

**AUTORIZZAZIONI E CONCESSIONI: Concessioni mista di servizi e lavori - Requisiti dei concessionari - Art. 95, comma 3, d.P.R. n. 207 del 2010 - Ratio - Applicabilità - Concorrenza.**

**Tar Lazio - Roma, 28 ottobre 2020, n. 10997**

- in *Urbanistica e appalti*, 2, 2021, pag. 266, con commento di Alberto di Mario, *La gara per l'affidamento della concessione di servizi ed i lavori complementari tra affidamento a terzi e subappalto*.

*“[...] Per quanto riguarda l'applicabilità o meno dell'art. 95, comma 3, dpr n. 207/10, si ritiene preferibile la soluzione orientata a non aderire a una interpretazione letterale e formalistica, inserita nel contesto temporale di riferimento dato dal d.lgs. n. 163/06 e dal correlato Regolamento di cui al dpr n. 207/10, che non regolavano le concessioni di servizi (o miste), a loro volta in aderenza alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.*

*Ciò proprio perché la normativa “codicistica” dei contratti pubblici prende le sue fondamenta, anche interpretative, nella normativa dell'Unione europea e, quindi, non può ora ignorarsi l'adozione della direttiva 2014/23/UE che comprende nel suo novero anche le concessioni di servizi e non più solo quelle di lavori.*

*La logica “formalistica” di cui all'impugnato parere, peraltro [...] porterebbe a questo punto alla illogica discriminazione tra concessioni di lavori e concessioni di servizi (o miste), quest'ultime – come detto – ormai entrate “a pieno titolo” nella considerazione del legislatore eurounitario.*

*Se la “ratio” di cui all'art. 95 cit era – ed è in effetti - quella di favorire la concorrenza, ampliando la platea dei partecipanti a una concessione di lavori, quando la realizzazione dell'opera costituisce l'essenza stessa della concessione, consentendo al concorrente che non possiede i requisiti richiesti di partecipare comunque alla gara, impegnandosi ad affidarne l'esecuzione a soggetti terzi qualificati, non si comprenderebbe la logica di una situazione ove, in una concessione di servizi (o mista) in cui la componente dei lavori può essere una parte residuale ma pur sempre “contrattuale” – come indubbiamente nel caso di specie - il concorrente dovrebbe comunque possedere i requisiti richiesti per poter eseguire i lavori, salva la (sola) possibilità di subappalto - e non di “appalto a terzi” - nei limiti dati dalla norma su una quota parte (salva evoluzione normativa e giurisprudenziale in atto sul punto ma non ancora definita). Si verrebbe, così, a vanificare la condivisibile impostazione di fondo orientata a favorire la concorrenza, che oggi non ha motivo di restare ancorata alle sole concessioni di lavori, alla luce dell'evoluzione normativa eurounitaria di cui alla ricordata direttiva 2014/23/UE [...]”.*

## FATTO

Il Comune di Grosseto pubblicava un bando di gara con il quale era indetta una procedura per l'affidamento in concessione di lavori di riqualificazione energetica, con relativa progettazione definitiva ed esecutiva, e del servizio di gestione della piscina comunale di via Lago di Varano.

La gara – a cui partecipavano diverse concorrenti - era aggiudicata alla società Olympic Nuoto Napoli s.s.d. a r.l. (“Olympic”), con la Virtus Buonconvento s.s.d. a r.l. (“Virtus”), in ATI con due mandanti, collocata al secondo posto.

In merito all'aggiudicazione, Virtus presentava all'Autorità Nazionale Anticorruzione (“Anac” o “Autorità”) un'istanza per l'emissione di un parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 (“Codice”), contestando la legittimità dell'aggiudicazione per violazione dei limiti quantitativi consentiti dalla disciplina del subappalto (in particolare, veniva contestato che l'operatore economico aveva dichiarato di appaltare interamente a terzi le attività di progettazione, direzione lavori, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, nonché tutte le lavorazioni da eseguire, in ritenuta palese violazione e contrasto con quanto previsto dagli artt. 31, comma 8, e 105 del d.lgs. cit.).

Successivamente, dato che dalla lettura dell'offerta di Olympic non emergeva la volontà di subappaltare l'attività di progettazione e di lavori, bensì di voler appaltare a terzi tali attività mediante procedure ad evidenza pubblica, Virtus sosteneva comunque l'illegittimità dell'impiego dell'istituto dell'”appalto a terzi”, sul presupposto che le prestazioni che Olympic intendeva affidare a terzi costituivano comunque oggetto della concessione e non potevano essere esternalizzate con tale modalità.

Sull'adesione delle parti, l'Anac emetteva il parere vincolante richiesto e sosteneva l'illegittimità dell'aggiudicazione, ritenendo non conforme alla normativa di settore la clausola del bando di gara che riconosce al concessionario, in possesso dei requisiti di qualificazione necessari allo svolgimento del servizio, la possibilità di appaltare interamente a terzi i servizi tecnici e le lavorazioni previste negli atti di gara.

Avverso tale parere insorgeva lo stesso Comune di Grosseto con rituale ricorso a questo Tribunale, ove lamentava, in sintesi, quanto segue.

“I. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1, 28 E 83 DEL CODICE, NONCHÉ DELL'ART. 95 DEL D.P.R. 5 OTTOBRE 2010, N. 207. VIOLAZIONE DELL'ART. 3 DELLA L. 241/1990. ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA, CARENZA DI ISTRUTTORIA, ERRATA VALUTAZIONE DEI PRESUPPOSTI, ILLOGICITÀ E IRRAGIONEVOLEZZA DELLA MOTIVAZIONE, NONCHÉ CONTRADDIZIONE TRA

MOTIVI E DISPOSITIVO. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ E FAVOR PARTECIPATIONIS.”

Nel caso in esame si era in presenza di una concessione “mista”, di servizi e lavori. Di conseguenza, il Comune ricorrente non comprendeva la ragione per la quale l’art. 95, comma 3, dpr cit. (che consente all’aspirante concessionario, che non è in possesso dei requisiti richiesti per l’esecuzione di lavori, di farli eseguire da altri soggetti qualificati) non poteva trovare applicazione, per quanto compatibile, nel caso in esame.

Ritenendo legittimo il parere dell’Anac si arriverebbe, a detta del ricorrente, ad ammettere una disparità di trattamento tra i concessionari di lavori e i concessionari di servizi.

Il Comune di Grosseto, sul punto, non condivideva la conclusione per la quale il mancato richiamo all’art. 95, comma 3, cit. nel bando di gara poteva essere sufficiente a escludere l’applicazione dell’affidamento mediante “appalto a terzi” di lavori strumentali all’esecuzione del servizio.

Il parere impugnato, per il ricorrente, era errato anche nella parte in cui sembrava alludere ad una violazione dell’art. 28 del Codice. Nel caso di specie Olympic, infatti, era in possesso di tutti i requisiti di qualificazione e capacità richiesti per l’esecuzione delle attività individuate dal bando di gara e i requisiti per l’esecuzione dei lavori di riqualificazione energetica, pur non essendo posseduti direttamente da Olympic, erano garantiti dal soggetto che sarebbe stato selezionato da tale aggiudicataria.

“II. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1, 164 E 177 DEL CODICE. VIOLAZIONE DELL’ART. 3 DELLA L. 241/1990. ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA, CARENZA DI ISTRUTTORIA, ERRATA VALUTAZIONE DEI PRESUPPOSTI. ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI MOTIVAZIONE O, IN OGNI CASO, PER ILLOGICITÀ, IRRAGIONEVOLEZZA E CONTRADDITTORIETÀ DELLA MOTIVAZIONE. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ E FAVOR PARTECIPATIONIS”.

Il Comune ricorrente si doleva del fatto che l’Autorità aveva irragionevolmente escluso l’applicabilità dell’art. 1, comma 2, lett. d), cit. del Codice, dato che tale disposizione ben poteva, infatti, trovare applicazione nel caso di specie perché:

- i lavori affidati a terzi erano strettamente strumentali alla gestione del servizio;
- tali lavori avevano ad oggetto opere pubbliche che sarebbero diventate di proprietà dell’amministrazione aggiudicatrice.

L’Anac, inoltre, non poteva restringere l’utilizzo dell’istituto dell’“appalto a terzi” alle sole ipotesi previste dall’art. 177 del Codice, come illustrato nell’impugnato parere, in quanto, così facendo,

avrebbe disatteso le previsioni del Codice stesso che individuano l'utilizzo di tale istituto come strumento di carattere generale a disposizione dei concessionari.

Si costituivano in giudizio l'Anac, Virtus e Olympic, rispettivamente per confutare o sostenere, nei limiti dei rispettivi interessi, le posizioni del Comune di Grosseto.

L'Autorità, in sintesi, nella sua posizione difensiva sosteneva che:

- Olympic, già in fase di gara, avrebbe dovuto dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione per l'esecuzione dei lavori. Alle concessioni di servizi (o mista, come quella in esame), infatti, non si applica l'art. 95, comma 3, d.p.r. n. 207/2010, in base al quale, quando i concessionari non eseguono direttamente i lavori oggetto della concessione, gli stessi non devono essere in possesso dei requisiti di qualificazione prescritti per eseguire i lavori pubblici ma è sufficiente che, in fase di gara, dimostrino solo il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi;
- Olympic non poteva appaltare a terzi, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. d) del Codice, in quanto tale disposizione consentirebbe di appaltare solo i lavori necessari per l'esecuzione della concessione, ma che non sono direttamente oggetto della concessione stessa come invece nel caso di specie.

In più, era specificato che: a) l'art. 95 del dpr n. 207/10 era dettato esclusivamente per le concessioni di lavori; b) per l'art. 28 del Codice, l'operatore economico deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità per ciascuna prestazione di lavori, servizi e forniture; c) l'"appalto a terzi" non trova riferimenti normativi nel Codice, ad eccezione dell'art. 177 (che riguarda però solo le concessioni di lavori, servizi e forniture già in essere alla data di sua entrata in vigore, non affidate mediante la finanza di progetto ovvero con procedure ad evidenza pubblica); d) la "ratio" dell'istituto dell'abrogato – eccezion fatta per il suddetto art. 177 – "appalto a terzi" non risiede del favore alla partecipazione alla gara di soggetti non qualificati, ma, quale strumento di garanzia della concorrenza, nell'esigenza di evitare che nel settore delle concessioni di lavori si crei un regime di monopolio a favore di medesimi e ripetuti affidatari.

La domanda cautelare era rinviata alla fase di merito su concorde istanza delle parti alla relativa camera di consiglio.

In prossimità della pubblica udienza, il ricorrente, l'Anac e Virtus depositavano memorie illustrative e, alla data del 7 ottobre 2020, la causa era trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Il Collegio, premettendo che - nonostante la rilevanza territoriale della vicenda si esaurisca esclusivamente nella Regione Toscana - è competente a pronunciarsi ai sensi degli artt. 14, comma

1, 133, comma 1, lett. l), e 135, comma 1, lett. c), c.p.a., ritiene necessario inquadrare la fattispecie di affidamento oggetto del contenzioso.

Il bando di gara è esplicito nel riferire: *“Oggetto della presente concessione sono i lavori di riqualificazione energetica con relativa progettazione definitiva ed esecutiva e il servizio di gestione della piscina comunale coperta ubicata in Grosseto Via Lago di Varano. Interesse e obiettivo principale del Comune di Grosseto è quello di favorire la pratica sportiva e l’accesso agli impianti sportivi di proprietà comunale riconoscendo la finalità educativa, ricreativa e sociale dello sport.”*

La durata dell’affidamento in gestione dei suddetti impianti è stabilita in venti anni e il valore totale della concessione è stimato, ai sensi dell’art. 167 del Codice, in € 8.961.734,63 al netto di IVA nei termini di legge come da piano economico finanziario predisposto dall’Amministrazione, mentre l’importo totale dei lavori oggetto della concessione è stimato in €. 246.568,31 oltre IVA nei termini di legge, di cui €. 244.153,31 oltre IVA nei termini di legge, per lavori ed €. 2.415,00, oltre IVA nei termini di legge, per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso; le lavorazioni previste richiedono le Categorie OS28-I, OS30-I e OS22-I (art. 1 del Disciplinare).

L’art. 3 del Disciplinare precisa che per “la presente concessione” era ammesso il subappalto ai sensi degli artt. 105 e 174 del Codice e che *“...Nel caso in cui il concorrente intenda affidare a terzi lavori e/o attività tecniche di progettazione - sicurezza - direzione lavori oggetto della presente concessione dovrà indicare la relativa percentuale sul valore complessivo della concessione all’interno del Modello 3 di cui all’art. 13 del presente Disciplinare. Il suddetto affidamento dovrà avvenire nel rispetto di quanto previsto dal Codice.”*

L’art. 8 del Disciplinare prevede che *“Il requisito di cui al punto 8.2.4 dovrà essere posseduto esclusivamente dal membro del raggruppamento che svolgerà le attività di progettazione e direzione lavori se queste non sono appaltate a terzi”*.

Ne consegue, come d’altronde rilevato dalla stessa Anac nel parere contestato, che si è in presenza di una concessione “mista” di servizi e di lavori, ove prevalente è la gestione del primo, vista l’esiguità dell’importo dei lavori collegati e il dichiarato scopo, di cui al Disciplinare, *“...di favorire la pratica sportiva e l’accesso agli impianti sportivi di proprietà comunale riconoscendo la finalità educativa, ricreativa e sociale dello sport”*.

Ne consegue che fulcro della fattispecie è quello legato alla normativa applicabile e alla conseguente possibilità di dare luogo ad “appalto a terzi” anche nel caso di concessione “mista”, a prevalenza di servizi.

Ebbene, le tesi delle parti, in assenza di disposizioni normative specifiche e circostanziate sul punto, si soffermano sui rapporti tra d.p.r. n. 207/2020, come adottato nella vigenza del d.lgs. n. 163/06, e “nuovo codice dei contratti pubblici”, di cui al d.lgs. n. 50/2016.

Nel primo motivo, parte ricorrente ritiene che alla fattispecie sia (ancora) applicabile l’art. 95, comma 3, d.p.r. cit., secondo il quale *“Se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione, deve essere in possesso esclusivamente degli ulteriori requisiti di cui al comma 1, lettere a), b), c) e d)”*.

Il mancato richiamo all’art. 95, comma 3, cit. nel bando di gara – sostiene il ricorrente - non può essere sufficiente a escludere l’applicazione dell’art. 1, comma 2, lett. d) del Codice che, nel caso della concessione di servizi, consente l’affidamento mediante “appalto a terzi” di lavori strumentali all’esecuzione del servizio. E ciò proprio perché il bando di gara – e in genere gli atti amministrativi – non possono in alcun modo escludere l’applicazione di norme di rango primario e secondario, quale è, nel caso di specie, l’art. 1, co. 2, lett. d), cit., secondo cui: *“Le disposizioni del presente codice si applicano, altresì, all’aggiudicazione dei seguenti contratti: ...d) lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell’amministrazione aggiudicatrice.”*

Il parere impugnato, per il Comune ricorrente, è errato anche nella parte in cui allude ad una violazione dell’art. 28 del Codice. Nel caso di specie Olympic, infatti, è in possesso di tutti i requisiti di qualificazione e capacità richiesti per l’esecuzione delle attività individuate dal bando di gara e i requisiti per l’esecuzione dei lavori di riqualificazione energetica, pur non essendo posseduti direttamente da Olympic, sarebbero garantiti da soggetto successivamente selezionato dall’aggiudicataria con le caratteristiche della procedura a evidenza pubblica, a garanzia della stessa Amministrazione che avrebbe comunque riacquisito il possesso del bene.

Olympic, nella sostanza, concorda con le tesi del Comune, osservando anche che il testo dell’art. 95, comma 3, cit. comprensibilmente all’epoca non poteva rivolgersi in maniera esplicita alle concessioni di servizi, non previste dal d.lgs. n. 163/06 se non nella limitata previsione del suo art. 30. Inoltre, anche alla luce della direttiva 2014/23/UE, le norme del Regolamento di cui al dpr n. 207/10 devono essere interpretate alla luce della nuova sistematica europea e non possono non intendersi riferite, e applicate, direttamente, per quanto compatibili, anche alle concessioni di servizi e a quelle “miste”, ormai parte integrante del novero dei contratti a evidenza pubblica, fermo restando che, nella specie, la componente dei lavori è del tutto secondaria e irrisoria rispetto al valore del servizio e alla natura stessa della concessione e che Olympic possiede tutti i requisiti richiesti dal bando per ciascuna tipologia di gestione in tal senso.

L'art. 1 del vigente Codice non può che sottintendere l'"appalto a terzi", altrimenti non si spiegherebbero quali lavori un concessionario potrebbe fare eseguire a terzi, se non proprio quelli rientranti nella concessione di servizi o "mista" e che sono strumentali all'espletamento del servizio che ne è oggetto. Tale conclusione – per Olympic - è confermata anche da uno schema di contratto "PPP" (partenariato pubblico-privato) predisposto dalla Ragioneria Generale dello Stato.

L'Autorità, con tesi sostanzialmente sposate anche da Virtus, esclude invece l'applicabilità dell'art. 95, comma 3, cit. e neppure ritiene invocabile l'art. 1, comma 2, lett. d) del Codice vigente. Riguardo al primo richiamo normativo, la tesi dell'Anac – come illustrate anche nelle sue difese in questa sede - si sorregge, in sostanza, sulla considerazione per la quale l'art. 95 si rivolgeva alle sole concessioni di lavori e comunque non è possibile alcuna estensione interpretativa di un "Regolamento" adottato ai sensi dell'abrogato Codice di cui al d.lgs. n. 163/06. Riguardo all'art. 1, comma 2, lett. d) del vigente Codice, Anac sostiene che tale disposizione consentirebbe di appaltare solo i lavori necessari per l'esecuzione della concessione ma che non sono direttamente oggetto della concessione stessa, come invece nel caso di specie, dato che la sua formulazione deve essere letta, nel caso di specie, in combinato con l'art. 28 dell'attuale Codice, il quale prevede che: *"L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere sia requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto"*.

Inoltre, l'istituto dell'"appalto a terzi", che era stato originariamente disciplinato dall'art. 146 del d.lgs. n. 163/2006, non trova ora richiami normativi nel nuovo Codice, ad eccezione dell'art. 177, che, tuttavia, concerne le concessioni di lavori, servizi e forniture già in essere alla data di entrata in vigore del Codice stesso e non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica.

Virtus, dal canto suo, sostiene che non è comunque invocabile l'istituto dell'"appalto a terzi" anche perché la sua operatività è legata dal legislatore alla sola fase della esecuzione di una concessione già aggiudicata e con riferimento ai c.d. "lavori strumentali", estranei all'oggetto della concessione stessa. Nel caso di specie Olympic non possiede tutti i requisiti richiesti per i lavori, comunque oggetto, sia pure in piccola parte, della concessione e non può avvalersi quindi dell'istituto dell'"appalto a terzi", anche se per ipotesi vigente. Inoltre, l'invocato principio del "favor participationis" vale pur sempre nel novero dei soli operatori in possesso dei necessari requisiti individuati "ex ante", fermo restando che Olympic ben poteva partecipare in RTI come aveva fatto Virtus.

Tali tesi ostative alla posizione prospettata dal Comune ricorrente, per il Collegio non sono condivisibili, sia pure nella loro suggestività legata anche all'assenza di un ben delineato quadro normativo sulla fattispecie.

Il Collegio, infatti, considera più persuasive le tesi del Comune ricorrente e di Olympic per una serie di ragioni che si vanno a evidenziare.

Per quanto riguarda l'applicabilità o meno dell'art. 95, comma 3, dpr n. 207/10, si ritiene preferibile la soluzione orientata a non aderire a una interpretazione letterale e formalistica, inserita nel contesto temporale di riferimento dato dal d.lgs. n. 163/06 e dal correlato Regolamento di cui al dpr n. 207/10, che non regolavano le concessioni di servizi (o miste), a loro volta in aderenza alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Ciò proprio perché la normativa "codicistica" dei contratti pubblici prende le sue fondamenta, anche interpretative, nella normativa dell'Unione europea e, quindi, non può ora ignorarsi l'adozione della direttiva 2014/23/UE che comprende nel suo novero anche le concessioni di servizi e non più solo quelle di lavori.

La logica "formalistica" di cui all'impugnato parere, peraltro, come osservato dal parte ricorrente, porterebbe a questo punto alla illogica discriminazione tra concessioni di lavori e concessioni di servizi (o miste), quest'ultime – come detto – ormai entrate "a pieno titolo" nella considerazione del legislatore eurounitario.

Se la "ratio" di cui all'art. 95 cit era – ed è in effetti - quella di favorire la concorrenza, ampliando la platea dei partecipanti a una concessione di lavori, quando la realizzazione dell'opera costituisce l'essenza stessa della concessione, consentendo al concorrente che non possiede i requisiti richiesti di partecipare comunque alla gara, impegnandosi ad affidarne l'esecuzione a soggetti terzi qualificati, non si comprenderebbe la logica di una situazione ove, in una concessione di servizi (o mista) in cui la componente dei lavori può essere una parte residuale ma pur sempre "contrattuale" – come indubbiamente nel caso di specie - il concorrente dovrebbe comunque possedere i requisiti richiesti per poter eseguire i lavori, salva la (sola) possibilità di subappalto - e non di "appalto a terzi" - nei limiti dati dalla norma su una quota parte (salva evoluzione normativa e giurisprudenziale in atto sul punto ma non ancora definita). Si verrebbe, così, a vanificare la condivisibile impostazione di fondo orientata a favorire la concorrenza, che oggi non ha motivo di restare ancorata alle sole concessioni di lavori, alla luce dell'evoluzione normativa eurounitaria di cui alla ricordata direttiva 2014/23/UE.

Il Collegio, poi, trova condivisibile anche l'ulteriore ragione addotta dal Comune di Grosseto, secondo il quale il mancato richiamo ai requisiti di cui all'art. 95, comma 1, dpr cit. e la presenza di

quello all'art. 83, comma 1, lett. c) del Codice, di cui alla legge di gara, non implicherebbe la volontà di escludere l'applicazione della norma regolamentare in questione. Infatti, tale assenza può ben interpretarsi nella volontà di escludere il possesso di requisiti ingenti (*"...devono essere qualificati secondo quanto previsto dall'articolo 40 del codice e dall'articolo 79, comma 7, del presente regolamento, con riferimento ai lavori direttamente eseguiti ed essere in possesso dei seguenti ulteriori requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi:..."*), di cui all'art. 95, comma 1, cit.) per lavori di proporzione ridottissima rispetto al valore del servizio, su cui si incentra l'essenza dell'affidamento come sopra ricordato. Logica, pertanto, in questa ottica, la presenza del richiamo all'art. 83, comma 1, lett. c), e comma 2 del Codice vigente secondo cui: *"...I criteri di selezione riguardano esclusivamente:*

- a) i requisiti di idoneità professionale;*
- b) la capacità economica e finanziaria;*
- c) le capacità tecniche e professionali.*

*2. I requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione..."*

Riguardo alla ritenuta ostatività individuata dall'Anac nell'art. 28, comma 1, del Codice sui contratti misti di appalto, si rileva che tale comma afferma che: *"...L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto..."*, senza per questo però escludere la possibilità di possedere i requisiti in questione tramite affidamento a terzi con le forme dell'evidenza pubblica.

In ordine a quanto lamentato con il secondo motivo di ricorso, anche sotto tale profilo il Collegio ritiene più convincente, e aderente alla volontà del legislatore, la ricostruzione di parte ricorrente (coadiuvata da Olympic), laddove evidenzia che la disposizione di cui all'art. 1, comma 2, lett. d), del Codice (*"...d) lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice"*), che l'Anac esclude di considerare in virtù del mancato esplicito richiamo all'istituto dell'"appalto a terzi", in realtà ben può comprendere anche l'ipotesi in cui il concessionario di servizi intenda affidare a terzi i lavori oggetto della concessione mista, se questi sono funzionali alla gestione del servizio stesso e inerenti a realizzare lavori comunque destinati a diventare di proprietà pubblica, come nel caso di specie, laddove il concessionario

intende e dichiara di volere operare con l'affidamento di un appalto a terzi, da aggiudicare ai sensi delle procedure di evidenza pubblica di cui all'attuale Codice.

Nella fattispecie in esame appare evidente e non contestato che Olympic intende affidare lavori che sono strettamente funzionali alla gestione del servizio per opere di cui beneficerà direttamente l'amministrazione pubblica acquisendone la proprietà.

Che, quindi, anche tali lavori siano indicati come oggetto della concessione non appare circostanza ostativa nel senso individuato dall'Anac (qui coadiuvata nelle sue tesi da Virtus), in quanto appare logico – e non è dimostrato il contrario nel caso di specie – che il concessionario appalti a terzi solo i lavori strumentali alla realizzazione del servizio come ritenuto primario e ben prevalente nell'oggetto della concessione stessa e non altri.

Così pure, che l'art. 177 del codice limiti alle sole fattispecie ivi contemplate l'"appalto a terzi", trova spiegazione nei ristretti limiti intertemporali ivi previsti ma non può essere considerata una norma assoluta di chiusura come invece interpretata dall'Anac, anche nelle sue difese in questa sede.

In sostanza, una più coerente ricostruzione della complessa fattispecie in esame consente di ritenere che il combinato normativo di cui all'art. 1, comma 2, lett. d), del Codice e all'art. 95, comma 3, del dpr n. 207/2010 sia applicabile e vigente, consentendo la possibilità, in una concessione mista, di affidare a terzi gli appalti dei lavori strumentali alla relativa gestione del servizio prevalente con affidamento nel rispetto delle disposizioni del Codice stesso, come accadrebbe nel caso in esame.

In tal senso, se pure lo schema di PPP richiamato da Olympic non appare fonte privilegiata e decisiva, ben può essere considerato un elemento, proveniente da organo qualificato quale è la Ragioneria Generale dello Stato, idoneo a confortare tale impostazione ermeneutica come finora evidenziata.

Alla luce di quanto illustrato, pertanto, il ricorso deve trovare accoglimento.

Le spese di lite possono essere eccezionalmente compensate tra tutte le parti costituite per la novità della fattispecie, tranne per quanto riguarda il contributo unificato, da porsi a carico dell'Anac ai sensi dell'art. 13, comma 6bis.1, d.p.r. n. 115/2002,

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate, tranne per quanto riguarda il contributo unificato, ai sensi dell'art. 13, comma 6bis.1, d.p.r. n. 115/2002, da porsi a carico dell'Anac.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 7 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente FF, Estensore

Laura Marzano, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario