

I webinar di **AnciRisponde**

WEBINAR 7 SETTEMBRE 2023

PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO E CONCESSIONI RISPOSTE AI QUESITI

1) In caso di PPP con finanziamento PNRR è obbligatorio alimentare sia REGIS sia il portale apposito RGS? La normativa di riferimento rimane il vecchio codice?

Il Portale Area RGS raccoglie e standardizza le piattaforme e le applicazioni della Ragioneria Generale dello Stato, e al suo interno è possibile trovare i diversi Canali di Area RGS, contenuti privati e contenuti pubblici, e le varie Iniziative, tra cui la Piattaforma ReGiS, ossia la piattaforma unica attraverso cui le Amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, gli Enti Locali e i soggetti attuatori, possono compiere tutta una serie di operazioni per rispettare gli obblighi di monitoraggio, rendicontazione e controllo delle misure e dei progetti finanziati dal PNRR.

Per il monitoraggio delle operazioni di PPP, è stato istituito il portale RGS, attivo da agosto 2022, nato dalla collaborazione tra MEF, Presidenza del Consiglio dei Ministri e ISTAT, al fine di rafforzare il processo di acquisizione delle informazioni necessari al raggiungimento degli obiettivi specifici delle istituzioni coinvolte, tra cui la verifica dell'impatto delle operazioni di PPP sulla finanza pubblica.

Ad oggi, non è stato espressamente chiarito il rapporto tra questi due portali, tenuti entrambi presso la Ragioneria Generale dello Stato. Si auspica l'attuazione di una coordinazione tra le diverse piattaforme della RGS, soprattutto alla luce del fatto che il nuovo portale unico RGS per le operazioni di PPP, è stato istituito anche al fine di ridurre l'onere di trasmissione a carico delle amministrazioni aggiudicatrici, nel rispetto del "principio dell'unicità dell'invio del dato".

In ogni caso, si richiama la Circolare del MEF, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, Servizio Centrale per il PNRR, del 21 giugno 2022, n. 27, avente ad oggetto "Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) – Monitoraggio delle misure PNRR", la quale, nel paragrafo relativo alla struttura del sistema ReGiS, prevede che *"nel caso di operazioni di partenariato pubblico privato... le amministrazioni sono tenute a trasmettere i dati relativi alle operazioni da effettuare su apposito portale del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato"*. Viene, dunque, stabilito che per le operazioni di PPP in attuazione degli obiettivi del PNRR, le amministrazioni debbano in ogni caso trasmettere i dati delle operazioni al Portale Unico RGS, nonché registrare nel sistema ReGiS le informazioni relative alle misure del PNRR che intendono realizzare. Sembra sussistere, attualmente, un onere di trasmissione dei dati su entrambe le piattaforme.

In ordine alla disciplina di riferimento, si deve rilevare che il d.lgs. 36/2023 entra in vigore il 1° aprile 2023, talché da tale data ogni richiamo a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti, e in generale al d.lgs. 50/2016, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice.

A decorrere dal 1° luglio 2023, in luogo dei regolamenti e delle Linee guida dell'ANAC adottati in attuazione del vecchio codice dei contratti pubblici, laddove non diversamente previsto dal nuovo codice, si applicano le corrispondenti disposizioni del d.lgs. 36/2023 e i suoi allegati. Le disposizioni del previgente codice si applicheranno esclusivamente ai procedimenti in corso.

In relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al d.l. 77/2021, e le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR e dal PNR.

2) È possibile aggiudicare una concessione di servizi relativi al recupero dei tributi comunali, qualora sia sotto soglia, utilizzando le procedure previste all'articolo 50, comma 1, lettera e)?

Con riguardo alle concessioni sotto soglia si applica l'articolo 187 del nuovo codice, per cui "per l'affidamento dei contratti di concessione, il cui valore sia inferiore alla soglia di rilevanza europea, l'ente concedente può procedere mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. Resta ferma la facoltà dell'ente concedente di affidare gli stessi contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea mediante le procedure di gara disciplinate dal presente Titolo II. Ai contratti di importo inferiore alla soglia europea si applicano le norme sull'esecuzione di cui al Titolo III della presente Parte".

Dunque, per le concessioni sottosoglia il nuovo codice dedica un'apposita disposizione che disciplina le modalità di affidamento del contratto mediante procedura negoziata. Prevede anche la possibilità per l'ente di utilizzare comunque le disposizioni previste per i contratti sopra soglia.

Prevede, infine, che sono applicabili le disposizioni circa l'esecuzione delle concessioni, presenti nel Titolo III, Parte II, Libro IV.

Peraltro, non sembrerebbe applicabile alle concessioni l'articolo 50, d.lgs. 36/2023, anche sulla scorta della semplice osservazione per cui nella disposizione in esame viene fatto riferimento unicamente alle stazioni appaltanti e non anche agli enti concedenti, come accade per le disposizioni del Codice che si applicano sia ai contratti d'appalto sia ai contratti di concessione.

In riferimento alle concessioni sotto-soglia di interesse transfrontaliero, devono essere richiamate le Linee Guida ANAC, n. 4, che prevedevano che "per l'affidamento di appalti e concessioni di interesse transfrontaliero certo le stazioni appaltanti adottano le procedure di aggiudicazione adeguate e utilizzano mezzi di pubblicità atti a garantire in maniera effettiva ed efficace l'apertura del mercato alle imprese estere", da cui ne deriva che, per le procedure di contratti sottosoglia, di interesse transfrontaliero alla luce della giurisprudenza europea, si applicano le disposizioni riguardanti le procedure ordinarie del sopra-soglia.

3) Il nostro Ente (2.100 residenti) ha deciso di esternalizzare il Canone Unico Patrimoniale e Mercatale. Possiamo affidare tramite affidamento diretto la concessione a canone fisso dello stesso sul principio del risultato e tempestività?

Nella prassi si è ormai stabilizzata la possibilità di esternalizzare il servizio di riscossione coattiva dei tributi, tra cui il Canone Unico Patrimoniale e Mercatale. Tale esternalizzazione avviene generalmente mediante concessione, in modo che l'Ente possa avvalersi della celerità e della flessibilità del partner privato.

Preme sottolineare che qualsiasi procedura indetta ai sensi del d.lgs. 36/2023 deve essere predisposta in attuazione dei principi del risultato e della tempestività, nonché in attuazione di tutti i principi generali enunciati nel Codice stesso, i quali rappresentano una sorta di "bussola" per l'attività delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti.

In ogni caso, ciò che rileva circa le modalità con cui procedere all'affidamento in concessione del servizio di riscossione del CUP è il valore della concessione stessa.

Nel caso in cui il valore della concessione sia inferiore alla soglia di rilevanza europea, ex art 14, comma 1, lettera a), l'ente concedente può procedere mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. Altrimenti, si dovrà procedere in applicazione alle norme di cui la Parte II, del Libro IV e, dunque, tramite gara ad evidenza pubblica.

4) È ammessa l'opzione di rinnovo nella concessione?

Nel nuovo codice 2023 non si rinviene alcuna disciplina o riferimento specifico sul rinnovo delle concessioni, probabilmente anche a causa delle recenti sentenze europee e del Consiglio di Stato che hanno interessato le concessioni demaniali marittime, con cui è stato espressamente previsto un divieto sul rinnovo automatico delle concessioni balneari, e il conseguente obbligo per gli Stati membri di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività.

Va in ogni caso ribadito che nel nostro ordinamento vige il divieto di proroga e rinnovo dei contratti pubblici, sancito dall'art. 23, legge 18 aprile 2005, n. 62 e ribadito con l'art. 106, comma 11, d.lgs. 50/2016, che stabiliva che la durata del contratto poteva essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se prevista nel bando e nei documenti di gara una apposita opzione di proroga.

Veniva prevista la possibilità di prorogare la durata del contratto per il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente.

Anche il nuovo codice, all'articolo 120, sulla modifica dei contratti in corso di esecuzione, mantiene la disposizione sulla possibilità di prevedere nel contratto l'opzione di proroga, eliminando, tuttavia, il riferimento all'opzione di proroga strettamente necessaria alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente.

Attualmente, con riguardo alle concessioni e alla loro durata, il nuovo codice prevede che la durata della concessione sia limitata e determinata dall'ente concedente **e, di norma, non prorogabile**. Nel bando di gara deve essere indicata la durata massima della concessione.

Sulla modifica dei contratti di concessione durante il periodo di efficacia, non è richiamata l'opzione di proroga o di rinnovo.

5) Le disposizioni del nuovo Codice si applicano ai contratti di concessione e di PPP in essere?

Le disposizioni del nuovo codice si applicano ai procedimenti iniziati dal 1° luglio 2023. Da tale data è prevista l'abrogazione della disciplina contenuta nel d.lgs. 50/2015.

Per i procedimenti in essere alla data del 1° luglio 2023 trova applicazione la normativa del Codice previgente. Per poi meglio comprendere i vari rinvii operati dalle norme transitorie del nuovo codice si deve richiamare l'articolo 225 al fine di ottenere un quadro completo in considerazione delle varie deroghe alla citata disciplina transitoria generale.

6) Le regole relative alla clausola sociale si applicano anche alle concessioni? In che modo? Se possibile avere un esempio

L'articolo 57, d.lgs. 36/2023, disciplina le clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale. Tale disposizione prevede che i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, devono contenere specifiche clausole sociali. Questa disciplina trova applicazione per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e dei contratti di concessione.

Le clausole mirano a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato, l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, le tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltato e contro il lavoro irregolare.

Altresì, all'articolo 186, riguardante specificamente gli affidamenti dei concessionari, al comma 2 è previsto che "l'affidamento avviene mediante procedura ad evidenza pubblica, con la previsione di clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità".

Ne deriva, dunque, che l'istituto delle clausole sociali da inserire nei bandi di gara trova applicazione, con le medesime modalità, sia per le procedure di appalto sia per quelle di concessione.

Per una definizione più dettagliata delle clausole sociali si rinvia al Bando tipo n. 1/2023 predisposto dall'ANAC e alle linee guida ANAC n.13.

7) Il programma triennale delle esigenze pubbliche è un nuovo documento che va allegato al piano triennale opere pubbliche? Come deve essere strutturato?

L'articolo 175 del nuovo codice prevede che le PA adottino il "programma triennale" delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di PPP, al fine di garantire a massima trasparenza nei confronti degli operatori economici, degli investitori istituzionali e della collettività, potendo altresì stimolare la formazione di un dibattito pubblico sui progetti di maggior rilievo sociale.

Devono essere indicate anche le eventuali ragioni che giustificano l'applicazione del criterio premiale in luogo della prelazione, in modo da non disincentivare la presentazione di

proposte da parte delle imprese a causa dell'incertezza sulla disciplina della fase successiva alla presentazione della proposta medesima. La regola, dunque, è il criterio della prelazione, l'eventuale intenzione di discostarsi da tale regola generale deve essere giustificata in sede di programmazione.

In generale, per la disciplina in esame bisogna rinviare alla Parte III, Libro I, del nuovo Codice, dedicata specificamente alla programmazione. L'articolo 37, infatti, prevede l'adozione del programma triennale dei lavori pubblici e il programma triennale degli acquisti dei beni e servizi sia per le stazioni appaltanti che per gli enti concedenti. Viene ribadito, al comma 2, che "il programma triennale dei lavori pubblici e i relativi aggiornamenti annuali contengono i lavori, compresi quelli complessi e da realizzare tramite concessione o partenariato pubblico privato, il cui importo si stima pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 50, comma 1, lettera a)". I lavori di importo superiore a tale soglia vengono inseriti nell'elenco triennale dopo l'approvazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali e nell'elenco annuale dopo l'approvazione del documento di indirizzo della progettazione.

I programmi devono essere approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio. Per gli enti locali devono essere rispettate le norme della programmazione economico-finanziaria e i principi contabili.

Già nel decreto 16 gennaio 2018, n. 14 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, riguardante gli schemi-tipo per la redazione e pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali, all'articolo 3, comma 7, era previsto che "sono compresi nel programma triennale, di cui all'articolo 4, comma 4, i lavori realizzabili attraverso contratti di concessione o di partenariato pubblico privato". Ne deriva che il programma triennale dei lavori pubblici deve contenere anche gli interventi suscettibili di essere realizzati attraverso contratti di concessione o PPP, ovvero quelli nei quali sia previsto l'apporto di capitale privato.

L'articolo 37 rinvia all'allegato I.5 recante gli elementi per la programmazione dei lavori e dei servizi, in cui sono definiti gli schemi tipo, gli ordini di priorità degli interventi, comprensivi del completamento delle opere incompiute e dell'effettuazione dei lavori programmati e non avviati, e la specificazione delle fonti di finanziamento; le condizioni che consentono di modificare la programmazione e di realizzare un intervento o procedere a un acquisto non previsto nell'elenco annuale; le modalità di raccordo con la pianificazione dell'attività dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza ai quali le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono delegare le attività. Viene peraltro previsto che l'allegato I.5 venga abrogato alla data di entrata in vigore del corrispondente regolamento adottato con decreto del MIT, di concerto con il MEF, previo parere del CIPESS.

Il programma triennale e i relativi aggiornamenti annuali sono pubblicati sul sito istituzionale nella banca dati nazionale dei contratti pubblici.

8) Ad oggi si può superare la percentuale del 49%?

Mentre all'articolo 165, comma 2, d.lgs. 50/2016 era previsto che "l'equilibrio economico finanziario definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi... 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... 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 quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari", ad oggi, con l'articolo 177, comma 5, d.lgs. 36/2023 è previsto che "l'assetto di interessi dedotto nel contratto di concessione deve garantire la conservazione dell'equilibrio economico-finanziario, intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. L'equilibrio economico-finanziario sussiste quando i ricavi attesi del progetto sono in grado di coprire i costi operativi e i costi di investimento, di remunerare e rimborsare il capitale di debito e di remunerare il capitale di rischio".

Viene quindi abolito il tetto del 49% del costo dell'investimento complessivo, in quanto con il nuovo codice si è optato per una soluzione proporzionata e coerente con il diritto europeo (difatti la direttiva 2014/23/UE non prevede soglie analoghe). Il limite è, dunque, non più quantitativo ma qualitativo in base al valore monetario del rischio che la concessione deve trasferire all'operatore privato.

Il d.lgs. 36/2023 continua sulla stessa linea direttrice intrapresa dall'ANAC con la delibera del 20 settembre 2022, n. 432, nella quale stabiliva che nelle voci di calcolo del 49% del prezzo non devono essere ricomprese quelle risorse che non provengono direttamente dalle finanze dello Stato, bensì elargite da autorità sovranazionali.

Per non essere considerate al fine del computo del tetto previsto dal d.lgs. 50/2016, le risorse provenienti da autorità sovranazionali dovevano essere elargite a fondo perduto (*grants*), quindi senza richiesta di restituzione.

L'ANAC aveva escluso dal tetto massimo del prezzo queste risorse soprattutto alla luce del ruolo centrale assunto dai fondi europei per la realizzazione delle opere fredde e per le opere calde necessaria al raggiungimento degli obiettivi prefissati con il PNRR.

Questa delibera ha rappresentato un forte passo avanti per incentivare l'adempimento degli obblighi e degli obiettivi stabiliti nel PNRR tramite l'istituto del PPP e, quindi, anche della concessione. Tale incentivo è stato recepito nel nuovo codice del 2023, nel quale il tetto massimo rigido scompare del tutto.

9) In caso di servizi culturali gestiti da fondazioni di partecipazione (di cui la città è socio fondatore) e per i quali sono previsti dagli statuti stessi la messa a disposizione degli immobili da parte del socio fondatore e l'erogazione di un contributo, è configurabile un PPP e di che tipo?

Gli Enti Locali hanno la possibilità di costituire fondazioni di partecipazione, a patto che la costituzione e il finanziamento di tali enti non depauperi il patrimonio comunale e che i fondi pubblici siano correttamente utilizzati, come chiarito dalla Corte dei Conti, Friuli-Venezia Giulia, nella deliberazione n.22/2019.

Il diritto applicabile alle fondazioni di partecipazione risente della misura di partecipazione dell'ente pubblico: nei casi di massima contiguità della fondazione con la parte pubblica, quando si può parlare di una vera e propria loro strumentalità, la forma giuridica privatistica diviene solo una formalità. Ovviamente, ciò non accade nei casi di fondazioni di origine privatistica in cui l'ente aderisce alle iniziative di rilevanza pubblicistica, rimanendo però, una delle parti del concerto sociale.

Queste associazioni, dunque, rappresentano perfettamente quel fenomeno di convergenza tra le iniziative pubbliche e quelle private, sulla scorta della realizzazione del principio costituzionale del buon andamento della PA, di efficienza, efficacia ed economicità, che si

può esprimere al meglio tramite i criteri aziendalistici. Questa visione si pone in diretta continuità con l'idea alla base dello strumento del partenariato pubblico-privato per il perseguimento di finalità sociali.

Le fondazioni di partecipazione, per poter usufruire dello strumento partenariale, devono essere soggette a penetranti poteri di indirizzo e controllo pubblicistici, tali da poter essere definite "fondazioni di diritto pubblico".

La giurisprudenza nel tempo ha definito alcuni requisiti che le fondazioni devono possedere per attuare forme partenariali: deve essere dotata di personalità giuridica; deve essere istituita per soddisfare esigenze generali, con finalità non lucrative; deve essere finanziata in modo maggioritario da organismi di diritto pubblico, e/o l'organo di amministrazione o vigilanza deve essere designato in maggioranza dall'Ente Pubblico.

Perciò, se la fondazione è finanziata da una PA, difficilmente potrà invocarsi la riduzione della sfera pubblica, e dunque l'ente dovrà sottostare alla disciplina dei contratti pubblici, ai principi di trasparenza, di selezione concorsuale del personale e tutti gli altri principi che informano la materia.

Già con l'articolo 151, comma 3, d.lgs. 50/2016, era prevista l'attivazione di forme speciali di partenariato tra enti pubblici e soggetti privati proprio al fine di valorizzare i beni culturali.

Con il d.lgs. 36/2023, all'articolo 134 vengono disciplinati i "contratti gratuiti e forme speciali di partenariato", e dunque la collaborazione tra pubblico e privato nello svolgimento di attività finalizzate alla tutela e alla valorizzazione dei beni culturali, di regola svolte nelle forme di sponsorizzazione e di partenariato, riprendendo il citato art. 151, d.lgs. 50/2016. Con riguardo alla possibilità di attivare forme speciali di partenariato, è stato eliminato il riferimento ai beni immobili.

Ferma restando la possibilità di procedere con forme di partenariato atipiche, l'ipotesi tipica di PPPS che maggiormente si avvicina al contratto in questione è quella prevista dall'articolo 197 cod. contr., che disciplina il contratto di disponibilità, nel quale un operatore economico si obbliga, verso un corrispettivo e con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, a compiere e a far godere all'amministrazione aggiudicatrice un'opera, destinata all'esercizio di un pubblico servizio. L'operatore economico, in questa forma contrattuale, deve garantire il miglior godimento dell'opera, mantenendola in stato da servire all'uso convenuto ed eliminandone a proprie spese i vizi, anche sopravvenuti. Questa forma contrattuale implica la trasposizione in capo al privato dei soli rischi di costruzione e di disponibilità, con esclusione di quelli gestori, ed assicura, d'altra parte, l'esecuzione di opere funzionali al soddisfacimento degli scopi di interesse pubblico cui l'Amministrazione è istituzionalmente preposta.

10) Il PPP prevede sempre l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica/gara?

Il nuovo Codice prevede varie forme tipiche di PPP e non esclude la possibilità di procedere con forme atipiche di partenariato. Il fenomeno può, quindi, rivestire una pluralità di forme contrattuali, ognuna avente proprie caratteristiche anche in merito alla procedura da seguire, per le quali generalmente è richiesta la procedura di gara ad evidenza pubblica. Nel caso delle concessioni di importo inferiore alla soglia europea è, tuttavia, possibile, per l'ente concedente, procedere mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara.

Nella Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato sul d.lgs. 36/2023 è indicato che "la disciplina della concessione costituisce la disciplina di 'default' – destinata cioè ad attivarsi in mancanza di norme speciali – di tutte le figure partenariali tipiche e atipiche". Sulla scorta di tale considerazione, la disciplina sulle concessioni sottosoglia si deve poter ritenere applicabile a tutte le altre forme contrattuali rientranti nell'ambito del PPP.

In generale le PA, nell'ambito delle proprie attività negoziali, al fine di garantire determinati principi, anche di origine europea, quali esigenze di legalità e autonomia della PA, esigenze di trasparenza e libertà di accesso dei partecipanti, nonché la garanzia del corretto reperimento delle risorse sul libero mercato, devono utilizzare procedimenti ad evidenza pubblica per garantire un'adeguata scelta del contraente.

11) Precisazioni sulla valutazione del PEF

La commissione aggiudicatrice, prima di assegnare il punteggio alle offerte economiche pervenute, provvede alla verifica dell'adeguatezza e della sostenibilità del piano economico-finanziario.

È anche previsto che i componenti delle commissioni di valutazione siano altamente qualificati e competenti.

Risulta infatti centrale la valutazione operata rispetto al PEF, che ha la funzione di garantire l'equilibrio economico e finanziario dell'iniziativa, quindi la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e di sostenibilità finanziaria. Il PEF risulta essere lo strumento mediante il quale si attua la concreta distribuzione del rischio tra le parti del rapporto, la cui adeguatezza e sostenibilità deve essere correttamente e attentamente valutata dall'amministrazione concedente, anche in base alle norme specifiche che la stessa amministrazione ha dettato con la *lex specialis* della procedura per la selezione del concessionario.

Dal PEF si deve evincere la concreta capacità dell'operatore economico di eseguire correttamente le prestazioni per l'intero arco temporale prescelto, attraverso la prospettazione di un equilibrio economico e finanziario degli investimenti e della gestione. Dovrebbe, dunque, permettere di comprendere la concreta sostenibilità dell'offerta da parte dell'impresa, la quale deve risultare in condizione di trarre utili tali da consentire la realizzazione e gestione proficua dell'attività.

Le valutazioni circa la sostenibilità del PEF e dell'offerta rientrano nell'ambito di valutazione tecnica riservate all'amministrazione concedente, che risultano, peraltro, tendenzialmente insindacabili in sede giurisdizionale, salvo nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza.

A tal riguardo, si rileva che il Nucleo di Consulenza per l'Attuazione delle linee guida per la Regolazione dei Servizi di Pubblica Utilità (NARS), il 13 gennaio 2022, ha pubblicato le Linee Guida n. 1/2022, inerenti specificamente alla valutazione delle revisioni del PEF, da cui possono trarsi spunti utili rispetto all'oggetto del quesito.

12) Il Canone Unico Patrimoniale e Mercatale deve essere considerato servizio interesse generale?

La legge 160/2019, recante Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022, ai commi 816 e ss. prevedeva l'introduzione del cd. canone unico patrimoniale, in sostituzione della tassa per l'occupazione di spazi e aree pubbliche, il canone per l'occupazione di spazi e aree pubbliche, l'imposta comunale sulla pubblicità e il diritto sulle pubbliche affissioni, il canone per l'installazione dei mezzi pubblicitari e il canone di cui all'art. 27, commi 7 e 8 CdS.

La normativa impone ai comuni, alle province e alle città metropolitane di disciplinare il canone in parola in modo da assicurare un gettito pari a quello conseguito dai canoni e dai tributi che sono sostituiti dal canone stesso. Gli enti territoriali possono, dunque, disciplinare il canone in modo da garantire l'invarianza del gettito anche tramite una modifica alle tariffe.

La ratio ispiratrice della disciplina è quella di garantire l'omogeneità e parità di trattamento su tutto il territorio nazionale, evitando che il singolo Ente territoriale possa autonomamente e arbitrariamente fissare in modo incongruo il canone.

Il canone in sé non può certo considerarsi un "servizio". Qualora il quesito abbia ad oggetto il servizio di riscossione del canone unico patrimoniale, la disciplina di riferimento riguardo ai servizi di interesse generale (SIEG) è rintracciabile nell'art. 106 del TFUE che prevede, per quanto qui interessa, che «1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi.

2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione»

I servizi di interesse generale designano attività soggette ad obblighi specifici di servizio pubblico proprio perché considerate di interesse generale dalla autorità pubbliche. Sotto questa voce si ritrovano sia attività di servizio non economico (sistemi scolastici obbligatori, protezione sociale ma anche le funzioni inerenti alla potestà pubblica come la sicurezza, giustizia, la difesa ed altro) ma si ritrovano anche attività di servizio cosiddette di interesse economico generale.

I servizi di interesse economico generale (SIEG) quindi, sono una specie del *genus servizi* di interesse generale; si tratta di servizi resi nell'ambito di un mercato concorrenziale dove, quindi, si trovano ad operare soggetti privati ma anche soggetti pubblici.

Per la loro caratteristica si pongono in una sorta di zona franca intermedia tra attività economiche, da gestire secondo i canoni dell'efficienza e nell'ambito di un contesto competitivo e attività non economiche da gestire in funzione dell'interesse generale ed in vista di obiettivi di coesione sociale o territoriale, di equità redistributiva ecc.

Nel codice del 2016 era previsto, all'articolo 164, comma 3, che "i servizi non economici di interesse generale non rientrano nell'ambito di applicazione della presente Parte", riguardante i contratti di concessione. Di conseguenza, nel previgente codice i servizi di interesse generale, non economici, non seguivano la disciplina delle concessioni.

Con il d.lgs. 36/2023, all'articolo 176, viene stabilito che "alle concessioni di servizi economici d'interesse generale si applicano le norme della presente Parte, ferme restando le specifiche esclusioni previste dal codice. Per i profili non disciplinati si applica il decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, nonché le altre norme speciali di settore. Successivamente, all'articolo 181, è previsto anche che "i servizi **non** economici d'interesse generale non rientrano nell'ambito di applicazione della presente Parte... all'affidamento dei

contratti di concessione esclusi dall'ambito di applicazione della presente Parte si applicano i principi dettati dal Titolo I della Parte I del Libro I".

La qualifica di servizio di interesse economico generale consente alcune deroghe alla disciplina della concorrenza, in particolare per quanto riguarda la materia degli aiuti di Stato e gli obblighi di pubblico servizio ma l'ambito della riscossione dei tributi locali non sembra rientrarvi. Anzi, la delibera dell'ANAC n. 514 del 17 giugno 2020

(https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Atti/PareriPrecontenzioso/2020/Delibera%20n.%20514_17%20giugno%202020.pdf) sembrerebbe confermare che l'affidamento in concessione del servizio debba rispettare la disciplina in tema di contratti pubblici, con particolare riferimento, nel caso analizzato, al necessario trasferimento del rischio.