

Alla Fintecna Immobiliare s.r.l.

Alla Regione Campania

Al Comune di Napoli

All'Autorità Portuale di Napoli

Alla Camera di Commercio di Napoli

Alle Ferrovie dello Stato s.p.a.

All'Unione Industriali di Napoli

All'Associazione Costruttori Edili di Napoli

Al Coordinamento Regionale PMI e Cooperazione

Al Comitato NAPLEST

### **AG 33/2011**

24 novembre 2011

Oggetto : richiesta di parere ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici - FINTECNA Immobiliare s.r.l. - Grande Progetto "Logistica e porti".

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 10 agosto 2011, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 82825, successivamente integrata con nota pervenuta in data 31 agosto 2011, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 87360, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 24 novembre 2011 ha approvato le seguenti considerazioni.

Al fine di un corretto inquadramento giuridico della questione sottoposta si rende necessaria, preliminarmente, la ricostruzione della fattispecie.

L'area orientale della città di Napoli è interessata da un grande progetto di riconversione industriale, nell'ambito del quale è prevista la realizzazione sia di interventi privati (riqualificazioni e riconversioni di diverse aree ex industriali, ristrutturazioni urbanistiche), sia di interventi pubblici, principalmente opere pubbliche infrastrutturali di competenza del Comune di Napoli e dell'Autorità Portuale di Napoli. Nel quadro di tale operazione esiste una evidente interrelazione tra i lavori di competenza di diversi soggetti, pubblici e privati. Al fine di attuare un'efficace opera di coordinamento, eliminando duplicazioni amministrative e costi di gestione, sarebbe intenzione di alcuni dei soggetti coinvolti (pubblici e privati) costituire una centrale di committenza ad hoc, nella forma di una società consortile per azioni.

In particolare, l'istante chiede all'Autorità se la Camera di Commercio, Industria e Artigianato di Napoli e i soggetti privati titolari di permesso di costruire, intenzionati ad eseguire opere di urbanizzazione a scomputo del contributo per il permesso di costruire, possano partecipare al capitale sociale insieme ai soggetti pubblici coinvolti, al fine di poter godere anche essi dei servizi erogati dalla centrale di committenza. Viene richiesto, anche, di chiarire il tipo di rapporto che legherebbe la centrale di committenza alle stazioni appaltanti ad essa partecipanti: società in house dei soggetti costituenti o partenariato pubblico - pubblico.

Il Comitato Naplest sostiene nella memoria presentata che il primo modello proposto dall'Istante (società partecipata anche da soggetti privati) sia conforme alla normativa di settore. Si sostiene, in particolare, che la costituzione di una centrale di committenza partecipata da soggetti privati sia compatibile con quanto recentemente previsto dall'art. 13 della legge 13 agosto 2010, n. 136, come attuato dal DPCM 30 giugno 2011, essendo permesso anche ai soggetti di cui all'art. 32 co. 1, lett. g) del d. lgs. 163/2006 di aderire alla Stazione Unica Appaltante (art. 2 del D.P.C.M.). La centrale di committenza così costituita, ricorrendo i presupposti di legge, sarebbe inoltre qualificabile come organismo di diritto pubblico e, in quanto tale tenuta all'applicazione della normativa in materia di contratti pubblici. I rapporti tra soggetti partecipanti e la centrale di committenza potrebbero essere qualificati come partenariato pubblico - pubblico.

Ciò detto, giova ricordare brevemente che il modello delle centrali di committenza gode da diversi anni di crescente favore da parte dei legislatori nazionali e regionali. Tale istituto, sconosciuto alla precedente normativa comunitaria in materia di appalti, trova oggi esplicita disciplina nella direttiva 2004/18/CE: considerando 15 e 16, art. 1, co. 10, art. 11; disposizioni recepite in Italia con gli articoli 3, co. 34 e 33 del d. lgs. 163/2006 (per un'analisi della situazione anteriore si veda CGCE, sentenza 18 gennaio 2007, causa C-220/05).

A parte la CONSIP s.p.a. (società a totale partecipazione pubblica), infatti, esistono molti esempi

regionali di centrali di committenza, in particolare nel settore sanitario, costituite nella forma di agenzie, autorità, società per azioni, uffici regionali, consorzi anche occasionali di ASL (si veda, al riguardo, AVCP, deliberazione del 13 Gennaio 2010, n. 6). I vantaggi apportati dalla centralizzazione degli acquisiti sono molteplici: raggiungimento di economie di scala, riduzione dei costi di gestione, dei costi di transazione, del contenzioso, la specializzazione professionale della struttura organizzativa, l'emersione di appalti sottosoglia, la razionalizzazione dei centri di spesa, etc. Più recentemente, con l'art. 13 della l. 136/2010, recante il Piano straordinario contro le mafie, è stato esaltato anche il ruolo che l'utilizzo di centrali di committenza potrebbe svolgere nella lotta alla criminalità organizzata, prevedendo la costituzione a livello regionale di Stazioni Uniche Appaltanti (di seguito, anche, SUA). La centralizzazione, anche grazie al maggior grado di trasparenza e partecipazione che sono assicurati dall'affidamento di contratti di ingente valore, facilita e rende più efficace l'attività di controllo e contrasto alla criminalità organizzata.

La centrale di committenza che dovrebbe essere costituita per la realizzazione delle opere pubbliche del Grande Progetto Logistica e Porti presenta alcuni elementi di peculiarità rispetto ai modelli più diffusi nel nostro ordinamento. Dal punto di vista soggettivo si determinerebbe una integrazione verticale di diversi livelli istituzionali (dei soggetti privati si dirà infra): società a totale partecipazione statale, Regione, Comune ed Autorità Portuale. Dal punto di vista oggettivo, invece, la differenza consiste nell'affidamento di contratti di lavori pubblici e non, come accade normalmente, di beni e servizi. Ancora, la centrale di committenza viene costituita non al fine di operare istituzionalmente e continuamente a favore di determinate amministrazioni, ma per la realizzazione di un complesso progetto infrastrutturale, terminato il quale essa stessa dovrebbe esaurire il suo scopo. Ciononostante, in virtù dell'esplicito disposto dell'art. 33, co. 1 e 3 del d. lgs. 163/2006 e della normativa comunitaria supra citata, la scelta degli enti interessati appare esente da vizi e, considerate le specifiche motivazioni di risparmio di spesa e lotta alla criminalità, meritoria.

Dei due modelli proposti dall'Istante, società a partecipazione pubblica o mista pubblico - privata, l'Autorità ritiene compatibile con la normativa di settore solamente il primo. Vero è che in base all'art. 32 co. 1 lett. g) del d. lgs. 163/2006 i soggetti privati titolari di permesso di costruire possono incidentalmente trovarsi a svolgere la funzione di stazione appaltante. Non deve essere trascurato, però, che tale delega di funzione viene eccezionalmente ed incidentalmente concessa al privato in virtù della natura sostanzialmente pubblica tanto delle risorse economiche impiegate (contributi previsti per il rilascio del permesso di costruire), quanto delle opere da realizzare (CGCE, sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98), a tutela dei principi di concorrenza ed economicità, comuni al nostro ordinamento e a quello dell'Unione Europea. Se tali soggetti potessero strutturalmente concorrere all'attività della centrale di committenza, si troverebbero a partecipare, pur indirettamente, anche all'affidamento di contratti diversi da quelli in relazione ai quali sono portatori di uno specifico interesse. Questo, oltre a rendere ipotizzabile una forma di concessione di committenza non in linea con la normativa di settore, potrebbe generare conflitti di interesse, che costituirebbero un sicuro vulnus all'imparzialità dell'azione della centrale di committenza.

Appare opportuno ricordare, inoltre, che in base al citato art. 32, l'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può sempre decidere di mantenere la funzione di stazione appaltante e prevedere che "in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il permesso di costruire presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del permesso di costruire, un progetto preliminare delle opere da eseguire..." (in questo caso, peraltro, è previsto come generale modus operandi la donazione delle progettazioni, come dichiarato dall'Istante nella richiesta di parere, meglio infra). Tale scelta, nella fattispecie, appare anche più consona al principio di economicità e non aggravamento dell'attività amministrativa, in quanto, diversamente, si finirebbe con il preferire al modello, più snello, stazione appaltante - centrale di committenza, il più complesso ed articolato modello stazione appaltante - privato titolare di permesso di costruire - centrale di committenza.

Cionondimeno, anche nel caso in cui le amministrazioni interessate decidessero (o avessero già deciso) di affidare ai privati la funzione di stazione appaltante secondo quanto disposto dall'art. 32 cit., questi ultimi potrebbero comunque avvalersi dell'attività della centrale di committenza senza dover necessariamente partecipare al capitale della stessa. In base all'art. 2, co. 1 del D.P.C.M. 30 giugno 2006, infatti, alla Stazione Unica Appaltante "possono aderire" tutti i soggetti di cui all'art. 32 del d. lgs. 163/2006 e dal disposto dell'art. 4 del medesimo decreto si evince chiaramente che il termine "aderire", espressamente utilizzato dal legislatore, non deve essere inteso come "costituire" la SUA. Si dice, infatti, che "i rapporti tra la SUA e l'ente aderente sono regolati da convenzioni" ed è evidente, in base alla lettura organica di tutte le disposizioni rilevanti, che il D.P.C.M. regola l'attività di una particolare centrale di committenza che si assume costituita, la SUA, e non la sua costituzione ab origine. L'accesso di determinate categorie di privati (titolari di permesso di costruire, in questo caso) ai servizi di tale centrale di committenza è eccezionalmente consentito dal fatto che si tratta del ritorno di una funzione amministrativa, occasionalmente delegata al privato, nella sfera di competenza di un soggetto che, come quello delegante, è un'amministrazione aggiudicatrice (sulla possibilità che i soggetti privati possano accedere alle convenzioni quadro stipulate da una centrale di committenza si veda la segnalazione dell'AGCM S1178, consultabile sul sito istituzionale).

Non presenterebbe, inoltre, problemi pregiudiziali la partecipazione della Camera di Commercio al

capitale della istituenda centrale di committenza, essendo, il soggetto in questione per giurisprudenza pacifica, considerato quale amministrazione pubblica locale e, quindi, amministrazione aggiudicatrice anch'essa (Cons. Stato, sent. 10 settembre 2010, n. 6527). Tuttavia, con particolare riferimento alle peculiarità del caso specifico sopra evidenziate, si invita l'Istante a valutare con attenzione la concretezza e attualità dell'interesse della Camera di Commercio all'assegnazione di contratti per la realizzazione di infrastrutture, che, in base alla documentazione in atti, non sembrano essere connesse all'esercizio delle funzioni ad essa affidate dalle legge. Si rileva, peraltro, che pur essendo qualificate come enti pubblici locali, le camere di commercio rimangono, in ogni caso, enti associativi a partecipazione necessaria, esponenziali degli interessi degli operatori economici locali. Anche in tal caso, dunque, potrebbero sorgere, pur in via astratta ed ipotetica, conflitti di interesse relativamente alla fase di gara.

Con riferimento alla natura dei rapporti che, nella specie, legherebbero la centrale di committenza unica - nella proposta forma di società a partecipazione pubblica, ritenuta la sola compatibile con la normativa di settore - e le amministrazioni aggiudicatrici che la costituirebbero, per quanto di interesse, si ritiene che possano essere genericamente ricondotti al modello di partenariato pubblico-pubblico. È appena il caso di rilevare, però, che stante l'esplicita disciplina contenuta nella direttiva e nelle disposizioni nazionali citate e stante la diffusione del modello delle centrali di committenza, la questione non appare meritare, in questa sede, specifico ulteriore approfondimento teorico.

Infine, l'Autorità viene interrogata su quale sia, tra le amministrazioni aggiudicatrici e la centrale di committenza, il soggetto competente a svolgere l'attività di verifica e validazione dei progetti. Nel ribadire integralmente quanto espresso nella citata delibera 305/2001, l'Autorità ritiene, nel caso di specie, che le suddette attività ben possono essere svolte dalle amministrazioni aggiudicatrici. Ciò, oltre che per garantire la terzietà dell'attività di controllo, come osservato dall'Istante, anche ai fini del rispetto dell'art. 112, co. 5 del d. lgs. 163/2006, che prevede il possesso di particolari e stringenti requisiti di professionalità e qualificazione in capo ai soggetti tenuti ad effettuare la verifica. Del resto non si tratterebbe di una sottrazione di compiti spettanti alla centrale di committenza come stazione appaltante, ma di una modulazione delle competenze trasferite che le amministrazioni aggiudicatrici sono autorizzate a compiere, anche in base a quanto disposto dagli articoli 3, 4 e 6, quarto comma del D.P.C.M 30 giugno 2010 . Quest'ultima disposizione, in particolare, prevede al riguardo che "L'ente aderente può delegare l'attività di verifica del progetto, di cui all'articolo 112 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche al Provveditorato interregionale per le opere pubbliche competente per territorio laddove in possesso dei requisiti previsti dal comma 5 del citato articolo 112, con oneri a carico dell'ente aderente che può altresì avvalersi del supporto del medesimo Provveditorato per l'esame di eventuali proposte di varianti".

Avv. Giuseppe Busia