



DELIBERA N. 293

21 giugno 2022

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Coop. Sociale Coliseum Dimensione Movimento Società Cooperativa – Gara europea a procedura aperta per l'affidamento in concessione della gestione degli impianti sportivi di via del Doss. n. 3 e dell'annesso appartamento finalizzati principalmente ad attività per disabili e invalidi - Importo a base di gara: 23.399.920,00 € di cui 220.000,00 € di investimento - S.A.: Comune di Como

PREC 74/2022/S

Riferimenti normativi

Articolo 165 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Concessione - Equilibrio economico-finanziario – PEF

Massima

Concessioni – Servizi – Equilibrio economico-finanziario – PEF – Esatta indicazione degli oneri a carico del concessionario – Attendibile stima dei ricavi attesi - Necessità

Nelle concessioni, l'idoneità del PEF a rappresentare la corretta allocazione dei rischi e la loro sostenibilità dipende anche dall'accuratezza dell'istruttoria svolta dall'amministrazione concedente nella quantificazione dei costi di gestione e investimento e nella stima dei ricavi derivanti dalla gestione dell'opera. Per consentire agli operatori economici interessati di presentare offerte consapevoli, gli atti a base di gara devono identificare con esattezza le prestazioni poste a carico del concessionario e quantificarne l'onere economico, in modo da definire compiutamente ex ante le condizioni che incideranno, nel corso della durata del rapporto, sull'equilibrio economico finanziario del servizio.

Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 giugno 2022

Vista l'istanza, acquisita al prot. n. 30658 del 22 aprile 2022, con la quale l'operatore economico Coop. Sociale Coliseum Dimensione Movimento Società Cooperativa, interessato a partecipare alla gara in epigrafe, ha contestato i parametri e i valori utilizzati dal Comune di Como nella redazione del PEF posto a base di gara, che renderebbero di fatto impossibile la formulazione di offerte e quindi la partecipazione alla gara. Ad avviso dell'istante, l'amministrazione concedente avrebbe forzato l'equilibrio del Piano Economico-Finanziario (di



seguito, PEF), attraverso la sottostima delle voci di costo e la sovrastima dei flussi attivi di gestione, prevedendo introiti di fatto irrealizzabili perché incompatibili con le capacità oggettive della struttura in affidamento. Nella specie, le doglianze dell'istante - che è il gestore uscente - si appuntano su:

- I. irrealizzabilità delle entrate derivanti dei campus estivi. Il ricavo annuo di 73.000 euro appostato nel PEF non sarebbe conseguibile perché presupporrebbe la frequentazione di circa 70 bambini a settimana, per nove settimane, alla tariffa di 120 euro/bambino/settimana, in assenza di spazi esterni, che sarebbero esclusi dalla convezione, e di un locale coperto da adibire a refettorio, tenendo anche conto che la palestra, unico locale al chiuso disponibile, deve essere utilizzata, secondo le previsioni del capitolato, per tre mattine la settimana ad attività per disabili;
- II. irrealizzabilità delle entrate derivanti dalle attività di riabilitazione in palestra (20.000,00 euro/anno a partire dal 2024). L'attuale struttura, che ha un'altezza pari a 2,48 mt, e per la quale non sono previste opere di adeguamento, non rispetterebbe il requisito di altezza minima richiesta dal Regolamento di igiene e quindi sarebbe inadatta ad ospitare tale tipo di attività;
- III. irrealizzabilità delle entrate derivanti dalle rette del servizio "dopo di noi" (65.000,00 euro/anno a partire dal 2024). L'appartamento dove l'attività dovrebbe essere espletata è qualificato urbanisticamente come "residenziale" e sarebbe pertanto inadatto ad essere utilizzato per i fini previsti;
- IV. sottostima dei costi di gestione. Non è stato contabilizzato il costo del servizio di infermeria e sarebbero stati sottostimati gli oneri per riscaldamento ed elettricità (tenuto conto che l'impianto è molto disperdente e i costi di approvvigionamento dell'energia hanno subito un forte rialzo a seguito del conflitto in corso);
- V. calcolo errato e parziale degli investimenti necessari per opere strutturali. L'amministrazione non avrebbe considerato tra i lavori posti a carico del concessionario, e stimati pari a euro 268.400,00, alcuni interventi urgenti che, essendo indispensabili ai fini della corretta gestione dell'impianto, risulterebbero per essere di fatto, occultamente, a carico del concessionario, stante l'impegno, in forza dello stipulando contratto, ad utilizzare l'impianto solo dopo avervi effettuato a proprie cura e spese tutti i lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria. Inoltre non sarebbero stati conteggiati i costi del collaudo né quelli della cantierizzazione né gli oneri di smaltimento e discarica;
- VI. ambiguità circa l'esatta entità di alcune obbligazioni poste a carico del concessionario. Non sono chiarite le modalità di esercizio della manutenzione straordinaria, posta a carico del Comune, che potrebbe incidere sulla disponibilità dell'impianto né le modalità con le quali il Comune esercita il diritto di utilizzo degli impianti per un massimo di 10 giornate l'anno (responsabilità per i danni, definizione degli oneri a carico del concessionario, eventuale risarcimento per compensare la perdita economica del gestore). Non è stato neppure stimato il costo delle opere di manutenzione ordinaria "anche in ottemperanza a norme sopravvenute" poste a carico del concessionario;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 9 maggio 2022 con nota prot. n. 35369;

Vista la replica dell'amministrazione concedente (prot. n. 37086 del 16 maggio 2022), la quale ha eccepito l'infondatezza di quanto prospettato dall'istante, lamentando preliminarmente la mancata dimostrazione dell'impatto degli asseriti maggiori costi e minori ricavi sugli indicatori dell'equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa esposti nel PEF. Rispetto alle specifiche doglianze, il Comune ha sostenuto che i ricavi derivanti dai campus estivi e dall'attività di riabilitazione sono stati stimati sulla base dell'attività svolta attualmente dalla stessa Cooperativa mentre il servizio per il "dopo di noi", trattandosi di un servizio residenziale, sarebbe del tutto compatibile con la destinazione residenziale dei locali dove dovrebbe essere svolto. Quanto ai costi della gestione, il Comune non avrebbe mai preteso l'istituzione di un servizio infermieristico ma solo l'attivazione di un servizio di medicazione e primo soccorso e, circa i costi energetici, sono stati previste nel Capitolato misure di contenimento a favore del concessionario consistenti nel rimborso, nei primi tre anni della concessione, del 50% del costo effettivo del metano e nella sostituzione della centrale termica entro 24 mesi



dall'aggiudicazione al fine di garantire un maggior efficientamento dell'impianto. Quanto ai costi degli investimenti, è stato precisato che la maggior parte degli interventi ritenuti indispensabili dall'istante non rientrano tra quelli individuati nell'"Analisi tecnica speditiva del manufatto edilizio e degli impianti volta alla valutazione dello stato dei luoghi rispetto alle vigenti normative in materia di sicurezza, igiene e prevenzione incendi" contemplata nella documentazione di gara, mentre altri (partizione tra i bagni e gli ambienti) non sarebbero necessari alla luce della vigente normativa oppure potrebbero essere risolti con interventi meno costosi (adeguamento dei serramenti attraverso l'utilizzo di una pellicola in P.V.B. di spessore adeguato al raggiungimento della classe prestazionale rispondente alla norma di riferimento). Infine, sarebbe infondata la prospettazione di ambiguità delle obbligazioni contrattuali, perché la possibile interferenza tra interventi di manutenzione straordinaria e gestione del servizio, come pure l'eventuale impatto negativo sul PEF derivante da possibili manutenzioni ordinarie eccessive, attengono alla fase esecutiva del rapporto negoziale e comunque il Capitolato consente al concessionario di beneficiare di una proroga per un periodo pari a quello della sospensione del servizio nel caso di sospensione dell'attività per più di tre mesi mentre l'utilizzo gratuito dell'impianto sportivo da parte del Comune per 10 giorni deve avvenire, secondo la previsione del Capitolato, "compatibilmente con l'attività programmata sugli impianti";

Visto quanto ulteriormente controdedotto dall'istante, con note acquisite al prot. nn. 37217 e 37220 del 16 maggio 2022, a sostegno della censura mossa contro il PEF, che non garantirebbe l'equilibrio economico-finanziario, e quindi la sostenibilità della concessione, in quanto basato su analisi dello stato dei luoghi inadeguate e su stime incongruenti. Riguardo i ricavi di gestione, il Comune non avrebbe considerato che i centri estivi sono stati organizzati dall'attuale concessionario solo negli anni 2020, 2021 e 2022 utilizzando spazi coperti - palestra grande e ex appartamento del custode - che con la nuova concessione non sarebbero più disponibili: la palestra grande perché destinata ad ospitare, per tre mattine la settimana, attività rivolte a persone disabili gestite direttamente dal Comune - mentre attualmente gli educatori, a causa della pandemia hanno deciso di non utilizzare questo spazio per le proprie attività benché anche l'attuale concessione preveda l'utilizzo della palestra grande due volte la settimana per i disabili - e l'ex appartamento del custode perché destinato al servizio per il "dopo di noi". Gli spazi esterni, oltre a non essere oggetto della concessione, non sarebbero comunque idonei, in quanto privi di qualsiasi attrezzatura, prospicienti l'area parcheggio e occupati da una piccola costruzione fatiscente. Inoltre gli incassi legati a questa attività negli anni 2021 e 2022 sarebbero stati notevolmente inferiori a quanto stimato dall'amministrazione (rispettivamente euro 26.232,71 e 23.131,00). Quanto all'attivazione del servizio di medicazione e primo soccorso presso gli impianti, prevista dall'art. 20 del Capitolato, il Comune non avrebbe tenuto conto che la vigente normativa richiede che le strutture dotate di piscina aperta al pubblico dispongano di un locale di primo soccorso, avente specifiche caratteristiche e dotati di ben identificati presidi di primo impiego e materiali di medicazione, e non ha dunque previsto gli spazi dove collocare tale locale né ha quantificato il costo del servizio nel PEF. Quanto ai costi di investimento, l'istante ha ribadito che sarebbero stati fortemente sottostimati, sia perché gli interventi previsti sono stati sottovalutati sia perché non sono stati previsti interventi di messa a norma indispensabili (finestrature e infissi) o comunque necessari per risolvere problematiche strutturali (perdite dalle vasche che andrebbero reimpermeabilizzate), così che il reale investimento necessario per la messa a norma e per rendere funzionale l'immobile ammonterebbe a euro 720.847,88;

Vista la documentazione versata in atti;

Visto che, ai sensi dell'art. 165, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, caratteristica fondamentale dei contratti di concessione è il trasferimento al concessionario del rischio operativo, come definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz), d.lgs. n. 50/2016, 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. Secondo quanto previsto dal comma 2 dell'art. 165, l'equilibrio economico finanziario, definito all'art. 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi;



Considerato che il PEF costituisce il documento nel quale sono rappresentati i presupposti e le condizioni per l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della gestione, il quale a sua volta costituisce il presupposto della sostenibilità dei rischi trasferiti al concessionario;

Considerato che l'idoneità del PEF a rappresentare la corretta allocazione dei rischi e la loro sostenibilità dipende anche dall'accuratezza dell'istruttoria svolta dall'amministrazione nella quantificazione dei costi di gestione e investimento e nella stima dei ricavi derivanti dalla gestione dell'opera;

Ritenuto che, nel caso come quello in esame, di opera "calda", ovvero opera dotata di intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza, ai fini dell'attendibilità degli indicatori dell'equilibrio economico-finanziario risultanti dal PEF, l'amministrazione concedente deve individuare correttamente il potenziale bacino di utenza, al fine di quantificare la domanda di servizi e stimare i possibili rendimenti della gestione. Al tal fine va considerato necessariamente il dato storico del fatturato del gestore uscente che, unitamente a informazioni diverse e ulteriori che rientrano nella sfera di controllo dell'Amministrazione (e.g. mutate condizioni di svolgimento dei servizi), contribuisce alla stima del valore della concessione (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, n. 127/2018) e consente la formulazione di un'offerta economica consapevole. Dal lato dei costi, l'amministrazione è tenuta a specificare tutti gli oneri economici che concorrono a definire il rischio che l'operatore economico è chiamato ad assumere. Come rilevato anche dal giudice amministrativo, «*in mancanza, non potrà dirsi attendibile l'elaborazione del Piano economico finanziario – nel quale l'amministrazione è tenuta a riportare i costi preveduti e i ricavi possibili di modo da prefigurare l'utile conseguibile ovvero, in sintesi, le condizioni di equilibrio economico-finanziario del servizio – di risulta non sarà neppure corretta l'allocazione del rischio (...) D'altronde se l'operatore economico non è posto a conoscenza di tutti gli oneri del servizio che dovrà svolgere, non sarà in condizione di valutare se, per la sua organizzazione di impresa, sia in grado di sostenere il rischio senza incorrere in perdite di attività e la sua offerta risulterà inevitabilmente non attendibile, potendo accadere che sia indotto a rivedere al ribasso la qualità del servizio offerto in corso di rapporto solo per evitare perdite*» (Consiglio di Stato, V, n. 2809/2022). Pertanto, proprio perché, come evidenziato dal Comune, il complessivo equilibrio economico finanziario delle concessioni non deve essere valutato in una prospettiva statica ma in una prospettiva dinamica, in ragione dei rischi assunti dal concessionario, il quale, nel caso in cui si verificano apprezzabili alterazioni nell'equilibrio economico finanziario per fatti allo stesso non addebitabili, può richiedere la revisione del PEF (art. 165, comma 6, d.lgs. n. 50/2016), gli atti a base di gara devono identificare con esattezza le prestazioni poste a carico del concessionario e quantificarne l'onere economico, in modo da consentire di definire compiutamente *ex ante* le condizioni che incideranno, nel corso della durata del rapporto, sull'equilibrio economico finanziario del servizio;

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, che alcuni dei rilievi mossi dall'istante all'attendibilità del PEF elaborato dall'amministrazione appaiono fondati. Si fa riferimento, per ciò che concerne i potenziali ricavi della concessione, alla stima delle entrate derivanti dai campus estivi, che il Comune di Como ha valutato di ammontare quasi triplo (73.000 euro) rispetto a quanto ricavato dall'attuale gestore nei due anni in cui il servizio è stato svolto (26.232,71 e 23.131,00 euro) e rispetto al quale non pare avere considerato che la sopravvenuta indisponibilità (per mutamento della loro destinazione) degli unici locali al coperto idonei ad ospitare il servizio potrebbe incidere sulla qualità della proposta e dunque sull'appetibilità dello stesso da parte dell'utenza. Per ciò che concerne gli oneri a carico del concessionario, ci si riferisce alla mancata contabilizzazione dei costi relativi alla gestione del servizio di primo soccorso e all'approntamento del locale che la vigente normativa prevede che gli sia dedicato, e ai costi del collaudo, della cantierizzazione e gli oneri di smaltimento e discarica. Più in generale, riguardo i lavori, ferma restando la discrezionalità dell'amministrazione nell'individuazione degli interventi da affidare al concessionario, non può essere revocato in dubbio che gli interventi necessari per la messa a norma di impianti e strutture non possano essere pretermessi e debba esserne stimato il relativo costo, e che vada anche accertata la coerenza della destinazione urbanistica delle strutture date in gestione con le attività che vi dovranno essere svolte, con stima sia degli eventuali costi necessari per l'allineamento della destinazione d'uso sia dell'eventuale contrazione dei ricavi dovuti ai ritardi nell'attivazione dei servizi. Quanto ai rimanenti lavori che l'istante ritiene



indispensabili per sanare carenze strutturali destinate ad impattare sulla proficua gestione dell'impianto (e.g. reimperabilizzazione delle vasche), si ritiene che l'amministrazione, qualora non intenda farli rientrare tra quelli di immediata realizzazione, debba valutare se ciò non determini l'aumento del rischio di manutenzione ordinaria, che potrebbe rendersi necessaria per ovviare all'inadeguatezza strutturale dell'impianto messo a disposizione, con conseguente aumento dei costi rispetto a quelli previsti nel PEF, ovvero un abbassamento della qualità del servizio offerto e quindi minori entrate ;

Ritenuto che il riavvio della procedura, a partire da una rinnovata stima dei costi di gestione e investimento e dei ricavi, consentirebbe ai concorrenti di formulare offerte consapevoli e all'amministrazione concedente di potere contare su una gestione dell'impianto in grado di soddisfare le esigenze dell'utenza;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- inidoneo il PEF predisposto dall'amministrazione concedente a consentire agli operatori economici interessati di elaborare offerte attendibili e consapevoli.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 giugno 2022

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente