

# Differenza tra affidamento e concessione

## (a cura del dott. Alessio Pistone)

Uno dei problemi maggiormente rilevanti nella gestione dei contratti pubblici consiste nell'esatta configurazione del rapporto da attivare con l'operatore economico privato. In particolare, questa questione coinvolge in maniera estremamente rilevante la distinzione tra affidamenti e concessioni, perché cambia radicalmente la procedura. Il d.lgs. 50/2016 (ovvero Codice degli Appalti) ripropone una forte differenza tra i contratti di appalto "inclusi" nel campo di disciplina codicistico e le concessioni che invece obbediscono ad un regime normativo molto più semplificato.

La ragione di questa distinzione è, sostanzialmente, banale, anche se molto spesso si tende a non valorizzarla: per le concessioni la normativa che regola l'individuazione del concessionario è più "permissiva", ma in realtà occorrerebbe dire che è meno vincolante, poiché in linea teorica l'investimento pubblico dovrebbe essere molto limitato, a fronte, invece di un impegno rilevante del privato. Nella realtà, la regolazione della concessione consiste non tanto nella fase pubblicistica di individuazione del contraente, quanto soprattutto nella capacità da parte della pubblica amministrazione di definire in maniera molto chiara gli standard di qualità ritenuti fondamentali per i cittadini, anche allo scopo di permettere ai privati l'elaborazione del piano economico-finanziario di sostenibilità.

**Art. 164, comma 2:** *“Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione”.*

**Articolo 166:** *“Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente Parte. Essi sono liberi di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici”.*

**Articolo 3, comma 1, lettera zz:** *“Il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile”*

**Articolo 165, comma 1:** *“Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, 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”.*

I due punti fermi, quindi, in sintesi consistono:

1. In una certa libertà delle forme di individuazione dell'operatore economico, tali per cui le concessioni possono essere ancora considerate forme di regolazione del rapporto tra pubblica amministrazione e privati “escluse” dal campo di applicazione del codice, con l'eccezione dei principi espressamente richiamati e delle regole particolari poste negli articoli da 164 a 173;
2. Nelle necessità che l'operatore economico finanzi la propria attività in maniera largamente prevalente attraverso la vendita dei servizi resi con l'attività economica nel mercato, riducendosi, dunque, tendenzialmente verso lo zero un onere economico (“canone”) a carico dell'amministrazione concedente.

In quanto al primo punto, quello relativo alle modalità di individuazione del concessionario, l'Anac da sempre le considera particolarmente delicate sotto il profilo dei rischi corruttivi.

Nel Piano Nazionale Anticorruzione del settembre 2013, Allegato 3, si esemplifica, nell'area relativa agli appalti, il seguente fattore di rischio: *“elusione delle regole di affidamento degli appalti, mediante l'improprio utilizzo del modello procedurale dell'affidamento delle concessioni al fine di agevolare un particolare soggetto”.*

Insomma, la concessione, proprio per la sua maggiore libertà di forme di individuazione del contraente potrebbe prestarsi ad utilizzi distorti. Per questa ragione occorre una particolare rigosità nel ricondurre il rapporto contrattuale ad appalto o, appunto, concessione. Fino all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, il discrimine tra appalto e concessione è stato ricercato dalla giurisprudenza sulla base di differenti criteri interpretativi. Il privilegio dato dagli interpreti all'uno o all'altro ha condizionato la qualificazione finale del contratto, come appalto di servizi o concessione:

- a) **Criterio del destinatario:** Secondo questo primo sistema interpretativo si evidenzia che mentre negli appalti pubblici di servizi l'appaltatore presta il servizio in favore della pubblica amministrazione, al contrario nella concessione di pubblico servizio il concessionario si sostituisce alla pubblica amministrazione nell'erogazione del servizio direttamente alla collettività.
- b) **Criterio gestionale:** Secondo questa diversa chiave di lettura si è in presenza di una concessione e non di un appalto laddove l'operatore economico si assuma i rischi di gestione della prestazione servizio, rivalendosi sull'utente attraverso la riscossione di un canone.
- c) **Criterio del costo:** Infine, si ritiene che si ha concessione se il servizio è reso ai cittadini terzi ed il corrispettivo sia in tutto o in parte a carico degli utenti; si ha, invece appalto servizi se la prestazione è resa all'amministrazione aggiudicatrice, che ne corrisponde il controvalore economico.

L'accezione di concessione data dal d.lgs. 50/2016 si avvicina maggiormente al criterio gestionale, ma specifica meglio la necessità del rischio operativo, a sua volta sul presupposto di un piano di equilibrio-economico finanziario integralmente a rischio del concessionario ed esposto al mercato.

**Articolo 165, comma 2:** *“L'equilibrio economico finanziario definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a*

*carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.*

Come si nota, per la prima volta il legislatore definisce la soglia massima dell'apporto pubblico (contributo anche in garanzia o beni, o prezzo) al raggiungimento dell'equilibrio finanziario. E' evidente che in questo modo il piano economico è fondamentale e dirimente per la scelta del concessionario, in quanto quello più credibile e sostenibile sarà oggetto della maggiore attenzione ai fini dell'assegnazione. Altrettanto ovvia sarà l'importanza da assegnare alla dimensione dell'apporto privato all'equilibrio: il suo crescere comporta una simmetrica riduzione dell'onere dell'amministrazione concedente, tale da meritare considerazione ai fini della valutazione dell'offerta.

Fermi restando questi assunti, il d.lgs. 50/2016 allora può aiutare ad inquadrare meglio due tipologie di prestazioni tradizionalmente di incerta configurazione:

- a) il servizio di tesoreria;
- b) la gestione di impianti pubblici sportivi.

In quanto alla tesoreria, come è noto il Consiglio di stato, Sezione V, sentenza 6/6/2011 n. 3377 in tempi non lontani ha ritenuto che *“l'affidamento del servizio di tesoreria si sostanzia in una concessione di servizi”*.

Una conclusione che si appoggia essenzialmente sul pensiero della Corte di Cassazione, che con la decisione n. 8113/09 ritenne: *“come reiteratamente affermato da queste Sezioni Unite (sentenze n. 13453/91, n. 874/99, n. 9648/2001) il contratto di tesoreria ... va qualificato in termini di rapporto concessorio, e non di appalto di servizi ... avendo ad oggetto la gestione del servizio di tesoreria comunale implicante, ai sensi del T.U. della Legge Comunale e Provinciale, approvato con R.D. 3 marzo 1934, n. 383, art. 325, il conferimento di funzioni pubblicistiche quali il maneggio del denaro pubblico e il controllo sulla regolarità dei mandati e prospetti di pagamento, nonché sul rispetto dei limiti degli stanziamenti in bilancio”*.

Come si nota, si tratta della configurazione della concessione alla stregua del criterio “del destinatario”. Ma, nel nuovo ordinamento, tale criterio è da considerare ormai non più operante. Semmai, della sentenza 377/2011 del Consiglio di stato sarebbe da apprezzare il passaggio nel quale sostiene che la gara di tesoreria rientra *“tra quelle in cui “la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio”, e, per ciò solo, tra le concessioni di servizi”*.

Il problema è che, col nuovo codice dei contratti, tale modo di considerare le concessioni è ormai insufficiente. Infatti, a ben vedere nella gestione del servizio di tesoreria manca (e non si vede come possa esservi) un piano di equilibrio economico-finanziario, soprattutto perché non c'è alcuna specifica prestazione rivolta al mercato. Oggettivamente, il tesoriere svolge le proprie attività per conto e a beneficio dell'ente locale, senza ottenere alcuno specifico ricavo dall'attività connessa, che non sia molto indirettamente connesso all'accrescimento dell'immagine ed all'opportunità di entrare in contatto con una serie di soggetti che potrebbero divenire propri clienti. L'assenza, allora, di un rischio operativo e della necessità di un piano per l'equilibrio finanziario, deve indurre a ritenere che la gestione della tesoreria non possa essere considerata come concessione, alla luce della dirimente definizione di essa data dal codice dei contratti. In effetti, la qualificazione dell'attività di tesoreria discende esattamente dal criterio non più utilizzabile “del gestore”, che dava rilevanza alla traslazione del potere pubblico, dall'amministrazione al privato.

Il d.lgs. 50/2016 chiarisce, indirettamente, in modo definitivo che, invece, l'attività di tesoreria è semplicemente un appalto di servizio, del quale, per altro, diretto ed unico beneficiario è l'amministrazione pubblica, non essendovi alcuna prestazione rivolta in via diretta ai cittadini.

Le conseguenze sono rilevanti. Non potendosi qualificare il servizio come concessione, esso, allora, ricade nell'ambito di applicazione del codice, visto che il servizio di tesoreria non pare ascrivibile agli appalti “esclusi”. Tuttavia, poiché come rilevato sopra generalmente le convenzioni non sono

onerose per le amministrazioni, sarà generalmente possibile affidare il servizio applicando l'articolo 36 del codice e le sue procedure semplificate, per altro coerenti con i principi enunciati dall'articolo 210 del d.lgs 267/2000.

C'è, poi, la questione della gestione degli impianti sportivi. Il problema operativo ed interpretativo è reso complesso e tale da non consentire una sola risposta, perché confluiscono una serie di elementi. Il primo è dato dall'articolo 164, comma 3, del codice, ai sensi del quale *“i servizi non economici di interesse generale non rientrano nell'ambito di applicazione della presente Parte”*.

Si tende, nella gran parte dei casi, a considerare la gestione degli impianti sportivi di per sé attinente ai servizi privi di rilevanza economica. In questo caso, quindi, non si rientra nella disciplina delle concessioni, come espressamente stabilito ora dal codice dei contratti. Per avere risposte abbastanza certe occorre sempre estendere l'indagine. Nel caso di specie, è utile andare controllare i codici del vocabolario comune degli appalti, per scoprire che esiste il codice *“92610000-0, Servizi di gestione di impianti sportivi”*, espressamente compreso tra i servizi elencati nell'allegato IX al codice dei contratti, che a sua volta si riferisce ai servizi sociali. Quindi non si tratta di concessioni, ma di **appalti di servizi, da gestire, nel soprasoglia, in applicazione degli articoli 140, 142 e 143 del codice; nel sotto soglia, si applica l'articolo 36.**

Occorre, però, una specificazione. Lo schema dell'appalto di servizio inteso come servizio sociale vale pienamente laddove si tratti di una gestione effettiva del solo impianto. E' un appalto di servizio, perché a ben vedere – in generale – il gestore svolge l'attività per conto ed al posto dell'amministrazione; è vero che il gestore riscuote le tariffe, ma lo fa sempre per conto dell'amministrazione, che, nella gran parte dei casi, mira ad assicurare l'intera copertura economica della gestione: il che esclude radicalmente il rischio operativo. Tuttavia, nel caso di impianti particolarmente sofisticati e dotati, come nel caso di solarium, bar, ristoranti, altri servizi accessori, occorre porre molta attenzione alla prevalenza del fine sportivo-sociale su quello propriamente economico connesso agli introiti dei servizi “accessori”. In questo caso, infatti, si potrebbe essere in presenza di un appalto misto, che potrebbe far propendere anche per la suddivisione in lotti “prestazionali”, distinguendo la gestione specifica degli impianti, finalizzata alla pratica dello sport, dalla gestione, invece, dei servizi commerciali.

Queste indicazioni sono rilevanti anche per comprendere se scatti o meno la possibilità di avvalersi della previsione contenuta nell'articolo 90, comma 25, della legge 289/2002, ai sensi del quale *“ai fini del conseguimento degli obiettivi di cui all'articolo 29 della presente legge, nei casi in cui l'ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente gli impianti sportivi, la gestione e' affidata in via preferenziale a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e Federazioni sportive nazionali, sulla base di convenzioni che ne stabiliscono i criteri d'uso e previa determinazione di criteri generali e obiettivi per l'individuazione dei soggetti affidatari. Le regioni disciplinano, con propria legge, le modalità di affidamento”*.

Si tratta di una previsione che appare da limitare al solo caso della gestione dell'impianto sportivo, senza, quindi, i servizi accessori di natura commerciale, rispetto ai quali non si ravvede ragione alcuna per attribuire una preferenza a società ed associazioni sportive. C'è, comunque, da osservare che l'articolo 143 del codice consente di effettuare appalti “riservati” per specifici servizi sociali, tra i quali non rientra quello di gestione degli impianti sportivi. Questo pone il problema della compatibilità dell'articolo 90, comma 25, della legge 289/2002 con le previsioni codicistiche. Il problema va risolto, probabilmente, considerando che detta ultima norma non disciplina una “riserva” alle associazioni sportive, bensì una “preferenza”, per altro da attuare in applicazione delle leggi regionali cui la norma rinvia.