



CORTE DEI CONTI

SEZIONE CENTRALE DEL CONTROLLO DI LEGITTIMITÀ SUGLI ATTI DEL GOVERNO E DELLE AMMINISTRAZIONI DELLO STATO

IL DIRIGENTE

Al **Ministero della cultura**

Capo di gabinetto

udcm@pec.cultura.gov.it

Al **Capo del Dipartimento per la valorizzazione del patrimonio culturale**

diva@pec.cultura.gov.it

Al **Direttore generale del Parco archeologico di Pompei**

pa-pompei@pec.cultura.gov.it

Alla **Presidenza del Consiglio dei ministri**

Segretario generale

usg@mailbox.governo.it

Al **Ministero dell'economia e delle finanze**

Capo di gabinetto

ufficiodigabinetto@pec.mef.gov.it

Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato

rgs.ragionieregenerale.coordinamento@pec.mef.gov.it

Ufficio centrale di bilancio presso il Ministero della cultura

rgs.ucb.mbac.gedoc@pec.mef.gov.it

Ragioneria territoriale dello Stato per la Campania

Direzione Generale

rts-na.rgs@pec.mef.gov.it

Oggetto: Trasmissione deliberazione.

Risoluzione della questione di massima per il decreto del Direttore del Parco archeologico di Pompei del 5 dicembre 2024, n. 409, di approvazione del contratto



CORTE DEI CONTI

del 4 dicembre 2024, n. 196, per l'affidamento in concessione, per tre anni, con opzione di proroga per altri due, del servizio di gestione dei *bookshop* e del servizio di noleggio audioguide all'interno del Parco archeologico di Pompei, per un valore complessivo di euro 35.853.036,00.

Facendo seguito alla nota prot. n. 5755 del 4 febbraio 2025, si trasmette la deliberazione SCCLEG/1/2025/PREV, emessa dalla Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato nell'adunanza generale del 4 febbraio 2025, concernente il provvedimento indicato in oggetto.

Francesca Pluchinotta Palmeri



FRANCESCA
PLUCHINOTTA
PALMERI
CORTE DEI
CONTI
06.03.2025
12:32:17
GMT+01:00



CORTE DEI CONTI

Deliberazione n. SCCLEG/1/2025 PREV



CORTE DEI CONTI

La Corte dei conti

**Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle
Amministrazioni dello Stato**

presieduta dal Presidente della Sezione Ermanno Granelli;

composta dai magistrati: Maria Luisa Romano, Carmela Mirabella, Nicola Bontempo, Luigi Caso, Mauro Oliviero, Laura Cafasso, Francesco Targia, Maurizio Massa, Elena Brandolini, Rosalba Di Giulio, Luca Fazio, Laura D'Ambrosio, Stefano Castiglione, Alberto Rigoni, Marco Boncompagni, Benedetta Cossu, Daniele Bertuzzi, Fabia D'Andrea, Valeria Franchi, Francesco Belsanti, Filippo Izzo, Donato Centrone, Roberto D'Alessandro, Gioacchino Alessandro, Michela Muti, Tullio Ferrari, Renato Catalano, Emanuele Scatola (*Relatore*), Ottavio Caleo, Laura Alesiani, Federica Pasero, Ruben D'Addio, Costantino Nassis;

nell'adunanza generale del 4 febbraio 2025

Visto l'art. 100, comma 2, della Costituzione;

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con regio decreto del 12 luglio 1934, n. 1214;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161, concernente modificazioni al già menzionato testo unico;

Visto l'art. 3, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Visto l'art. 27 della legge 24 novembre 2000, n. 340;

Visto l'art. 3, comma 62, della legge 24 dicembre 2007, n. 244;

Visto il “Regolamento per l’organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti”, approvato con deliberazione delle Sezioni Riunite n. 14/2000;

Visto il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (“Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”);

Visto il decreto n. 409 del 5 dicembre 2024, con il quale il Direttore del Parco Archeologico di Pompei ha approvato il contratto n. 196 del 4 dicembre 2024 per l’affidamento in concessione, per tre anni, con opzione di proroga per altri due, del servizio di gestione dei *bookshop* e del servizio di noleggio audio guide all’interno del Parco Archeologico di Pompei, stipulato con il R.T.I. composto dalla Opera Laboratori Fiorentini S.p.A. e dalla Giunti Editori S.p.A., per un valore complessivo di euro 34.853.036,00;

Vista la relazione del 22 gennaio 2025 (prot. n. 455), con la quale il Magistrato istruttore dell’Ufficio di controllo per la Campania ha proposto al Consigliere delegato del medesimo Ufficio il deferimento all’adunanza generale della Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato della pronuncia sulla legittimità del menzionato atto, previa risoluzione di questione di massima di particolare importanza;

Vista la nota prot. n. 456 del 22 gennaio 2025, con la quale il Consigliere delegato al controllo di legittimità della Sezione campana ha chiesto al Presidente della Corte dei conti - ai sensi dell’art. 3, comma 3, del suddetto Regolamento per l’organizzazione delle funzioni di controllo - il deferimento della pronuncia sul visto del provvedimento sopra indicato all’adunanza generale della Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato;

Vista l’ordinanza n. 3 del 23 gennaio 2025, con la quale il Presidente della Corte dei conti ha convocato l’odierna adunanza generale;

Vista la memoria trasmessa dal Parco Archeologico di Pompei in data 29 gennaio 2025; UDITI il relatore, Primo Ref. Emanuele Scatola, e il rappresentante dell’Amministrazione nella persona del Direttore Generale del Parco Archeologico di Pompei, dott. Gabriel Zuchriegel;

con l’assistenza della dott.ssa Maria Stefania Forteleoni, in qualità di segretario di adunanza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

In data 6 dicembre 2024 è stato trasmesso, a mezzo PEC, alla Sezione regionale di controllo per la Campania, il decreto n. 409 del 5 dicembre 2024, con il quale il Direttore del Parco Archeologico di Pompei ha approvato il contratto n. 196 del 4 dicembre 2024 per l'affidamento in concessione, per tre anni, con opzione di proroga per altri due, del servizio di gestione dei *bookshop* e del servizio di noleggio audioguide all'interno del Parco Archeologico di Pompei, stipulato con il R.T.I. composto dalla Opera Laboratori Fiorentini S.p.A. e dalla Giunti Editori S.p.A., per un valore complessivo di euro 34.853.036,00.

Al riguardo, giova premettere che, con determina n. 142 del 15 novembre 2023 è stata autorizzata l'indizione di una procedura aperta, *ex art.* 71 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, per l'affidamento, in concessione, del servizio sopra descritto.

Il relativo bando di gara è stato pubblicato sulla GUUE al n. 227/2023, sulla GURI al n. 136/2023 e sul BURC al n. 88/2023, nonché sul sito internet del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in data 27 novembre 2023 e sulle testate giornalistiche Corriere dello Sport, ed. Campania, Italia Oggi, Milano Finanza e Roma.

All'esito delle operazioni di gara, con decreto di aggiudicazione n. 322 del 28 ottobre 2024, il Parco Archeologico di Pompei ha approvato le risultanze dello svolgimento della procedura e disposto l'aggiudicazione definitiva della concessione in favore del R.T.I. composto dalla Opera Laboratori Fiorentini S.p.A. e dalla Giunti Editori S.p.A.

Il concessionario ha prestato in favore della stazione appaltante la cauzione definitiva di cui all'art. 117 del d. lgs. n. 36/2023, a mezzo di polizza n. 2135012, emessa da REVO Insurance S.p.A., per l'importo di euro 1.951.770,02, a garanzia dell'intero importo dell'affidamento, provvedendo altresì al pagamento dell'imposta di bollo per l'importo di euro 500,00.

Con scrittura privata autenticata, la Opera Laboratori Fiorentini S.p.A. e Giunti Editore S.p.A. hanno costituito formalmente il Raggruppamento Temporaneo di Imprese ai sensi dell'art. 68 del d. lgs. n. 36/2023, in conformità all'atto di impegno depositato in sede di gara.

Dopo che la stazione appaltante ha provveduto a verificare la veridicità delle autocertificazioni trasmesse dal concessionario inerenti all'assenza dei motivi di esclusione dalla partecipazione, decorso il termine dilatorio di cui all'art. 18, comma 3,

del d.lgs. n. 36/2023, le parti hanno provveduto alla sottoscrizione del contratto n. 196 del 4 dicembre 2024, il cui decreto di approvazione soggiace al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti, in quanto trattasi di contratto di importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria.

Tale contratto ha ad oggetto l'esecuzione, da parte del concessionario, delle seguenti attività:

a) *“servizio di gestione bookshop: il servizio si pone il fine principale di gestire i n. 3 locali presenti nell'area archeologica di Pompei e attualmente adibiti a bookshop per la vendita ai visitatori di prodotti editoriali, souvenir e altri prodotti di oggettistica recanti il marchio del Parco Archeologico di Pompei o comunque ad esso riferibili. Il servizio comprende tutte le attività accessorie, ivi compresa la progettazione e realizzazione dell'oggettistica e la progettazione editoriale”*;

b) *“servizio di noleggio audioguide: il servizio è finalizzato al noleggio delle audioguide ai turisti che ne facciano richiesta e ricomprende tutte le attività accessorie, ivi compresa la fornitura degli apparecchi e la realizzazione dei contenuti esplicativi”* (cfr. art. 2 del contratto).

La concessione ha una durata di 36 mesi a decorrere dalla data di sottoscrizione del verbale di avvio dell'esecuzione e, alla scadenza, *“è data facoltà all'Amministrazione di prorogare la concessione per un ulteriore periodo massimo di mesi 24, che il concessionario è obbligato ad accettare”* (cfr. art. 4 del contratto).

L'art. 1 del contratto prevede quanto segue: *“la validità ed efficacia del presente contratto è condizionata alla positiva conclusione del controllo preventivo, secondo i termini e le modalità stabilite dalla Legge”*.

Esaminata la documentazione trasmessa, con foglio di rilievo prot. n. 9748 del 18 dicembre 2024, l'Ufficio di controllo campano ha ravvisato l'esigenza di ottenere elementi integrativi e chiarimenti dall'Amministrazione.

Preliminarmente, è stata rilevata la mancata trasmissione dei seguenti atti e documenti: decreto di nomina del RUP, n. 3281 del 29 marzo 2023; nota n. 10428, del 17 ottobre 2023, di redazione del documento di valutazione comparativa ex art. 117 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42; esiti della discussione della riunione del Consiglio di amministrazione del Parco, tenutasi il giorno 10 novembre 2023; documentazione aggiornata comprovante il possesso dei requisiti di ordine generale, di cui agli artt. 94 e

95 del d.lgs. n. 36/2023, nei confronti delle società costituenti il R.T.I. e dei componenti delle stesse così come individuati per le società di capitali.

Oltre alle suddette integrazioni documentali, l'Ufficio di controllo campano ha ravvisato l'esigenza di ottenere delucidazioni in ordine alla previsione, contenuta negli atti di gara e nell'art. 4 del contratto di concessione, di una opzione di proroga in favore dell'Amministrazione di ulteriori due anni da aggiungere, eventualmente, ai tre previsti contrattualmente, con richiesta di chiarimenti anche in riferimento al valore complessivo della concessione.

Un'ultima richiesta istruttoria ha riguardato il contenzioso pendente dinanzi agli organi della Giustizia amministrativa. Segnatamente, sono state chieste informazioni in ordine all'eventuale decisione nel merito del ricorso presentato al TAR Campania dal Consorzio Aion per l'annullamento dell'atto di esclusione dalla procedura competitiva di evidenza pubblica oggetto di esame, tenuto conto del rigetto dell'istanza di sospensione cautelare proposta dal predetto Consorzio.

Il Parco Archeologico di Pompei ha fornito riscontro alle suddette richieste istruttorie con nota prot. n. 310 del 13 gennaio 2025, acquisita, in pari data, al protocollo della Sezione campana n. 206.

Con riferimento alle integrazioni documentali, l'Amministrazione ha provveduto a trasmettere, in allegato alla nota n. 310 del 13 gennaio 2025, il provvedimento di nomina del RUP n. 3281 del 29 marzo 2023, con annessa dichiarazione *ex art. 42* del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; la nota prot. n. 10428 del 17 ottobre 2023, contenente il documento di valutazione comparativa *ex art. 117* del d. lgs. n. 42/2004; la documentazione attestante il possesso dei requisiti di ordine generale di cui agli artt. 94 e 95 del d.lgs. n. 36/2023; il documento riportante gli esiti della discussione della riunione del Consiglio di amministrazione del Parco, tenutasi il giorno 10 novembre 2023.

Nella relazione del Magistrato istruttore si è constatato come l'Amministrazione abbia assolto all'onere di integrazione documentale; sotto il profilo contenutistico, a seguito dell'analisi del documento di valutazione comparativa *ex art. 117* del d.lgs. n. 42/2004, l'Ufficio di controllo campano ha ritenuto che non sussistessero profili evidenti di irragionevolezza o illogicità in riferimento alla scelta discrezionale di ricorrere alla esternalizzazione dei servizi ed allo strumento della concessione in luogo del contratto di appalto.

Alla luce degli elementi integrativi forniti dall'Amministrazione, l'Ufficio di controllo campano ha ritenuto superati i dubbi inerenti ai suddetti profili.

Con riferimento allo stato del contenzioso pendente dinanzi al TAR Campania, la risposta dell'Amministrazione ha consentito al Magistrato istruttore di superare i dubbi posti alla base del rilievo.

Al riguardo si premette che il Consorzio Aion, con provvedimento del 21 maggio 2024, è stato escluso dalla procedura di gara a causa della non corretta formulazione dell'offerta; tale esclusione è stata impugnata dinanzi al TAR Campania.

Il ricorrente ha dedotto che la presunta discrasia tra l'offerta economica ed il piano economico-finanziario (PEF), rilevata dalla Stazione appaltante, corrispondesse, in realtà, alla differente interpretazione dei valori da caricare sulla piattaforma; secondo il Consorzio, con una più attenta e diligente valutazione dei criteri di calcolo adottati dall'impresa, sarebbe stato possibile, anche in sede di soccorso istruttorio, comprendere il contenuto effettivo e sostanziale dell'offerta.

Le argomentazioni della ricorrente sono state ritenute non persuasive dai giudici amministrativi, le cui valutazioni sono state condivise e recepite dall'Ufficio di controllo campano (cfr. TAR Campania, Sez. IV, 27 dicembre 2024, n. 7401).

Infatti, la Stazione appaltante aveva fornito alle imprese concorrenti chiare ed univoche indicazioni operative sulla formulazione delle offerte, indicando a pag. 30 e 31 del disciplinare di gara come l'offerta del concorrente si sarebbe trasformata nella *royalty* definitiva dovuta all'Amministrazione. La Stazione appaltante ha preso atto, quindi, che i valori dell'offerta economica del Consorzio Aion non corrispondevano a quelli inseriti nel PEF, ove apparivano sensibilmente più bassi; applicando al PEF del Consorzio Aion i valori da questo indicati in sede di offerta economica risultava, quindi, evidente la insostenibilità del PEF medesimo.

Il disciplinare di gara specifica, infatti, in maniera chiara che *“il rialzo percentuale sarà applicato alla percentuale a base d'asta per ottenere la misura definitiva della royalty spettante al Parco (es. Base d'asta 9%; rialzo offerto 10%; Royalty definitiva spettante al Parco: 9,9%)”*.

La Commissione di gara ha opportunamente osservato come l'offerta economica definitiva del Consorzio Aion fosse configurata nei seguenti termini: canone annuo 120.300 euro (24.000 euro + 96.300 euro); *royalty bookshop* 39,33% (9% + 30,33%); *royalty audioguide* 115,1% (50% + 65,1%), cioè in maniera non rispondente ai valori indicati nel

piano economico-finanziario che recava, invece, i seguenti parametri: (i) canone annuo 96.300 euro; (ii) *royalty bookshop* 30,33%; (iii) *royalty audioguide* 65,10%.

Il PEF indica, invece, i soli valori in rialzo, ma non i valori complessivi corrispondenti al costo complessivo del canone (precisato 96.300 euro, in luogo della base d'asta + percentuale di rialzo, ovvero 24.000,00 euro + 96.300,00 euro), delle *royalties* sui *bookshop* (indicate in 30,33% invece che 9% + 30,33%) e delle *royalties* sulla biglietteria (indicate in 65,1% invece che 50% + 65,1%), come correttamente dovrebbe essere, dal momento che il costo sostenuto nel corso della gestione corrisponde a quello complessivo che il concorrente prevede di sostenere, includente anche la base d'asta.

Dunque, il ricorrente si è evidentemente discostato, nell'offerta, dai criteri indicati in maniera chiara ed univoca nella *lex specialis* e la discrasia tra i valori indicati in offerta e quelli risultanti dal PEF ha reso la stessa priva di certezza ed univocità circa il suo concreto contenuto.

Né la stazione appaltante poteva legittimamente colmare tale discrasia tramite l'attivazione dello strumento del soccorso istruttorio, posto che, ai sensi dell'art. 101, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023, "*i chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica*", laddove l'errata formulazione dell'offerta avrebbe potuto essere sanata solo attraverso una concreta modifica della stessa.

Alla luce delle suddette considerazioni, l'Ufficio di controllo campano ha ritenuto superato il rilievo concernente tale profilo.

Con riferimento all'ultimo profilo su cui si è appuntata l'attenzione dell'Ufficio di controllo, come è stato detto, in sede di rilievi, sono stati chiesti chiarimenti in merito alla previsione, contenuta negli atti di gara e nell'art. 4 del contratto di concessione, di una opzione di proroga in favore dell'Amministrazione di ulteriori due anni da aggiungere, eventualmente, ai tre previsti contrattualmente.

Con la suddetta nota n. 310 del 13 gennaio 2025, l'Amministrazione ha rappresentato, sotto il profilo della opportunità, che "*la strutturazione del contratto con uno schema di 3 anni più 2 di eventuale proroga risponde alla esigenza del Parco di verificare la nuova impostazione dei servizi aggiuntivi. La nuova procedura di gara è stata infatti strutturata con modalità operative del tutto differenti rispetto al passato, con particolare riferimento, ad esempio, all'accorpamento dei due servizi di bookshop e audioguide (in passato affidati a OE differenti), all'estensione degli*

orari di funzionamento del servizio etc. In quest'ottica, la previsione della durata del contratto impostata in tre anni più due consente di correggere eventuali disfunzionamenti della nuova impostazione del servizio (bandendo dopo i primi tre anni una nuova procedura di gara) o, se ritenuto conveniente per l'Amministrazione (...) optare per la durata della gestione di altri due anni".

In sede di riscontro ai rilievi istruttori, l'Amministrazione ha ritenuto tale scelta conforme al quadro normativo di riferimento, atteso che l'art. 179 del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 36/2023, nello stabilire le modalità di calcolo del valore della concessione, impone di considerare, tra le altre cose, "il valore di eventuali clausole di opzione", così asseritamente legittimando l'inserimento delle stesse nel contratto.

Peraltro, secondo quanto rappresentato dall'Amministrazione, il successivo art. 189 del d. lgs. n. 36/2023 ammette le modifiche del contratto di concessione se esse "a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi purché riferite agli indici sintetici di cui all'articolo 60, comma 3, od opzioni" e tale previsione costituisce applicazione di quanto previsto, a monte, dall'art. 43 della direttiva UE 2014/23.

Ad avviso dell'Amministrazione, sull'interpretazione di tale normativa è intervenuta anche la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), con sentenza n. 721 del 2 settembre 2021, osservando che "conformemente alla formulazione dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2014/23, il legislatore dell'Unione ha previsto che le concessioni possano essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione qualora le modifiche, indipendentemente dal loro importo, siano state previste nei documenti iniziali di concessione sotto forma di clausole di revisione, comprese clausole di revisione dell'importo, o di opzioni chiare, precise e inequivocabili. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche od opzioni, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate. Esse non apportano modifiche od opzioni che altererebbero la natura generale della concessione. Orbene, è pacifico che il contratto di concessione in questione conteneva una clausola che prevedeva un'opzione di rinnovo delle concessioni inizialmente assegnate per un periodo di nove anni. Inoltre, il fatto che, nei procedimenti principali, un unico concessionario sia stato nuovamente designato dall'amministrazione aggiudicatrice per un ulteriore periodo di nove anni non deriva dalla modifica della normativa nazionale relativa alle modalità di aggiudicazione dell'appalto, poiché l'articolo 21, comma 1, del decreto-legge n. 78/2009 prevede che la concessione in questione nei procedimenti principali dovesse essere aggiudicata, in linea di principio, a «una pluralità di

soggetti scelti mediante procedure aperte, competitive e non discriminatorie». Tale designazione è la conseguenza dell'esercizio dell'opzione relativa al rinnovo della concessione, prevista dal decreto-legge n. 78/2009 e dal contratto di concessione in questione (...). Tuttavia, un rinnovo siffatto in assenza di una nuova procedura di aggiudicazione è possibile, conformemente all'articolo 43, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2014/23, solo qualora siano state rispettate le condizioni relative all'attuazione della clausola prevista a tal fine”.

Inoltre, l'Amministrazione cita la sentenza n. 2200/2024 del TAR Campania, secondo la quale la c.d. proroga tecnica va tenuta distinta dalla “opzione di proroga”, “che non incontra limiti temporali salvo quelli stabiliti nei documenti di gara”.

Nell'economia del ragionamento dell'Amministrazione, non vi sarebbe spazio, nel caso di specie, per l'applicazione dell'orientamento restrittivo seguito dal TAR Campania con la sentenza n. 1312/2020, ove si afferma il divieto generalizzato della proroga non prevista a monte negli atti di gara; né si ricadrebbe nell'ipotesi di cui all'art. 178, comma 5, del d. lgs. n. 36/2023, che si riferisce, secondo l'opzione interpretativa sposata dall'Ente, alla proroga delle concessioni oltre il termine massimo stabilito nella *lex specialis* (che, nella specie, è quello massimo di 5 anni, nella formula del tre più due).

Da ultimo, l'Amministrazione ha confermato che il valore della concessione è stato calcolato prendendo in considerazione il termine contrattuale massimo di durata (5 anni). In definitiva, ad avviso dell'Amministrazione, devono ritenersi vietate solo quelle opzioni di proroga che non siano preventivamente previste da clausole del bando (e del contratto) chiare, precise ed inequivocabili.

L'Ufficio di controllo campano, alla luce del quadro normativo vigente, ha dubitato della correttezza di una siffatta soluzione interpretativa per il seguente ordine di motivi.

Preliminarmente, non è apparso dirimente il richiamo alla sentenza n. 2200/2024 del TAR Campania. Infatti, tale sentenza, nell'affermare che l'opzione di proroga “non incontra limiti temporali salvo quelli stabiliti nei documenti di gara”, si riferisce alla proroga del contratto di appalto e non si confronta in maniera specifica con la disciplina attualmente vigente in materia di proroga dei contratti di concessione. Peraltro, trattasi di riflessione che riguarda il quadro normativo tracciato dal d.lgs. n. 50/2016 (e non dal d.lgs. n. 36/2023), applicabile *ratione temporis* al caso esaminato dai giudici amministrativi.

Ciò premesso, i dubbi dei magistrati campani muovono dall'esame del dato testuale di riferimento. Secondo quanto espressamente previsto dall'art. 178, comma 5, del d.lgs. n.

36/2023, *“la durata dei contratti di concessione non è prorogabile, salvo per la revisione di cui all’art. 192, comma 1”*. La norma in esame prevede, dunque, un divieto di proroga della durata dei contratti di concessione, salva l’ipotesi di revisione prevista dal richiamato art. 192; tale ipotesi opera soltanto *“al verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, che incida in modo significativo sull’equilibrio economico-finanziario dell’operazione”*. Dunque, si tratta di una disciplina orientata al riequilibrio del contratto inciso da un evento sopravvenuto perturbante, non potendo essa legittimare la previsione originaria di una opzione discrezionale di proroga riservata all’amministrazione.

Ad avviso dell’Ufficio di controllo campano, tale opzione interpretativa sembrerebbe trovare conferma anche nella Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 36/2023, redatta dall’Ufficio studi del Consiglio di Stato, alla cui pag. 213 si legge che il comma 5 dell’art. 178 *“in puntuale attuazione di uno specifico criterio di delega, puntualizza che la durata dei contratti di concessione non è prorogabile, salvo per la revisione di cui all’art. 192”*. Infatti, il d. lgs. n. 36/2023 costituisce attuazione della delega di cui all’art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, che, al comma 2, lett. ff), individua, quale principio fondante, il *“divieto di proroga dei contratti di concessione, fatti salvi i principi europei in materia di affidamento in house (...)”*. Tale divieto, per come espresso dalla norma, sembra assumere portata generale, non essendo operate distinzioni a seconda che l’opzione di proroga sia o meno prevista dal bando e dal contratto in clausole chiare, precise ed inequivocabili.

Nel medesimo senso depone, ad avviso dell’Ufficio di controllo, anche l’esame dei lavori preparatori: all’interno del dossier del 16 gennaio 2023, redatto dai servizi di documentazione del Parlamento, a commento dell’art. 178, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023, si legge che detta disposizione, non contenuta nel precedente d.lgs. n. 50/2016, costituisce specifica attuazione del criterio di delega di cui al citato art. 1, comma 2, lett. ff) della legge n. 78/2022.

Valga notare che, a sostegno della sua ricostruzione, l’Amministrazione invoca anche il testo dell’art. 189, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 36/2023, a tenore del quale le concessioni possono essere modificate, senza una nuova procedura di aggiudicazione, anche nel caso in cui *“le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi purché riferite agli indici sintetici di cui all’articolo 60, comma 3”*.

Ad avviso dell'Amministrazione, la norma farebbe espressamente riferimento anche alle "opzioni". Al riguardo, i magistrati campani osservano come non si rinvenga tale riferimento all'interno del testo attualmente in vigore: l'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19, approvato dal Consiglio dei ministri in data 16 dicembre 2022, contenente lo "Schema di decreto legislativo recante Codice dei contratti pubblici", includeva una differente formulazione dell'art. 189. Segnatamente, la norma legittimava la modifica delle concessioni senza gara ove tale modifica fosse prevista nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, comprensive non solo di clausole di revisione dei prezzi, ma anche di "opzioni" (più precisamente, la norma prevedeva: "tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche od opzioni"). Tale riferimento alle "opzioni", tuttavia, è stato espunto nella formulazione definitiva della norma. Secondo l'Ufficio regionale remittente, l'amputazione di tale riferimento letterale sembrerebbe ragionevolmente attestare la volontà del legislatore di dare puntuale attuazione al principio di cui all'art. 1, comma 2, lett. ff) della legge delega ed escludere la possibilità di una proroga delle concessioni.

Al fine di avvalorare tale ragionamento, l'Ufficio di controllo evidenzia come le ipotesi di modifica senza gara, enucleate dall'art. 189 del d.lgs. n. 36/2023, rappresentino una deroga alle regole dell'evidenza pubblica: tale disciplina deve essere, pertanto, oggetto di interpretazione e applicazione rigorosa e restrittiva, poiché la *ratio* ad essa sottesa è quella di introdurre elementi di flessibilità gestionale senza disattendere le garanzie di concorrenzialità e di parità di trattamento. In altre parole, le ipotesi in cui è ammessa la modifica in fase esecutiva della concessione – sempreché non si incorra in modifiche sostanziali – devono intendersi tassative; e l'eliminazione del riferimento specifico alle "opzioni" originariamente contenuto nello Schema di decreto legislativo sottoposto al parere delle Camere sembrerebbe non poter assumere altro significato che quello di espungere tale fattispecie dal novero delle ipotesi di modifica tassativamente ammesse. Tale opzione interpretativa, secondo l'Ufficio di controllo campano, trova conferma nella differente disciplina dettata dal nuovo Codice in punto di modifiche contrattuali in corso di esecuzione, emergente dal confronto tra il testo dell'art. 189, comma 1, lett. a) e la previsione speculare di cui all'art. 120, comma 1, lett. a). Quest'ultima disposizione, con riferimento agli appalti, stabilisce espressamente che le modifiche previste in clausole chiare, precise ed inequivocabili dei documenti di gara iniziali possano "consistere anche

in clausole di opzione”, mentre nella versione finale del testo dell’art. 189, comma 1, lett. a), è stato espunto il riferimento alle “*opzioni*”, contenuto nell’originaria formulazione del disegno di legge.

Analogamente, mentre l’art. 178, comma 5, vieta la proroga della durata dei contratti di concessione, l’art. 120, comma 10, con riferimento agli appalti, ammette espressamente l’opzione di proroga contrattuale, premurandosi di chiarire che *“nel caso in cui nel bando e nei documenti di gara iniziali sia prevista un’opzione di proroga, il contraente originario è tenuto a eseguire le prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto o, se previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato ove più favorevoli per la stazione appaltante”*.

Alla luce del diverso regime normativo dettato dal nuovo Codice, l’Ufficio di controllo ritiene che l’applicazione congiunta dei criteri dell’interpretazione letterale, teleologica e sistematica, di cui all’art. 12 delle Preleggi, deponga nel senso di ritenere vietato l’inserimento nel bando di gara (e nel testo del contratto) di una opzione di proroga del contratto di concessione, rimanendo l’istituto della proroga confinato entro i limiti operativi tracciati dall’art. 192 del d.lgs. n. 36/2023 (espressamente richiamato dal precedente art. 178, comma 5), che individua la dilatazione temporale dell’operazione negoziale solo come strumento di temperamento degli effetti perturbanti eventualmente prodotti dalle sopravvenienze.

I magistrati remittenti si soffermano, inoltre, sul richiamo operato dall’Amministrazione, a sostegno della propria opzione interpretativa, al testo dell’art. 43, par. 1, lett. a) della direttiva 2014/23/UE - a mente del quale: *“le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione a norma della presente direttiva nei casi seguenti: a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni (...)”* - e alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea (cfr. CGUE, Sez. II, sentenze nn. 721 e 722 del 2 settembre 2021).

Ad avviso dell’Ufficio di controllo campano, partendo dal dato testuale di cui al citato art. 43, par. 1, lett. a) della direttiva 2014/23/UE, la Corte di giustizia UE ha reputato compatibile con il quadro euro-unitario una specifica disposizione nazionale che imponga il rinnovo di un contratto di concessione, senza una nuova procedura di aggiudicazione e, in senso più ampio, la possibilità di modificare senza nuova gara i

contratti di concessione ove siano state previste nei documenti iniziali di gara delle clausole di revisione dell'importo oppure opzioni chiare, precise ed inequivocabili, ma non ha vietato al legislatore nazionale di prevedere una disciplina più restrittiva rispetto a quella contenuta nel predetto art. 43 e di introdurre - come è avvenuto con l'art. 178, comma 5, d.lgs. n. 36/2023 - un divieto di inserire opzioni di proroga nei contratti di concessione che ricadono nell'ambito applicativo del Codice, sì da preservare in misura più intensa l'assetto concorrenziale del mercato e consentire all'operatore economico un più accurato calcolo dei tempi di recupero del suo investimento, incentivando il ricorso allo strumento della concessione.

Pur avendo delineato una soluzione interpretativa fondata sull'applicazione dei criteri di cui all'art. 12 delle Preleggi, i magistrati remittenti ritengono che sia necessaria la risoluzione di questione di massima di particolare importanza, al fine di scrutinare la legittimità dell'atto assoggettato a controllo.

Muovendo da tali premesse - stante la novità, la complessità e la rilevanza della questione, che si innesta su un quadro normativo permeato da un certo margine di ambiguità, alimentato anche dalla apparente non conciliabilità della disposizione contenuta nell'art. 178, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023 con quella di cui al successivo art. 179, comma 3, lett. a) - il Consigliere delegato competente per l'atto ha ritenuto di chiedere al Presidente della Corte dei conti - ai sensi dell'art. 24, comma 3, del r.d. n. 1214/1934 e dell'art. 3, comma 3, del Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo - di deferire la pronuncia sul visto all'adunanza generale della Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, previa risoluzione di una questione di massima di particolare importanza.

Segnatamente, la questione sulla quale la Sezione centrale è chiamata a pronunciarsi è la seguente: *“se l'art. 178, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023, ove prevede l'improrogabilità del contratto di concessione, debba riferirsi alle proroghe che non siano prestabilite dalla lex specialis di gara o debba riguardare qualsivoglia fattispecie di proroga, fatta eccezione per le ipotesi di cui al successivo art. 192”*.

In vista dell'adunanza pubblica, il Parco Archeologico di Pompei ha depositato memorie nelle quali, oltre a ribadire gli argomenti già espressi nelle controdeduzioni presentate in sede di risposta ai rilievi formulati dall'Ufficio di controllo, ha fornito una diversa

configurazione della fattispecie in esame, al fine di renderla conforme al quadro normativo di riferimento.

Segnatamente, l'Amministrazione ha affermato che, *“al di là del nomen iuris utilizzato, la disciplina di gara non aveva previsto alcuna ipotesi di proroga illegittima. Ed invero, conformemente a quanto previsto e concesso dall'art. 179 del d.lgs. 36/2023 (che nello stabilire le modalità di calcolo del valore della concessione, impone di considerare, tra le altre cose, il valore di eventuali clausole di opzione) questa Amministrazione si è limitata a stabilire che il contratto di concessione ha una durata di cinque anni, con un'opzione per l'Amministrazione di recedere già dopo tre anni, laddove la nuova impostazione del servizio (fortemente rimodulata rispetto al passato) non risultasse soddisfacente per l'Amministrazione”*.

In sintesi, l'Amministrazione ritiene che l'art. 178, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023 debba essere interpretato *“nel senso di vietare le sole proroghe che non siano prestabilite dalla lex specialis di gara (come per esempio le proroghe tecniche, invece ammesse per gli appalti dall'art. 120 comma 11 d.lgs. 36/2023) e di cui, di conseguenza, non si è tenuto conto nella stima del valore della concessione. Ne consegue, pertanto, che devono essere fatte salve le proroghe e/o estensioni della durata previste ex ante mediante clausole chiare ed inequivocabili atteso che in tal caso, indipendentemente dal nomen iuris utilizzato, non trattasi di una vera e propria proroga (intesa quale estensione della vita del contratto oltre quella massima predeterminata) ma, più semplicemente, di una modalità di individuazione dei contenuti del contratto. In altri termini, sotto un profilo di sostanzialità dei suoi effetti, la clausola in questione deve essere intesa come clausola risolutiva e/o come facoltà di recesso unilaterale riconosciuta all'Ente, sulla base della rispondenza all'interesse pubblico del servizio reso dal concessionario (anche alla luce della importante rimodulazione delle caratteristiche del servizio della nuova gara rispetto alle modalità con cui è stato svolto nel recente passato)”*.

L'Ente precisa, inoltre, che l'interpretazione offerta è l'unica rispettosa dell'art. 1, comma 2, lett. a), della l. n. 78/2022, che vieta il *gold plating* rispetto alle previsioni della direttiva comunitaria.

In subordine, in caso di affermazione della illegittimità della clausola di opzione di cui all'art. 3 del capitolato tecnico, l'Amministrazione chiede, *“alla luce del principio di conservazione che trova applicazione anche nel diritto amministrativo (cfr. Consiglio di Stato, n. 882/2016)”*, di valutare la *“possibilità di mantenere gli effetti del contratto di concessione considerando espunta, in quanto nulla per contrarietà a norma imperativa, la sola clausola di opzione di cui al citato art. 3 del Capitolato. L'eventuale eliminazione della suddetta clausola, in*

quanto elemento accessorio del contratto (trattandosi di opzione che il concessionario ha accettato di considerare come meramente eventuale) non eliminerebbe, infatti, la possibilità dell'utile esecuzione delle prestazioni contrattuali".

DIRITTO

La questione di massima di particolare rilevanza sulla quale la Sezione centrale del controllo preventivo di legittimità è chiamata a pronunciarsi verte sull'individuazione della portata del divieto di proroga della durata dei contratti di concessione sancito dall'art. 178, comma 5, del d. lgs. n. 36/2023.

Segnatamente, il quesito formulato dall'Ufficio di controllo remittente consiste nello stabilire *"se l'art. 178, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023, ove prevede l'improrogabilità del contratto di concessione, debba riferirsi alle proroghe che non siano prestabilite dalla lex specialis di gara o debba riguardare qualsivoglia fattispecie di proroga, fatta eccezione per le ipotesi di cui al successivo art. 192".*

In via preliminare, mette conto evidenziare che la fattispecie delineata dall'Amministrazione nell'art. 3 del capitolato tecnico (e poi accolta nell'art. 4 del contratto) va qualificata in termini di proroga contrattuale, mentre resta escluso che essa possa configurarsi come riconoscimento all'Amministrazione della facoltà di recesso nell'ambito di un contratto di durata quinquennale.

Ciò è chiaramente smentito dal tenore letterale dell'art. 3 del suddetto capitolato (e dell'art. 4 del contratto), oltre che dal diverso regime dettato per il recesso dall'art. 190, commi 4 e ss., del Codice, con riferimento alle concessioni.

Ciò premesso, la Sezione ritiene che la questione di massima all'esame vada risolta alla luce delle disposizioni racchiuse nell'art. 178 del Codice, che si occupano della durata delle concessioni.

Il tema della proroga, infatti, va inquadrato nell'ambito della disciplina dettata dal nuovo Codice in tema di durata dei contratti di concessione.

L'art. 178 esordisce, al comma 1, prevedendo in via generale che *"la durata delle concessioni è limitata ed è determinata dall'ente concedente in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario".* Due criteri si ricavano dalla suddetta disposizione: la durata delle concessioni è limitata e dipende dai lavori o servizi richiesti al concessionario.

Il successivo comma 2 stabilisce che, *“per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell’esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito (...)”*, mentre il comma 3 precisa che *“gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione”*.

Il comma 4 prevede che *“la durata massima della concessione deve essere indicata nei documenti di gara, a meno che essa non sia utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto”*.

Al riguardo, si osserva come l’eccessiva durata del contratto di concessione rischia di sottrarre, per un lungo periodo di tempo, un servizio economicamente contendibile alle dinamiche fisiologiche del mercato, ragione per la quale il legislatore nazionale tende a perimetrarne la durata. Peraltro, la durata complessiva delle concessioni finisce per costituire elemento cruciale per determinare l’equilibrio economico-finanziario dell’intera operazione negoziale, trattandosi di contratto permeato, al fondo, dalla traslazione del rischio operativo in capo al concessionario.

In proposito, può richiamarsi l’art. 177 del d.lgs. n. 36/2023, a tenore del quale *“l’aggiudicazione di una concessione comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda o dal lato dell’offerta o da entrambi. Per rischio dal lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio dal lato dell’offerta si intende il rischio associato all’offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto”*.

Ciò comporta che la durata della concessione debba essere parametrata in modo da consentire al concessionario il recupero degli investimenti effettuati e un margine di ritorno sul capitale investito, fermo restando che l’effettività di tale recupero è legata alle fluttuazioni del mercato e non è, quindi, garantita.

La traslazione del rischio può essere ragionevolmente controbilanciata dalla preventiva determinazione di una congrua durata del contratto, sulla base della quale diventa possibile calcolare, con un certo grado di approssimazione, la potenziale redditività degli investimenti. Sicché, è ragionevole ritenere che il concessionario debba conoscere *ab origine*, ossia sin dal momento in cui viene pubblicato il bando, la durata dell’operazione

negoziale, sì da calibrare su di essa il piano economico-finanziario, fondato sul calcolo dei tempi di recupero dell'investimento effettuato e di successivo incameramento di utili ad esso adeguatamente commisurati. Tale possibilità di programmazione stimola e favorisce l'effettuazione di investimenti privati orientati anche al perseguimento del pubblico interesse ed è condizionata dalla durata del vincolo negoziale.

Al contrario, l'esigenza di definizione aprioristica e puntuale della durata dell'operazione negoziale emerge in maniera meno pregnante in riferimento al contratto di appalto, trattandosi di operazione non connotata dalla traslazione del rischio operativo in capo al privato, la cui remunerazione rimane legata solo al corrispettivo erogato dall'Amministrazione.

In tal senso si esprime anche la Relazione illustrativa elaborata dall'Ufficio studi del Consiglio di Stato, ove si chiarisce che lo schema tipizzato dal legislatore per il contratto di concessione incorpora un *“piano di ripartizione dei rischi ben diverso rispetto all'appalto. Nella concessione (e, in generale, nelle altre forme di partenariato) al rischio di costruzione proprio anche dell'appalto (ovvero il rischio legato ai ritardi nella consegna, ai costi addizionali, a standard inadeguati), si aggiunge il rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi”* (cfr. pag. 210).

Una siffatta soluzione interpretativa si pone in sintonia con la volontà del legislatore di rendere più appetibile ed incrementare l'impiego dello strumento della concessione, che delinea un'operazione negoziale meno rischiosa per l'amministrazione e valorizza maggiormente la capacità imprenditoriale e gestionale del privato, canalizzata verso il perseguimento dell'interesse pubblico.

In questa direzione depone la circostanza che il legislatore, sia con il d. lgs. n. 50/2016 che, in maniera ancor più dettagliata, con la Parte II del d. lgs. n. 36/2023, ha dettato una normativa autonoma ed armonizzata della materia delle concessioni, in attuazione della direttiva 2014/23/UE, sì da positivizzare in maniera certa la disciplina applicabile all'affidamento delle stesse, sottratta alle oscillazioni interpretative della giurisprudenza. Un segnale ancora più evidente si rinviene all'interno dell'art. 14 del d. lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 (c.d. TU servizi pubblici locali) che, nel disciplinare la gestione dei servizi di interesse economico generale prestati a livello locale, contempla, quale modalità concreta di gestione, l'affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica; tale norma va letta in correlazione con il successivo art. 15, secondo cui gli enti competenti devono

favorire “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”.

In sintesi, con riferimento alla durata delle concessioni, dall’art. 178 possono ricavarsi i seguenti criteri cui gli enti concedenti devono attenersi:

- la durata massima della concessione deve essere indicata nei documenti di gara, salvo che non sia utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto;
- la durata della concessione è limitata e va determinata in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario;
- in caso di concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non può superare il periodo di tempo necessario affinché il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell’esecuzione dei lavori o dei servizi e ottenga un ritorno sul capitale investito.

Ad avviso del Collegio, la disposizione che esclude la proroga della durata dei contratti di concessione (art. 178, comma 5, del d. lgs. n. 36/2023) si inserisce e va letta nel quadro della disciplina dettata in ordine alla durata delle concessioni.

È il tema della durata della concessione che, ad avviso della Sezione, irradia anche la soluzione delle questioni connesse alla proroga.

Ciò che la norma intende escludere è una proroga contrattuale che vada oltre la durata massima della concessione, determinata in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. Nelle concessioni, la durata segna, infatti, un punto di equilibrio tra l’esigenza di apertura al mercato - al fine di non sottrarre, per un lungo periodo, un servizio economicamente contendibile alle dinamiche fisiologiche del mercato stesso, anche nell’interesse dell’amministrazione - e quella di consentire al concessionario di disporre di un periodo di tempo sufficiente a recuperare gli investimenti effettuati, insieme con un ritorno sul capitale investito.

Ciò comporta che la durata della concessione debba essere congrua, nel senso che essa va parametrata in modo da consentire al concessionario il recupero degli investimenti effettuati e un margine di ritorno sul capitale investito, fermo restando che l’effettività di tale recupero, giusta traslazione del rischio operativo, è legata alle fluttuazioni del mercato e non è, quindi, garantita.

Nei casi in cui la strutturazione economico-finanziaria dell'operazione contempli garanzie di copertura integrale dei costi e di sicuro conseguimento di un utile di impresa, non si configura, infatti, una concessione, in quanto il rischio operativo risulta, di fatto, obliterato.

Alla luce delle considerazioni che precedono, il Collegio ritiene che la proroga preclusa dall'art. 178, comma 5, sia quella che travalica la durata massima della concessione.

Una proroga contenuta entro il limite temporale fissato come durata massima della concessione deve, invece, ritenersi ammissibile, purché tale facoltà di proroga sia prevista in clausole chiare, espresse e inequivocabili contenute nei documenti di gara iniziali, ai sensi dell'art. 189, comma 1, lett. a) del Codice.

La previsione di tale facoltà di proroga nei documenti iniziali di gara, contenuta nei limiti temporali della durata massima della concessione fissata in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario, esclude che possa configurarsi una compressione del principio di concorrenza.

In sintesi, se, tenuto conto dei tempi di remunerazione dell'investimento delineati nel PEF, la durata della concessione risulta inferiore ai cinque anni, come nel caso di specie, è possibile prevedere una opzione di proroga contrattuale entro il limite dei cinque anni. Tale esegesi si pone anche in linea con la disciplina euro-unitaria e con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che devono guidare l'interprete nel ricavare il significato da attribuire alle disposizioni interne.

L'interpretazione offerta consente, peraltro, di superare una questione che, ad avviso del Collegio, non assume rilievo dirimente ai fini della risoluzione della questione di massima.

Il riferimento è all'art. 179, comma 3, lettera a) del Codice dei contratti pubblici, a mente del quale, a fine di calcolare il valore stimato della concessione, gli enti concedenti tengono conto anche del "*valore di eventuali clausole di opzione*".

Secondo la tesi dell'Amministrazione, tale norma si porrebbe in contrasto con il divieto di proroga delle concessioni sancito dall'art. 178, comma 5, del medesimo Codice, in quanto essa impone di tenere conto, nella determinazione del valore stimato della concessione, di eventuali clausole di opzione, con ciò implicitamente ammettendo l'opzione di proroga delle concessioni.

In realtà, ad avviso del Collegio, l'antinomia tra le due disposizioni è solo apparente, in quanto l'art. 179, comma 3, lettera a) fa riferimento a eventuali clausole di opzione, che possono consistere anche in clausole diverse dalle opzioni di proroga (cfr. TAR Veneto, sentenza n. 1285/2023, con riferimento, ad esempio, ai c.d. servizi supplementari opzionali). La norma in esame contiene, infatti, un generico riferimento alle clausole di opzione, mentre non figura alcuna menzione della proroga.

Sicché l'apparente antinomia appare superabile ove si consideri che le clausole di opzione - di cui occorre tenere conto ai fini del calcolo del valore stimato della concessione ai sensi dell'art. 179, comma 3, lett. a) del Codice - possono consistere, nei limiti sopra precisati, in opzioni di proroga, ma, stante l'assenza di qualsiasi riferimento alla proroga nel testo dell'art. 179, comma 3, lettera a), possono riguardare anche altre eventuali opzioni inserite nella trama contrattuale.

Nella fattispecie, l'Amministrazione ha fornito dimostrazione di avere calcolato, in sede di gara, il valore stimato della concessione tenendo conto anche della opzione di proroga contrattuale pari a due anni.

PQM

- ammette al visto e alla conseguente registrazione il provvedimento indicato in epigrafe;
- risolve la questione di massima nei termini seguenti: *"l'art. 178, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023 ove prevede l'improrogabilità del contratto di concessione si riferisce esclusivamente alle proroghe che non siano prestabilite dalla lex specialis di gara nel limite massimo della durata ordinaria della concessione"*.

Il Presidente
Ermanno Granelli
(firmato digitalmente)

Il Relatore
Emanuele Scatola
(firmato digitalmente)

Depositata in Segreteria il 6 marzo 2025

Il Dirigente
Francesca Pluchinotta Palmeri
(firmato digitalmente)