



.....OMISSIS.....

Oggetto

Affidamento in concessione della gestione di un parcheggio pubblico sottostanteOMISSIS..... – programmazione - richiesta di parere. Vs. prot. n. 85027 del 14.07.2023.

FUNZ CONS 47/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 14 luglio 2023, acquisita al prot. Aut. n. 57354 e ulteriori note pervenute in data 15 luglio 2023, prot. n. 57356 e in data 18 settembre 2023, prot. n. prot. n. 75992, 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 3 ottobre 2023, 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. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Il quesito proposto, riferito ad una gara indetta ai sensi del d.lgs. 50/2016, attiene alla procedura di affidamento in oggetto, disposta con provvedimento dell’amministrazione del 29 giugno 2021 e aggiudicata in data 1 marzo 2022, in assenza di previsione dell’affidamento stesso nel programma triennale dei lavori 2021-2023 (approvato il 31 maggio 2021), modificato dall’amministrazione solo successivamente all’aggiudicazione (con delibera GC del 19.06.2023), con inclusione dell’intervento *de quo* nel piano triennale 2023-2025. Si chiede quindi un parere in ordine alla coerenza con la disciplina di settore, della procedura seguita dall’amministrazione.

Con riferimento al quesito posto, occorre osservare in via preliminare che lo stesso, ancorché riferito al programma triennale dei lavori, attiene invero ad una concessione qualificata dall’ente come “concessione di servizi” ai sensi dell’art. 164 del d.lgs. 50/2016, avente ad oggetto, il servizio di gestione di un parcheggio pubblico.

Può quindi richiamarsi al riguardo l’art. 21 del d.lgs. 50/2016, ai sensi del quale «1. Le amministrazioni aggiudicatrici adottano il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali. I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti. [...] 6. Il programma biennale di forniture e servizi e i relativi aggiornamenti annuali contengono gli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40.000 euro. Nell’ambito del programma, le amministrazioni aggiudicatrici individuano i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati».

La norma aggiunge al comma 7 che «il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali sono pubblicati sul profilo del committente, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Osservatorio di cui all'articolo 213, anche tramite i sistemi informatizzati delle regioni e delle province autonome di cui all'articolo 29, comma 4».

L'art. 21 sopra richiamato, quindi, prescrive per le amministrazioni aggiudicatrici *l'obbligo* di adottare il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e i relativi aggiornamenti annuali.

La norma non specifica la tipologia di contratto mediante il quale tali acquisti vengono effettuati, ossia se con appalto o concessione, pertanto entrambe le tipologie di contratto devono essere inserite nella programmazione. «Ne è riprova il fatto che nell'ambito del programma le amministrazioni devono individuare anche i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati (articolo 21, comma 6 d.lgs. 50/2016)» (così Anac, Atto del Presidente del 26.07.2023).

Ne consegue che la concessione di servizi deve essere inserita nel programma biennale degli acquisti, se di valore complessivo stimato, per tutta la durata del contratto, superiore a 40.000 euro. Con la precisazione per cui «il valore da considerare per valutare l'inserimento o meno nel programma non è il costo a carico dell'amministrazione ma il valore complessivo unitario della concessione, calcolato ai sensi dell'art 167 comma 4 del decreto legislativo 50/2016» (Atto del Presidente 26.07.2023 cit.).

L'Autorità ha chiarito inoltre che l'obbligo di redigere il programma sorge anche a fronte di un solo acquisto che rientra nella fattispecie indicata, pertanto l'ente è tenuto ad adottare il programma con riferimento all'anno nel quale intende avviare la procedura di affidamento del contratto.

Quanto sopra in conformità al disposto dell'articolo 6, comma 8, del d.m. 14/2018 (*"Regolamento recante procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali"*), ai sensi del quale le amministrazioni devono indicare nel programma biennale, per ogni singolo acquisto, l'annualità nella quale intendono dare avvio alla procedura di affidamento ovvero intendono ricorrere ad una centrale di committenza o ad un soggetto aggregatore (al fine di consentire il raccordo con la pianificazione delle attività di questi ultimi). Per gli acquisti sopra al milione di euro sussiste anche l'obbligo della comunicazione di cui all'art. 21, comma 6, del d. lgs. 50/2016.

Come previsto nel citato d.m., nel predetto programma l'amministrazione deve fornire adeguate indicazioni in ordine alle caratteristiche tipologiche, funzionali e tecnologiche delle acquisizioni da realizzare e alla relativa quantificazione economica (art. 6, comma 9) compilando le schede di cui all'allegato II al d.m. 14/2018. L'importo deve essere indicato secondo quanto richiesto dalle schede sopra menzionate. Nella compilazione delle schede del programma bisogna anche dare evidenza delle risorse acquisite mediante apporto dei capitali privati. In particolare, nell'ambito delle fonti di finanziamento, i vantaggi finanziari conferiti al concessionario devono essere inquadrati quali risorse pubbliche, gli introiti derivanti dai canoni quali apporto di capitali privati. Il programma biennale deve essere approvato nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio dell'ente, secondo le norme che ne disciplinano la programmazione economico finanziaria. Di conseguenza, nella redazione del proprio bilancio l'ente dovrà tenere conto della concessione e delle entrate da essa generate (in tal senso Atto del Presidente cit.).

Quanto alla possibilità di acquisire beni e servizi non inseriti negli atti programmatori, tale possibilità appare limitata ai casi specifici individuati dall'articolo 7, comma 9, del d.m. 14/2018.

Ai sensi della citata disposizione, infatti, «Un servizio o una fornitura non inseriti nell'elenco annuale possono essere realizzati quando siano resi necessari da eventi imprevedibili o calamitosi o da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari. Un servizio o una fornitura non inseriti nella prima annualità del programma possono essere altresì realizzati sulla base di un autonomo piano finanziario che non utilizzi risorse già previste tra i mezzi finanziari dell'amministrazione al momento della formazione dell'elenco, avviando le procedure di aggiornamento della programmazione».

Per tanto, un servizio non inserito nell'elenco annuale può essere realizzato nei casi specificamente indicati dall'art. 7, comma 9, sopra richiamato. In ogni caso, la norma impone di adeguare il programma biennale precedentemente approvato, aggiornandolo mediante la procedura di modifica prevista dal d.m. 14/2018 (Atto del Presidente cit.).

Ai sensi dell'art. 7, comma 8, del citato d.m., infatti, «I programmi biennali degli acquisti di forniture e servizi sono modificabili nel corso dell'anno, previa apposita approvazione dell'organo competente, da individuarsi, per gli enti locali, secondo la tipologia della modifica, nel rispetto di quanto previsto all'articolo 21, comma 1, secondo periodo, del codice, qualora le modifiche riguardino: a) la cancellazione di uno o più acquisti già previsti nell'elenco annuale delle acquisizioni di forniture e servizi; b) l'aggiunta di uno o più acquisti in conseguenza di atti amministrativi adottati a livello statale o regionale; c) l'aggiunta di uno o più acquisti per la sopravvenuta disponibilità di finanziamenti all'interno del bilancio non prevedibili al momento della prima approvazione del programma, ivi comprese le ulteriori risorse disponibili anche a seguito di ribassi d'asta o di economie; d) l'anticipazione alla prima annualità dell'acquisizione di una fornitura o di un servizio ricompreso nel programma biennale degli acquisti; e) la modifica del quadro economico degli acquisti già contemplati nell'elenco annuale, per la quale si rendano necessarie ulteriori risorse».

Per quanto sopra, in relazione al quesito sollevato, si evidenzia che sussiste per le amministrazioni aggiudicatrici l'*obbligo* di adottare il programma biennale degli acquisti e i relativi aggiornamenti annuali secondo le chiare previsioni dell'art. 21 del d.lgs. 50/2016 e del d.m. n. 14/2018, fatta salva la possibilità di procedere all'acquisto di beni e servizi *non* inseriti nell'elenco annuale, nei casi indicati nell'art. 7, comma 9, del d.m. citato, avviando le procedure di aggiornamento della programmazione, nel senso sopra indicato.

Quanto agli effetti della mancata inclusione di un acquisto/intervento negli atti programmatori di ente, come osservato dal giudice amministrativo, «Non sussiste una giurisprudenza consolidata sull'efficacia della programmazione degli acquisiti e dunque sulle conseguenze dell'assenza della medesima; è però indubbio che l'art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 ne enuclea una *portata obbligatoria*, con un'evidente finalità di pianificazione e di trasparenza. Anche a postularne un'efficacia di mera programmazione, di strumento di pianificazione della spesa, con carattere cogente nei soli confronti dell'amministrazione (in termini Cons. Stato, IV, 18 febbraio 2016, n. 651), non può negarsi l'incidenza della stessa sotto il profilo dell'impiego razionale delle risorse, e dunque, per coerenza, ammettersi che la carenza di programmazione possa riflettersi sulla frammentazione degli affidamenti» (Consiglio di Stato n. 5561/2021).

Pertanto, l'inclusione di un acquisto negli atti programmatori di cui all'art. 21 del d.lgs. 50/2016, in conformità ai tempi e alle modalità indicate dalla norma e dal correlato d.m. 14/2018, ha carattere cogente per l'amministrazione che lo redige, fungendo da strumento di pianificazione della spesa e quindi di impiego razionale delle risorse pubbliche, nonché di definizione delle esigenze di approvvigionamento dell'ente stesso.

Del resto le predette finalità della programmazione degli acquisti di beni e servizi, sono state sottolineate da questa Autorità già con determinazione n. 5/2013 (riferita al previgente assetto normativo di settore ma con considerazioni ancora attuali), nella quale è stato evidenziato che «(...) la programmazione non è solo un momento di chiarezza fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, la valutazione delle strategie di approvvigionamento, l'ottimizzazione delle risorse ed il controllo delle fasi gestionali, ma costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa. In questo senso, la fase della programmazione e quella della progettazione appaiono funzionali a garantire una visione di insieme dell'intero ciclo di realizzazione dell'appalto, migliorando le chance di un'efficiente gestione dello stesso, a partire dall'individuazione dei fabbisogni fino alla verifica del corretto svolgimento della prestazione; tale verifica può ritenersi effettiva, infatti, solo ove la stazione appaltante sia in grado di confrontare le prestazioni eseguite con i livelli quantitativi e qualitativi promessi in sede di gara e definiti nel contratto, secondo il corrispettivo e la tempistica pattuiti».

La fase della programmazione negli acquisti di beni e servizi appare quindi come fondamentale ai fini di una compiuta valutazione delle strategie di approvvigionamento da parte delle stazioni appaltanti (determina cit.).

Si osserva, infine, con riguardo al regime introdotto dal d.lgs. 36/2023 (nuovo Codice dei contratti pubblici) che nel predetto decreto legislativo «la programmazione è disciplinata dall'art. 37 (ad eccezione del comma 4 sospeso fino al 31 dicembre 2023) e dall'allegato I.5 (che riproduce, in buona sostanza, le disposizioni del d.m. 14/18). Tali norme devono essere applicate per la formazione o l'aggiornamento dei programmi triennali dei lavori pubblici e degli acquisti di forniture e servizi effettuati a decorrere dal periodo di programmazione 2023-2025. Il nuovo codice ha reso la programmazione degli acquisti di beni e servizi triennale invece che biennale ed ha alzato il valore minimo degli acquisti da ricomprendere nella programmazione (cfr. art 37 co. 3 che richiama l'art. 50, co. 1 lett. b). (...) Per il resto le considerazioni sopra svolte con riguardo al d.lgs. 50/2016 possono essere riproposte nell'ambito dell'applicazione del d.lgs. 36/2023 e del relativo allegato I.5» (Atto del Presidente del 23.07.2023).

Sulla base delle considerazioni che precedono, nel richiamare l'Amministrazione istante ad una attenta programmazione degli acquisti di beni e servizi ai sensi delle disposizioni sopra richiamate, la quale costituisce un obbligo imposto dall'art. 21 del Codice, si rimette, alla stessa 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, dal quale emerge la non conformità della procedura posta in essere alla normativa di settore.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente