

0636723362



Ufficio del PRECONTENZIOSO Tel. 06.36723652 Fax 06.36723362

Copertina Fax

DA: UFFICIO PRECONTENZIOSO

A: LEGA REGIONALE COOPERATIVE E MUTUE DEL LAZIO

Alla cortese attenzione di:.....

Numero Fax: 064063033

Data: numero pagine: 15 _compresa la presente

NOTE: trasmissione nota prot. 20318 /10/ssgg/prec del 18/2/11

In caso di ricezione non chiara si prega voler contattare:

tel.: 06/36723374 -fax: 06/36723062

N.B. Ai sensi del D.P.R. 445/2000 il presente telefax ha valore di notifica.

0636723362



Avcp

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Segretariato Generale

Autorità Vigilanza Contratti Pubblici

Prot. Uscita del 18/02/2011

Numero: **0020318**

Classifica:

Spett.le Lega Regionale
Cooperative e Mutue del Lazio
Fax 064063033Spett.le Comune di Roma
Direzione Dipartimentale –
Dipartimento Servizi Educativi e
scolastici
c.a. Dott. Giovanni Williams
Fax 06671070028

RIF da citare nella risposta PREC 246/10/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Lega Cooperative e Mutue del Lazio –Affidamento in concessione della gestione di n.6 nidi comunali d'infanzia - S.A. Comune di Roma

Si comunica che in data 09/02/2011 il Consiglio dell'Autorità ha approvato il parere n.28, che si allega in copia.

Si invita, inoltre, codesta Stazione Appaltante a voler far conoscere i provvedimenti assunti a seguito della pronuncia suddetta entro 30 giorni dal ricevimento della presente comunicazione.

Si prega di voler notiziare questa Autorità anche nel caso di presentazione di ricorso giurisdizionale sulla questione in oggetto.

Il Segretario Generale
(Avv. Giuseppe Busia)

0636723362

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

PARERE N. 28

DEL 9 febbraio 2011

PREC 246/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Lega Regionale Cooperative e Mutue Lazio – Concessione della gestione di sei nidi comunali di infanzia secondo lotti – Importo a base d'asta € 4.290.000,00 – S.A.: Comune di Roma.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 6 ottobre 2010 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Lega Regionale Cooperative e Mutue Lazio, nelle more della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ha contestato l'erroneità degli atti della procedura di gara in oggetto, segnalando che il prezzo a base d'asta e, nella specie, la tariffa di € 500,00 posto/mese/bambino, non consentirebbe alle cooperative associate di partecipare, in quanto non sufficiente a coprire i costi del lavoro rispetto al CCNL delle Cooperative Sociali, limitando in tal modo fortemente il principio della libera concorrenza tra gli operatori economici e violando altresì la delibera comunale n. 135/2000, concernente "Determinazioni degli indirizzi in ordine ad Appalti ad Aziende, Consorzi, Cooperative, Associazioni", la quale, all'art. 1, comma 1, lett. c), stabilisce che "nella determinazione dei criteri economici per l'aggiudicazione sarà cura dell'Amministrazione fissare i corrispettivi delle prestazioni richieste in misura tale da comprendere sia il costo del lavoro riferito alle tabelle aggiornate dei CCNL contratti integrativi territoriali vigenti, sia per le spese generali e di gestione dei servizi appaltati, queste ultime da determinarsi in misura non inferiore al 10 per cento dell'importo complessivo del prezzo dell'aggiudicazione dell'appalto".



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

0636723362
Avcp

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità il Comune di Roma – Dipartimento Servizi Educativi e Scolastici, nel riepilogare la situazione e le condizioni della gara di cui trattasi, ha formulato le proprie controdeduzioni, nelle quali ha evidenziato che le doglianze dell'istante risentono di una *"interpretazione prettamente appaltistica"*, mentre nel caso di specie non si tratta di un appalto di servizi, bensì di una concessione di servizi. La natura di concessione di servizi comporta che, nella specie, l'affidamento riguarda il diritto di gestire il servizio (gestione di sei nidi comunali di infanzia) accompagnato da un prezzo a carico dell'amministrazione comunale (ex artt. 3, comma 12, e 30 del D.Lgs. n. 163/2006), da cui discende che, mentre nel contratto di appalto, la stima del "valore" economico del contratto corrisponde al costo e all'utile ordinario del servizio, nella concessione la stessa stima è più complessa e non può riferirsi evidentemente al solo prezzo corrisposto dalla pubblica amministrazione al concessionario – secondo quanto sostenuto dall'istante – perché questo è solo una "componente", il cui valore deve tener conto, nel rispetto dei principi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, dell'impalcatura contrattuale dello strumento concessorio ovvero delle prestazioni corrispettive e del loro equo bilanciamento. Al riguardo la stazione appaltante ha rilevato che il Comune di Roma non eroga solo il prezzo, soggetto a ribasso, di € 500,00 posto/mese/bambino per ciascun utente municipale accolto presso i sei nidi comunali messi a bando, ma: – concede gratuitamente (cioè senza alcun canone) al terzo i propri beni immobili di recentissima costruzione per due anni; – concede i predetti beni immobili con tutti gli arredi ed attrezzature (anch'essi nuovi); – concede il diritto di sfruttare i beni non solo a favore dell'utenza municipale, ma anche di utenza privata con tariffe a libero mercato; – concede il diritto di anticipare o posticipare l'orario di funzionamento dei nidi (ore 08,00 -16,30), praticando tariffe a libero mercato, sia nei confronti dell'utenza municipale che privata; – concede il diritto di insediare al di fuori dell'orario di funzionamento dei nidi, servizi aggiuntivi e/o integrativi a favore delle famiglie e/o dei loro bambini, con tariffe a libero mercato. Infine, la stazione appaltante medesima ha osservato che il prezzo di € 500,00 posto/mese/bambino, soggetto a ribasso, si posiziona in modo coerente e senza effetti di alterazione del mercato interno tra i prezzi attualmente praticati dal Comune di Roma per nidi privati accreditati e convenzionati e nidi comunali realizzati e gestiti in concessione secondo

finanza di progetto ed ha osservato, altresì, in merito alla deliberazione comunale n. 135/2000



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

0636723362
Avcp

invocata dall'istante, che la stessa non fa altro che raccomandare alle stazioni appaltanti del Comune medesimo di fissare il valore economico degli affidamenti in genere in misura adeguata e sufficiente rispetto al costo del lavoro e agli ovvi costi generali e di gestione, obbligo questo peraltro già imposto dal Legislatore agli artt. 89, comma 3, 86, comma 3-bis e 87 comma 2, lett. g) del D.Lgs. n. 163/2006.

Anche l'istante Lega Regionale Cooperative e Mutue Lazio ha partecipato al contraddittorio documentale, presentando una memoria integrativa nella quale ha, in via preliminare, ribadito che l'effettiva natura del contratto oggetto di affidamento non è quella di una concessione di servizi, bensì quella di un appalto di servizi che contempla l'utilizzo di un immobile in concessione d'uso, con evidenti conseguenze in ordine alla corretta determinazione del prezzo a base d'asta. Al riguardo l'istante ha rappresentato, in particolare, che, se l'ente pubblico (Comune di Roma) è titolare del bene concesso in uso e responsabile in via diretta del servizio affidato in gestione, tuttavia la remunerazione dell'aggiudicatario non dipende dai proventi che potrà trarre dall'utilizzo del bene vendendo servizi direttamente agli utenti, se non in misura marginale, in quanto nella fattispecie è previsto che sia il Comune e non il c.d. concessionario ad individuare gli utenti da inserire nei posti della struttura e l'aggiudicatario potrà contare esclusivamente sugli introiti corrisposti dal Comune e non dall'utente, a seguito di presentazione di regolare fattura. Né vale la possibilità riservata al c.d. concessionario di fornire servizi aggiuntivi extra convenzione ai bambini e alle famiglie, ad utenza libera, trattandosi di possibilità estremamente limitata: all'eventuale quota supplementare di posti (pari al 15%), nonché alla mancata formale opzione all'acquisizione di detta quota da parte del Comune. Stante la riaffermata natura del contratto in affidamento quale appalto di servizi, la Lega istante ha ribadito, inoltre, l'incapienza e la non remuneratività dell'appalto stesso, facendo riferimento a documenti e studi di settore a cura del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro e del Centro Nazionale di Documentazione e Analisi per l'Infanzia e l'Adolescenza - in quanto fonti autorevoli riguardo agli standard organizzativi cui i nidi d'infanzia debbono obbligatoriamente attenersi e ai relativi costi minimi e massimi che le pubbliche amministrazioni devono preventivare - ed evidenziando altresì la particolare onerosità dei vincoli di gestione previsti esplicitamente dalla *lex specialis*. Infine,



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

0636723362
Avcp

l'istante medesima ha rilevato, in via incidentale, altre norme non legittime contenute nel bando di gara, in tema di modalità e condizioni di pagamento in deroga al D.Lgs. n. 231/2002, che determinerebbero ulteriori costi indiretti.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in esame concerne la congruità del prezzo posto a base della gara e, nella specie, della tariffa di € 500,00 posto/mese/bambino, oltre che la legittimità delle previsioni di modalità e condizioni di pagamento in deroga al D.Lgs. n. 231/2002.

Le diverse prospettazioni sostenute dalle parti, soprattutto in ordine alla suddetta problematica principale della congruità del prezzo, prendono le mosse da un punto di vista opposto in ordine alla qualificazione della natura del contratto oggetto di affidamento, nel senso che al ragionamento svolto dal Comune di Roma in termini di concessione di servizi si oppongono le contestazioni dedotte dall'istante Lega Regionale Cooperative e Mutue Lazio in termini di appalto di servizi.

Invero, risulta evidente che l'impostazione dell'analisi della questione muta radicalmente a seconda della qualificazione giuridica che si ritiene di dover attribuire al contratto oggetto di aggiudicazione, specie con riferimento all'elemento prezzo a base d'asta, censurato nella specie per la reputata insufficienza, che costituisce il cardine principale, in linea generale, della distinzione tra appalto e concessione di servizi.

L'analisi degli elementi qualificanti ai fini del predetto *discrimen* è stata condotta e approfondita in sede comunitaria; occorre pertanto prendere le mosse da qui, in considerazione della tradizionale preminenza del diritto comunitario e della relativa interpretazione giurisprudenziale.

Ebbene, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia europea la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede principalmente proprio nelle modalità previste per l'attribuzione del corrispettivo dovuto a fronte del servizio reso dall'operatore economico (v., in particolare, sentenza 10 settembre 2009, causa C-206/08, WAZV

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture**Avcp**

0636723362

Gotha, punto 51): «Un appalto pubblico di servizi» ai sensi delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (v., in particolare, sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 39). Si è in presenza, invece, di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto dell'operatore economico di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (v., in particolare, sentenze Corte giustizia CE, sez. III, 15 ottobre 2009, n. 196, 13 novembre 2008, causa C-437/07, Commissione/Italia, punti 29 e 31, nonché WAZV Gotha, cit., punti 59 e 68).

A titolo esemplificativo, la Corte di Giustizia europea ha ravvisato l'esistenza di una concessione di servizi, in particolare, nei casi in cui la remunerazione del prestatore proveniva da pagamenti effettuati dagli utenti di un parcheggio pubblico, di un servizio di trasporto pubblico e di una rete di teledistribuzione (v. sentenze Parking Brixen, cit., punto 40; 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV, punto 16, e 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant, punto 24).

Peraltro già in sede europea, se per un verso la qualificazione in termini di concessione ne comporta l'esclusione dall'ambito applicativo delle citate direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, per un altro verso le pubbliche autorità che le concludono sono comunque tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato CE in generale, e il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità in particolare. Le disposizioni del Trattato specificamente applicabili alle concessioni di servizi pubblici comprendono propriamente gli artt. 43 CE e 49 CE (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 19) e oltre al suddetto principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, si applica alle concessioni di servizi pubblici anche il principio della parità di trattamento tra offerenti, e ciò anche in assenza di discriminazione sulla base della nazionalità (v. sentenza 196/2009 cit., punti 47 ss.).

La disciplina codicistica interna ha approfondito tali indicazioni comunitarie, estendendo e specificando quali regole dettate per l'evidenza pubblica necessaria all'affidamento di un appalto siano applicabili anche in caso di utilizzo della figura della concessione (cfr. art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006, in specie sub commi 1, 3, 4 e 7).



Avcp

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

0636723362

Tuttavia, l'indagine sulle tipologie di servizi oggetto di concessione rileva aspetti importanti per comprendere confini e regime dell'istituto come disciplinato dal Codice dei contratti pubblici. L'art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006, infatti, distingue chiaramente e testualmente, come possibile oggetto di concessione, tra servizi a terzi (comma 5) e diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico (comma 6).

Pertanto, nella sua accezione più lata la nozione in esame, come sopra distinta dall'appalto, comprende tutti i casi in cui un'autorità cede ad un terzo il diritto di svolgere una determinata attività economica; in alcuni casi l'attività si colora di particolari connotati pubblicistici in quanto costituisce adempimento di una specifica missione di interesse pubblico. In tale contesto, la versione più pura di concessione di servizi da un punto di vista comunitario è proprio la concessione di servizi a terzi in quanto, a differenza della concessione di servizio pubblico, non contempla mai la corresponsione di un prezzo a favore del concessionario. Ciò si ritrova nel comma secondo dell'art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006 in cui, mentre il primo capoverso si riferisce alla tipologia pura (o calda) di concessione di servizi, in cui la remunerazione del concessionario si fonda in toto sulla gestione del servizio, il secondo capoverso si riferisce alla concessione di servizio pubblico (o fredda), in cui la p.a. compensa l'operatore economico con un prezzo al fine di mantenere le tariffe al di sotto di un certo livello o garantire lo standard qualitativo del servizio politicamente desiderato.

Riassumendo e riordinando le predette indicazioni è possibile concludere nel senso che il vero *discrimen* tra concessione ed appalto debba essere ricercato nel differente destinatario della prestazione e nella diversa allocazione del rischio di gestione del servizio. In particolare, dunque, può parlarsi di concessione se il servizio è rivolto al pubblico, e non direttamente all'Amministrazione, e se, almeno per la parte prevalente, la remunerazione del concessionario derivi dalla gestione del servizio ed in termini generali tale indicazione appare consolidata, potendo farsi risalire a fare tempo almeno dalla Comunicazione interpretativa della Commissione delle Comunità europee in data 12 aprile 2000.

A propria volta la distinzione tra concessione a terzi e concessione di servizio pubblico si accompagna alla assenza o possibile aggiunta del prezzo.



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

0636723362
Avcp

Premesso quanto sopra, tornando al caso di specie occorre, dunque, individuare gli elementi della fattispecie rilevanti al fine di verificare i due richiamati aspetti che possono qualificare il servizio in oggetto quale concessione ovvero appalto, ossia: a chi è rivolto il servizio e come si alloca il rischio della gestione.

Prendendo le mosse dalle principali prescrizioni del bando di gara, emerge che l'oggetto dell'affidamento è la gestione di sei asili nido comunali di infanzia secondo lotti, gestione comprensiva di manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili concessi in uso gratuito. Le offerte possono essere presentate per uno o più lotti, ma non si può risultare aggiudicatari di più di due lotti. La gestione dovrà assicurare il buon funzionamento del servizio secondo modalità organizzative congruenti con la caratterizzazione educativa e che assicurino il perseguimento delle finalità e degli obiettivi contenuti nel vigente regolamento comunale dei nidi d'infanzia del Comune di Roma e nell'atto di indirizzo dell'amministrazione comunale. Al concessionario sarà consegnato l'intero immobile concernente il lotto aggiudicato con le relative parti esterne e l'aggiudicatario dovrà farsi carico di tutti gli oneri relativi alla gestione dell'immobile medesimo, tra cui utenze, assicurazioni, sicurezza e manutenzione ordinaria di immobile, attrezzature ed arredi; potranno essere altresì forniti servizi aggiuntivi ad utenza libera extra convenzione (senza specificazione).

La durata dell'affidamento è prevista per circa un anno e otto mesi a seconda dei lotti (due anni scolastici scarsi – dal 1/12/2010 o 1/1/2011 al 31/7/2012), con possibilità di proroga alle stesse condizioni per un periodo non superiore alla durata dell'anno educativo 2012 – 2013 per esclusive motivate ragioni di necessità di pubblico interesse ed urgenza dell'amministrazione comunale. Il bando prevede come principali modalità di finanziamento fondi propri (della stazione appaltante) stanziati sul bilancio annuale e pluriennale 2010/2012 del Comune, con pagamento fatture a 90 gg. dalla data di ricevimento per servizi regolarmente prestati.

La *lex specialis* detta poi, in termini di modalità di gestione ed organizzative, dettagliate ed approfondite regole (come logico che sia, trattandosi di compito delicato e fondamentale dell'amministrazione comunale), a partire dalla carta dei servizi (come predeterminata ex art. 3 del Capitolato speciale d'oneri) per poi passare a regolare il funzionamento degli asili nido da affidare (v. art. 4 del Capitolato speciale d'oneri).



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

0636723362
Avcp

A titolo esemplificativo dei diversi profili rilevanti ai fini della presente disamina, occorre richiamare: – la capacità ricettiva, preindicata per ogni asilo nell'allegato 1, incrementabile al 15% ma previa autorizzazione comunale, con riserva totale al Comune di tutti i posti, fatta salva la possibilità di gestione diretta dei posti del predetto 15% da parte del concessionario, ma solo laddove il Comune stesso non ne abbia opzionato l'acquisizione; – il rapporto numerico adulto (educatore) bambino ed ausiliario bambino, che viene predeterminato sulla base della disciplina comunale e regionale vigente; – gli adempimenti cui è tenuto il concessionario, il quale deve consegnare una serie di documentazione riguardante ogni aspetto della gestione nonché ogni informazione, notizia o dato richiesto dal Comune.

Per quanto concerne poi in dettaglio l'ammissione degli utenti alla frequenza, è sempre il Comune che provvede – in applicazione dei propri criteri e modalità di accesso ai nidi comunali – ad individuare i bambini da inserire nei posti della struttura, come espressamente previsto dall'art. 5 del Capitolato speciale d'oneri, senza che il concessionario possa in alcun modo interferire.

Al successivo articolo 6 del Capitolato speciale d'oneri vengono poi elencati tutti gli obblighi del concessionario, concernenti il mantenimento del livello richiesto di gestione nonché il rispetto della normativa vigente, dalla sicurezza sul lavoro alle norme per il diritto al lavoro dei disabili. Il concessionario si obbliga poi a stipulare adeguata copertura assicurativa contro una serie di rischi tali da coprire ogni aspetto della gestione, con predeterminazione dei massimali e delle somme dovute in caso di infortunio.

Infine, per quanto in rilievo nel caso in esame, appare fondamentale richiamare l'aspetto economico come disciplinato dal Capitolato speciale d'oneri, in ordine al quale l'art. 10 prevede espressamente che *"il prezzo posto a base di gara si configura come costo medio del servizio, fissato tenendo conto delle sue caratteristiche e, inoltre, di tutti gli oneri a carico del concessionario"* e che *"il corrispettivo effettivo dovuto al concessionario per ogni posto bambino riservato...verrà corrisposto tutto dal Comune, che invece incamererà le quote contributive dovute dall'utenza secondo tempi e modalità vigenti per gli altri nidi comunali, gestiti direttamente"*.

Fatta questa rapida analisi dei contenuti del Capitolato speciale d'oneri, emerge in linea generale una *lex specialis* estremamente dettagliata, alla stregua di una ordinaria gara d'appalto



Avcp

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

0636723362

per l'affidamento della gestione di un compito primario e fondamentale facente capo all'amministrazione pubblica comunale, la gestione del servizio di istruzione infantile.

Scendendo al dettaglio dei due elementi sopra richiamati e reputati dirimenti per il *discrimen* tra appalto e concessione, sotto il primo profilo in rilievo (individuazione del soggetto a cui è rivolto il servizio), emerge con evidenza un dato: se i bambini e le relative famiglie sono gli utenti finali, resta la fondamentale intermediazione della p.a. alla quale – proprio in quanto viene a regolare nel dettaglio, anche della singola struttura, un proprio compito fondamentale – è rimessa ogni totale ed assoluta determinazione in ordine all'individuazione dei singoli utenti ammessi nonché delle regole della gestione, senza che residui alcun margine di sostanziale autonomia in capo al presunto concessionario.

Quanto appena evidenziato assume rilevanza altresì sotto il secondo profilo in evidenza (individuazione del soggetto su cui ricade il rischio della gestione): è chiaro infatti che, avendo il Comune predeterminato ogni aspetto della gestione – a partire dalla scelta dell'ammissione degli utenti alla frequenza, in applicazione di propri criteri senza che il concessionario possa in alcun modo interferire, fino ad arrivare a comprendere ogni dato e caratteristica della polizza assicurativa che il presunto concessionario è tenuto a stipulare in ordine ad ogni possibile rischio – ogni conseguente rischio finisce col ricadere direttamente sulla p.a. che risponde verso gli utenti finali.

Quanto al profilo fondamentale per tracciare la differenza tra un appalto di servizi ed una concessione di servizi, costituito dalle modalità di attribuzione del corrispettivo, nel caso de quo il prezzo è espressamente qualificato dalla *lex specialis* alla stregua di un ordinario appalto, teso cioè a coprire ogni aspetto. Il già richiamato art. 10 del Capitolato speciale d'onori lo determina qualificandolo come "*costo medio del servizio*", fissato tenendo conto delle sue caratteristiche e di tutti gli oneri a carico del concessionario. Inoltre, il c.d. concessionario del servizio potrà contare prevalentemente, se non esclusivamente, sugli introiti corrisposti dal Comune "*a seguito di presentazione di regolare fattura*" e non vendendo i servizi direttamente agli utenti, tranne che in misura marginale e meramente eventuale, atteso che la riconosciuta possibilità di fornire servizi aggiuntivi extra convenzione ai bambini e alle famiglie, ad utenza libera, risulta estremamente



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

0636723362
Avcp

limitata: all'eventuale quota supplementare di posti (pari al 15%), nonché alla mancata formale opzione all'acquisizione della stessa da parte del Comune.

In definitiva, non emergono dati rilevanti al fine di distinguere, in specie sotto i due predetti aspetti, l'affidamento in questione da un ordinario appalto di servizi. Nella medesima ottica assumono primario rilievo le risultanze concernenti la durata ridotta del periodo di gestione oggetto di affidamento, cosicché appare difficile parlare di reale remuneratività e della connessa possibilità di gestire autonomamente e con profitto i beni affidati. Infatti, anche per questi ultimi è prevista una totale e predeterminata regolamentazione, tale da escludere spazi di autonomia nella gestione con connesso rischio in capo all'affidatario.

A fronte delle opposte prese di posizione di partenza tra l'istante Lega Regionale Cooperative e Mutue Lazio e la stazione appaltante, alla qualificazione dell'oggetto della gara in termini di appalto, in ragione delle argomentazioni sin qui svolte, consegue la necessità di verificare la congruità del prezzo fissato alla stregua degli ordinari parametri, concernenti in specie diversi aspetti tra cui assumono rilievo anche quelli invocati dall'istante medesima, in specie i Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro di categoria per quanto riguarda i lavoratori impiegati.

In generale, va ricordato come la giurisprudenza amministrativa ritenga sindacabile la misura del prezzo a base d'asta in quanto la stessa non implica una mera scelta di convenienza e opportunità, ma una valutazione alla stregua di cognizioni tecniche: – andamento del mercato nel settore di cui trattasi; – tecnologie che le ditte devono adoperare nell'espletamento dei servizi oggetto dell'appalto; – numero di dipendenti che devono essere impiegati; – rapporto qualità-prezzo per ogni servizio.

Orbene, ogni valutazione sul punto va rimessa alla stazione appaltante sulla scorta del diverso inquadramento giuridico del contratto oggetto di affidamento, in termini di appalto e non di concessione di servizi.

Peraltro, è sin d'ora necessario rilevare come le giustificazioni addotte in via subordinata dal Comune di Roma in ordine alla congruità del prezzo appaiono insufficienti. Infatti, rispetto ai prezzi medi posto/mese/bambino che la stazione appaltante riferisce di praticare attualmente per nidi privati accreditati e convenzionati e nidi comunali realizzati e gestiti in concessione secondo finanza di progetto (rispettivamente, € 620,00 e € 869,00 posto/mese/bambino) ben superiori a

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture**Avcp**

0636723362

quello posto a gara nel caso di specie di € 500,00 posto/mese/bambino (soggetto oltretutto a ribasso), viene evidenziata la necessità di sottrarre oneri di affitto e di ammortamento dell'investimento che peraltro non vengono assolutamente quantificati, né vengono indicati criteri per determinarli. Occorre altresì che la stazione appaltante effettui un'attenta verifica in ordine alla congruità del prezzo alla luce della necessità di rispettare i parametri normativi e di tutela dei lavoratori impiegati, anche sotto il profilo del costo del lavoro.

In merito, l'Autorità ha già avuto modo di svolgere alcune considerazioni, dalle quali non vi è motivo di discostarsi (cfr., ad esempio, parere n. 259 del 17 dicembre 2008), nel senso che l'articolo 89, comma 3, del Codice dei contratti pubblici stabilisce che nella predisposizione delle gare di appalto le stazioni appaltanti sono tenute a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro come determinato ai sensi dell'art. 87, comma 2, lettera g), ovvero *"come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia di previdenza e assistenza, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali"*. Appare al riguardo evidente l'intenzione del Legislatore di implementare il necessario rispetto della regolarità dell'impiego, della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, fin dal momento della determinazione dell'importo contrattuale posto a base di gara, parametro fondamentale per la definizione delle offerte economiche da parte degli operatori economici. Allo stesso tempo, la scelta legislativa mira a tutelare la *par condicio* dei concorrenti, atteso che la garanzia del rispetto del costo del lavoro determinato dalla contrattazione collettiva di categoria, ovvero delle imprese che esercitano l'attività dedotta in gara e che sono potenziali partecipanti alla medesima, non consente a ciascun operatore di individuare liberamente il contratto collettivo da applicare, ma rappresenta un unico criterio di riferimento per tutti i concorrenti. Le suddette tabelle ministeriali, tuttavia, pongono delle regole di azione della p.a. ai fini della corretta predisposizione dei bandi di gara, nonché della valutazione delle soglie di anomalia delle offerte dei partecipanti a gare d'appalto, e non si propongono, invece, di determinare una misura del costo del lavoro rilevante agli effetti degli appalti pubblici in via autoritativa, quale intervento regolatorio sui prezzi a fini amministrativi (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 21 novembre 2002 n. 6415, TAR Lombardia, Brescia, sentenza 23



Avcp

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

0636723362

ottobre 2007 n. 915, TRGA Trentino Alto Adige, Trento sentenza 23 giugno 2008 n. 154). Conseguentemente, al decreto ministeriale di determinazione periodica del costo del lavoro non può che attribuirsi un valore meramente ricognitivo del costo del lavoro formatosi in un certo settore merceologico sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva, non potendo peraltro, mediante l'imposizione di determinati parametri nella formulazione delle offerte, eventualmente pregiudicare la partecipazione alle procedure di gara di operatori economici che, per particolari ragioni giuridico-economiche, valutate dalla stazione appaltante in sede di accertamento della congruità dell'offerta, possano presentare offerte più vantaggiose.

Tali indicazioni, sempre valide, potranno pertanto costituire base per la nuova valutazione nel merito da parte della stazione appaltante.

Anche per ciò che concerne l'ultima questione sollevata nell'istanza di parere in oggetto, relativa alle regole della *lex specialis* che derogano alla disciplina di cui al D.Lgs. n. 231/2002, è sufficiente richiamare le precedenti statuizioni dell'Autorità (in specie sub parere n. 108 del 27 maggio 2010), nelle quali è stato evidenziato, riprendendo l'orientamento della costante giurisprudenza (cfr., ad es., Consiglio Stato, Sez. V, 1 aprile 2010, n. 1885), che la direttiva n. 2000/35/CE – recepita in Italia con il citato D.Lgs. n. 231/2002 sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – contiene norme imperative, applicabili anche alle pubbliche amministrazioni, che non sono derogabili mediante la tacita accettazione delle condizioni difformi con la presentazione di una offerta in una gara pubblica di appalto. Conseguentemente, a titolo esemplificativo sono state reputate inique le clausole di un bando di gara che prevedono il pagamento del corrispettivo a 60 giorni dal ricevimento della fattura, anziché ai 30 giorni, previsti dall'art. 4 del D.Lgs. n. 231/2002, ovvero la decorrenza degli interessi moratori dal 180° giorno anziché dal 30° giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento, previsto dal citato art. 4, ovvero ancora il saggio di interesse dell'1% anziché dell'8% previsto dall'art. 5 del medesimo decreto legislativo. La deroga ai termini di pagamento e agli interessi moratori per ritardato pagamento, fissati dalle menzionate disposizioni del predetto D.Lgs. n. 231/2002 sono, pertanto, consentite solo previo accordo liberamente sottoscritto dalle parti (cfr. Consiglio Stato, Sez. V, 12 aprile 2005, n. 1638), assente nel caso di predeterminazione unilaterale nella *lex specialis* non negoziabile.



Avcp

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

0636723362

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- l'oggetto della gara debba qualificarsi in termini di appalto di servizi e non di concessione di servizi, cui consegue la necessità da parte della stazione appaltante di verificare la congruità del prezzo posto a base d'asta alla stregua degli ordinari parametri relativi agli appalti;
- la deroga, predeterminata unilateralmente nella *lex specialis* e non negoziabile, alle disposizioni di cui al D.Lgs. n. 231/2002 in ordine a condizioni e termini di pagamento sia contraria alle disposizioni vigenti.

I Consiglieri Relatori

Giuseppe Borgia

Il Presidente

Giuseppe Brienza

Andrea Camanzi

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data

17 febbraio 2011

Il Segretario: Maria Esposito