



COMUNE DI GENOVA



Protocollo informatico

Genova, 24 aprile 2025

**Ai Direttori**

**Ai Dirigenti**

**Al Vice Direttore Generale**

**Al Direttore Generale Operativo**

**Ai Funzionari Elevata Qualificazione**

**OGGETTO:** Le concessioni nel nuovo codice dei contratti e nel correttivo

## **Premessa**

In seguito all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti, il decreto legislativo n. 36/2023, e del correttivo, si rende opportuno fornire alcune indicazioni di massima al fine di individuare la corretta natura giuridica dei contratti che si prevede di stipulare con gli operatori privati. L'esame concreto dell'operazione che si intende realizzare è determinante per ascrivere la fattispecie al novero **delle concessioni piuttosto che agli appalti e tra le concessioni, tra quelle con rilevanza economica o privi di tale rilevanza**. La distinzione determina l'applicabilità di un complesso normativo diverso per ciascuna fattispecie.

Le indicazioni contenute nel presente documento costituiscono un quadro di larga massima, finalizzato a supportare le varie articolazioni organizzative dell'Ente. L'organizzazione di Questo Ente, in gran parte basata sulla divisione in funzioni, ha bisogno di una visione integrata per processi, e di un lessico comune, al fine di strutturare delle operazioni di partenariato pubblico privato-concessioni, che abbiano le caratteristiche previste dal legislatore, pur nella specificità di alcune normative di settore. L'elemento che determina a volte incertezze interpretative è la concessione del bene immobile, strumentale all'esercizio di un servizio pubblico. Sia la giurisprudenza che il legislatore hanno consolidato l'interpretazione secondo cui, quando il bene è strumentale all'esercizio di un servizio pubblico, è concessione di servizi e non concessione di beni. Si vedano i casi degli impianti sportivi e dei porti turistici, questi ultimi addirittura beni demaniali.





COMUNE DI GENOVA

Altro elemento che costituisce uno spartiacque fondamentale per l'applicazione della disciplina sulla scelta del contraente è la rilevanza economica o meno del servizio, da stabilire sulla base di una serie di indicatori elaborati dalla giurisprudenza.

E infine la traslazione del rischio operativo, che è il vero elemento di riconoscimento della concessione rispetto all'appalto, a prescindere dal *nomen juris* utilizzato dall'Amministrazione.

Con riferimento agli affidamenti ad Enti del terzo settore, la mera definizione di servizi sociali o simili non è risolutiva ai fini dell'esatto inquadramento giuridico, assumendo anche qui un ruolo decisivo, la struttura economica dell'operazione e l'entità dell'intervento pubblico nella copertura dei costi, nonché il trasferimento del rischio operativo per strutturare una concessione o in caso contrario un appalto.

## Le forme di gestione dei servizi pubblici locali

Nel decreto di riordino dei servizi pubblici locali di cui al decreto legislativo n. 201/22, in conseguenza del principio di autonomia organizzativa nell'individuazione da parte degli enti locali dei servizi pubblici di interesse generale, vengono previste, come coerenti con le norme europee, le varie forme di gestione (art 14):

- a) Affidamento a terzi con procedura di evidenza pubblica
- b) Affidamento a società mista con gara a doppio oggetto
- c) Affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico con la formula dell'in house providing;
- d) Gestione diretta con i propri uffici o mediante azienda speciale, solo per i servizi diversi a quelli di rete

La scelta tra le diverse forme di gestione deve essere motivata dall'Ente locale, in una relazione apposita che tiene conto dei seguenti elementi (comma 2 art. 14 dlgs n. 201/22):

- 1) caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali,
- 2) della situazione delle finanze pubbliche,
- 3) dei costi per l'ente locale e per gli utenti,
- 4) dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica,
- 5) della qualità del servizio offerto,
- 6) dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati.

La relazione deve precedere l'avvio della procedura di affidamento del servizio. (comma 3 art 14 dlgs n. 201/22)

Sulla necessità che la relazione (originariamente prevista dall'articolo 34 comma 20 dl 179/12 e oggi trasfusa nel richiamato art. 14 del dlgs n. 201/22) preceda l'avvio della procedura si veda "T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. III, 03/10/2016, n.1781: *"L'omessa predisposizione della relazione di cui all'art. 34 comma 20, d.l. n. 179 del 2012, al momento della determinazione circa la scelta del modello gestionale da parte dell'ente competente, lungi dal costituire una mera omissione formale o una discrasia temporale, testimonia l'assenza di un elemento essenziale nel processo decisionale dell'ente. In altri termini, non può*





COMUNE DI GENOVA

*avere alcuna concreta portata — sotto il profilo dei necessari elementi di valutazione — la relazione di cui all'art. 34 comma 20, d.l. n. 179 del 2012 predisposta quando la scelta della forma di gestione è già stata compiuta, potendo al più giustificare a posteriori la manifestazione di volontà.”*

La relazione sulla scelta della forma di gestione deve **essere pubblicata sul sito internet istituzionale** e contestualmente inviata all'Anac per la pubblicazione sul proprio portale telematico. (art. 31 decreto legislativo n. 201/2022).

## **Gli organi competenti ad assumere le decisioni**

L'esatta individuazione della natura giuridica del servizio da affidare comporta l'iscrizione delle decisioni ad organi diversi dell'Ente locale.

I servizi pubblici locali e la scelta della loro forma di gestione, implica la competenza del consiglio comunale, ai sensi dell'articolo 42 lettera e) secondo cui spetta al consiglio comunale la materia: "organizzazione dei pubblici servizi, costituzione di istituzioni e aziende speciali, concessione dei pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società di capitali, affidamento di attività o servizi mediante convenzione". Si veda " T.A.R. Brescia, (Lombardia) sez. I, 01/07/2019, n.613: "*L'art. 42 del T.U.E.L. accolla all'organo consiliare l'obbligo di dare contezza delle ragioni economico — finanziarie che inducono a preferire un determinato modello, ossia l'autoproduzione rispetto all'affidamento a terzi, e per tale motivo la relazione ex art. 20, d.l. n. 179/2012 precede l'attività amministrativa finalizzata ad individuare il gestore del servizio, collocandosi in un segmento temporale anteriore. Dunque, l'iter di formazione della decisione a favore dell'in house costituisce un elemento presupposto.*"

Tenuto conto del principio di distinzione tra i poteri di indirizzo, programmazione e controllo del Consigli e i poteri di gestione spettanti ai dirigenti, occorre costruire gli atti amministrativi necessari alla realizzazione di una scelta di gestione di un servizio pubblico, in coerenza con le suddette norme. Pertanto, posto che l'articolo 192 del decreto legislativo n. 267/2000 in combinato disposto con l'articolo 107 del medesimo decreto, attribuisce ai dirigenti l'adozione delle determinazioni a contrattare, che devono contenere tra gli altri elementi, le clausole essenziali del contratto che si andrà a stipulare oltre alla procedura di scelta del contraente, occorre che tale scelta sia coerente con gli atti di programmazione e con le forme di gestione già formalizzate a monte dal Consiglio Comunale. Conseguentemente, qualora si proponga una modifica alle forme di gestione precedenti, o comunque si proponga una modifica all'organizzazione del servizio, ad esempio da una gestione diretta ad una mediante affidamento a terzi, è necessario un atto deliberativo del Consiglio che contenga anche la relazione di cui all'articolo 14 del decreto legislativo n. 201/22.

Consiglio di Stato sez. V, 04/01/2011, n.2: *L'atto di indirizzo per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas rientra nella competenza del Consiglio comunale in base all'art. 42 comma 2 lett. e) d.lg. n. 267 del 2000, concernendo l'organizzazione del servizio. Tale atto di indirizzo, infatti, non attiene alla fase di indizione della gara che, come atto di gestione, esula dalle competenze consiliari, ma ad aspetti organizzativi non prestabiliti che, pertanto, non possono che essere valutati dall'organo di indirizzo dell'ente.*





COMUNE DI GENOVA



## Servizi pubblici locali e servizi strumentali

L'articolo 7 del decreto legislativo n. 36/23 consente alle pubbliche Amministrazioni di affidare direttamente a società in house, lavori, servizi e forniture, nel rispetto dei principi della fiducia, del risultato di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità. I servizi cui fa riferimento il comma 1 del richiamato articolo 7, affidati alle società in house, non sono i servizi pubblici locali, che rientrano invece, nell'ambito di applicazione del decreto legislativo n. 201/22 e che pure possono essere affidati alle società in house, in quanto costituite allo scopo di esercitare un servizio pubblico locale o di interesse generale. Si tratta dei servizi che il previgente articolo 13 del dl n. 223/2006, ora abrogato, definiva come servizi strumentali.

L'antitrust riprende la distinzione operata dalla giurisprudenza prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 201/22, tra servizi pubblici locali a rilevanza economica e servizi strumentali:

*I servizi strumentali "sono esclusi dal campo di applicazione del Decreto Legislativo 201/2022 e sono definiti come servizi forniti da soggetti che supportano le funzioni amministrative dell'ente pubblico, senza rivolgersi direttamente ai cittadini. Al contrario, i servizi pubblici locali soddisfano direttamente le necessità della collettività e prevedono un corrispettivo da parte dell'utenza. Un esempio di servizio strumentale è quello fornito a beneficio esclusivo dell'ente pubblico, con il quale viene perseguito un obiettivo istituzionale. Un servizio pubblico locale, invece, si caratterizza per il suo impatto diretto sui cittadini e per il fatto che viene pagato dagli utenti stessi." BOLLETTINO N. 34 AGCOM.*

L'articolo 4 comma 2 lettera d) del Testo Unico delle società partecipate individua come oggetto delle società a cui possono partecipare gli enti pubblici anche "l'autoproduzione di beni o **servizi strumentali** all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento."

Il termine servizi strumentali rileva fundamentalmente quando si decide di affidare alle società in house invece che rivolgersi al mercato, con procedure di evidenza pubblica, ma in sostanza si tratta di servizi che non hanno la natura di servizi pubblici di interesse generale.

## Definizione di concessione

L'allegato l1 al decreto legislativo n. 36/23, alla lettera c) definisce le concessioni come un contratto a prestazioni corrispettive in cui a fronte della prestazione dell'operatore economico di eseguire lavori, forniture e gestione di servizi viene prevista come controprestazione la concessione del diritto dell'operatore di gestire i lavori o i servizi, eventualmente con aggiunta di un prezzo:

*concessioni: "contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto a pena di nullità in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto accompagnato da un prezzo;"*





COMUNE DI GENOVA

## Contratti esclusi dall'ambito di applicazione delle norme sulle concessioni

Ai sensi dell'articolo 181 del decreto legislativo n. 36/23 sono esclusi dall'ambito di applicazione delle norme sulle concessioni:

- 1) Le concessioni di servizi di interesse generale, privi di rilevanza economica;
- 2) I contratti esclusi dalla direttiva europea 23/24;
- 3) I contratti attivi e passivi relativi ad immobili;

### 1) Contratti esclusi: Le concessioni di servizi di interesse generale, privi di rilevanza economica

Sono esclusi dall'ambito di applicazione delle norme del codice appalti, i contratti di concessione di servizi di interesse generale, **privi di rilevanza economica**, secondo quanto disposto dall'articolo 181 del decreto legislativo n. 36/23.

Solo a questa categoria di servizi pubblici di rilevanza economica si applica il decreto legislativo n. 201/2022 (Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica) che all'articolo 15 prescrive agli enti locali di affidare i servizi di interesse economico generale di livello locale secondo la disciplina in materia di contratti pubblici, favorendo, ove possibile in relazione alle caratteristiche del servizio da erogare, il ricorso a concessioni di servizi rispetto ad appalti pubblici di servizi, in modo da assicurare l'effettivo trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore.

La rilevanza economica del servizio viene dedotta da una serie di indicatori, elaborati dalla giurisprudenza, finalizzati ad accertare, caso per caso, la remuneratività del servizio, ovvero la possibilità di coprire i costi di gestione attraverso il conseguimento di un "corrispettivo economico nel mercato.

Consiglio di Stato n. 858 del 2021: *"il carattere della remuneratività, da apprezzare caso per caso, va accertato facendo applicazione di una serie di indici quali: - la scelta organizzativa stabilita dall'ente per soddisfare gli interessi della collettività, - le caratteristiche dell'impianto, (ad esempio di grandi dimensioni) - le specifiche modalità della gestione e relativi oneri di manutenzione, - il regime tariffario (libero ed imposto)( ad esempio il diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio da espletare presso l'intero impianto" con conseguente diritto a "percepire tutte le entrate derivanti dall'applicazione delle tariffe relative alle attività erogate", che equivale a riconoscere la facoltà di ritrarre ricavi dall'espletamento della gestione mediante il corrispettivo economico imposto all'utenza); - la praticabilità di attività accessorie"*.

Consiglio di Stato sez. V, 14/03/2022, (ud. 17/02/2022, dep. 14/03/2022), n.1784 *"Il servizio ha, per tal via, rilevanza economica quando il gestore ha la possibilità potenziale di coprire tutti i costi; al contrario, un servizio è privo di rilevanza economica quando è strutturalmente antieconomico, perché potenzialmente non remunerativo (perché il mercato non è in grado o non è interessato a fornire quella prestazione."*

#### 1.1) Gli affidamenti a Enti del Terzo Settore

L'articolo 6 del decreto legislativo n. 36/2023, esclude dall'ambito di applicazione della normativa sui contratti pubblici, gli affidamenti al Terzo Settore svolti nelle forme previste dal titolo VII del decreto





COMUNE DI GENOVA

legislativo n. 117/2017 (Codice del Terzo Settore), quindi sono escluse le convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale (art 56), le convenzioni per il Servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza (art 57) da svolgersi secondo procedure di trasparenza e selezione specificate nelle stesse norme. Quanto all'affidamento di servizi l'articolo 55 comma 4 prevede un percorso specifico di coprogettazione mediante accreditamento.

l'articolo 18 del decreto legislativo n. 201/2011 esclude l'applicabilità delle norme del Codice del terzo Settore alle *"ipotesi in cui le risorse pubbliche da mettere a disposizione degli enti del Terzo settore risultino, complessivamente considerate, superiori al rimborso dei costi, variabili, fissi e durevoli previsti ai fini dell'esecuzione del rapporto di partenariato."* (Comma 3)

Precisa, inoltre, che i servizi di partenariato con Enti del Terzo settore, previsti dal decreto legislativo n. 117/2017 sono *"specifici progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale di rilevanza economica."* (comma 1) Pertanto nonostante l'astratta riconducibilità a servizi di rilevanza economica, i rapporti di partenariato "sociale" nel concreto, non determinano trasferimento del rischio, ma piuttosto costituiscono *"modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato."* (art. 6 comma 1 decreto legislativo n. 36/23). L'assenza di sinallagmaticità, quindi del rapporto di prestazione - controprestazione, è anche declinata in termini di natura effettivamente collaborativa del rapporto, dal comma 2 dell'articolo 18 del decreto legislativo n. 201/2022, da indicare nella relazione sulla scelta della forma di gestione del servizio, di cui all'articolo 14, comma 3, indicando anche gli *"effettivi benefici che tale soluzione comporta per il raggiungimento di obiettivi di universalità, solidarietà ed equilibrio di bilancio, nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento."*

## 2) Contratti esclusi: Contratti a titolo gratuito

Sono parimenti esclusi ai sensi dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 36/2023 i contratti a titolo gratuito, anche qualora dal contratto derivi una opportunità di vantaggio economico anche indiretto.

## 3) Contratti esclusi: contratti attivi e passivi relativi ad immobili; direttiva Europea n. 23/2014

L'articolo 181 del decreto legislativo n. 36/23 esclude dal novero dei contratti a cui si applicano le regole del codice medesimo, i contratti esclusi dagli articoli 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17 della direttiva europea del 26/02/2014 - N. 23, tra cui rilevano ad esempio quelli aventi ad oggetto **"l'acquisto o la locazione**, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni".





COMUNE DI GENOVA

Per consolidata interpretazione giurisprudenziale, sono esclusi dal novero dei contratti soggetti al codice appalti, sia i contratti "attivi" ovvero quelli dai quali deriva una entrata per la Pubblica Amministrazione, quali le alienazioni o le locazioni attive, per i quali va applicata la legge sulla Contabilità Generale dello Stato, rd n. 2440/1923 e rd n. 827/1924, che i contratti passivi immobiliari, per i quali l'esclusione era già prevista dal previgente decreto legislativo 50/2016 e dal decreto legislativo n. 163/2006, essendo sufficiente l'applicazione di procedure valutative nel rispetto dei principi generali di trasparenza, pubblicità, proporzionalità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica (T.A.R. Salerno, (Campania) sez. I, 23/11/2021, n.2528 "Ai sensi degli artt. 4 e 17, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016 (ma anche sulla base del previgente art. 19 del d.lgs. n. 163/2016), sono esclusi dalla procedura di evidenza pubblica i contratti attivi (dai quali derivi un'entrata alla P.A.) ed i contratti passivi aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili. Ciò, tuttavia, non significa che la pubblica amministrazione possa liberamente, al pari del contraente privato, individuare la propria controparte negoziale, mediante le modalità ritenute più opportune. I principi e le regole di evidenza pubblica ineriscono anche ai contratti attivi stipulati dalle pubbliche amministrazioni in quanto derivante direttamente dal Trattato sul funzionamento dell'U.E. le cui disposizioni trovano attuazione non solo nelle ipotesi in cui una puntuale prescrizione del diritto comunitario derivato ne renda obbligatorio l'utilizzo ma, più in generale, in tutti i casi in cui un soggetto pubblico decida di individuare un contraente per l'attribuzione di un'utilitas di rilievo economico comunque contendibile fra più operatori del mercato."

### 3.1) Acquisti immobiliari nelle procedure espropriative fuori dal partenariato

L'acquisto o la costituzione di diritti reali su beni immobili spesso derivano da procedure espropriative, ai sensi del dpr n. 380/2001, anche se concluse con strumenti consensuali, nell'ambito o al di fuori delle procedure per la realizzazione di opere pubbliche. In questo caso siamo al di fuori dello schema del partenariato, trattandosi di un acquisto immobiliare strumentale alla realizzazione di un'opera pubblica da parte della pubblica amministrazione, senza che rilevi la futura eventuale gestione della stessa.

### 3.2) Cessione di diritti immobiliari per conseguire l'equilibrio economico dell'operazione di partenariato

Nell'ambito degli strumenti di partenariato pubblico privato, e nello specifico, nella concessione, l'articolo 177 comma 6 del decreto legislativo n. 36/23 prevede l'eventualità che in un contratto di concessione sia prevista la cessione in proprietà di immobili al privato, qualora l'operazione economica non possa da sola conseguire l'equilibrio economico-finanziario. In questa fattispecie, il trasferimento immobiliare diventa una componente del corrispettivo, fermi restando tutti gli altri elementi costitutivi del contratto di concessione.





COMUNE DI GENOVA



In correlazione a ciò l'allegato 6 al codice, all'art. 3, prevede che le informazioni relative agli immobili da cedere in relazione alla realizzazione di opere pubbliche anche nell'ambito di contratti di partenariato, debbano essere inseriti nell'apposita scheda C.

#### **4) Concessione del bene connessa alla concessione di pubblico servizio**

La concessione di un bene assume un rilievo particolare in relazione alla sua strumentalità alla gestione dello stesso. Intanto la concessione è giuridicamente ammissibile solo per i beni demaniali e patrimoniali indisponibili, mentre in tutti gli altri casi di beni patrimoniali disponibili, rientriamo nel novero dei contratti attivi e passivi immobiliari di cui sopra. Stante l'inalienabilità e l'insuscettibilità dei beni demaniali e patrimoniali indisponibili di formare oggetto di diritti reali o personali immobiliari, per tali categorie di beni, la concessione è l'unica forma con cui si può consentire un uso eccezionale ad un privato.

##### **4.1) Concessione di valorizzazione dei beni culturali**

Con riferimento ad una grande categoria di beni patrimoniali indisponibili, ossia i beni culturali, quali teatri, musei, la specifica legislazione ha previsto nel primo caso che le concessioni assumano la denominazione di concessione di valorizzazione, e che la concessione in uso del bene culturale sia correlata e strumentale alla concessione della gestione (art. 115 commi 6 e 7 dlgs n. 42/2004).

Anche per i beni culturali, il decreto legislativo n. 42/2004, nel richiamare le procedure di selezione del contraente contenute nel codice appalti, ipotizza nella gestione indiretta, due forme possibili, la concessione o l'appalto di servizi, e dunque la scelta tra appalto e concessione, dipende dalla presenza degli indicatori propri dell'una o dell'altra forma, come disciplinati dal decreto legislativo n. 36/2023 e s.m.i..

##### **4.2) concessione di impianti sportivi**

La concessione degli impianti sportivi è considerata dalla giurisprudenza come concessione di pubblico servizio, e l'impianto sportivo è qualificato come bene patrimoniale indisponibile ai sensi dell'articolo 826 comma 3 del Codice civile. In materia di concessione degli impianti sportivi esiste una disciplina speciale contenuta nel Decreto legislativo del 28/02/2021 - N. 38 Attuazione dell'articolo 7 della legge 8 agosto 2019, n. 86, recante misure in materia di riordino e riforma delle norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi. L'articolo 6 del richiamato decreto legislativo, richiama espressamente il decreto legislativo n. 36/23 quanto alle procedure di affidamento degli impianti, che deve avvenire preferibilmente 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. È possibile l'affidamento gratuito ad associazioni senza scopo di lucro ai sensi dell'articolo 5 del medesimo decreto.





COMUNE DI GENOVA



#### 4.3) concessione di porti turistici

I porti turistici, sebbene appartenenti al demanio marittimo, sono stati equiparati dalla giurisprudenza ai beni patrimoniali indisponibili, quanto alla forma di gestione, ricondotta alla concessione di servizio pubblico e non alla mera concessione demaniale, con conseguente inapplicabilità dell'articolo 37 del codice della navigazione. (T.A.R. Genova, (Liguria) sez. I, 09/11/2021, n.946 T.A.R. Liguria, Sez. I, 23 gennaio 2021 n. 59; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 13 giugno 2017 n. 6985; Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2018 n. 1296, "il bene demaniale marittimo costituito dal porto turistico, non diversamente da un bene del patrimonio indisponibile quale uno stadio, rappresenta uno strumento per realizzare fini pubblici (oltre che per fornire un servizio ad una platea indifferenziata, seppur ristretta, di utenti), sì che la prospettata differenziazione fra le due tipologie di beni, ai fini della scelta delle modalità di gestione, si appalesa, a ben vedere, ingiustificata ed irragionevole.")

### 5) Differenza tra appalto e concessione di servizio

La giurisprudenza formatasi anche sotto la vigenza del previgente codice dei contratti, aveva chiarito che non rileva il "nomen juris" utilizzato, ma è determinante la "causa" del contratto, che è diversa per l'appalto e per la concessione. L'elemento di differenziazione è individuato nel trasferimento del rischio operativo, tipico della concessione e non dell'appalto. Dalla diversa natura giuridica del contratto, ne deriva l'applicabilità delle regole sulla scelta del contraente.

Risultano irrilevanti ai fini della individuazione della natura giuridica del contratto, sia la riscossione di tariffe, proventi e prezzi da parte degli utenti, sia la contribuzione pubblica, compatibile sia con l'appalto che con la concessione a determinate condizioni.

Diventa pertanto fondamentale individuare l'assetto economico del contratto che si vuole porre in essere, al fine di individuare se c'è effettivamente trasferimento del rischio operativo o meno, dal lato della domanda, dal lato dell'offerta, o da entrambi, e questo dipende dal concreto assetto del rapporto contrattuale.

### 6) Il trasferimento del rischio operativo elemento qualificante della concessione

Il comma 3 dell'articolo 177 dlgs n. 36/23, come modificato dall'articolo 55, comma 1, del D.Lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, identifica il rischio operativo, dai seguenti elementi:

- 1) Il rischio deriva da fattori esterni;
- 2) Tali fattori non sono soggetti al controllo delle parti.
- 3) Non rilevano rischi connessi a cattiva gestione, inadempimenti contrattuali o forza maggiore.

*"3. Il rischio operativo, rilevante ai fini della qualificazione dell'operazione economica come concessione, è quello che **deriva da fattori esterni, non soggetti al controllo delle parti**. Non rilevano i rischi connessi a cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali dell'operatore economico o a causa di forza maggiore."*

Tali requisiti del rischio operativo sono necessari ai fini della qualificazione del contratto come di partenariato-concessione e non come appalto di servizi.





## 6.1) Rischio di perdita non trascurabile

Il rischio operativo trasferito può riguardare il lato della domanda, il lato dell'offerta o entrambi.

Il rischio dal lato della domanda è quello associato alla domanda effettiva di lavori o servizi oggetto del contratto.

Il rischio dal lato dell'offerta è quello associato all'offerta dei lavori o servizi oggetto del contratto, in particolare il rischio che la qualità e quantità del servizio non corrisponda a quelle dedotte in contratto. (comma 1 art 177 dlgs n. 36/2023)

Indicatori del trasferimento del rischio operativo al concessionario, da considerare sulla base del valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi, sono:

- non deve essere garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi, in condizioni operative normali;
- la parte di rischio trasferita al concessionario deve comportare una effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui **ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile;**

## 6.2) Intervento pubblico di sostegno ed eventuale indennizzo

La struttura della concessione ammette anche l'intervento pubblico di sostegno solo se l'operazione economica non può da sola conseguire l'equilibrio economico-finanziario. (Comma 6 art 177 dlgs n. 36/23).

Esso può consistere:

- 1) in un contributo finanziario,
- 2) nella prestazione di garanzie,
- 3) nella cessione in proprietà di beni immobili o di altri diritti. (se sono beni disponibili)

La previsione di un indennizzo in caso di cessazione anticipata del rapporto non fa perdere la natura di concessione solo per le seguenti cause:

- 1) per motivi imputabili all'ente concedente,
- 2) per cause di forza maggiore.

## 6.3) Assenza di rischio nelle clausole contrattuali o negli atti di regolazione

Sempre ai sensi del comma 6 dell'articolo 177, si configura un appalto e non una concessione "se l'ente concedente attraverso **clausole contrattuali o altri atti di regolazione settoriale** sollevi l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale, garantendogli un ricavo minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto."

Poiché gli strumenti attraverso i quali è possibile annullare il trasferimento del rischio operativo sono o le clausole contrattuali contenute in vari documenti come i contratti, i capitolati o gli atti amministrativi richiamati nei contratti e nei capitolati, oltre ai regolamenti di settore, occorre svolgere



COMUNE DI GENOVA

una attenta istruttoria sulle clausole comunque applicabili e da qualunque fonte derivino. In particolare, occorre proseguire la semplificazione dei regolamenti comunali che a volte contengono disposizioni disallineate rispetto alle normative nazionali sopravvenute.

#### **6.4) Concessione con e senza remunerazione di prezzo (canone)**

La concessione di servizio può essere affidata senza alcuna remunerazione di prezzo, e per essere considerata concessione il comma 4 dell'articolo 177 ritiene necessario che *“il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore dipenda esclusivamente dalla domanda del servizio o del bene, oppure dalla loro fornitura”*.

Nei casi in cui è prevista la corresponsione di un canone al concessionario, ai fini del trasferimento del rischio operativo solo dal lato dell'offerta sono necessarie le seguenti condizioni:

- 1) Il contratto deve prevedere che il corrispettivo venga erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera;
- 2) Il contratto deve prevedere un sistema di penali che riduca proporzionalmente o annulli il corrispettivo (canone di disponibilità) dovuto all'operatore economico:
  - 2.1) nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera,
  - 2.2) di ridotta o mancata prestazione dei servizi,
  - 2.3) in caso di mancato raggiungimento dei livelli qualitativi e quantitativi della prestazione assunta dal concessionario.
- 3) Le variazioni del corrispettivo devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme dell'investimento, dei costi e dei ricavi.

Ai fini della contabilizzazione del contributo pubblico si applicano le decisioni Eurostat. (comma 7 art 177 dlgs n. 36/23)

#### **7) Equilibrio economico finanziario**

Il trasferimento del rischio all'operatore economico deve coordinarsi con l'equilibrio economico finanziario che deve permanere per tutta la durata del rapporto.

Per equilibrio economico finanziario si intende la contemporanea presenza di:

- 1) condizioni di convenienza economica;
- 2) sostenibilità finanziaria.

Esso 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. (comma 5 art. 177 dlgs n. 36/2023)





COMUNE DI GENOVA



## Direttive

Alla luce di quanto sopra esposto, si dispone che gli uffici, prima di addivenire alla predisposizione di atti amministrativi riguardanti la gestione di servizi, svolgano una istruttoria approfondita che consenta di individuare l'esatta natura giuridica del rapporto che si intende realizzare con l'operatore economico.

E in particolare ai fini della configurazione di una concessione è necessario dimostrare il trasferimento del rischio operativo indicando tutti gli elementi richiesti dalla normativa vigente, in forma tabellare, sintetica, e con dei dati e valori affidabili.

Le risultanze istruttorie dovranno essere esaminate da un tavolo congiunto composto dalla Direttrice della Stazione Unica Appaltante, dalla dirigente del Servizio Project Financing, dal dirigente titolare della funzione principale, dai dirigenti titolari di funzioni complementari, integrate o sovrapponibili. Il tavolo sopra detto decide la procedibilità della proposta, una volta verificato il rispetto dei parametri di massima stabiliti dalla normativa vigente per la configurabilità di un partenariato pubblico privato.

## Giurisprudenza sul trasferimento del rischio operativo

**T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 01/12/2023, (ud. 08/11/2023, dep. 01/12/2023), n.18072**

### **Project financing per tecnologia 5g Roma Capitale. Concessione**

Sussiste trasferimento del rischio operativo, in quanto c'è incertezza sul recupero degli investimenti effettuali e dei costi sostenuti in condizioni operative normali, e c'è aleatorietà nella domanda.

**T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 10/11/2023, (ud. 08/11/2023, dep. 10/11/2023), n.16766**

### **Concessione parcheggi pubblici**

Concessione per un periodo di 5 anni del servizio di gestione **dei parcheggi pubblici** a pagamento del Comune di Frascati.

*"Il rischio assunto dal concessionario si valuta proprio intorno alla aleatorietà della domanda di prestazioni poiché l'errore di valutazione del livello di domanda attendibile evidentemente condiziona la remuneratività dell'investimento e misura la validità imprenditoriale dell'iniziativa economica. Si tratta, come noto, di una tipologia di rischio imprenditoriale diversa da quella riscontrabile nel contratto di appalto (di lavori, servizi o forniture), proprio perché entra in giuoco un elemento imponderabile (cioè, la domanda di prestazioni per quel servizio pubblico, non determinabile a priori); elemento che nell'appalto non compare."*

**T.A.R. Napoli, (Campania) sez. IV, 01/09/2023, (ud. 27/07/2023, dep. 01/09/2023), n.4948**

### **Somministrazione mediante distributori automatici. Concessione.**

*L'affidamento del servizio di **somministrazione, per mezzo di distributori automatici**, di bevande calde e di alimenti preconfezionati è riconducibile all'attività di c.d. « vending », la quale costituisce fattispecie contrattuale mista o atipica, in quanto implicante sia una concessione d'uso di spazio pubblico, sia una concessione di servizi, che l'ente pubblico intende affidare a terzi, tramite installazione di distributori automatici. Deve, dunque, ritenersi che detto affidamento sia assimilabile alla categoria delle concessioni*





COMUNE DI GENOVA



*di servizi, connotate dall'assunzione del rischio operativo in capo al concessionario e dall'assenza, in tutto o in parte, di un corrispettivo erogato dall'Amministrazione in favore dell'operatore affidatario.*

**T.A.R. Perugia, (Umbria) sez. I, 27/10/2022, n.779**

*Il contratto di affidamento dei servizi di ristorazione mediante **distributori automatici** nelle istituzioni scolastiche ha natura di concessione di servizi, comprendendo la gestione economico-funzionale del servizio di ristoro attraverso distributori automatici di alimenti, bevande e quant'altro, collocati presso i locali dell'Amministrazione e le relative attività accessorie, e comportando, in capo all'affidatario, l'assunzione del rischio operativo legato alla sua gestione.*

**Consiglio di Stato sez. VII, 17/01/2023, (ud. 06/12/2022, dep. 17/01/2023), n.579**

**Concessione di spazi pubblicitari: appalto**

*Senonché, la concessione di spazi pubblicitari non soddisfa i requisiti della concessione di un servizio pubblico, poiché, anzitutto, il concessionario non assume alcun rischio operativo e non eroga alcun servizio.*

**Consiglio di Stato sez. VI, 04/05/2020, n.2810**

**Servizio di trasporto bus navetta: appalto di servizi**

*Il rapporto tra l'Università e l'impresa affidataria di un **servizio di trasporto** mediante bus-navetta, sorto dalla stipula di un contratto all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, poi ripetutamente rinnovato, è **qualificabile come appalto pubblico di servizi** con applicazione della relativa disciplina.*

*La previsione di un corrispettivo, posto integralmente a carico dell'**amministrazione aggiudicatrice** e determinato su base oraria, come da criterio di aggiudicazione della procedura, esclude il trasferimento del rischio operativo in capo al prestatore del servizio, ritenuto elemento discriminante per la sussistenza di una concessione di servizio di trasporto pubblico di passeggeri, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale,...*

**T.A.R. Roma, (Lazio) sez. III, 18/03/2020, (ud. 15/01/2020, dep. 18/03/2020), n.3371**

**Non sono revisionabili le tariffe nella concessione di servizi**

*<<Sussiste, peraltro, una ragione ancor più profonda che rende infondata la pretesa di revisione tariffaria vanamente vantata della società ricorrente: **si tratta della fondamentale caratteristica della concessione di servizi, che è tale da entrare nella causa stessa del contratto, costituita dal trasferimento in capo al concessionario del c.d. "rischio operativo"...***

*La redditività, per il concessionario, dell'attività convenuta con il concedente, proprio perché dipendente da canoni, prezzi o tariffe praticate nei confronti degli utenti del servizio, dipende inevitabilmente dalla curva della domanda del servizio proveniente dagli utenti e, dunque, è intrinsecamente esposta alle dinamiche del mercato. Tradizionalmente, infatti, quello di concessione si configura come un rapporto trilaterale nel quale, accanto al rapporto tra amministrazione concedente e concessionario, si colloca il "rapporto" del concessionario con la massa degli utenti che possono fruire del servizio, pagando un certo corrispettivo, mediante il quale il concessionario remunera i costi sostenuti per erogare il servizio stesso. Pertanto, la concessione di un servizio non può prescindere dal "rischio operativo" che si configura, in gran parte dei casi (e certamente nel caso in esame) come "rischio di domanda", il quale è legato ai diversi e oscillanti volumi di domanda provenienti dagli utenti, dai quali dipendono i maggiori o minori flussi di cassa di cui l'impresa può beneficiare (v. T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, n. 1600/2017).*





COMUNE DI GENOVA



*In direzione opposta al concetto che precede si muove invece l'azione promossa della società ricorrente la quale pretende una sorta di doveroso adeguamento automatico della tariffa, inversamente proporzionale alla variazione dei traffici portuali. Ma ciò non è conforme alla causa del contratto di concessione.>>*

**Consiglio di Stato sez. V, 01/04/2019, (ud. 21/03/2019, dep. 01/04/2019), n.2128...**

**Servizio di raccolta e trasporto rifiuti: appalto di servizi**

*"9. Nel caso di specie è pacifico che nessun rischio operativo legato alla gestione dei servizi sul lato della domanda o dell'offerta risulta traslato a carico del contraente privato, ed in particolare dell'odierna appellante SO.GE.S.A., posto che, come sottolinea il Comune di Monteiasi, per esso è previsto il pagamento di un corrispettivo "fisso ed invariabile", soggetto a "revisione e/o adeguamento ai sensi della normativa vigente" (ai sensi dell'art. 3 del contratto).*

*Non muta le conclusioni il fatto che l'onere economico finale sia nella sostanza riversato all'utenza del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti e degli altri servizi di igiene urbana oggetto del contratto, attraverso l'imposizione tributaria realizzata con la tassa per i rifiuti. Rispetto a questo distinto rapporto, intercorrente tra l'ente comunale impositore e i contribuenti in esso residenti, l'appaltatore è estraneo e comunque **garantito dal pagamento del corrispettivo contrattualmente stabilito.***

*10. Sulla base delle considerazioni finora svolte non vi sono elementi per ritenere, in contrasto con la qualificazione contrattuale data dalle stesse parti, che il servizio in questione - pur pacificamente qualificabile in base alle disposizioni del testo unico sull'ambiente richiamato dalla società appellante - sia stato affidato a quest'ultima mediante concessione anziché nelle forme espressamente previste dell'appalto."*

**Consiglio di Stato sez. V, 22/03/2019, (ud. 29/11/2018, dep. 22/03/2019), n.1922**

**Servizi museali integrati: appalto di servizi**

*Nella fattispecie in esame peraltro i servizi museali integrati sono affidati in appalto, come si evince dal bando di gara, come è chiarito dal punto 1.5 del disciplinare di gara, anche in forza del rinvio all'art. 23 del capitolato d'onere, alla stregua del quale "a compenso degli oneri assunti, relativamente ai servizi museali di cui agli articoli 7, 8 e 9, all'Appaltatore spetta una percentuale pari al 40%, al netto del ribasso offerto in gara, sull'incasso imponibile annuo pari a euro 22.500.000, derivante dalla vendita dei titoli di accesso ai musei. Sull'importo eccedente l'imponibile di cui sopra, all'Appaltatore spetta una percentuale fissa ed invariabile pari al 5%".*

*Si tratta di una modalità di determinazione del corrispettivo che si pone al di fuori del paradigma della concessione e si connette al modello dell'appalto (di servizi), il quale non prevede la traslazione della gestione del servizio e, correlativamente, del rischio operativo, che rimane invece in capo all'Amministrazione committente, la quale è tenuta a corrispondere il corrispettivo della prestazione contrattuale ricevuta a fronte di modalità di articolazione dei servizi predeterminata nel capitolato, al punto da rendere difficilmente ipotizzabile la stessa implementazione dei ricavi.*

*In tale contesto, non è concettualmente ostativa la circostanza che il corrispettivo non sia rigidamente predeterminato, ma effettivamente parametrato sull'incasso imponibile annuo, ciò apparendo compatibile con il sinallagma contrattuale, anche in considerazione delle articolate modalità di determinazione dell'imponibile previste dall'art. 23 del capitolato.*





COMUNE DI GENOVA

Ne consegue che, **al cospetto di un appalto**, in cui il rischio operativo rimane in capo alla stazione appaltante, è coerente che l'offerta sia parametrata **sui costi storici**, poiché i ricavi non possono essere autonomamente determinati in base a dati probabilistici, incidenti inevitabilmente sull'attendibilità dell'offerta presentata in gara.

**Consiglio di Stato sez. V, 21/03/2018, n.1811**

**Remunerazione garantita da soggetti terzi nella concessione. Irrilevanza dei rischi legati a una cattiva gestione o errori di valutazione.**

La giurisprudenza europea, prima dell'entrata in vigore della Direttiva del Parlamento europeo del Consiglio 2014/23/UE, ha chiarito che elemento decisivo ai fini della qualificazione dell'affidamento di un certo servizio come concessione risiede nel **trasferimento del rischio** (cfr. Corte giustizia Comunità europee, 13 novembre 2008, C-437/07, Commissione c. Italia), specificando ulteriormente che il rischio va inteso come **esposizione all'alea di mercato** che ricorre, in primo luogo, nel caso in cui, **essendo la remunerazione del servizio garantita da soggetti terzi rispetto all'amministrazione, l'operatore economico può trovarsi nella situazione in cui il ricavato dell'attività svolta a favore dei terzi non consente la copertura integrale dei costi sostenuti** (cfr. Corte giustizia Unione europea, 10 marzo 2011, C-274/09, Strong Segurança SA), mentre **non assumono rilevanza i rischi legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico poiché insiti in qualsiasi contratto**, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico di servizi ovvero a quella della concessione di servizi (cfr. Corte giustizia Unione europea, 10 novembre 2011, C-348/10, Norma-A Sia).

**T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. IV, 09/02/2018, (ud. 25/01/2018, dep. 09/02/2018), n.386**

**Appalto di installazione e gestione impianti ed apparecchiature di controllo stradale. Non è concessione**

Tutto ciò premesso, **appare arduo individuare nello schema contrattuale proposto da Safety21 una forma di "rischio operativo", come richiesto dalla legge.**

Infatti, l'attività del concessionario non è soggetta ai rischi ed alle "fluttuazioni del mercato" di cui parla l'art. 3, lettera zz) del codice (sempre ammesso che si possa parlare di "mercato" in senso economico per l'attività di accertamento degli illeciti stradali); **il concessionario ottiene innanzi tutto un canone mensile fisso, mentre per la parte restante il rischio è semmai legato ad una eventuale inerzia o negligenza dell'ente concedente nella riscossione delle sanzioni, ma è evidente che non si tratta di un rischio di mercato.**

Inoltre, nella concessione di servizi, il corrispettivo è costituito esclusivamente dal diritto di gestire il servizio, oppure da tale diritto accompagnato da un prezzo, ma nel caso di specie l'apparente concessionario è di fatto remunerato esclusivamente dall'ente pubblico, secondo quindi lo schema negoziale tipico dell'appalto e non della concessione.

Se la proposta della sedicente finanza di progetto non rientra nello schema della concessione di servizi, neppure appaiono applicabili le norme sul partenariato, facendo difetto la tipologia di rischi di cui al citato comma 3 dell'art. 180 del codice.





COMUNE DI GENOVA

*In primo luogo, è evidente l'assenza di rischio di domanda, non essendo immaginabile una domanda di servizio per l'attività dell'ente pubblico di accertamento e repressione degli illeciti connessi alla circolazione stradale.*

*Neppure sussiste però un rischio di costruzione (nella presente fattispecie legato agli impianti ed alle apparecchiature di controllo stradale), posto che la Provincia deve garantire gli spazi di collocazione, anche se di proprietà di terzi e che **in taluni casi il concessionario neppure deve provvedere alla manutenzione né risponde dei casi di disattivazione** (cfr. ancora il citato art. 7 della convenzione).*

*Quanto al rischio di disponibilità, lo stesso è legato alla capacità del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite (cfr. l'art. 3, lettera bbb del codice), ma nel caso di specie non appaiono sussistere particolari rischi nella collocazione degli apparecchi e nella loro successiva gestione, considerato quanto già sopra esposto in ordine agli obblighi del concessionario e del concedente.*

*Tali conclusioni non mutano neppure alla luce della norma dell'art. 4 della convenzione, secondo cui in nessun caso il compenso per il concessionario, comprensivo dei canoni, potrà superare il 60% dei proventi delle sanzioni incassate dal concedente.*

*La norma si limita a fissare un tetto massimo del corrispettivo a favore del concessionario - che in ogni modo percepisce ogni mese i canoni di noleggio nella misura predeterminata, salvo il conguaglio annuale - ma non trasla sull'operatore i rischi di "mercato", come prevede la normativa in materia, posto che l'unico rischio cui è esposto il contraente privato è legato semmai all'inadempimento da parte del concedente nell'esercizio dei propri compiti, ma questo rientra in uno schema negoziale di contratto di scambio e non in un trasferimento di rischio esterno di mercato in capo ad una delle parti contrattuali.*

Si dispone la pubblicazione di questa Circolare sulla pagina di Amministrazione Trasparente del sito del Comune di Genova.

Il Segretario Direttore Generale  
Dott.ssa Concetta Orlando  
(documento firmato digitalmente)



Comune di Genova | Segreteria Generale Direzione Generale |  
Via Garibaldi, 9 - Palazzo Albini, VI piano, stanza 626 | 16124 Genova |  
Tel 0105572202-72566-72132 | [direzionegenerale@comune.genova.it](mailto:direzionegenerale@comune.genova.it)  
[segreteria@comune.genova.it](mailto:segreteria@comune.genova.it) [www.visitgenoa.it](http://www.visitgenoa.it)

