



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Concessione, mediante project financing ai sensi dell'art. 183, comma 15, d.lgs. 50/2016, del servizio di gestione del centro natatorio (e tennis) comunale .....OMISSIS....., con lavori accessori di riqualificazione" – art. 183, comma 13, del d.lgs. 50/2016 - richiesta di parere.

### **FUNZ CONS 58/2022**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 22 luglio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 60237, 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 16 novembre 2022, 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. Allo stesso modo, esula dalla sfera di competenza dell'Autorità fornire alle stazioni appaltanti l'interpretazione autentica degli atti di gara (e contrattuali) dalle stesse predisposti (in tal senso parere AG 9/2017/AP e parere Funz Cons n. 47/2022).

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 riguarda la corretta interpretazione delle disposizioni dettate dall'art. 183, comma 13 del d.lgs. 50/2016 nella parte in cui, nell'ambito della finanza di progetto, richiedono al concessionario (tra l'altro) la presentazione di una garanzia definitiva ex art. 103 del Codice, al fine di stabilire le corrette modalità di calcolo della stessa. La necessità di avere un chiarimento sull'interpretazione della norma nasce da una incongruenza degli atti di gara della procedura indicata in oggetto, laddove si prevede, in taluni documenti, il calcolo della garanzia definitiva sul valore complessivo dell'appalto, in altri, il predetto calcolo è previsto sul valore degli investimenti.

Al fine di dirimere il dubbio interpretativo sollevato dall'istante, si richiama l'art. 183 (finanza di progetto), comma 13 del Codice, ai sensi del quale «13. Le offerte sono corredate dalla garanzia di cui all'articolo 93 e da un'ulteriore cauzione fissata dal bando in misura pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara. Il soggetto aggiudicatario è tenuto a prestare la cauzione definitiva di cui all'articolo 103. Dalla data di inizio dell'esercizio del servizio, da parte del concessionario è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 103; la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale».

La norma (per quanto di interesse ai fini del presente parere), stabilisce, quindi, che l'aggiudicatario è tenuto a prestare (tra l'altro) la cauzione definitiva di cui all'articolo 103, nonché una ulteriore cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 103.

La norma rinvia, dunque, per la prestazione della cauzione definitiva, all'art. 103 il quale dispone, a sua volta, che la garanzia definitiva, prestata sotto forma di cauzione o fideiussione con le modalità di cui all'articolo 93, commi 2 e 3, è pari al 10 per cento *dell'importo contrattuale*.

La norma conferma quanto già previsto, in tema di cauzioni del concessionario nell'ambito della finanza di progetto, nell'art. 153, comma 13, del d.lgs. 163/2006.

Anche nel previgente assetto normativo di settore, infatti, si richiedeva al concessionario (tra l'altro) la presentazione di una «... cauzione definitiva di cui all'articolo 113. Dalla data di inizio dell'esercizio del servizio, da parte del concessionario è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 113; la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale» (art. 153, comma 13). Anche la norma citata prevedeva quindi, la costituzione di una garanzia fideiussoria pari al 10 per cento dell'importo contrattuale.

Sul tema, pertanto, è possibile richiamare l'avviso espresso dall'Autorità in relazione a tale previgente disposizione, in particolare, nella Determinazione n. 10 del 23 settembre 2015 (recante "linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi ai sensi dell'articolo 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"), secondo la quale (par. 6.6 Le garanzie) «(...) Al pari di ogni affidamento, è richiesta anche la cauzione definitiva di cui all'art. 113 del Codice a garanzia dell'adempimento per i lavori. Va inoltre garantito, al momento di inizio della gestione dell'opera, l'esatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali da prestarsi secondo le modalità di cui al citato art. 113, nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio. ...*La cauzione definitiva sui lavori ex art. 113 del Codice e la cauzione a garanzia delle penali relative alla gestione dell'opera prevista dal comma 13 dell'art. 153 del Codice sono, quindi, distinte per oggetto, importo e momento di rilascio*».

Nella Relazione AIR alla predetta determinazione, è stato ulteriormente chiarito che «Con riferimento, ... alle garanzie che è tenuto a prestare il soggetto aggiudicatario, ... *la cauzione definitiva di cui all'art. 113 del Codice e la cauzione a garanzia delle penali relative alla gestione dell'opera sono due cauzioni distinte, il cui importo è normativamente fissato*. Precisamente l'importo della cauzione definitiva è fissato dall'art. 113 del Codice in misura pari al «*10 per cento dell'importo contrattuale*» mentre l'importo della citata cauzione a garanzia delle penali è fissato dall'art. 153 del Codice in misura pari al «*10 per cento del costo annuo operativo di esercizio*»; inoltre, mentre la prima cauzione deve essere prestata al momento della sottoscrizione del contratto, la seconda è dovuta dalla data di inizio dell'esercizio del servizio. (...) Pertanto, si ribadisce la distinzione tra le due cauzioni sopra descritte, evidenziando che le amministrazioni *non possono chiedere il rilascio di una cauzione unica, comprensiva di entrambe le garanzie, dato anche il diverso dies a quo delle due garanzie*».

Già nei documenti sopra richiamati si evidenziava la differenza intercorrente tra la cauzione definitiva, oggi disciplinata dall'art. 103 del d.lgs. 50/2016 e la cauzione a garanzia delle penali relative alla gestione dell'opera, distinte per "*oggetto, importo e momento di rilascio*", evidenziando altresì che l'importo, normativamente fissato, è per la prima pari al "*10 per cento dell'importo*

*contrattuale*”, mentre per la seconda è fissato al «10 per cento del costo annuo operativo di esercizio».

Sul punto è inoltre intervenuto il Contratto standard per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche in partenariato pubblico-privato, approvato congiuntamente dall'ANAC e dalla Ragioneria generale dello Stato.

Nel predetto documento si evidenzia al par. 33 (*Cauzion*) che «A garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del Contratto relative *alla realizzazione dei lavori*, del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse e del rimborso delle somme di cui all'articolo 21 eventualmente pagate in eccedenza, il Concessionario presta, contestualmente alla stipula del Contratto, *la garanzia definitiva di cui all'articolo 103 del Codice*, con le modalità di cui all'articolo 93, commi 2 e 3, del Codice. La predetta garanzia, rilasciata da [■], è pari al [10% ovvero, in caso di aggiudicazione con ribassi superiori al 10%, alla percentuale aumentata di tanti punti quanti sono quelli eccedenti il 10% ai sensi dell'art. 103, comma 1, terzo e quarto periodo del Codice] *dell'importo totale dell'investimento complessivo oggetto del Contratto*, eventualmente ridotto nei casi previsti dall'articolo 93, comma 7, del Codice. 2. Il Concessionario si impegna, in ogni caso, a versare tutte le altre cauzioni previste dal Codice o comunque richieste ai sensi della normativa vigente, nelle forme e con le modalità ivi stabilite.

Il predetto documento stabilisce quindi che “A garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del Contratto relative *alla realizzazione dei lavori*, del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse e del rimborso delle somme di cui all'articolo 21 eventualmente pagate in eccedenza”, il concessionario presta, alla stipula del contratto, la garanzia definitiva di cui all'art. 103 del Codice, per una somma pari al 10% “dell'importo totale dell'investimento complessivo oggetto del contratto”.

Per tutto quanto sopra, in risposta al quesito sollevato nell'istanza di parere, tenuto conto dei chiarimenti contenuti nei documenti sopra richiamati, può affermarsi che la cauzione definitiva di cui all'art. 103 del d.lgs. 50/2016 e la cauzione a garanzia delle penali relative alla gestione dell'opera di cui all'art. 183, comma 13, del Codice, sono due cauzioni distinte, il cui importo è normativamente fissato: l'importo della cauzione definitiva è pari al «10 per cento dell'importo contrattuale» - da intendersi come “*importo totale dell'investimento complessivo oggetto del Contratto*” - mentre per la specifica fase della gestione del servizio, l'importo della cauzione a garanzia delle penali è pari al «10 per cento del costo annuo operativo di esercizio».

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta 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*

Atto firmato digitalmente il 21 novembre 2022