

N. 03361/2025REG.PROV.COLL.
N. 07684/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7684 del 2024, proposto dalla Serenissima Ristorazione S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Manzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Alberico II, n.33;

contro

il Comune di Potenza, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti

della Società Cooperativa Multiservice Sud - Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Romano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

della Società Rem S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. 383/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Cooperativa Multiservice Sud - Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2025 il Cons. Roberto Prossomariti e uditi per le parti gli avvocati come da verbale.

FATTO

1. Il 30 giugno 2023 il Comune di Potenza pubblicava un bando per una procedura aperta telematica riguardante l'affidamento in concessione del servizio di ristorazione scolastica del Comune. Il servizio comprendeva le scuole dell'infanzia (di cui 5 dotate di centro di cottura), le scuole primarie (di cui 3 dotate di centro di cottura) e le scuole secondarie di primo grado, tutte situate nel Comune di Potenza, per un periodo di due anni scolastici (anni scolastici 2023-2024 e 2024-2025, con possibilità di proroga fino al 31 dicembre 2025).

L'importo a base di gara era di € 6,00 per pasto, soggetto a ribasso, per un totale presunto di 524.000 pasti, pari a un importo complessivo di € 3.144.000,00. Erano inoltre previsti € 2.000 per oneri di sicurezza da interferenza, non soggetti a ribasso.

Il bando prevedeva anche un canone, soggetto a rialzo, per l'utilizzo dei centri cottura, pari a € 78.300,00.

Il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con un massimo di 70 punti per l'offerta tecnica e un massimo di 30 punti per l'offerta economica. Quest'ultima era ulteriormente suddivisa in un massimo di 25 punti per il ribasso percentuale offerto e un massimo di 5 punti per l'offerta del canone.

2. Quattro imprese presentavano offerte entro il termine previsto.

La Commissione giudicatrice esaminava e valutava le offerte tecniche, attribuendo alla Cooperativa Sociale Multiservice Sud il punteggio massimo

di 70 punti e a Serenissima Ristorazione s.p.a. 61,07 punti; le altre due ditte ottenevano punteggi inferiori (59,18 punti e 46,84 punti).

Successivamente, la Commissione giudicatrice rilevava che la Cooperativa Sociale Multiservice Sud aveva presentato un'offerta economica con un ribasso del 10,50% ed un canone pari a € 78.500,00, mentre la Serenissima Ristorazione s.p.a. aveva offerto un ribasso del 10,00% ed un canone di € 80.000,00. Le altre due ditte avevano offerto rispettivamente un ribasso del 2,23% con canone di € 79.000,00 e un ribasso dell'8,00% con canone di € 93.960,00.

Emergeva tuttavia che la Cooperativa Sociale Multiservice Sud e un'altra delle ditte partecipanti non avevano allegato alla propria offerta economica il Piano Economico Finanziario (PEF), come previsto dal paragrafo 17 del disciplinare di gara. La Commissione procedeva quindi all'esclusione delle due imprese.

Successivamente il RUP, con determinazione n. 1082 del 16 maggio 2024, approvava l'esclusione dalla gara delle due imprese e aggiudicava la gara in favore della Serenissima Ristorazione s.p.a.

3. La Cooperativa Sociale Multiservice Sud impugnava di fronte al TAR Basilicata il provvedimento di esclusione della Commissione di gara e la citata determina n. 1082, articolando plurimi motivi di ricorso.

Con sentenza n. 383/2024 il TAR accoglieva il ricorso e per l'effetto annullava l'esclusione della Cooperativa Sociale Multiservice Sud e la determinazione n. 1082 cit.

In particolare, il giudice di primo grado riteneva fondato il nono motivo di ricorso, secondo cui l'oggetto della procedura doveva qualificarsi come appalto di servizi e non come concessione, mentre la presentazione del PEF è prevista solo per le concessioni. Imponendo la presentazione del PEF a pena di esclusione in un appalto di servizi, il Comune di Potenza aveva introdotto una causa di esclusione non prevista dalla legge per tale

tipologia di contratto. Questa violazione del principio di tassatività avrebbe reso la relativa clausola del disciplinare di gara (il paragrafo 17) illegittima e, di conseguenza, nulla.

4. Con determinazione dirigenziale n. 2007 del 29 agosto 2024, in esecuzione della sentenza del TAR, il Comune disponeva quindi l'aggiudicazione in favore della Cooperativa Sociale Multiservice Sud.

5. Avverso la sentenza n. 283/2024 del TAR Basilicata ha proposto appello la Serenissima Ristorazione s.p.a., chiedendo altresì la caducazione della predetta delibera n. 2007, la declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato ed il subentro nel rapporto concessorio.

Con il primo motivo di ricorso si deduce che il TAR avrebbe errato nel riqualificare l'oggetto della procedura come appalto di servizi. Secondo l'appellante, l'assunzione del rischio operativo, tipica delle concessioni, è connessa alle modalità di remunerazione del servizio, dovendosi identificare tale remunerazione nel corrispettivo pagato dall'utenza o comunque dai destinatari del servizio.

Nel caso di specie l'assunzione del rischio operativo dovrebbe dedursi: a) dal fatto che il numero di pasti richiesti è meramente presuntivo; b) dall'art. 5.4 del capitolato di gara, secondo cui la riscossione del corrispettivo e il relativo rischio sono a carico del concessionario per circa il 65% del valore complessivo; c) dal fatto che sono previsti ulteriori costi fissi a carico dell'aggiudicatario, tra cui quelli per gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria attinenti al funzionamento della cucina e delle sale mensa. Si richiama anche la delibera ANAC n. 672 del 29 luglio 2020, che ha riconosciuto la qualifica di concessione di servizi in un caso analogo a quello in esame.

Con il secondo motivo di appello si deduce che, anche ove fosse corretto qualificare la procedura come volta all'aggiudicazione di un appalto di servizi, vi sarebbero comunque state sufficienti ragioni per ritenere

legittima la richiesta di presentazione di un PEF allegato all'offerta economica. In tale prospettiva, quindi, la mancanza del PEF avrebbe integrato una carenza sostanziale dell'offerta più che una formale causa di esclusione.

Ad ogni modo, anche le clausole nulle della disciplina di gara andrebbero impugnate nei termini ordinari unitamente agli atti successivi che ne facciano applicazione, mentre in questo caso la parte appellata non ha mai impugnato il disciplinare nella parte in cui imponeva la presentazione del PEF.

6. Si è costituita in giudizio la Cooperativa Sociale Multiservice Sud, chiedendo il rigetto dell'appello.

7. Le parti poi hanno depositato ulteriori memorie e memorie di replica, insistendo per l'accoglimento delle proprie ragioni.

Tra l'altro, con memoria del 18.03.2025, l'appellante ha dato conto del fatto che la sentenza del TAR Basilicata n. 57 del 2025 ha annullato la determinazione dirigenziale n. 2007 del 29 agosto 2024, avendo riconosciuto l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore della Cooperativa Sociale Multiservice Sud per mancata preventiva verifica della congruità dell'offerta e del rispetto dei minimi salariali contributivi.

Dalla lettura di tale sentenza emerge, peraltro, che il 13 settembre 2024 è stato stipulato il contratto tra il Comune di Potenza e l'aggiudicataria Cooperativa Sociale Multiservice Sud.

8. All'udienza pubblica del 3 aprile 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il primo motivo di appello è fondato.

Il d.lgs. n. 50 del 2016 (applicabile *ratione temporis*), in attuazione dell'art. 5, n. 1, lett. b), direttiva n. 2014/23/UE, definisce la concessione di servizi come il 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, riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto 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 (art. 3, comma 1, lett. *vv*). Per quanto riguarda il rischio operativo, si tratta del *«rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico. Si considera che l'operatore economico assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile»* (art. 3, comma 1, lett. *zz*).

Alla luce del suddetto quadro normativo, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito che uno degli elementi più indicativi per distinguere il rapporto di concessione di pubblico servizio dall'appalto di servizi è l'assunzione da parte del concessionario del rischio di domanda: mentre l'appalto ha struttura bifasica tra appaltante ed appaltatore ed il compenso di quest'ultimo grava interamente sull'appaltante, nella concessione, connotata da una dimensione triadica, il concessionario ha rapporti negoziali diretti con l'utenza finale, dalla cui richiesta di servizi trae la propria remunerazione (Cons. Stato, Sez. V, 1 ottobre 2021, n. 6599; Id., Sez. IV, 22 marzo 2021, n. 2426). Dunque si ha concessione, quando l'operatore si assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si ha appalto, quando l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'amministrazione

aggiudicatrice, sicché può affermarsi che è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi (Cons. Stato, Sez. VI, 4 maggio 2020, n. 2810).

2. Nel caso di specie, come dedotto dall'appellante, vi sono sufficienti elementi che fanno ritenere la sussistenza di un rischio operativo non insignificante in capo all'aggiudicatario.

Dall'art. 4 del capitolato di gara emerge, infatti, come il numero di pasti preventivati sia oggetto di una mera stima basata sul numero annuo medio degli alunni fruitori del servizio e del personale docente avente diritto, peraltro calcolato prima delle interruzioni dovute all'emergenza pandemica. Inoltre e soprattutto, si prevede che l'utenza richiedente il servizio in concessione effettui direttamente al concessionario il pagamento della tariffa corrispondente alla propria fascia ISEE di appartenenza, fatti salvi i casi di esonero o compartecipazione comunale. Complessivamente si stima che circa il 65% dei corrispettivi siano versati direttamente dagli utenti (art. 5.4 del capitolato). L'art. 5.5 del capitolato pone a carico del concessionario ogni onere inerente la riscossione delle quote a carico degli utenti, senza alcuna possibilità di rivalsa sul concedente per il recupero delle quote non riscosse.

A fronte di tali circostanze non sembra potersi escludere una forma di esposizione alle fluttuazioni della domanda del servizio in questione. Come rilevato dall'appellante, anche la delibera ANAC n. 672 del 29 luglio 2020 (così come più risalenti delibere) ha qualificato come concessione l'oggetto di una procedura aperta per l'affidamento del servizio di mensa scolastica.

Del resto anche la più risalente giurisprudenza comunitaria, citata dal giudice di prime cure, ha ritenuto *«normale che alcuni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità, [...] siano disciplinati da normative che possono avere per effetto di limitare i rischi economici che si corrono. In particolare, le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità, agendo in*

buona fede, di assicurare la prestazione dei servizi attraverso una concessione, qualora esse reputino che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio pubblico in oggetto, e ciò anche qualora il rischio legato alla gestione sia molto ridotto» (Corte Giustizia UE, Sez. III, 10 marzo 2011, n. 274/09, par. 34). Peraltro uno dei rischi in questione può essere appunto quello di inadempimento dei fruitori del servizio (sent. cit. par. 46).

3. Dalla qualificazione della procedura di gara come volta all'affidamento di una concessione di servizi discende la legittimità del disciplinare nella parte in cui prevede l'obbligo, a pena di esclusione, di allegare all'offerta economica il Piano economico finanziario e la conseguente esclusione della Cooperativa Sociale Multiservice Sud.

4. L'accoglimento del primo motivo di appello comporta l'assorbimento del secondo.

Quanto alla memoria depositata il 18 marzo 2025 dalla Cooperativa Sociale Multiservice Sud, essa deve essere dichiarata inammissibile con riferimento alle parti in cui ripropone alcuni dei motivi di ricorso rigettati dal giudice di primo grado, che avrebbero eventualmente dovuto essere riproposti con appello incidentale. Il ricorso in appello incidentale costituisce, infatti, mezzo doveroso e necessario laddove si voglia censurare una espressa statuizione sfavorevole contenuta nella sentenza di primo grado già appellata da altra parte del giudizio, ed è soggetto ai termini previsti per le impugnazioni (Cons. Stato, Sez. IV, 12 febbraio 2024, n. 1398). Nel caso di specie, peraltro, la richiamata memoria risulta essere stata depositata ben oltre sessanta giorni dalla data della notificazione dell'impugnazione principale e non è stata notificata alle controparti, il che impedisce, in ogni caso, di riqualificarla come appello incidentale (si veda, ad esempio, Cons. Stato, Sez. II, 8 febbraio 2024, n. 1305).

5. L'accoglimento dell'appello importa la reviviscenza della determinazione n. 1082 del 16 maggio 2024.

La domanda di subentro nel contratto avanzata dall'appellante deve essere vagliata ai sensi dell'art. 122 c.p.a.

Il Collegio ritiene che tale domanda possa essere accolta. Tuttavia, per garantire la continuità del servizio mensa presso i plessi scolastici del Comune di Potenza, il subentro dovrà avvenire dopo la fine dell'anno scolastico in corso e, precisamente, a decorrere dal 1 luglio 2025.

6. Le peculiarità della controversia inducono ad un'integrale compensazione delle spese del presente giudizio di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione disposta in favore della Società Cooperativa Multiservice Sud.

Ordina che, a decorrere dal 1 luglio 2025, la parte appellante subentri nel contratto stipulato tra il Comune di Potenza e la Cooperativa Sociale Multiservice Sud.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2025 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Roberto Prossomariti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberto Prossomariti

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO