



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... – affidamento in regime di concessione della gestione di un impianto sportivo - art. 174, comma 1, lett. a), del d.lgs. 36/2023 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-130-2024-FC

FUNZ CONS 52/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 4 giugno 2024, acquisita al prot. Aut. n. 63184, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 9 ottobre 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269/2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Con la nota sopra indicata, l'Amministrazione comunale rappresenta di voler affidare, in regime di concessione, la gestione di un impianto sportivo di piccole-medie dimensioni. Rappresenta, altresì, di essere in possesso di qualificazione delle stazioni appaltanti per il livello SF3 e di aver trasmesso alle SUA con le quali intercorre apposita convenzione, la disponibilità all'espletamento della procedura di affidamento della predetta concessione, senza tuttavia ottenere riscontro positivo. L'Amministrazione aggiunge che il servizio oggetto di affidamento presenta, tra i caratteri propri dell'operazione, una durata contrattuale stimata in anni tre.

Per quanto sopra, in considerazione delle ridotte dimensioni del servizio da affidare e del breve periodo di affidamento, l'Amministrazione chiede all'Autorità di chiarire se la fattispecie descritta possa configurare una concessione "*non ricompresa nei contratti di PPP*", non ricorrendo uno dei presupposti previsti dal Codice, ossia un rapporto contrattuale di lungo periodo e, in caso di risposta positiva, chiarire i seguenti aspetti: (i) se sussista comunque l'obbligo della preliminare verifica di convenienza e fattibilità con analisi del cd Value for money di cui all'art. 175, comma 2, del Codice, (ii) se l'ente, in possesso della qualificazione per il livello SF3, possa svolgere direttamente le attività di progettazione, affidamento, stipula ed esecuzione della concessione in parola, in quanto non qualificabile come PPP o, in subordine, quali fasi possano essere gestite autonomamente. Ove, al contrario, l'operazione sia ritenuta qualificabile come PPP ai sensi dell'art. 174, comma 1 del Codice, con impossibilità per l'Ente di procedere autonomamente alle attività di progettazione, affidamento ed esecuzione, si chiede di chiarire se, alla luce dell'indisponibilità delle SUA contattate, il Comune debba procedere ai sensi dell'art. 62, comma 10, secondo periodo del Codice e se il RUP e, se del caso, il DEC possano essere nominati tra i dipendenti del Comune oppure se la nomina spetti necessariamente all'Ente concedente qualificato.

Al fine di esprimere avviso sulle questioni poste, deve evidenziarsi in via preliminare che i sistemi di affidamento degli appalti pubblici e delle concessioni, sono definiti dal d.lgs. 36/2023, dettato in recepimento di direttive comunitarie e posto a tutela dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità.

Come più volte ribadito dall'Autorità (anche con riguardo alla l. 109/1994, al d.lgs. 163/2006 e al d.lgs. 50/2016) il Codice dei Contratti Pubblici è ispirato al principio di tassatività e tipicità delle procedure ad evidenza pubblica, corollario del principio di legalità che regola l'azione della Pubblica Amministrazione; conseguentemente le stazioni appaltanti non possono porre in essere procedure di affidamento diverse rispetto a quelle disciplinate dal Codice stesso (Parere Precontenzioso n. 142/2012). «Sono quindi inammissibili procedure atipiche per la realizzazione di opere pubbliche o destinate ad un pubblico servizio, atteso che il sistema e le modalità prescelti potrebbero avere finalità o produrre effetti elusivi della normativa interna e comunitaria in tema di opere pubbliche» (Deliberazione n. 10 del 17/01/2007).

Per quanto sopra, deve quindi evidenziarsi, in via generale, la non ammissibilità di procedure di aggiudicazione di contratti pubblici non previste nel d.lgs. 36/2023 o ad esso non conformi.

Le considerazioni espresse possono estendersi anche ai contratti di partenariato pubblico-privato (PPP) disciplinati dal Libro IV del Codice (*"del partenariato pubblico-privato e delle concessioni"*), per i quali lo stesso legislatore ha fissato i caratteri essenziali che devono sempre ricorrere affinché uno schema negoziale possa essere qualificato come PPP di tipo contrattuale.

Ci si riferisce, in particolare, alle disposizioni dell'art. 174 (dettate in coerenza con le indicazioni contenute nel Libro verde del 2004), il quale dispone che nei contratti di PPP devono ricorrere congiuntamente i seguenti elementi «a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico; b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima; c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione; d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato».

Il comma 3 della disposizione aggiunge che «Il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela. L'affidamento e l'esecuzione dei relativi contratti sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II. Le modalità di allocazione del rischio operativo, la durata del contratto di partenariato pubblico-privato, le modalità di determinazione della soglia e i metodi di calcolo del valore stimato sono disciplinate dagli articoli 177, 178 e 179».

Come sottolineato nella Relazione Illustrativa del Codice nella definizione del PPP contenuta nell'art. 174 «sono state evidenziate le quattro componenti che debbono sussistere affinché l'operazione economica possa qualificarsi come partenariato pubblico-privato. In primis, tra l'ente concedente e uno o più operatori economici privati deve instaurarsi un rapporto contrattuale di lungo periodo; la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto deve provenire in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata; anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima, alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione; infine, il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi deve essere

allocato in capo al soggetto privato. Si precisa che l'operatore economico è remunerato con tariffe corrisposte da utenti e/o da canoni corrisposti dall'amministrazione/enti utilizzatori dell'investimento e del correlato servizio [...]. Al comma 5, infine, tenuto conto della complessità di tale istituto giuridico, che richiede competenze specifiche per essere realizzato e gestito, si precisa che i contratti di partenariato pubblico-privato possono essere stipulati solo da enti concedenti qualificati». La Relazione illustrativa aggiunge che «In forza della capacità generale di diritto privato, l'Amministrazione può ... forgiare anche schemi negoziali diversi da quelli nominati, purché aderenti, nei contenuti, alla regolazione pubblicistica contenuta nel libro IV». Dunque in tutti i casi in cui l'ente concedente intende ricorrere ad un'operazione di PPP contrattuale, è necessariamente tenuto al rispetto delle condizioni fissate dal Libro IV del Codice.

Conclusivamente sul punto, può affermarsi che nel PPP devono obbligatoriamente e congiuntamente ricorrere i caratteri elencati nel comma 1 del citato art. 174 e tra tali caratteri è necessariamente incluso (anche) *"un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico"*.

A tal riguardo alcune indicazioni in ordine alla durata della concessione sono contenute nell'art. 178, secondo il quale «La durata delle concessioni è limitata ed è determinata dall'ente concedente in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. 2. Per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti ovvero il perseguimento di elevati standard di sostenibilità ambientale». Ai sensi del comma 5, inoltre, «La durata dei contratti di concessione non è prorogabile, salvo per la revisione di cui all'articolo 192, comma 1».

In base all'articolo 178, quindi, la durata del rapporto concessorio, opportunamente determinata dall'ente concedente e indicata nel bando di gara, deve essere commisurata al periodo di tempo in cui appare ragionevole che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati e consegua un ritorno sul capitale investito. In tale ambito, «L'effettività della traslazione del rischio trova dunque riscontro nella disciplina della durata delle concessioni. Durate temporali sovradimensionate possono infatti generare benefici impropri per il concessionario, oltre che limitare la contendibilità dei servizi» (Relazione Illustrativa del Codice).

Deriva da quanto sopra che la durata del rapporto contrattuale nel PPP è direttamente correlata alla traslazione del rischio in capo al concessionario, in quanto funzionale al recupero dell'investimento effettuato da quest'ultimo per eseguire i lavori o i servizi oggetto di affidamento nei termini previsti dall'art. 178. Tale durata non deve essere sovradimensionata, per le ragioni indicate nella Relazione illustrativa, ma per la sostenibilità dell'operazione di PPP nel suo complesso, deve essere comunque "di lungo periodo", quindi di durata utile a perseguire l'obiettivo fissato dalla norma. Pertanto, laddove tale carattere (come espressamente richiesto nell'art. 174, comma 1) non ricorra, il contratto che l'amministrazione intende affidare con procedura di gara, non appare qualificabile come PPP.

Per quanto sopra, in risposta al quesito posto, può osservarsi che la fattispecie descritta nell'istanza, laddove non presenti "tutti" i caratteri elencati nel citato art. 174, comma 1, incluso quello relativo alla durata di lungo periodo del rapporto contrattuale, non può costituire un contratto di PPP nei termini indicati dalle disposizioni di riferimento.

Conseguentemente l'Amministrazione dovrebbe valutare l'opportunità di procedere ad una rimodulazione dell'impostazione dell'affidamento, al fine di renderlo pienamente coerente con le

disposizioni degli artt. 174 e seguenti del Codice o, in alternativa, procedere all'affidamento del servizio in oggetto mediante lo schema dell'appalto pubblico.

Le considerazioni che precedono valgono a superare gli ulteriori quesiti posti, riferiti alla possibilità di affidare una concessione "atipica", in quanto priva dei caratteri essenziali indicati nel citato art. 174 del Codice (ipotesi che, come sopra evidenziato, non appare perseguibile).

Su tali ulteriori quesiti, in ottica di ausilio per la stazione appaltante, si ritiene comunque di riportare di seguito, sinteticamente, le seguenti indicazioni di carattere generale: 1) l'art. 175, comma 2, del d.lgs. 36/2023, richiede espressamente, ai fini del ricorso al PPP, la previa valutazione preliminare di convenienza e fattibilità del progetto da finanziare con risorse private, quale atto che, anche alla luce delle finalità di interesse generale sottese allo stesso (come evidenziate nella Relazione illustrativa del Codice), costituisce un adempimento necessario e non derogabile, per il ricorso alla procedura di PPP, da svolgere secondo le indicazioni contenute nella disposizione medesima (in tal senso parere Funz Cons 9/2024); 2) in ordine alla qualificazione occorrente per la stipula dei contratti di PPP, il comma 5 dell'art. 174 specifica, con disposizione di carattere generale rivolta a tutte le forme di PPP, che «I contratti di partenariato pubblico-privato possono essere stipulati solo da enti concedenti qualificati ai sensi dell'articolo 63»; mentre l'art. 62, comma 18 stabilisce che «la progettazione, l'affidamento e l'esecuzione di contratti di partenariato pubblico-privato possono essere svolti da soggetti qualificati per i livelli di cui all'articolo 63, comma 2, lettere b) e c)»; 3) quanto al rifiuto di una stazione appaltante qualificata/centrale di committenza di svolgere la procedura di gara per conto di una stazione appaltante non qualificata, l'art. 62, comma 10, del Codice prevede espressamente che quest'ultima «si rivolge all'ANAC, che provvede entro quindici giorni all'assegnazione d'ufficio della richiesta a una stazione appaltante qualificata o a una centrale di committenza qualificata, individuata sulla base delle fasce di qualificazione di cui all'articolo 63, comma 2». Con apposito "*Regolamento per l'assegnazione d'ufficio di una stazione appaltante o centrale di committenza qualificata, ai sensi dell'art. 62, comma 10, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*" approvato con Delibera n. 266/2023, l'Autorità ha disciplinato tale procedimento; 4) quanto alla nomina del Rup, nel caso di ricorso ad una centrale di committenza qualificata, nei casi in precedenza indicati, l'art. 62, comma 13, del Codice dispone chiaramente che «Le centrali di committenza e le stazioni appaltanti che svolgono attività di committenza anche ausiliaria sono direttamente responsabili per le attività di centralizzazione della committenza svolte per conto di altre stazioni appaltanti o enti concedenti. Esse nominano un RUP, che cura i necessari raccordi con la stazione appaltante beneficiaria dell'intervento, la quale a sua volta nomina un responsabile del procedimento per le attività di propria pertinenza».

Ulteriori indicazioni sulla qualificazione delle stazioni appaltanti ai sensi degli artt. 62 e seguenti del d.lgs. 36/2023, sono riportate sul sito istituzionale dell'Autorità.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, alla stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente