1 febbraio scorso, ne ha chiarito la *ratio* e la portata applicativa.

Ivi si legge: *“Posto che si tratta di una previsione dal contenuto obbligatorio che costituisce sostanziale recepimento, nell’ordinamento italiano, dell’art. 8 della direttiva del Parlamento e del Consiglio 26 febbraio 2014, n. 2014/23/UE, senza alcuna previsione di soglie minime di applicabilità o di una qualche esenzione riservata alle concessioni di minore valore economico, non sussiste alcuna possibilità di escludere l’applicabilità della previsione alle concessioni di minore valore o complessità applicativa, trattandosi di costruzione che non trova alcun addentellato nel testo normativo che, come già ribadito, prevede la necessità dell’adempimento con riferimento a tutte le concessioni, indipendentemente dalla natura della prestazione o dal valore”.*

Sebbene sia difficoltoso per le stazioni appaltanti stimare i proventi del servizio poiché provengono interamente dagli utenti e non da chi bandisce la gara, nondimeno l’esatta determinazione del valore dell’affidamento assume rilievo sotto molteplici aspetti: è essenziale per poter fornire una corretta informazione agli operatori economici potenzialmente interessati a prestare il servizio, serve ad individuare con esattezza la forma di pubblicità idonea, è necessaria per determinare l’entità delle cauzioni e del contributo dovuto all’Autorità (cit. Tar Toscana, Sez. I, n. 173/2017).

Del resto, tale omissione impedirebbe agli operatori di formulare un’offerta seria ed affidabile stante l’assenza di un riferimento economico su cui basare i prezzi offerti.

Anche in vigenza dell’abrogato d.lgs. n. 163/2006, la giurisprudenza aveva evidenziato l’illegittimità di un bando di gara (indetto da una ASL per

l'affidamento dell'appalto del servizio di ristoro mediante distributori automatici), privo dell'esatta indicazione del fatturato stimato della concessione immessa nel mercato.

In particolare, si è detto che : *"Tale omissione, infatti, rende soltanto apparente la possibilità per gli operatori interessati di formulare un'offerta consapevole, con il risultato di restringere se non impedire ingiustificatamente la partecipazione alla gara"*(TAR Umbria, Sez. I, 19.10.2016, n. 653).

Sul medesimo crinale anche l'Anac secondo cui l'esatto computo del valore del contratto, assume rilevanza anche per garantire condizioni di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, ex art. 2, comma 1, d.lgs. n. 163/06 che si traducono nell'informare correttamente il mercato di riferimento sulle complessive e reali condizioni di gara" (cfr. deliberazione AVCP n. 40 del 19/12/2013).

Con tutta evidenza, si tratta di un percorso argomentativo finalizzato a garantire al partecipante alla procedura la possibilità di formulare la propria offerta nella più completa conoscenza dei dati economici del servizio da svolgere ovvero di una necessità che si presenta comune a tutte le concessioni (sia di minimo importo che di elevato valore economico)-

Non sussiste pertanto, alcuna possibilità di limitare l'applicabilità del principio prima giurisprudenziale ed oggi normativo solo alle concessioni di maggior valore economico.

#### **4. Le modalità di calcolo del valore stimato: elementi rilevanti.**

La seconda problematica oggetto di analisi riguarda le modalità di calcolo del valore stimato, ovvero gli elementi rilevanti ai fini della quantificazione del preciso valore da porre a base di gara.

Va premesso che già nella Deliberazione n. 9 del 25/02/2010, l'Autorità aveva precisato che: "Il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene

conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto". Oggi, l'art. 167, comma 1 definisce il valore di una concessione come corrispondente al fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata della concessione, al netto dell'IVA, indicando al comma 4 precisi parametri di riferimento.

Orbene, ai fini della quantificazione del valore di una concessione è sicuramente da ricomprendere il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione.

In proposito, il TAR Toscana, Firenze, II. Sez., con una recente e articolata sentenza n. 173 1.02.2017, ha chiarito che: *"Così come nel caso di appalto per valore si intende il corrispettivo pagato dalla stazione appaltante, 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 della nozione di valore e quindi di "importo totale pagabile"*.

In quest'ottica, in un caso concernente una procedura di affidamento del servizio di ristoro mediante l'installazione di distributori automatici, ai fini della corretta individuazione del valore della concessione è stata considerata insufficiente la mera indicazione del canone posto a carico del concessionario(proprio in quanto solo eventuale).

In particolare, con la predetta pronuncia giurisprudenziale, è stato escluso, altresì, che l'indicazione del valore stimato della concessione possa essere surrogata dalla stima del numero dei possibili utenti.

Ciò in quanto l'art. 167 del l d.lgs. d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 opera, infatti, un preciso riferimento ad un valore della concessione stimato in termini monetari (secondo i precisi criteri di cui al quarto comma della disposizione) ed appare, pertanto, del tutto insufficiente l'utilizzazione di altri criteri di valutazione che, per di più, come nel caso di specie, non possono strutturalmente individuare quale sia il numero concreto di utenti interessati ad utilizzare il servizio e per quale volume di prestazioni.

Ed ancora, sempre in riferimento ad una concessione di servizi, è stato chiarito che: *"Il valore della con-*

cessione non può essere computato con riferimento al c.d. “ristorno” e cioè al costo della concessione, che è un elemento del tutto eventuale, ma deve essere calcolato sulla base del fatturato generato dal consumo dei prodotti da parte degli utenti del servizio di distribuzione automatica” (Cons. Stato, sez. III, 18 ottobre 2016, n. 4343).

In senso analogo, è stato ritenuto illegittimo un bando per l’affidamento in concessione di un servizio in cui l’importo dell’affidamento era stato calcolato con riferimento al fatturato presunto derivante dalla gestione del servizio e non al canone richiesto per l’utilizzo del bene.

Ivi si legge: *“Il valore della concessione non può essere ancorato ad un parametro - quello del canone di concessione - non rispondente alla previsione normativa recata dall’art. 29 del D. Lgs. 163 del 2006, né può ritenersi - come sostenuto dal primo giudice - che la stima del fatturato possa essere demandata al concorrente anziché all’amministrazione, né che possa essere desunta sulla base degli elementi contenuti nel capitolato speciale, perché in questa particolare tipologia di servizio è difficile dall’esterno compiere attendibili previsioni di stima, in quanto i fattori che incidono sui flussi di cassa dipendono da una molteplice varietà di condizioni, relative all’ubicazione delle strutture ospedaliere, alla collocazione dei distributori automatici, alle abitudini dell’utenza, alla localizzazione di altri punti di ristoro nell’ambito della stessa struttura ospedaliera, all’accesso di utenti esterni, e così via, tali da non consentire ai concorrenti di stimare in modo attendibile il fatturato sulla base dei soli elementi indicati nel capitolato speciale”. Alla stregua di tali puntuali, condivisibili e convincenti motivazioni il primo motivo di appello deve ritenersi fondato (con assorbimento degli altri motivi) giacché, pur avendo l’amministrazione fornito ogni altro elemento idoneo e necessario per la formulazione delle offerte, è mancato nel caso di specie la indicazione dal fatturato generato dalla (precedente) concessione: né può addursi a giustificare tale omessa indicazione la circostanza che non sarebbe stato espressamente previsto nella gestione del precedente rapporto concessorio alcun elemento utile a far emergere il dato del fatturato generato, trattandosi all’evidenza non di una impossibilità assoluta, bensì eventualmente di una mera difficoltà operativa*

dell’amministrazione in ordine ai rapporti col precedente gestore; né d’altra parte l’amministrazione ha in qualche modo provato di aver chiesto al precedente gestore abbia rifiutato tale dato fondamentale o che lo stesso gestore si sia rifiutato ingiustificatamente di fornirlo (Cons. Stato, Sez. V, 20 febbraio 2017, n. 748).

La più recente giurisprudenza amministrativa ha, invero, rimarcato l’essenzialità ed obbligatorietà dell’indicazione nel bando di gara del valore della concessione, al fine di garantire al partecipante alla procedura la possibilità di formulare la propria offerta cognita causa, ovvero nella più completa conoscenza dei dati economici del servizio da svolgere (Tar Toscana sez. II, 02.02.2017 n. 173; Cons. Stato, sez. V, 20.02.2017 n. 748; sez. III, 18.10.2016, n. 4343).

E’ stato altresì osservato che la previsione dell’art. 167, 1° e 2° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che impone alla stazione appaltante di indicare nella legge di gara una stima del valore economico della concessione, ha un contenuto obbligatorio in quanto costituisce sostanziale recepimento, nell’ordinamento italiano, dell’art. 8 della direttiva del Parlamento e del Consiglio 26 febbraio 2014, n. 2014/23/UE, senza alcuna previsione (ed in questo è una significativa differenza con la direttiva comunitaria) di soglie minime di applicabilità o di una qualche esenzione riservata alle concessioni di minore valore economico. Deve escludersi che l’indicazione del valore stimato della concessione possa essere surrogata dalla stima del numero dei possibili utenti: l’art. 167 del l d.lgs. d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 opera, infatti, un preciso riferimento a un valore della concessione stimato in termini monetari (secondo i precisi criteri di cui al quarto comma della disposizione) ed appare pertanto del tutto insufficiente l’utilizzazione di altri criteri di valutazione che, per di più, come nel caso di specie, non possono strutturalmente individuare quale sia il numero concreto di utenti interessati ad utilizzare il servizio e per quale volume di prestazioni (TAR Veneto, Sez. III, 7.03.2017, n. 231).

Tuttavia, non mancano pronunce giurisprudenziali che sovvertono la portata dell'onere di indicazione del valore della concessione.

In proposito, il Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, con la recente sentenza n. 706 del 24.03.2017 ha precisato che: “La lex specialis della gara in esame, nonostante la mancata previsione del fatturato stimato, ma in ragione della indicazione di dati alternativi idonei a consentire un’offerta consapevole, non ha comportato la sostanziale impossibilità per l’interessato di accedervi. Non è un fuor d’opera, ad ogni modo, evidenziare che la rilevata illegittimità del bando privo di indicazione del fatturato presunto, nei termini in cui la ricorrente l’ha dedotta, non sussiste. L’art. 167 del d.lgs. n. 50/2016, infatti, obbliga le stazioni appaltanti a determinare il valore di una concessione (ancorandolo al fatturato totale stimato), ma solo ai fini di cui all’art. 35 dello stesso decreto legislativo, cioè ai fini di individuazione delle “soglie di rilevanza comunitaria”. Ne deriva che la mancata indicazione del fatturato presunto – specie se surrogata dall’individuazione di altri dati oggettivi e rilevanti per la ricostruzione dell’utile ritraibile – non comporta di per sé l’illegittimità della lex specialis, e in particolare non la comporta quando, come nel caso di specie, la mera quantificazione del corrispettivo determini di per sé il superamento di tali soglie di rilevanza.

Secondo il TAR Lombardia, una differente interpretazione dell’obbligo imposto dall’art. 167 del d.lgs. n. 50/2016 – tale da comportare, cioè, l’illegittimità *sic et simpliciter* di qualsiasi bando di gara che non contenga l’indicazione del fatturato presunto esorbiterebbe dall’obiettivo perseguito dall’ordinamento comunitario, così come recepito dal legislatore nazionale, con conseguente violazione del principio di proporzionalità.

Tale obiettivo, secondo la sentenza divisata, è quello di evitare una maliziosa sottostima da parte della stazione appaltante del valore del servizio da affidare in concessione, tanto è vero che lo stesso art. 167 impone alle amministrazioni la predisposizione documentale di un metodo oggettivo per il calcolo del valore stimato della concessione, e prevede che

la scelta di tale metodo non possa essere fatta con l’intenzione di escludere la concessione dall’ambito di applicazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici.

Alla luce dei citati precedenti giurisprudenziali e stante l’importanza della questione, si auspica che le Stazioni appaltanti nella valutazione complessiva tengano conto soprattutto di profilo sostanziali e non meramente formali, nel rispetto dei principi generali del *favor participationis* e della parità di trattamento.

### **5. Mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale e soccorso istruttorio.**

Come innanzi evidenziato, l’art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016, alla luce del decreto correttivo, prevede a carico degli operatori economici, oltre che l’obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza aziendale anche del costo della manodopera, ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lettera a).

Valga evidenziare che la predetta disposizione resta priva dell’esplicita previsione di una sanzione espulsiva.

Ciò nonostante, la giurisprudenza formatasi successivamente all’entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, sembra ritenere legittima l’esclusione in caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, senza la possibilità di regolarizzazione postuma *ex art. 83, comma 9*.

In tal senso, è stato evidenziato che: *“E’ illegittima, per violazione dell’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, l’aggiudicazione di una gara di appalto ad una ditta che, nell’offerta economica, ha indicato il costo degli oneri di sicurezza in misura diversa e contrastante con il costo indicato nelle pregiustifiche; a tale discordanza non è dato porre rimedio tramite il soccorso istruttorio, in quanto l’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 ammette l’esercizio della facoltà di integrazione da parte dei concorrenti solo relativamente alle “carenze di qualsiasi elemento formale della domanda” (mentre, nella specie, viene in rilievo la carenza di un elemento “so-*

stanziale”, perché attinente al contenuto dell’offerta economica) e comunque al fine di emendare “la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all’offerta tecnica ed economica”, laddove l’indicazione degli oneri di sicurezza aziendale attiene direttamente, ai sensi del citato art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, all’offerta economica” (TAR Toscana, sez. I, 10 febbraio 2017, n. 217).

Sul medesimo crinale, il Tar Campania Napoli, Sez. III, che con la recente pronuncia n. 2358 del 3.05.2017, ha ribadito che il mancato rispetto dell’onere di indicare nell’offerta economica gli oneri di sicurezza c.d. aziendali o interni comporta l’esclusione dalla gara, senza che possa invocarsi la necessità di far ricorso al soccorso istruttorio.

È, difatti, acclarato che la nuova disciplina fissa un obbligo legale inderogabile a carico dei partecipanti alla gara pubblica, cosicché resta ininfluenza che gli atti della procedura non dispongano espressamente al riguardo, operando piuttosto il meccanismo dell’eterointegrazione con l’obbligo discendente dalla norma primaria; nè può ammettersi il soccorso istruttorio (previsto dall’art. 83, nono comma, del d.lgs. n. 50 del 2016 per “la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all’offerta tecnica ed economica), in quanto gli oneri di sicurezza interni attengono direttamente all’offerta economica e, per la loro finalità di tutela della sicurezza del lavoro, ne costituiscono elemento essenziale (cfr. T.A.R. Campania, sez. I di Salerno, 5/1/2017 n. 34 e T.A.R. Veneto, sez. I, 21/2/2017 n. 182)

Anche il Tar Salerno, Sez. I, con la sentenza n. 1604 del 16 luglio 2016, ha precisato che: “L’art. 95, comma 10, configura un preciso ed ineludibile obbligo legale in sede di predisposizione dell’offerta economica”.

Sul medesimo crinale, il TAR Calabria, secondo cui: “Laddove la gara – come, appunto, nella fattispecie

all’esame – rientri nel campo di applicazione del d.lgs. 50/2016 (il cui articolo 95, comma 10, così statuisce: “Nell’offerta economica l’operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”), allora viene a configurarsi una disposizione recante un ineludibile obbligo legale da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione dell’offerta economica, proprio al fine di garantire la massima trasparenza dell’offerta economica nelle sue varie componenti, evitando che la stessa possa essere modificata ex post nelle sue componenti di costo, in sede di verifica dell’anomalia, con possibile alterazione dei costi della sicurezza al fine di rendere sostenibili e quindi giustificabili le voci di costo riferite alla fornitura del servizio o del bene; e, dal momento che “siffatta dichiarazione configura un elemento essenziale dell’offerta economica non può ritenersi integrabile ex post mediante l’istituto del soccorso istruttorio e comporta l’esclusione dalla gara anche in assenza di una espressa sanzione prevista dalla legge o dal disciplinare”( Sez. Reggio Calabria, 25.02.2017, n. 166).

Tuttavia, non mancano pronunce giurisprudenziali che sovvertono la portata dell’onere di indicazione degli oneri di sicurezza.

In particolare, il TAR Napoli, Sez. IV, con la sentenza n. 237 del 10.01.2017, sempre relativamente ad una concessione di servizi, ha evidenziato che: “Nel caso di specie nei documenti di gara non è stato previsto l’obbligo di indicare separatamente, nell’offerta economica, i costi di sicurezza aziendale, obbligo che è previsto, ma non a pena di esclusione, dal richiamato art. 95; di contro nel modello fac-simile dell’offerta economica non vi è l’inserimento di un campo funzionale ad acquisire tale informazione. L’affidamento creato dalla stazione appaltante, mediante la predisposizione dei modelli (da osservare a pena di esclusione), renderebbe ingiustificata l’esclusione delle altre concorrenti dalla procedura di gara”.

Ed ancora, ivi si legge: “L’articolo 95, comma 10, del d. lgs. n. 50/2016 stabilisce che nell’offerta economica

*l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Si tratta di disposizione che configura un ineludibile obbligo legale da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione dell'offerta economica (così TAR Salerno, 6 luglio 2016, n. 1604) proprio al fine di garantire la massima trasparenza dell'offerta economica nelle sue varie componenti, evitando che la stessa possa essere modificata ex post nelle sue componenti di costo, in sede di verifica dell'anomalia, con possibile alterazione dei costi della sicurezza al fine di rendere sostenibili e quindi giustificabili le voci di costo riferite alla fornitura del servizio o del bene. Tuttavia non può essere obliterata la recente ordinanza della Corte di Giustizia, VI, 10 novembre 2016, la quale ha affermato che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che ostano alla esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito di inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla gara e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale bensì emerge da una interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti".*

In contrapposizione a tale indirizzo, la III Sez. del Tar Napoli, (sent. n. 2358 del 3 maggio scorso) ha evidenziato che: *"A seguito della entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 (nuovo codice degli appalti), deve ritenersi che il mancato rispetto dell'obbligo espressamente previsto dall'art. 95, comma 10, dello stesso codice, di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza c.d. aziendali o interni, comporta l'esclusione automatica dalla gara, senza che possa invocarsi la possibilità di far ricorso al c.d. soccorso istruttorio".*

Per mera completezza espositiva, valga evidenziare che il predetto obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, secondo la prevalente giurisprudenza, non risulta violato nel caso in cui un

operatore economico indichi nell'offerta economica un costo pari a zero.

In tal senso è stato chiarito che: *"In relazione alla violazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016 per mancata indicazione dei costi in materia di salute e sicurezza, pur condividendo l'impostazione di parte ricorrente circa la doverosità dell'indicazione ora imposta dalla norma, dinanzi ad un valore a prima vista del tutto anomalo (indicato come pari a 0), il dato formale dell'indicazione dei presunti costi sussiste, cosicché la verifica in capo alla stazione appaltante si sposta sul versante dell'eventuale sostenibilità ed anomalia dell'offerta, non certo sul dedotto profilo formale della violazione della norma invocata"* (TAR Liguria, Sez. I, 2-03- 2017, n. 163).

Ed ancora merita menzione, la recente pronuncia n. 2098 dell'8.05.2017, con la quale la VI Sez. del Consiglio di Stato ha ritenuto illegittima l'esclusione di una ditta da una gara di appalto, indetta dalla P.A. per la fornitura e la manutenzione di un software (nella specie si trattava di un software per "Registro elettronico"), motivata con riferimento al fatto che la ditta interessata, in dichiarato adempimento all'obbligo previsto dal bando, di indicare i costi per la sicurezza, ha tuttavia indicato, nella propria offerta economica, "costi aziendali interni relativi alla sicurezza" pari a Euro 0,00 (zero).