



Fasc. UVCS n. 4058/2020
(da citare nelle comunicazioni)

Oggetto: Fascicolo UVCS 4058/2020 – Comune di (*omissis*) - Gara CIG (*omissis*) avente ad oggetto “project financing per la realizzazione e gestione di infrastrutture complementari all’esercizio della mobilità urbana e gestione del trasporto pubblico locale”

IL PRESIDENTE

Con esposto pervenuto al prot. n. 60108 del 6/08/2020, indirizzato anche al Comune di (*omissis*), a firma di alcuni consiglieri comunali, sono state segnalate presunte irregolarità concernenti il *project financing* in oggetto, bandito dalla Centrale Unica di Committenza dei Comuni di (*omissis*).

Gli esponenti assumono la possibile inesistenza del rischio operativo, nonché possibili illegittimità dell’istituto della finanza di progetto per difetto di investimenti infrastrutturali, in quanto –nonostante nel bando di gara in esame la finanza di progetto è presentata come “*Contratto misto per concessione servizi (prevalente) e lavori pubblici*”, sarebbe inammissibile una operazione di finanza di progetto per l’affidamento di una concessione di servizi senza l’esecuzione di lavori infrastrutturali, come affermato anche da una delibera dell’Autorità del 2017 (delibera ANAC 566/2017). Infine vengono segnalate possibili illegittimità procedurali (pag. 18 e ss.), quali in primis la inadeguatezza del livello di progettazione della Proposta presentata dal promotore.

A seguito dell’esposto è pervenuta una replica del Comune di (*omissis*), acquisita al prot. 61940 del 14/08/2020, con la quale il Responsabile Unico del Procedimento evidenzia che il *project financing* è già stato oggetto di accertamento da parte del TAR Molise con sentenza n. 54/2020.

Secondariamente il medesimo RUP ha esposto altre questioni circoscritte al ruolo del responsabile del procedimento e ad eventuali incompatibilità con riferimento alla funzione di commissario di gara e Presidente della commissione giudicatrice.

Con successiva nota acquisita al prot. ANAC n. 23349 del 19.03.2021 il Comune di (*omissis*) ha poi trasmesso la sentenza del Consiglio di Stato n. 2260/2021 del 16.03.2021, con la quale sono stati rigettati i motivi presupposti per la proposizione dei ricorsi.

L’esame degli atti tuttavia evidenzia che nessuna delle due sentenze anzidette si esprime sui motivi oggetto di lagnanza da parte degli attuali esponenti.

Ritenuto in diritto

Occorre considerare, in via preliminare, il tema della contestata inapplicabilità dell’istituto del project financing alla

fattispecie di affidamento di servizi di trasporto pubblico locale, tema sul quale, come ricordato dall'esponente, l'Autorità si è già espressa con Delibera n. 566/2017.

Con tale atto l'Autorità affermava che, nel caso di un affidamento di servizi di TPL da parte del Comune di Velletri, non trovasse immediata e integrale applicazione l'istituto del *project financing*, stante la riserva di disciplina rinvenuta nell'articolo 5, paragrafo 1, del Regolamento (CE) 1370/2007 che esclude l'applicazione delle direttive appalti ogni qual volta si intende affidare il servizio di trasporto dei passeggeri con autobus o tram, attraverso lo strumento della concessione di servizi.

La valutazione dell'Autorità parte dal dato normativo eurounitario (art. 5, c. 1 del regolamento CE n. 1370/2007 e art. 10 direttiva "concessioni", n. 2014/23/UE), nonché alla trasposizione nell'ordinamento nazionale del medesimo (art. 18, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016), nella parte in cui sottrae il settore del trasporto pubblico "dei passeggeri" al campo di applicazione delle disposizioni normative sugli appalti pubblici e sulle concessioni di servizi pubblici in genere.

Secondo l'Autorità, questo comporta che le norme specifiche in materia di "project financing" finalizzate all'affidamento di concessione di servizi senza la realizzazione di infrastrutture, articoli 30, 153 del d.lgs. 163/2006 e 278 del d.P.R. 207/2010 (recepimento degli articoli 3, 17 e 58 e ss. direttiva 2004/18, odierni articoli 180 e 183 del d.lgs. 50/2016, non risultano direttamente applicabili nel settore del trasporto passeggeri.

A supporto di tale tesi l'Autorità richiama anche la disciplina di contabilità comunitaria (Manuale del SEC 2010; direttiva Eurostat "Treatment of Public Private Partnership" dell'11 febbraio 2004) in base alla quale in caso di cospicue contribuzioni pubbliche l'operazione debba essere qualificata come "on balance", ossia come operazione non riconducibile al partenariato pubblico privato.

Contro la citata delibera dell'Autorità la società proponente ha fatto ricorso al TAR Lazio, che, tuttavia, con sentenza n. 3475 del 28.03.2018 (passata in giudicato), ha confermato l'interpretazione espressa dall'ANAC. La sentenza ha infatti rimarcato l'inammissibilità del ricorso alla finanza di progetto nel caso esaminato, ove la proposta si riferisce ad un servizio che - *prima facie* - non richiede la realizzazione di nuovi impianti o infrastrutture e non necessita, quindi, "di un preciso e ben individuato coinvolgimento di "risorse private", atto ad attuare quel contemperamento tra le esigenze di interesse pubblico e la redditività del capitale di investitori interessati all'operazione tipico del "Partenariato pubblico privato" (v. TAR Lazio, Sez. II, sent. n. 3475/2018 cit.).", "Pur osservando che non risultano - in ogni caso - configurabili preclusioni, in termini assoluti, a che il contratto di servizio pubblico per servizio di trasporto passeggeri con autobus assuma la forma di un contratto di concessione di servizi", come definito prima dalla direttiva 2004/18/CE e ora dalla direttiva 2014/24/UE; e che " ... non sono riscontrabili elementi oggettivi e concreti, idonei a supportare una esclusione - in radice - della "finanza di progetto" nel trasporto pubblico locale; si conclude che "la finanza di progetto costituisce - comunque - un sistema contrattuale, riconducibile nell'ambito della "concessione" (intesa nel senso comunitario del termine), il quale - in quanto tale - si presenta più consono ad essere utilizzato nei casi in cui si tratti di realizzare gli impianti e/o le strutture del trasporto locale ..., piuttosto che alla semplice effettuazione del servizio di trasporto locale, per problematiche primariamente inerenti alla garanzia delle remuneratività dell'operazione (che dovrebbe essere garantita dall'espletamento medesimo), in ragione, tra l'altro, all'alto grado di presenza e di intervento pubblico nel settore".

L'interpretazione dell'Autorità è stata altresì avallata dalla sentenza del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, Sezione Autonoma di Bolzano, n. 23 del 5.02.2019 relativa ad una proposta di project financing

avente ad oggetto "l'affidamento della concessione per l'esercizio del servizio di trasporto pubblico locale extraurbano su gomma e su sede fissa nella Provincia autonoma di Bolzano". Secondo il TRGA, infatti, a favore dell'indirizzo interpretativo suddetto depone lo stesso dato normativo testuale che definisce lo strumento del PF come deputato all'affidamento di "lavori pubblici" o di "lavori di pubblica utilità", a dimostrazione della necessaria presenza della componente "lavori" (e, pertanto della realizzazione di opere) anche quando si discute della concessione di servizi pubblici (v. art. 183, c. 1 e 15 del D.Lgs. n. 50/2016). In mancanza di tale componente, difetta, quindi, "un primo presupposto essenziale ai fini del legittimo ricorso al PPP, concepito come modalità alternativa di finanziamento di opere ed impianti strumentali all'esercizio di servizi pubblici oggetto di concessione".

A detta del TRGA, inoltre, dalle valutazioni operate dall'ANAC si ricava l'esistenza di una seconda controindicazione all'ammissibilità della finanza di progetto, ogniqualvolta la stessa sia indirizzata ad agevolare iniziative che si connotano per un elevato tasso di "contribuzione pubblica". "Contraddice, infatti, la ratio che connota gli strumenti di partenariato pubblico privato - finalizzati all'attrazione di risorse finanziarie private nell'esecuzione e gestione di opere e servizi pubblici - l'uso degli stessi in relazione alla prestazione di servizi caratterizzati da significativa copertura finanziaria pubblica. Viene meno, in siffatta ipotesi, anche la giustificazione dell'attribuzione a favore del promotore di vantaggi concorrenziali che fungono da contropartita dell'esposizione finanziaria richiesta". Si escludeva quindi la possibilità di utilizzare il PF in un caso in cui il servizio di TPL era finanziato al 70 per cento da risorse pubbliche.

Come terzo presupposto per il ricorso al partenariato pubblico privato, strettamente collegato al secondo sopra richiamato, il TRGA ricorda il trasferimento in capo al proponente/concessionario del "rischio operativo", che invero, si sottolinea, costituisce elemento qualificante il rapporto concessorio tout court.

Il collegio rifiuta altresì la tesi del ricorrente secondo cui l'art. 18, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016 (al pari dell'art. 10, par. 3 della direttiva "concessioni" 2014/23/UE) non contemplando l'applicabilità alle concessioni di servizi di TPL delle "restrittive" regole di evidenza pubblica stabilite dal codice dei contratti pubblici, lascerebbe comunque aperta la possibilità per l'ente aggiudicatore di decidere nell'esercizio della propria discrezionalità. "L'argomentazione di parte ricorrente poggia poi su presupposti quantomeno opinabili, non potendo qualificarsi come "più rigorosa" una procedura, quale quella del project financing, in cui – contrariamente a quanto avviene per le procedure "ordinarie" di evidenza pubblica – si attribuisce un innegabile vantaggio competitivo al proponente/promotore (tanto più quando coincidente con il concessionario uscente). La par condicio tra i potenziali gestori privati risulta, infatti, fortemente attenuata dal diritto del promotore di essere aggiudicatario in mancanza di altre proposte e, soprattutto, dal diritto di esercitare la prelazione in caso di aggiudicazione a favore di altro offerente (art. 183, c. 15)".

Nel caso di specie, alla luce degli elementi informativi acquisiti, emerge che nell'oggetto della concessione era senz'altro compresa la realizzazione di lavori pubblici, per l'importo complessivo di circa 5 Milioni di Euro; tuttavia questi sono riconducibili per la maggior parte (vd. riqualificazione parco urbano, Euro 3.970.000) ad interventi che non hanno relazioni immediate con il servizio di TPL, né in via più generale con la mobilità urbana.

Dall'esame degli atti, trova conferma l'elaborazione effettuata dagli esponenti, secondo cui, "Il valore degli investimenti infrastrutturali che hanno un nesso con la mobilità urbana, anche se non con il TPL in senso stretto, ammonta in realtà a circa 1,3 milioni di euro; un valore lontanissimo dagli oltre 7,6 milioni di investimenti infrastrutturali (da spendere in 10 anni) dichiarati nella finanza di progetto; ma anche se tutti gli investimenti dichiarati fossero ammissibili, sarebbero comunque irrisori rispetto agli almeno 46,8 milioni (IVA esclusa) di soli

corrispettivi per la gestione ventennale del TPL”.

Come osservato nell’esposto, il fulcro della gara è piuttosto l’acquisizione della gestione del TPL per 20 anni e non la realizzazione di opere infrastrutturali; a conferma di questa tesi rileva non tanto la prevalenza economica del servizio di TPL rispetto ai lavori a farsi, quanto l’assenza di un autentico nesso di strumentalità di tali opere con il servizio di trasporto autobus.

Sotto questo profilo non è convincente l’argomento proposto nella memoria di controdeduzioni dalla stazione appaltante, secondo cui il nesso funzionale deriverebbe dal fatto che, in termini di pianificazione urbanistica, la localizzazione di infrastrutture quali parco, piscina, parcheggi etc. influenza l’organizzazione dei trasporti e sia influenzata da essa. La pur evidente necessità di coordinamento tra differenti opere e servizi pubblici in sede di pianificazione, e in particolare tra la realizzazione di strutture per il tempo libero e la gestione dei trasporti, non comporta affatto che dalla loro conduzione unitaria da parte di un unico concessionario possa derivare efficienza gestionale o un qualsiasi vantaggio alla collettività.

Considerata la composizione dell’oggetto contrattuale, quindi, si ritiene che l’operazione esaminata, consistente nell’aggregazione in un’unica concessione di diverse prestazioni di realizzazione di opere e gestione di servizi non in rapporto funzionale con le prime, non possa legittimamente configurare un *project financing* ex art. 183 e segg. del Codice dei contratti, istituto che è finalisticamente diretto alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità.

Diversamente declinata con l’attivazione di una procedura ad iniziativa pubblica, essa potrebbe invece costituire un contratto misto di concessione ex art. 169 del D.lgs. 50/2016, con prevalenza della componente servizi; salvo verificare, tuttavia, che l’accorpamento nella stessa concessione di prestazioni eterogenee – ove le stesse non sviluppino particolari sinergie gestionali – non abbia comunque un effetto distorsivo sulla concorrenza, concorrendo a ridurre la partecipazione alla gara così da favorire il gestore uscente.

Per quel che riguarda poi le contestazioni circa l’inadeguatezza del progetto di fattibilità presentato dal proponente, si osserva che in base all’art. 23 comma 5 del dlgs 50/2016, nella versione applicabile *ratione temporis*, nel progetto di fattibilità tecnica ed economica “... il progettista incaricato sviluppa, nel rispetto dei contenuti del documento di indirizzo alla progettazione e secondo le modalità indicate dal decreto di cui al comma 3, tutte le indagini e gli studi necessari per la definizione degli aspetti di cui al comma 1, nonché gli elaborati grafici per l’individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare e le relative stime economiche, ivi compresa la scelta in merito alla possibile suddivisione in lotti funzionali. Il progetto di fattibilità deve consentire, ove necessario, l’avvio della procedura espropriativa”.

Esaminata la proposta del promotore posta a base di gara, che è costituita, in ordine agli interventi infrastrutturali, da una relazione di fattibilità tecnica contenente al più specificazioni funzionali e localizzative degli interventi proposti, in base agli atti acquisiti non risulta riscontrata l’osservanza dei criteri sopra specificati.

Alla luce delle precedenti considerazioni, condivise dal Consiglio nell’adunanza del 12.01.2022, il presente procedimento si intende definito in forma semplificata ai sensi dell’art. 21, comma 1, lett. a) e b) del Regolamento di vigilanza del 4.07.2018. Precisato che spetta alla stazione appaltante la scelta dei provvedimenti da adottare, si invita codesta Amministrazione a comunicare le eventuali iniziative assunte per recepire le indicazioni dell’Autorità.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente il 19 gennaio 2022