AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Il Presidente

omissis

Fasc. UVCP. n. 4949/2022

(da citare nelle comunicazioni)

Oggetto: *omissis* – Procedura aperta per l'affidamento mediante project financing della concessione del servizio di assistenza passeggeri e di Stazione Marittima nel porto di *omissis* nonché delle aree per la realizzazione e gestione della nuova Stazione Marittima e degli altri beni strumentali e/o complementari alla presentazione del suddetto servizio CIG *omissis* – Nota di definizione in forma semplificata ai sensi dell'art. 21, comma 3, del Regolamento Anac sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4.7.2018

Si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, esaminati gli atti del fascicolo in epigrafe e la relazione istruttoria dell'Ufficio UVCP, nell'Adunanza del 30/11/2022 ha deliberato la trasmissione della presente nota di definizione del procedimento

Rilevato in fatto

Con nota acquisita al prot. n. 37618/2022, il Sig. *omissis*, nella qualità di rappresentante della *omissis*, ha trasmesso all'Autorità una segnalazione relativa a diverse presunte illegittimità nell'affidamento di cui in oggetto.

Riassuntivamente, l'esponente ha lamentato la violazione del principio di separazione tra gestione della rete e degli impianti e svolgimento dei servizio crocieristici, la violazione delle norme in materia di aiuti di Stato, la violazione delle norme in materia di traslazione del rischio operativo in capo al concessionario, l'adozione di criteri di partecipazione sproporzionati in favore del promotore e la violazione di principi generali in materia di affidamento dei lavori a terzi da parte del concessionario.

Pertanto, con nota prot. n. 55772 del 7.7.2022, questa Autorità ha chiesto informazioni all'*omissis*, ai sensi dell'art. 13, comma 4, del Regolamento di vigilanza, chiedendo di relazionare sulla procedura in oggetto e di specificare alcune previsioni dei documenti di gara.

Con note prot. nn. 67205 e 67207 del 19.8.2022, *l'omissis* ha riscontrato la suindicata richiesta di informazioni, relazionando in merito agli aspetti richiesti ed allegando ampia documentazione a supporto delle proprie dichiarazioni.

Conclusione del procedimento

Preliminarmente, si osserva che, in relazione a diversi profili richiamati, l'esposto è infondato o riferito a questioni non relative alla materia dei contratti pubblici; in relazione a tali profili, pertanto, la segnalazione va archiviata ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. a) e d) del Regolamento di Vigilanza.

Con particolare riferimento alle censure relative la violazione del principio di separazione tra gestione della rete e degli impianti e svolgimento dei servizi crocieristici e delle norme in materia di aiuti di Stato si osserva che, trattandosi di questioni prettamente connesse alla disciplina della concorrenza e della tutela del libero mercato, non sussiste la competenza in materia di questa Autorità; pertanto, con separata nota si provvederà a trasmettere gli atti all'Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato per i seguiti di competenza. Pertanto, in relazione a tali descritti profili deve concludersi per l'archiviazione, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. d) del vigente regolamento interno di vigilanza.

Anche in ordine ai profili dell'assenza di rischio operativo in capo al concessionario (ad eccezione del solo rischio da domanda, come meglio approfondito in seguito) e dell'adozione di criteri di partecipazione sproporzionati in favore del promotore, deve concludersi per l'archiviazione dell'esposto, infondato.

La matrice dei rischi, infatti, ha evidenziato come risultino correttamente allocati in capo al concessionario i rischi di disponibilità e il rischio di costruzione, necessari, tra l'altro, a qualificare la fattispecie oggetto dell'esposto come PPP, *sub specie* di project financing.

In particolare, il rischio di disponibilità è definito dalle LG dell'Autorità n. 9, adottate con Delibera n. 318/2018 e attualmente in fase di aggiornamento, sia come *"rischio di manutenzione straordinaria, non preventivata, derivante, ad esempio, da una progettazione o costruzione non adeguata, con conseguente aumento dei costi"*, che come *"rischio di indisponibilità totale o parziale della struttura da mettere a disposizione e/o dei servizi da erogare"* o ancora come "*rischio di obsolescenza tecnica, legato ad una più rapida obsolescenza tecnica degli impianti, incidente sui costi di manutenzione e/o sugli standard tecnici e funzionali prestabiliti"*.

Nel caso di specie, tali rischi risultano indubbiamente allocati in capo all'operatore economico, come emerge dalla pag. 10 della matrice dei rischi in atti: tale documento, infatti, pone a carico del concessionario i "rischi di approvvigionamento e/o di incremento dei costi dei fattori produttivi", come pure il rischio da inadeguatezza dei servizi da erogare secondo standard prestabiliti. Depongono in tal senso, inoltre, alcune disposizioni dell'allegato schema di contratto, tra le quali si citano, a titolo esemplificativo, gli artt. 13 bis

(che pone gli oneri di progettazione a carico del concessionario) e 14 (per cui sono affidate al concessionario la progettazione e costruzione delle opere oggetto di concessione).

Viceversa, i riferimenti effettuati dall'esponente agli articoli 6 e 9 della bozza contrattuale afferiscono a casi di forza maggiore, per i quali l'allocazione del rischio in capo all'operatore economico è esclusa per definizione, atteso che ciò comporta, anche ai sensi dell'art. 3.3. delle richiamate Linee Guida, il riequilibrio del piano economico finanziario.

Analogamente, le citate linee guida consentono che i rischi da costruzione possano essere allocati sia in capo alla stazione appaltante che all'operatore economico; la matrice dei rischi, in proposito, alloca il rischio da progettazione (componente principale del rischio da costruzione) in capo all'operatore economico, atteso che questi è responsabile, ai sensi degli artt. 13 bis e ss. dello schema di contratto, per le modifiche progettuali che si rendano necessarie a causa di errori o omissioni di progettazione, tali da incidere significativamente su tempi e costi di realizzazione dei lavori. Diversamente, le altre componenti del rischio da costruzione (rischio ambientale, archeologico, normativo) vengono allocate nel contratto in capo al concedente, salvo che queste non dipendano da manchevolezze della progettazione, nel qual caso risultano addebitabili all'operatore economico. Tale elemento denota dunque la chiara volontà delle parti di attribuire tutti i rischi connessi all'errata progettazione in capo all'operatore economico, mentre le altre componenti di rischio in capo alla stazione appaltante, salvo che queste siano a loro volta dipendenti da un difetto di progettazione.

Ai sensi dell'art. 180, comma 3, del codice dei contratti, la contemporanea sussistenza dei rischi di costruzione e di disponibilità in capo all'operatore economico consente di qualificare pacificamente il contratto in esame come PPP, *sub specie* di project financing, e non come mero appalto, come invece ritenuto dall'esponente.

Del pari, sulla base dei chiarimenti formulati dalla Stazione Appaltante e della documentazione in atti, deve concludersi per l'archiviazione della segnalazione anche in relazione al censurato profilo dell'adozione di criteri di partecipazione sproporzionati in favore del promotore, in relazione al contenuto dell'offerta tecnica, che verte interamente su proposte migliorative del progetto posto a base di gara. Tali progetti, infatti, sono stati resi pubblici dalla stazione appaltante, oltre che oggetto di conferenza di servizi con gli enti interessati, con la conseguenza per cui qualunque operatore economico avrebbe potuto formulare la propria offerta in relazione agli stessi, specialmente in considerazione del fatto che le migliorie richieste non necessitavano di un determinato *know how* o di specifiche particolari possedute dal solo promotore, trattandosi invece di semplici migliorie in materia di estetica, di caratteristiche dei materiali di costruzione, di efficientamento degli edifici e di miglior fruibilità degli spazi comuni.

*****

Viceversa, dall'istruttoria espletata sono emerse criticità in relazione all'allocazione del rischio da domanda e alla successiva individuazione, da parte dell'aggiudicatario, di terzi esecutori dei lavori oggetto del PPP.

- **Allocazione del rischio da domanda**

Per quanto concerne la criticità relativa al mancato trasferimento in capo al concessionario del cd. rischio della domanda, l'esponente ha contestato la previsione contenuta nello schema del contratto (art. 21, comma 7 lett. a) che riconosce in capo al concessionario la facoltà di chiedere una revisione dell'equilibrio economico finanziario nel caso in cui eventi esterni, non riconducibili al concessionario, comportino una riduzione del traffico crocieristico particolarmente elevata. Secondo l'esponente, tale previsione riduce sostanzialmente il rischio della domanda.

Al riguardo, l'Autorità concedente non ha fornito spiegazioni, limitandosi a rinviare a quanto indicato nella matrice dei rischi.

In merito, si evidenzia che la criticità segnalata risulta fondata. Infatti, sebbene nella bozza contrattuale e nella matrice dei rischi si sia scelto di allocare il rischio da domanda in capo ad entrambe le parti del rapporto concessorio (come risulta nella matrice rischi nella parte in cui è individuata una duplice responsabilità - concedente e concessionario- pag.12 - 3.2 FASE DI GESTIONE), l'ambito di rischio a carico del concessionario risulta eccessivamente ridotto rispetto a quello ricadente sul concedente, considerato che il primo resta esposto unicamente nell'ipotesi in cui la riduzione del traffico resti al di sotto del 20% rispetto ai dati indicati nel PEF. Nel diverso caso, invece, di una riduzione della domanda più rilevante, in misura pari o superiore al 20% (come indicato nel contratto "*con riferimento al rischio della domanda, i soli eventi incidenti sull'andamento del traffico crocieristico mondiale e/o di quello mediterraneo – comportanti conseguenti rilevanti effetti sull'operatività della Stazione Marittima e relativi servizi nel Porto di omissis per circostanze non riconducibili al Concessionario – che determinano una riduzione, calcolata sulla base della media triennale dei passeggeri dell'anno precedente, dei passeggeri dell'anno in corso e quelli previsti nell'anno successivo, del numero di passeggeri sbarcati nel Porto di omissis in misura comunque non inferiore al 20% rispetto ai dati indicati nel PEF*"), il concessionario avrà la possibilità di scaricare tale rischio chiedendo la modifica delle condizioni contrattuali.

Ne deriva che nell'ipotesi peggiore (contrazione della domanda in misura pari o superiore al 20%) il rischio resta, per la maggior parte, a carico del solo concedente in contrasto con la previsione dell'art.182, comma 3 (norma che disciplina il finanziamento del progetto tramite diversi strumenti tra i quali rientra anche la finanza di progetto) ai sensi della quale la revisione delle condizioni economiche deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto.

- **Individuazione di terzi aggiudicatari dei lavori**

In relazione a tale profilo, l'esponente ha censurato le previsioni contrattuali per le quali l'aggiudicatario che non intenda eseguire direttamente i lavori "dovrà avvalersi di soggetti terzi e troveranno applicazione le disposizioni contenute nell'art. 164, comma 5, del d. lgs. n. 50/2016" (punto 7.2 del disciplinare di gara).

Su specifica domanda dell'Autorità, formulata con la richiamata richiesta di chiarimenti di cui al prot. U. n. 55772 del 7.7.2022, la Stazione Appaltante ha chiarito che "*non è stato richiesto il possesso necessario, al*

momento della presentazione dell'offerta, dei requisiti di qualificazione attinenti all'esecuzione dei lavori, lasciando libero (come previsto dalla legge) il concorrente di indicare in seguito il soggetto incaricato di tale incombenza". Proseguendo nella propria relazione, l'ente concedente ha poi specificato espressamente di aver applicato le disposizioni di cui all'art. 95 del D.P.R. n. 207/2010 e di non aver imposto, quale necessaria condizione di partecipazione, l'indicazione del soggetto tenuto ad eseguire i lavori in fase di presentazione dell'offerta, demandando, al contrario, tale designazione ad un momento successivo, nell'ottica di garantire la massima libertà di concorrenza e di favorire la massima partecipazione possibile alla gara di cui in oggetto.

La stazione appaltante ha dunque precisato che, in ogni caso, per la successiva designazione degli affidatari di lavori, verranno rispettate le disposizioni del codice dei contratti, atteso che gli stessi avranno l'obbligo di dimostrare di essere in possesso delle attestazioni SOA richieste dal disciplinare di gara e, più in generale, di essere qualificati per eseguire i lavori richiesti. Tali previsioni risultano, tra l'altro, sintetizzate nell'art. 13 bis dello schema di contratto.

In buona sostanza, l'*omissis* ha demandato l'individuazione degli operatori economici qualificati per l'esecuzione dei lavori ad un momento successivo all'aggiudicazione della concessione. Tale previsione, tuttavia, appare illegittima, nonché contraria ad un principio fondamentale nel settore dei contratti pubblici, costituito dall'individuazione a priori dell'operatore economico a cui è materialmente demandato lo svolgimento delle attività oggetto di gara.

Nel caso di specie, infatti, la fattispecie oggetto di gara rientra indubbiamente tra i contratti misti di lavori e servizi, atteso che, a completamento dell'oggetto principale della concessione, rappresentato dall'espletamento del servizio passeggeri, è prevista, da parte dell'operatore economico, la realizzazione di lavori di costruzione e manutenzione di aree, con annessa gestione della nuova stazione marittima e di alcune aree complementari. Trattandosi di contratto misto, deve ritenersi senz'altro applicabile la disciplina dell'art. 28, comma 1, ultimo periodo, del codice dei contratti (applicabile anche alle concessioni per effetto del richiamo operato dall'art. 164 alle parti I e II del codice), ai sensi del quale "*l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto".*

Già tale previsione appare dunque chiara nell'escludere che, nell'ambito di una procedura avete ad oggetto una concessione mista, la stazione appaltante possa prescindere dalla verifica del possesso dei requisiti di qualificazione e dall'accertamento delle capacità dei futuri terzi affidatari, accertamenti questi necessari in relazione a ciascuna delle tipologie di affidamento di cui il contratto si compone, a nulla rilevando che la fattispecie si connoti in termini di prevalenza della componente "servizi" rispetto a quella dei "lavori".

Sul punto, la recente giurisprudenza (Consiglio di Stato, sent. n. 4501/2020) ha statuito che l'art. 28 citato, nel riproporre la previsione prima dettata dall'art. 15 dell'abrogato d. lgs. 163/2006, *"si avvale del c.d. "criterio della combinazione dei regimi giuridici", in deroga a quello della prevalenza utilizzato al primo periodo del medesimo art. 28, comma 1, citato per individuare la disciplina generale del contratto misto".* Risultano dunque superate le previsioni di cui al previgente art. 8 co. 11-septies della legge 11 febbraio

1994, n. 109, che assegnava invece alla qualificazione obbligatoria il diverso ruolo di requisito necessario ai fini dell'esecuzione dei lavori e che, più in generale, limitava l'applicazione delle disposizioni in materia di qualificazione all'ipotesi in cui i lavori rappresentassero la prestazione economicamente prevalente e non avessero carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto misto. Al contrario, in virtù del vigente quadro normativo, si può attribuire alla qualificazione obbligatoria per ciascuna delle prestazioni oggetto dell'appalto il ruolo di vero e proprio requisito di partecipazione alla procedura di affidamento.

Pertanto, in accordo con il filone giurisprudenziale sopra citato, deve dunque ritenersi che l'art. 28, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, imponga ai concorrenti, ai fini della partecipazione alla gara e non solo dell'esecuzione della commessa, il possesso dei requisiti di qualificazione e capacità relativamente a ogni singola prestazione costituente l'appalto misto, a prescindere dalla prevalenza nel contratto della componente dei lavori o di quella dei servizi; diversamente opinando, l'intera procedura di gara sarebbe illegittima per non aver previsto i necessari requisiti di qualificazione per selezionare gli operatori economici idonei all'esecuzione di opere pubbliche (cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 3918/2017 e n. 1153/2012).

Le conclusioni sopra raggiunte sono coerenti con l'impostazione delle norme eurounitarie cui si conformano le disposizioni nazionali, che, in disparte la specifica fonte sulla cui base l'amministrazione provvede alla loro individuazione - che, nel caso di specie si rinviene nell'art. 95, comma 1, d.P.R. 207/2010 - impongono al concorrente, già all'atto di partecipazione alla gara, la dimostrazione delle capacità necessarie a eseguire tutte le prestazioni dedotte in contratto, capacità queste che devono essere possedute in proprio dall'aggiudicatario o assicurate mediante il ricorso all'ATI con un soggetto che a sua volta le possiede, ovvero ancora all'avvalimento.

Sul punto, nel condividere le osservazioni proposte dalle citate sentenze del Consiglio di Stato, si osserva che non si possono considerare valide le giustificazioni addotte dalla stazione appaltante, secondo cui la successiva designazione degli operatori economici tenuti ad eseguire le opere oggetto di concessione avrebbe avuto una finalità pro-concorrenziale, atteso che tale finalità sarebbe stata ugualmente realizzata attraverso i già richiamati istituti della partecipazione in ATI e del ricorso all'avvalimento, eventualmente "utilizzabili" già in fase di aggiudicazione.

Del resto, anche questa Autorità si è più volte pronunciata in ordine al momento in cui deve essere accertato il possesso dei requisiti di qualificazione in capo al concessionario: ai sensi della delibera adottata dal Consiglio dell'Autorità n. 1053 del 13 novembre 2019, il bando di gara finalizzato all'affidamento di una concessione mista, il cui oggetto principale è costituito dalla gestione del servizio, *"deve prevedere, in relazione a ciascuna prestazione dedotta nel contratto, i requisiti di qualificazione prescritti dal Codice, imponendo all'operatore economico concorrente di dimostrarne il possesso già in fase di gara"*.

Alla luce delle considerazioni suesposte devono ritenersi non conformi alla disciplina di settore (e come tali illegittime), tutte le previsioni di gara che consentono all'operatore economico di individuare in un momento successivo alla partecipazione (tra l'altro non meglio precisato) i soggetti qualificati che materialmente si occuperanno di eseguire i lavori oggetto della concessione.

*****

Tutto ciò rappresentato, alla luce delle considerazioni suesposte, si definisce la presente istruttoria ai sensi dell'art. 21 del vigente Regolamento di vigilanza sui contratti pubblici, contestando a codesto ente in indirizzo la violazione dell'art. 180, comma 3, codice dei contratti in quanto non risulta correttamente allocato il rischio della domanda in capo all'operatore economico, nonché l'illegittimità di tutte le previsioni di gara che consentono all'operatore economico di individuare in un momento successivo alla partecipazione (tra l'altro non meglio precisato) i soggetti qualificati che materialmente si occuperanno di eseguire i lavori oggetto della concessione.

Pertanto, ai sensi dell'art. 22 del vigente Regolamento di vigilanza, si raccomanda, *pro futuro,* alla stazione appaltante di individuare sin dal momento della partecipazione i soggetti qualificati tenuti ad eseguire i lavori oggetto della concessione, nonché, nel caso, di allocare correttamente i rischi da domanda in capo al concessionario, al fine di realizzare una effettiva traslazione del rischio operativo.

Ai sensi dell'art. 13, comma 5, del vigente Regolamento di vigilanza, il presente provvedimento è notificato alla stazione appaltante e, per conoscenza alla controinteressata *omissis* e all'esponente.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente il 14 dicembre 2022