

Appalti, concessioni e contratti misti

Avv. Elio Leonetti
Roma, 15 giugno 2018





L'oggetto del D.lgs. n. 50/2016 e le definizioni

- ❑ Il d.lgs. N. 50/2016 – Codice dei contratti pubblici > disciplina i contratti di **appalto** e di **concessione** delle stazioni appaltanti, aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione (art. 1 comma 1)
- ❑ Il Codice si applica anche ad una serie di appalti affidati da soggetti diversi dalle stazioni appaltanti (art. 1 comma 2 del Codice > es. appalti oggetto di finanziamento pubblico; realizzazione opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri di urbanizzazione, ecc.)
- «*contratti*» o «*contratti pubblici*» > i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti;
- ✓ «*contratti di rilevanza europea*» (c.d. sopra soglia) > i contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto è pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice e che non rientrino tra i contratti esclusi;
- ✓ «*contratti sotto soglia*», i contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto è inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice



La distinzione tra appalti e concessioni

- La distinzione tra appalti e concessioni è fondamentale in quanto la qualificazione del contratto come appalto o come concessione comporta l'applicazione di una regolamentazione differente
- Il nuovo Codice presenta una parte dedicata alle procedure di affidamento degli appalti (parte II°) ed un'altra parte dedicata alle concessioni (parte III°, che contempla una disciplina meno formale e rigorosa rispetto a quella relativa agli appalti) > tale novità deriva dalla scelta, operata a livello di UE nel 2014, di introdurre un'apposita direttiva europea dedicata alle concessioni (di lavori e servizi)
- Nel previgente Codice (d.lgs. n. 163/2006), invece, le concessioni di servizi erano regolate da una sola norma (art. 30) e dai principi generali che governano l'affidamento di contratti pubblici; per le concessioni di lavori era previsto un set di poche disposizioni (artt. 144-147) con rinvii alle previsioni operanti per gli affidamenti di appalti pubblici



La nozione di appalto pubblico

- «appalti pubblici»
- ✓ contratti
- a titolo oneroso > la stazione appaltante riceve dall'operatore economico una prestazione a fronte del pagamento di un corrispettivo
- ❖ Ampliamento della nozione di onerosità da parte della giurisprudenza *«tale da dare spazio all'ammissibilità di un bando che preveda le offerte gratuite (salvo il rimborso delle spese), ogniqualvolta dall'effettuazione della prestazione contrattuale il contraente possa figurare di trarre un'utilità economica lecita e autonoma, quand'anche non corrispostagli come scambio contrattuale dall'Amministrazione appaltante»* (sentenza CDS n. 4614/2017 relativa alla gara servizi di ingegneria del Comune di Catanzaro)
- stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici > la stipula per iscritto è necessaria al fine di delineare con esattezza il perimetro e le condizioni contrattuali
- aventi per oggetto l'esecuzione di **lavori**, la fornitura di **prodotti** e la prestazione di **servizi**;



Gli appalti pubblici di lavori

❑ Gli «appalti pubblici di lavori» hanno ad oggetto:

- 1) l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I al Codice (attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione urbanistica ed edilizia, sostituzione, restauro, manutenzione di opere);
- 2) l'esecuzione di un'opera oppure la progettazione esecutiva e l'esecuzione di un'opera (c.d. appalto integrato, che il d.lgs. n. 50/2016 ha sostanzialmente ridimensionato circoscrivendo specifiche e tassative ipotesi di utilizzo, indicate dall'art. 59 commi e 1-bis);
- 3) la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante che esercita un'influenza determinante sul tipo o sulla progettazione dell'opera.



Gli appalti pubblici di servizi e di forniture

- ❑ Gli **«appalti pubblici di servizi»** hanno ad oggetto la prestazione di servizi (e quindi attività diverse da quelle che formano oggetto degli appalti di lavori pubblici)
- ❑ Gli **«appalti pubblici di forniture»** hanno ad oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti.
- ✓ Un appalto di forniture può includere, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione.



Le concessioni di lavori

❑ Le «concessione di lavori»

- contratto a titolo oneroso
- stipulato per iscritto
- in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici
- riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere



Le concessioni di lavori

❑ Le «concessione di servizi»,

- contratto a titolo oneroso
- stipulato per iscritto
- in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla definizione di appalti pubblici di lavori
- riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del **rischio operativo** legato alla gestione dei servizi



I connotati peculiari delle concessioni

- Nei contratti di concessione di lavori e di servizi, la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla **vendita dei servizi resi al mercato**
- il tratto peculiare della concessione rispetto all'appalto risiede dunque nella circostanza che, tendenzialmente, il corrispettivo dell'opera o del servizio non proviene dalla stazione appaltante ma da soggetti terzi, anche sotto forma di canone o tariffa



I connotati peculiari delle concessioni

- I contratti di concessione comportano il trasferimento al concessionario del **rischio operativo** (e cioè del rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi), consistente nella fattispecie in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.
- L'**equilibrio economico finanziario** (e cioè la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria) rappresenta il presupposto per la corretta allocazione del rischio > ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara la stazione appaltante può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili, il quale, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al 49% del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.



La distinzione tra appalti e concessioni: casistica

- L'inquadramento del contratto come appalto e concessione dipende da come, nel singolo caso, sono strutturate le clausole contrattuali, con particolare riferimento al profilo della remunerazione del servizio
- ✓ Affidamento del servizio di asilo nido (Parere ANAC n. 1197 del 23 novembre 2016)

«Elemento dirimente, in particolare, appare essere quello della difficoltà di individuare il rischio operativo sul concessionario, ovvero il rischio legato alla gestione del servizio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, che deve essere trasferito al concessionario (...).

Nel caso di specie, le caratteristiche contrattuali annoverate - e, in particolare, il fatto che sia Roma Capitale, in applicazione dei criteri di modalità di accesso ai nidi capitolini, ad individuare i bambini da inserire nei posti della struttura, senza che il concessionario possa interferire; che Roma Capitale mette a disposizione i propri locali ad uso gratuito del contraente; che sia Roma Capitale a definire le modalità di gestione degli asili nido e che la possibilità che il contraente possa fornire servizi complementari a prezzo di mercato sia limitata sia in termini di disponibilità di posti dalla lex specialis, sia in relazione all'eventuale mancata copertura di tutti i posti riservati a Roma Capitale - denotano che l'amministrazione ha definito ogni aspetto della gestione con conseguente difficoltà di poter individuare il reale trasferimento del rischio sul privato.



La distinzione tra appalti e concessioni: casistica

- ✓ Servizio di tesoreria (sentenza TAR Campania – Salerno n. 1700/2017)
- ✓ *«Ritiene il Collegio che l'impostazione da privilegiare sia quella che considera il servizio di tesoreria, qualora questo sia a carattere oneroso, come nella specie, un appalto di servizi. Va, infatti, rilevato che anche la giurisprudenza richiamata da parte ricorrente (Consiglio di Stato, sez. V, 25/02/2014, n. 877) ritiene il servizio di tesoreria una concessione di servizi, in quanto il sottostante contratto è gratuito, nulla l'amministrazione essendo tenuta a corrispondere quale corrispettivo delle prestazioni rese dal tesoriere: al riguardo è stato osservato che gli istituti bancari, normalmente, partecipano alle gare per l'aggiudicazione dei servizi di tesoreria, non per trarre benefici direttamente dalla gestione del servizio di tesoreria, quanto piuttosto per ampliare la propria clientela, per sviluppare i propri servizi e la propria attività nelle aree in cui si svolge il servizio stesso e per le conseguenti ricadute positive in termini pubblicitari e di immagini, (...) Nel caso di specie, invece, è emerso che il contratto di tesoreria prevede espressamente un corrispettivo in favore della banca ricorrente che, in rapporto sinallagmatico, è tenuta ad una serie di prestazioni. Tale dato, unitamente al mancato coinvolgimento di soggetti terzi (id est, utenti), consente di ritenere il contratto in questione un appalto di servizi, come, peraltro, recentemente affermato dalla stessa giurisprudenza amministrativa (cfr., Tar Lazio, sede di Roma, n. 7049/2015), cui questo Collegio intende dare continuità».*



I contratti misti di appalto

art. 28 del Codice

- ❖ Nel caso di contratti misti, e cioè aventi ad oggetto prestazioni differenziate, è necessario un quadro regolamentare che consenta di stabilire le disposizioni applicabili al contratto
- Regola: I contratti che hanno in ciascun rispettivo ambito, ad oggetto due o più tipi di prestazioni, sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione.
- Precisazione: nel caso di contratti misti, che consistono in parte in servizi di cui all'Allegato IX (servizi sociali, sanitari, culturali, ecc.) e in parte in altri servizi, oppure in contratti misti comprendenti in parte servizi e in parte forniture, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi o forniture.
- In sintesi: se tra le prestazioni ci sono i lavori il criterio della prestazione prevalente segue un parametro qualitativo; se ci sono solo servizi di diversa natura o servizi e forniture si applica il criterio quantitativo



I contratti misti di appalto

art. 28 del Codice

- ☐ L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal Codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto
- ☐ Configurazione nel bando di gara dei RTI di tipo verticale



I contratti misti di appalto

art. 28 del Codice

- ❑ Nel caso di contratti aventi ad oggetto appalti disciplinati dal Codice nonché appalti che non rientrano nell'ambito di applicazione del Codice (c.d. appalti esclusi), le stazioni appaltanti, se le prestazioni sono separabili, possono scegliere di aggiudicare appalti distinti per le parti distinte o di aggiudicare un appalto unico.
- ✓ In caso di appalti distinti per le parti distinte, si applica il regime giuridico relativo a ciascuna parte distinta
- ✓ In caso appalto unico, il Codice si applica all'appalto misto che ne deriva, a prescindere dal valore delle parti cui si applicherebbe un diverso regime giuridico e dal regime giuridico cui tali parti sarebbero state altrimenti soggette.

Se le prestazioni non sono separabili, si applica il regime giuridico della prestazione principale individuata con criterio qualitativo



I contratti misti di concessione

art. 169 del Codice

- Per i contratti misti di concessione, l'art. 169 reca una regolamentazione analoga a quella prevista per i contratti misti di appalto dall'art. 28 del Codice
- Una rilevante puntualizzazione:
- ✓ Nel caso di contratti misti che contengono elementi di concessioni nonché appalti nei settori ordinari o speciali il contratto misto è aggiudicato in conformità con le disposizioni che disciplinano gli appalti nei settori ordinari o nei settori speciali



I contratti esclusi

- ❑ L'art. 4 del Codice enuclea la categoria dei c.d. **contratti esclusi** (in tutto o in parte dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice) e quindi non assoggettati, per la loro peculiarità, alle prescrizioni del Codice
- Alcuni contratti sono assoggettati ad una disciplina più flessibile (regime «alleggerito») e sono dunque «parzialmente esclusi» dall'applicazione del Codice (artt. 142-144 del Codice: servizi sociali, sanitari, ristorazione, ecc.)
- ✓ Novità del Decreto Correttivo (d.lgs. 56/2017): inclusione dei c.d. contratti attivi (contratti da cui deriva una entrata come ad esempio compravendita e locazione) nell'ambito dei contratti esclusi comporta l'assoggettamento di tali contratti ai principi generali che operano in materia di contratti pubblici
- ✓ Gli artt. 6-20 del Codice contengono l'elencazione delle varie tipologie di contratti esclusi



I contratti esclusi

- ❑ Viene stabilito che *«L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica».*
- Si tratta di una norma che impone il rispetto di un nucleo minimo di regole concorrenziali e di buon andamento della amministrazione



I contratti esclusi

- Nella disciplina del previgente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. N. 163/2006) si prevedeva che l'affidamento di un contratto escluso fosse preceduto da un invito rivolto ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto
- Tale disposizione non è stata espressamente riproposta nel nuovo Codice (d.lgs. N. 50/2016) > Ciò nonostante, l'applicazione dei principi di trasparenza, pubblicità e concorrenza induce a ritenere che, ove possibile, l'affidamento di tali contratti debba essere preceduto da un confronto competitivo, mediante svolgimento di gara informale, alla quale siano invitati un congruo numero di partecipanti

Grazie per l'attenzione

Avv. Elio Leonetti
Chiomenti
elio.leonetti@chiomenti.net

I materiali didattici saranno disponibili su
www.fondazioneifel.it/formazione



Twitter



Facebook



YouTube

