



## DELIBERA N. 616

8 settembre 2021

### Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dal [ OMISSIS] – Procedura competitiva con negoziazione di cui all’art. 62, d.lgs. n. 50/2016 per la concessione di costruzione e gestione di un parcheggio interrato in piazza della Vittoria e sistemazione superficiale della piazza – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 32.877.508,98 – S.A.: [ OMISSIS]

**PREC 156/2021/S**

### Riferimenti normativi

Art. 3, comma 1, lett. uu), d.lgs. n. 50/2016

Art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016

### Parole chiave

Concessione di costruzione e gestione di parcheggio – Raggruppamento temporaneo di imprese – Quota di partecipazione al raggruppamento – Esecuzione della prestazione principale in misura maggioritaria

### Massime

#### **Prestazione principale nella concessione di costruzione e gestione di un parcheggio**

In una concessione di costruzione e gestione di un parcheggio, con erogazione del servizio di parcheggio a tariffazione sull’utenza, ai fini della individuazione della prestazione che il mandatario di un costituendo RTI deve realizzare in misura maggioritaria, rileva la realizzazione dell’opera pubblica piuttosto che il presunto valore complessivo della gestione che deve poter ripagare il concessionario dell’investimento e garantire un profitto.

**Art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016**

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza dell’8 settembre 2021

**DELIBERA**

VISTA l'istanza prot. n. 51975 del 02/07/2021 con la quale, con riferimento alla procedura competitiva con negoziazione di cui all'art. 62, d.lgs. n. 50/2016 indetta per la concessione di costruzione e gestione di un parcheggio interrato in Piazza della Vittoria e sistemazione superficiale della piazza, il [ OMISSIS] domanda all'Autorità se sia legittima la partecipazione alla procedura del concorrente costituendo RTI[ OMISSIS] S.r.l. (mandatario) – [ OMISSIS] S.r.l. (mandante) che ha indicato che la mandataria eseguirà i lavori di costruzione al 100% con una quota di partecipazione al raggruppamento pari all'80%, mentre la mandante eseguirà il servizio di gestione del parcheggio con una quota di partecipazione al raggruppamento pari al 20%, tenuto conto che il disciplinare di gara riporta come prestazione principale del contratto il servizio di parcheggio pubblico e non i lavori in affidamento; in particolare, il [ OMISSIS] domanda se la partecipazione del RTI nella conformazione indicata (mandataria 80% e mandante 20%) sia legittima sia per quanto riguarda le quote di partecipazione al raggruppamento sia per quanto riguarda le quote di esecuzione tenuto conto che la mandataria non risulta avere alcun ruolo nell'ambito della gestione del parcheggio; in particolare, il [ OMISSIS] domanda se la partecipazione del RTI non sia in contrasto con l'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 nella parte in cui prescrive che la mandataria in ogni caso deve eseguire la prestazione principale in misura maggioritaria;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 53672 del 09/07/2021;

VISTE le memorie e i documenti trasmessi in atti dalle parti interessate;

CONSIDERATO che l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che la conformazione del raggruppamento non sia in linea con le previsioni del bando, del disciplinare di gara e dell'art. 83, comma 8, del Codice; essa evidenzia che la mandataria non risulterebbe eseguire in via maggioritaria la prestazione principale che il bando e il disciplinare avrebbero individuato nel servizio di gestione del parcheggio a tariffazione sull'utenza il cui valore stimato risulterebbe prevalente rispetto al valore dei lavori; la stazione appaltante ritiene critica la partecipazione in gara del costituendo RTI poiché avrebbe indicato che la mandataria eseguirà i lavori di costruzione al 100% con una quota di partecipazione al raggruppamento pari all'80%, mentre la mandante eseguirà il servizio di gestione del parcheggio con una quota di partecipazione al raggruppamento pari al 20%;

CONSIDERATO che, secondo quanto riportato dalla stazione appaltante, la mandataria possiede l'attestazione SOA per l'esecuzione dei lavori e ogni altra qualificazione richiesta dal bando; in ogni caso, entrambe le imprese sarebbero qualificate per lo svolgimento delle attività di rispettiva competenza come indicate nell'ambito del raggruppamento;

CONSIDERATO che con nota del 20/05/2021 l'amministrazione aggiudicatrice attivava il soccorso istruttorio nei confronti del predetto raggruppamento chiedendo allo stesso di precisare il ruolo della mandataria nella gestione del parcheggio; con nota del 31/05/2021 il raggruppamento ha confermato la volontà di partecipare nella conformazione indicata ritenendo legittima la stessa ai sensi della normativa di settore;

CONSIDERATO che il costituendo RTI è stato ammesso con riserva alla gara nelle more dell'adozione del parere di precontenzioso da parte dell'Autorità;



CONSIDERATO che il RTI sostiene la conformità alla normativa di settore della conformazione del RTI evidenziando la circostanza che il contratto in affidamento ha ad oggetto una concessione di costruzione e gestione di un parcheggio rispetto alla quale, ai sensi dell'art. 164, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, le norme di cui alla Parte II del Codice, ivi incluso l'art. 83, comma 8, si applicano per quanto compatibili; in particolare, il RTI sostiene che il contratto presenta sostanzialmente i caratteri di una concessione di lavori rispetto alla quale la circostanza che il valore stimato della gestione dell'opera superi il valore dei lavori non può giustificare la valutazione compiuta dalla stazione appaltante in ordine alla individuazione della prestazione principale nell'erogazione del servizio; il RTI rileva che la gestione deve poter ripagare il concessionario dell'investimento e dei costi di costruzione, anche di manutenzione e di conduzione dell'opera;

CONSIDERATO che il bando di gara distingue, con riferimento all'oggetto, tra Codice CPV "prevalente" (98351000-8) riferito a "Servizi di gestione di parcheggi" e Codice CPV "supplementare" (45223310-2) riferito a "Lavori di costruzione di parcheggi sotterranei"; l'Allegato 1 del disciplinare di gara concernente lo "Schema di foglio patti e condizioni minime" prevede all'art. 1 che «il contratto di concessione ha ad oggetto la realizzazione e la gestione di un parcheggio interrato di 6 [se] piani, ove i primi 3 [tre] avranno destinazione privata, come previsto ai successivi artt. 16 e 19»; in particolare, l'art. 19 prevede la concessione in favore del concessionario del diritto di superficie interrato per la realizzazione degli ultimi 3 piani interrati del parcheggio per una durata di 90 anni, cosicché la gestione del servizio pubblico di parcheggio concerne 3 su 6 piani; l'art. 5 dello "Schema di foglio patti e condizioni minime", relativo all'"Ammontare dell'investimento e delle spese tecniche" prevede: «L'importo complessivo dell'investimento previsto all'interno del progetto esecutivo è pari ad € 14.236.425,28 (...)»;

CONSIDERATO che ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. uu) del Codice è concessione di lavori «*un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere*»;

RITENUTO che, dalla documentazione di gara trasmessa in atti, risulta che la concessione ha ad oggetto la realizzazione di un'opera di pubblica utilità ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. uu) del Codice con diritto alla gestione della stessa da parte del concessionario per un periodo determinato; la gestione implica in parte l'erogazione del servizio pubblico di parcheggio a tariffa;

RITENUTO, quindi, che il parcheggio costituisca il bene preponderante della concessione, per la cui realizzazione occorrono ingenti investimenti che saranno ripagati dalla gestione stessa con il fine di assicurare un profitto al concessionario, integrando la controprestazione per la realizzazione dell'opera pubblica; si legge in Cons. Stato, sez. V, n. 3631/2015: «Rimanendo all'analisi del rapporto concessorio avente ad oggetto il parcheggio multipiano, è indiscutibile che quest'ultimo è il bene economicamente preponderante nel sinallagma contrattuale, poiché la sua realizzazione richiede l'attrazione di ingenti capitali, da remunerare poi mediante la sua gestione funzionale. La realizzazione del manufatto rientra quindi nell'ipotesi costituita da «un insieme di lavori, che di per sé esplichino una funzione economica o tecnica», prevista dall'art. 3, comma 8, cod. contratti pubblici, recante la definizione di lavori ai sensi del medesimo codice. La rilevanza del bene è ulteriormente avvalorata dalla previsione del suo acquisto gratuito a favore del Comune alla scadenza della concessione. La gestione dello stesso è invece funzionale agli scopi di ripagare gli investimenti sostenuti per la sua costruzione e di assicurare un profitto al concessionario»; ancora, in tema di concessione di lavori e gestione di opere cimiteriali, si richiama la pronuncia del Cons. Stato, sez. V, n. 3153/2019 che ha indicato che «la gestione delle opere cimiteriali, costituisce la controprestazione della stazione appaltante a favore del concessionario, il quale trae il suo vantaggio dal "diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati, perseguendo l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti con la connessa gestione pluriennale" (punto 1 del disciplinare). ... la "prestazione" cui fa riferimento il disciplinare di gara non può essere la gestione delle strutture cimiteriali, ma va individuata necessariamente nell'attività che il concessionario dovrà svolgere a favore della stazione appaltante, ovvero la realizzazione dei lavori sulla base del progetto definitivo offerto»);

RITENUTO, pertanto, sulla base delle considerazioni svolte, che la mandataria, in quanto qualificata ed unica esecutrice dei lavori di costruzione del parcheggio multilivello svolga la prestazione principale in misura maggioritaria; la circostanza che la successiva gestione del parcheggio pubblico competa alla mandante non esonera la mandataria dalla responsabilità quale parte contrattuale e componente al raggruppamento con la quota dell'80%, quota che incide non solo sulla misura di partecipazione agli utili, ma anche sulla responsabilità dell'impresa mandataria verso la stazione appaltante (TAR Sicilia, sez. III, n. 2881/2020);

#### Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la composizione del RTI, per i profili considerati, sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente  
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio  
In data 14 settembre 2021  
Per Il Segretario Maria Esposito  
Rosetta Greco