

Focus di Approfondimento sulla normativa di Concessione di Servizi

1) Concessione di servizi - D.Lgs. n. 163/2006

Art. 3, commi 12 e 15 ter - Definizioni

12. La «concessione di servizi» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'articolo 30.

15 ter. Ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat.

Art. 30 - Concessione di servizi

1. Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi.

2. Nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico – finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.

3. La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.

4. Sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza.

5. Restano ferme, purché conformi ai principi dell'ordinamento comunitario le discipline specifiche che prevedono, in luogo delle concessione di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici.

6. Se un'amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un'amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

7. Si applicano le disposizioni della parte IV. Si applica, inoltre, in quanto compatibile l'art. 143, comma 7¹.

→ I lavori e/o la fornitura di impianti-arredi strumentali nei contratti di concessione di servizi

Non di rado, nelle concessioni di servizi è compresa la realizzazione di alcuni lavori e/o la fornitura di impianti/arredi strumentali all'esercizio del servizio stesso; ad esempio:

- *nella concessione di servizi per la gestione dell'illuminazione di aree cimiteriali è stata inclusa la realizzazione di nuovi impianti e la manutenzione di quelli già esistenti (CS, sez. V, n. 1784/2011);*
- *nella concessione di servizi per la gestione di mense dell'Università di Perugia è stato incluso l'allestimento della sede della mensa (TAR Umbria, n. 6/2010);*
- *nella concessione di servizi per la gestione di bar e ristorazione all'interno di un complesso ospedaliero è stato incluso l'obbligo di svolgere i lavori di predisposizione e di adeguamento funzionale dei locali (TAR Perugia, Sez. I – Sent. n. 26/2010).*

Lo svolgimento di lavori e/o la fornitura di impianti-arredi strumentali all'esercizio del servizio non è sempre un elemento idoneo a modificare la natura del rapporto da concessione di servizi a concessione di lavori; tra l'altro, l'art. 32, comma 1, lett. f), del D.Lgs. n. 163/2006 richiama l'ipotesi in cui il concessionario di servizi pubblici svolga lavori strettamente strumentali alla gestione del servizio, che divengono di proprietà della Amministrazione aggiudicatrice. Pertanto, ove la gestione del servizio sia in realtà funzionale a remunerare la costruzione dell'opera, si ha concessione di lavori; ove, viceversa, i lavori siano funzionali a rendere possibile, a creare le condizioni, per l'esercizio (o il miglior esercizio) del servizio, si ha concessione di servizi (CS, sez. IV, n. 2805/2005).

Ferma restando la necessità di verificare ciascun caso concreto, quanto sopra induce a ritenere che l'affidamento di concessioni di servizi possa comprendere, congiuntamente alla gestione del servizio, l'esecuzione di lavori e/o la fornitura di impianti-arredi, sempre che gli stessi risultino strumentali all'esercizio del servizio che s'intende affidare.

→ Cauzione provvisoria e definitiva a garanzia dell'offerta nei contratti di concessione di lavori e servizi

Per la concessione di lavori, la disciplina relativa alla prestazione di cauzione provvisoria a garanzia dell'offerta è riportata nell'art. n. 75 del D.Lgs. 163/2006: "l'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente. [...] La cauzione può essere costituita, a scelta dell'offerente, in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito. [...] La garanzia deve avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta. Il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento

¹ L'art. 143, comma 7 dispone che "l'offerta e il contratto devono contenere il piano economico – finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione, anche prevedendo un corrispettivo per tale valore residuo. Le offerte devono dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori del progetto".

della sottoscrizione del contratto medesimo. [...] L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario. La stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia di cui al comma 1, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a trenta giorni dall'aggiudicazione, anche quando non sia ancora scaduto il termine di validità della garanzia”.

Se per quanto riguarda la concessione di lavori la normativa è chiara nel prevedere, ex art. n. 75 D.Lgs. 163/2006, l'obbligo della predisposizione della garanzia a corredo dell'offerta, tale obbligo non è presente nel caso di concessione di servizi. Tale differenza normativa trova conferma anche nella sentenza n. 4510 del 13 luglio 2010 del Consiglio di Stato che, ribaltando il precedente parere del TAR Lazio, afferma che le concessioni di servizi rispondono ad una impostazione diversa rispetto a quella delle concessioni di lavori, escludendo la possibilità di applicare ai due diversi tipi di concessioni la stessa disciplina, ed escludendo quindi l'obbligo per le concessioni di servizio di prevedere la costituzione della garanzia provvisoria.

È importante sottolineare che entro il 18 aprile 2016 dovrà essere recepita nell'ordinamento italiano la nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni, in cui, tra l'altro, verrà eliminato il doppio binario legislativo tuttora esistente tra concessioni di lavori e di servizi, unificando la disciplina dei contratti di concessione; in tale prospettiva, dunque, l'attuale differenza legislativa in esame (cauzione provvisoria nella concessione di lavori e nella concessione di servizi) andrà a modificarsi con il recepimento della nuova Direttiva comunitaria.

II) Proposta di concessione di servizi - D.P.R. n. 207/2010

Art. 278 – Finanza di progetto nei servizi

1. Ai fini dell'affidamento in finanza di progetto di contratti di concessione di servizi, soggetti privati possono presentare proposte che contengono uno studio di fattibilità, una bozza di convenzione, un piano economico - finanziario, asseverato dai soggetti indicati dall'articolo 153, comma 9², del codice, una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché l'indicazione degli elementi di cui all'articolo 83, comma 1, del codice e delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice. Le proposte indicano, inoltre, l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione, nel limite di cui all'articolo 153, comma 9³, ultimo periodo, del codice.

2. Qualora l'amministrazione aggiudicatrice si avvalga della facoltà di cui all'articolo 271⁴, è ammessa la presentazione di proposte con riferimento a servizi non indicati nel programma. Le amministrazioni valutano le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento e possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse; l'adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla gestione dei servizi. Ove le amministrazioni adottino gli studi di fattibilità, si applicano le disposizioni del presente articolo.

² L'art. 153, comma 9, prevede che “le offerte devono contenere ... un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966”.

³ L'art. 153, comma 9, afferma che “il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. Tale importo non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara”.

⁴ L'art. 271 afferma che “ciascuna amministrazione aggiudicatrice può approvare ogni anno un programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi relativo all'esercizio successivo”.

3. La fattibilità delle proposte presentate è valutata, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sotto il profilo della funzionalità, della fruibilità del servizio, della accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico del piano e del contenuto della bozza di convenzione; è verificata, altresì, l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione. In caso di pluralità di proposte, esse vengono valutate comparativamente nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, comma 3, del codice. A seguito della valutazione comparativa è individuato il promotore.

4. Ai fini della scelta del concessionario, le amministrazioni aggiudicatrici procedono ad indire una gara informale ai sensi dell'articolo 30, comma 3, del codice, cui viene invitato anche il promotore, ponendo a base di gara la proposta presentata dallo stesso. Nella fase di scelta del concessionario, il promotore può adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In tal caso il promotore risulterà affidatario della concessione. E' fatto salvo l'articolo 30, comma 4, del codice.

5. Per tutto quanto non espressamente regolato dal presente articolo si applicano le disposizioni del codice e del regolamento in quanto compatibili.

6. Il presente articolo si applica ai contratti di servizi di cui all'articolo 197, comma 3, del codice.

→ Proposta del privato nella concessione di servizi

L'art. 278 estende al settore dei servizi la possibilità - prevista per i lavori dall'art. 153, comma 19 del D.Lgs. n. 163/2006 - di presentare proposte per l'affidamento di concessioni di servizi qualora non previsti nella programmazione: "qualora l'amministrazione aggiudicatrice si avvalga della facoltà di cui all'art. 271, è ammessa la presentazione di proposte con riferimento a servizi non indicati nel programma".

Si segnala che, a differenza di quanto previsto per i lavori (per i quali la programmazione costituisce un preciso obbligo di Legge) l'adozione del programma annuale per i servizi e le forniture costituisce una facoltà per l'Amministrazione. L'art. 271, comma 1, del Regolamento, dispone, infatti, che "ciascuna amministrazione aggiudicatrice può approvare ogni anno un programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi relativo all'esercizio successivo". Tra l'altro, per i servizi e le forniture non è previsto un doppio grado di programmazione (annuale e triennale), come avviene per i lavori, ma un unico atto che copre un arco temporale limitato ad un anno.

Gennaio 2016