

## I VENERDÌ DEL RUP

*La Formazione Asmel direttamente nel tuo Ufficio!  
Appuntamenti formativi on-line (webinar) gratuiti per i soci Asmel  
Tutti i venerdì dal 18 settembre al 29 gennaio 2016  
dalle ore 11.30 alle ore 12.30*

**15 GENNAIO DALLE 11,30 ALLE 12,30**

**La concessione di servizi, la nuova disciplina per  
micro e macro appalti**  
*Battista Bosetti*

## QUESTION TIME

1. Per concessioni di servizi di importo inferiore a 40.000 euro è possibile procedere mediante affidamento diretto?

*Come noto le concessioni di servizi godono di una procedura semplificata dettata dall'art. 30 del Codice che richiede solo l'invito ad almeno 5 operatori economici. Tuttavia l'art. 30 ricade nel Titolo I della Parte II dello stesso Codice, rubricato «Contratti di rilevanza comunitaria». Pertanto le concessioni di servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, attualmente, non hanno una propria disciplina fatti salvi i noti principi generali. Pertanto, malgrado l'ontologica diversità tra concessioni e appalti, non c'è ragione perché sia vietato ricorrere all'affidamento diretto per importi inferiori a euro 40.000. Tale facoltà, peraltro, non deriva tanto dalla legge di stabilità 2016, bensì dall'assenza di una disciplina per le concessioni di servizi per importi sottosoglia.*

*Rammento che il cosiddetto "affidamento diretto" più propriamente è sempre una "procedura negoziata" anche se con un solo interlocutore e che la soglia è costituita dalla somma dei flussi di cassa generati per l'intera durata della concessione, per cui si tratta di concessioni veramente minori e di scarso rilievo.*

2. Per le concessioni in materia di riscossione quali sono le indicazioni dell'ANAC?

*L'ANAC sulla questione, con Comunicato del Presidente del 22 dicembre 2015 si è espressa con un classico "no, ma anche sì". In buona sostanza ANAC, e direi correttamente, dubita della sussistenza della condizione del "rischio operativo", essenziale per qualificare il rapporto come concessione. Questo per l'estrema rigidità della domanda e dei corrispettivi, dove il margine di aleatorietà o di rischio assunto dal privato riscossore è troppo modesto. Infatti i rischi di accertamento sono in capo al soggetto impositore mentre solo la riscossione è affidata a terzi. La remunerazione ad aggio e il rimborso delle spese sostenute per le procedure esecutive praticamente azzerano i rischi. Risulta difficile individuare come concessione un'attività che in realtà ha un solo committente ed è rivolto più all'amministrazione che ai singoli soggetti passivi di imposta, che non possono sottrarsi al servizio.*

*Peraltro mi chiedo come in tale materia sia possibile redigere un Piano economico finanziario secondo i normali principi previsti dalla prassi e dalla scienza finanziaria, richiesto dall'articolo 30, comma 3, del Codice dei contratti.*

*La circostanza che l'affidamento venga spesso denominato come "concessione" molte volte non lo è; vale il principio della ininfluenza del nomen juris e il contratto è qualificabile giuridicamente in base alla sua sostanza oggettiva e non al nome attribuitogli.*

*Incidentalmente si nota che il servizio potrebbe rientrare nella categoria 27 dell'allegato II-B (CPV 79.94.00.00) quindi se l'affidamento in concessione fosse un escamotage, sarebbe inutile in quanto surrogabile dall'articolo 20.*

3. Nell'ambito della concessione per le infrazioni al Codice della Strada quali sono gli elementi da tener presente per garantire la legittimità dell'affidamento in concessione? È ammissibile?

*Si possono fare le medesime considerazioni esposte in precedenza a proposito della riscossione in genere.*

*Anche in caso di infrazioni al Codice della strada quello che chiamiamo concessionario non assume il rischio operativo o, quantomeno, lo assume in minima parte. Se esiste un rischio operativo nel caso delle infrazioni stradali, esso è in capo all'Ente creditore (Prefettura per gli organi accertatori statali, Comune, consorzio intercomunale o Provincia per gli organi accertatori locali).*

*Quando si parla di Concessionario della riscossione (terminologia usata dallo stesso legislatore e dalle prefetture) si parla di una figura che sul piano giuridico è ontologicamente diversa del concessionario del servizio inteso dalla disciplina dei contratti pubblici, ma di un concessionario quale semplice titolare di alcune funzioni, diritti o poteri concessi dalla pubblica autorità; in sostanza si tratta di concessioni traslative o costitutive è più simili ad un titolare di concessione idrica, di una concessione demaniale o concessioni di potestà (quali appunto l'esattoria o la tesoreria). Per cui, anche in questo caso, malgrado il nomen juris di "concessione" è difficile configurare la fattispecie come "contratto di concessione di servizi".*

*Salvo che, anche in questo caso, vi sia un trasferimento del rischio operativo che, oggettivamente, mi pare tutt'altro che facile individuare.*

*In altri termini: è difficile individuare le condizioni di rischio che possono compromettere la redditività del servizio, se non quelle della negligenza nell'esecuzione o altri inadempimenti contrattuali che, tuttavia, non sono rischi operativi da concessione ma rischi ordinari di qualunque attività anche in appalto.*

#### 4. Le procedure per concessione di servizi sono escluse dall'obbligo di centralizzazione?

*Attualmente sì, dal momento che salvo alcune eccezioni che qui non rilevano, la parte quasi integrale del Codice dei contratti non si applica alle concessioni di servizi, in forza dell'esenzione prevista dall'articolo 30, comma 1, dello stesso codice. Pertanto le concessioni di servizi, a prescindere dal loro importo, sfuggono alle centralizzazioni di cui all'art. 33, commi 3 e 3-bis. In tal senso anche ANAC con determinazione n. 11 del 23 settembre 2015.*

5. Se l'ente dopo il 1° novembre ha indetto una procedura per l'affidamento in concessione del servizio di refezione scolastica senza fare ricorso alla Centrale di Committenza ha operato correttamente? Sono escluse dall'obbligo di centralizzazione i servizi di cui all'allegato IIB?

*Sì, per le ragioni appena esposte nella risposta al quesito precedente. Per le stesse ragioni, ancorché il riferimento debba essere fatto all'articolo 20 del Codice e non all'articolo 30, sfuggono alle centralizzazioni anche gli appalti di servizi di cui all'allegato II-B al Codice medesimo (nello stesso senso ANAC con determinazione n. 11 del 23 settembre 2015).*

6. Quali sono i criteri guida per scegliere tra appalto di gestione e concessione?

*Suppongo che per "appalto di gestione" si intenda "appalto di servizi".*

*In sintesi il presupposto essenziale è l'opportunità motivata di affidare a dei privati uno o più servizi che la p.a. non è in grado di erogare per ragioni organizzative, oppure si tratta di servizi non strettamente istituzionali o, ancora, risulta più efficiente che siano posti sul mercato a disposizione degli operatori economici qualificati; la condizione essenziale è il trasferimento del "rischio operativo" in capo al privato; attenzione, il "rischio operativo", così chiamato dalla nuova direttiva sulle concessioni (2014/23), supera ed esalta il cosiddetto trasferimento dei due rischi su tre di derivazione Eurostat che hanno presidiato sino ad oggi le concessioni di costruzione e gestione. La nuova direttiva concessioni, pur non discostandosi sostanzialmente dalla copiosa giurisprudenza sul punto, costringe a rimeditarne le affermazioni.*

*In buona sostanza la concessione implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e/o i costi sostenuti per l'erogazione dei servizi aggiudicati in condizioni operative normali, seppure una parte del rischio, purché non prevalente, resti a carico dell'amministrazione concedente.*

*Si deve trattare di rischio operativo indipendente dal controllo delle parti (un cosiddetto rischio di mercato o rischio di domanda/offerta). Non tanto rischi di*

*inadempimento o di cattiva gestione, poiché questi rischi sono insiti anche nei contratti di appalto.*

*Peraltro anche se si deve trattare necessariamente di servizi erogati alla collettività o a gruppi specifici della collettività (utenti), contrariamente a quanto si potrebbe pensare potrebbero anche essere remunerati in tutto o in parte dall'amministrazione concedente, ma a condizione che l'erogazione sia intimamente connessa alla quantità/qualità della domanda/offerta ovvero sia sempre connessa al rischio operativo assunto dal privato concessionario. In questo si parla di "tariffa ombra" o "shadow toll". Ad esempio un tratto di autostrada o di ferrovia, una palestra per soggetti protetti o altri servizi che per ragioni socio-economiche l'amministrazione intende erogare gratuitamente o a prezzo agevolato, integrando direttamente essa, in tutto o in parte, il corrispettivo al privato: a condizione tuttavia che il corrispettivo non sia predeterminato ma connesso al rischio operativo (il numero dei veicoli o dei passeggeri, il numero degli utenti ecc. ecc. che possono liberamente usufruire o meno del servizio stesso).*

7. Nella gara per l'affidamento in concessione sono ammissibili offerte in ribasso rispetto al canone a base di gara? Il comune può non prevedere l'esclusione e valutare alla Commissione valutare la congruità.

*Suppongo che per "ribasso rispetto al canone" si intenda un'offerta sul canone meno vantaggiosa di quella a base di gara. Sono noti alcuni orientamenti della dottrina che sembrano ammettere la fattispecie in assenza di un divieto espresso, tuttavia ritengo che la risposta sia negativa, per almeno due motivi:*

*- l'articolo 83 del Codice e l'articolo 116 del Regolamento, che presiedono all'offerta economicamente più vantaggiosa in generale e all'offerta nelle concessioni (ancorché solo di lavori ma si tratta di un principio generale) sono incardinati sul "miglioramento" di tutti gli elementi a base di gara, compreso gli elementi economici quale il canone, tanto che tutte le formule usuali per attribuire i punteggi alle offerte non funzionano o diventano illogiche in presenza di un elemento negativo;*

*- anche se l'art. 41, comma 1, della nuova direttiva concessioni parla di "vantaggio economico complessivo per l'amministrazione concedente", quindi*

*sembra ammettere in astratto una condizione peggiorativa (quale il canone) nella salvaguardia del “vantaggio complessivo” ma tale conclusione potrebbe portare a soluzioni abnormi. L’equilibrio economico finanziario (sul quale si basa necessariamente qualunque concessione) deve essere raggiunto mediante la combinazione dei vari elementi; ebbene in presenza di elementi in negativo (peggiorativi rispetto alla base di gara) l’equilibrio potrebbe essere raggiunto mediante la forzatura di elementi in modo incompatibile con gli obiettivi dell’amministrazione, ad esempio abbassando il canone ma allungando la concessione oltre il termine sostenibile o voluto dalla concedente, oppure ottenendo risparmi su altri elementi in contrasto con le prestazioni minime.*

*Ad esempio, semplificando al massimo, se a base di gara vi è un canone 100 e una durata di 20 anni, le offerte non possono essere inferiori anche se l’equilibrio complessivo potrebbe essere raggiunto o migliorato da un canone 50 ma una durata di 75 anni; alla stessa stregua un equilibrio (teorico) migliore potrebbe essere raggiunto con un canone 300 e una durata di soli 2 anni.*

*L’equilibrio sarebbe perfetto sotto il profilo dei punteggi per la graduatoria (ammesso di inventare formule che ne consentano la valutazione) ma il risultato sarebbe incompatibile con gli obiettivi dell’amministrazione.*

*Costituisce possibile eccezione, con la possibilità di variazioni in negativo dell’elemento economico, solo il caso di concessioni di servizi di contenuto oggettivamente non predeterminabile nemmeno approssimativamente (TAR Toscana, sez. II, 24 settembre 2015, n. 1282) a condizione che si individuino meccanismi da evidenziare nella disciplina di gara, che impediscano risultati abnormi.*

**ASMEL** Associazione per la **Sussidiarietà** e la **Modernizzazione** degli **Enti Locali**

[www.asmel.eu](http://www.asmel.eu)

800.16.56.54

[posta@asmel.eu](mailto:posta@asmel.eu)