

Il Presidente

.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... – contratti misti di concessione - art. 180, comma 3, del d.lgs. 36/2023 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0260-2025

FUNZ CONS 56/2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 2 ottobre 2025 acquisita al prot. Aut. n. 128537, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 21 gennaio 2026, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del relativo Regolamento. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata l'Amministrazione regionale comunica di aver avviato, in data 5 settembre 2025, sulla piattaforma MePa di Consip Spa, una trattativa diretta ai sensi dell'articolo 50, comma 1, lettera b) del d.lgs. 36/2023, per l'affidamento del "Servizio di installazione e gestione di distributori automatici di bevande calde e fredde e di alimenti e di erogatori d'acqua presso le sedi delOMISSIS....." per un importo complessivo inferiore a euro 140.000. La stessa rappresenta al riguardo che l'oggetto dell'affidamento si articola nelle seguenti prestazioni: (i) installazione e gestione di distributori automatici di bevande calde, fredde e alimenti e (ii) installazione e gestione di erogatori d'acqua, inclusa la fornitura di bombole di CO₂. Specifica, inoltre, che il valore economico della parte relativa ai distributori automatici è pari ad euro 18.602,90 annui, mentre quella relativa agli erogatori, è pari ad euro 1.470,00 annui.

Il suindicato servizio è stato qualificato dalla stazione appaltante come "contratto misto", avendo ad oggetto sia elementi riferibili alla concessione (installazione e gestione di distributori automatici di bevande calde, fredde e alimenti), sia elementi riferibili all'appalto (installazione e gestione di erogatori d'acqua, comprensivo della fornitura di bombole di CO₂). Pertanto, in applicazione dell'articolo 180, comma 3, del Codice, ritenendo di dover qualificare l'affidamento come "appalto", la stazione appaltante ha indetto una procedura di affidamento ai sensi dell'art. 50, comma 1, lettera b), del d.lgs. 36/2023.

In data 25 settembre 2025, è pervenuta all'Amministrazione richiedente una comunicazione da parte di un operatore economico che, qualificato l'oggetto della procedura come concessione, ha contestato l'applicazione delle norme in materia di affidamento diretto, rappresentando la necessità di applicare, nella fattispecie, la procedura negoziata prevista dall'art. 187 del Codice.

Pertanto, la stazione appaltante ha sospeso la procedura di affidamento per i dovuti approfondimenti.

La richiedente ha quindi sottoposto all'attenzione dell'Autorità un quesito relativo alle disposizioni dell'art. 180, comma 3, del d.lgs. 36/2023, al fine di chiarire se la norma, laddove stabilisce che "I contratti misti che contengono elementi della concessione ed elementi dell'appalto pubblico sono aggiudicati in conformità alla disciplina degli appalti", contenga una clausola di prevalenza quale metodo di individuazione del regime giuridico applicabile e se, dovendosi applicare la disciplina degli appalti, sia corretto ricorrere alla procedura di cui all'art. 50, comma 1, lettera b), d.lgs. 36/2023, in tutti i casi in cui il valore complessivo del contratto sia inferiore ad euro 140.000.

Al fine di esprimere avviso in ordine al quesito posto, si richiama l'art. 180 (Contratti misti di concessione) del Codice, ai sensi del quale «1. Le concessioni aventi per oggetto sia lavori che servizi sono aggiudicate in conformità alle disposizioni applicabili alla prestazione che caratterizza l'oggetto principale delle concessioni stesse. 2. Nel caso di concessioni miste che consistono in parte in servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IV alla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi. 3. I contratti misti che contengono elementi della concessione ed elementi dell'appalto pubblico sono aggiudicati in conformità alla disciplina degli appalti. 4. Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, il regime giuridico applicabile è determinato in base all'oggetto principale del contratto in questione. Nel caso in cui tali contratti contengano elementi sia di una concessione di servizi sia di un contratto di forniture, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi o forniture. 5. I contratti misti che contengono elementi delle concessioni di lavori e servizi, nonché elementi delle concessioni di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni, sono aggiudicati in conformità alla disciplina della presente Parte».

La disposizione, dettata in recepimento dell'art. 20 della direttiva 2014/23/UE - con riguardo ai profili di interesse ai fini del parere - stabilisce al comma 3 che i contratti misti che contengono elementi della concessione ed elementi dell'appalto pubblico "sono aggiudicati in conformità alla disciplina degli appalti".

La ratio di una tale previsione è indicata nella Relazione Illustrativa del Codice, secondo la quale «[...] la norma precisa, in via di principio, che le concessioni aventi per oggetto sia lavori che servizi sono aggiudicate secondo le disposizioni applicabili al tipo di concessione che caratterizza l'oggetto principale del contratto (comma 1). L'articolo chiarisce quali disposizioni applicare nel caso dei contratti misti, secondo metodologie analoghe a quelle previste nei contratti misti di appalto (comma 2). In dettaglio, si chiariscono due punti rilevanti. In primo luogo, si stabilisce – sempre in termini di principio – che nel caso di contratti misti contenenti elementi di concessioni nonché elementi di appalti pubblici, il contratto misto è aggiudicato in conformità alla disciplina degli appalti (comma 3), al fine di garantire l'applicazione derivante dal maggior dettaglio di queste ultime norme. In secondo luogo, si stabilisce – analogamente in termini di principio – che se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, il regime giuridico applicabile è determinato in base all'oggetto principale del contratto in questione; nel caso in cui tali contratti contengano elementi sia di una concessione di servizi sia di un contratto di forniture, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi o forniture (comma 4). La norma si fonda anche su quanto già emerso dai principi espressi in giurisprudenza sul vecchio testo, alla luce della disciplina europea di riferimento. In generale, la distinzione tra concessione e appalto di servizi si fonda sul criterio dell'assunzione del rischio

operativo e delle modalità di remunerazione degli investimenti del contraente privato. La concessione di servizi instaura infatti un rapporto a titolo oneroso che prevede, quale corrispettivo per le prestazioni rese dal privato, il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione del servizio. Nel caso dell'appalto di servizi, invece, non vi è trasferimento del rischio operativo al contraente privato, che ottiene la remunerazione delle prestazioni rese mediante il corrispettivo versato dalla stazione appaltante. Inoltre, qualora l'affidamento contempli l'esecuzione dei lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, la linea di demarcazione tra i diversi istituti va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori, nel senso che solo laddove la gestione del servizio sia servente rispetto alla costruzione delle opere è configurabile l'ipotesi della concessione di lavori pubblici; viceversa, l'inserimento dei lavori all'interno di un programma complesso rivolto alla gestione dei servizi volti a soddisfare esigenze primarie di rilievo sociale induce a ritenere che siano i lavori a porsi in termini obiettivamente accessori o secondari rispetto alla gestione delle strutture (cfr. in termini, Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2019, n. 4186). Tali indicazioni di principio si muovono altresì nel perseguitamento degli obiettivi indicati dalla lettera aa) della legge delega, anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investitori professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi resi in concessione, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti. [...].».

Sulla base delle indicazioni contenute nel documento sopra richiamato e ferma la distinzione tra appalto di servizi e concessione di servizi, nei termini ivi indicati, può quindi osservarsi che l'art. 180, comma 3, del Codice stabilisce l'applicazione delle disposizioni in tema di appalti pubblici nel caso di contratto misto di concessione/appalto pubblico, perseguiendo la finalità – secondo quanto evidenziato nella Relazione Illustrativa - di "garantire l'applicazione derivante dal maggior dettaglio di queste ultime norme".

L'art. 180 dispone, altresì, al comma 4, che ove le parti del contratto misto siano "oggettivamente non separabili", il regime giuridico applicabile, sarà determinato in base all'oggetto principale del contratto in questione, fermo restando quanto previsto ulteriormente dal comma 4 medesimo, secondo il quale «Nel caso in cui tali contratti contengano elementi sia di una concessione di servizi sia di un contratto di forniture, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi o forniture».

L'art. 180, comma 3, del Codice – applicabile quindi quando le parti del contratto misto sono oggettivamente separabili (norma sulla quale verte il quesito in esame) - deve essere letta congiuntamente con l'art. 14, comma 21, del d.lgs. 36/2023, ai sensi del quale «i contratti misti che contengono elementi sia di appalti di forniture, lavori e servizi nei settori ordinari sia di concessioni sono aggiudicati in conformità alle disposizioni del codice che disciplinano gli appalti nei settori ordinari, purché l'importo stimato della parte del contratto che costituisce un appalto, calcolato secondo il presente articolo, sia pari o superiore alla soglia pertinente».

La lettura congiunta e coordinata delle disposizioni dell'art. 14, comma 21, sopra riportato con quelle dell'art. 180, comma 3 del Codice, porta a ritenere che in un contratto misto di concessione e appalto pubblico, la disciplina dettata dal Codice per gli appalti nei settori ordinari, troverà applicazione esclusivamente nel caso in cui la parte relativa all'appalto pubblico sia pari o superiore alla soglia pertinente indicata nell'art. 14 citato. In caso contrario, quindi ove la parte relativa all'appalto pubblico sia di importo inferiore alle soglie di riferimento, il contratto misto di concessione resterà disciplinato dalle norme contenute per tale schema negoziale nel Libro IV, Parte II, del d.lgs. 36/2023.

Una simile ricostruzione appare in linea con la ratio del citato art. 180, comma 3 che, come sottolineato nella Relazione Illustrativa, mira “a garantire l’applicazione derivante dal maggior dettaglio” delle norme in tema di appalti pubblici.

Appare evidente al riguardo che tale finalità può essere perseguita esclusivamente nel caso in cui trovi applicazione, per l’affidamento della concessione mista, la disciplina dettata per gli appalti pubblici di valore superiore alle soglie comunitarie, essendo quella dettata per gli appalti di valore inferiore a tali soglie, maggiormente semplificata e più snella rispetto alla prima, consentendo (tra l’altro) l’affidamento diretto del contratto ai sensi dell’art. 50 del Codice.

Affidamento diretto che, invece, la disciplina dettata per i contratti di concessione di valore inferiore alle soglie comunitarie, non contempla, avendo il legislatore dettato, per tali fattispecie, specifiche previsioni all’art. 187 (“Contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea”) del d.lgs. 36/2023. Ai sensi di tale disposizione, infatti, «1. Per l’affidamento dei contratti di concessione il cui valore sia inferiore alla soglia di cui all’articolo 14, comma 1, lettera a), l’ente concedente può procedere mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. Resta ferma la facoltà per l’ente concedente di affidare gli stessi contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea mediante le procedure di gara disciplinate dal presente Titolo II. 2. Ai contratti di importo inferiore alla soglia europea si applicano le norme sull’esecuzione di cui al Titolo III della presente Parte».

Pertanto, secondo le disposizioni sopra richiamate, le concessioni di valore inferiore alle soglie comunitarie devono essere affidate con la procedura indicata dal citato art. 187 del Codice, con esclusione dell’affidamento diretto, previsto e disciplinato per gli appalti pubblici di valore inferiore a tali soglie, all’art. 50 del d.lgs. 36/2023.

Sembra utile richiamare al riguardo l’avviso espresso dal giudice amministrativo, secondo il quale «(...) la procedura di affidamento delle concessioni sotto la soglia di rilevanza europea potrà avvenire secondo le modalità delineate dal citato art. 187, ovvero mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, ferma restando l’opzione dell’ente concedente di utilizzare le procedure di gara disciplinate, per le concessioni, dalle altre disposizioni del Titolo II, della Parte II, del Libro IV del Codice (cfr. in termini, TAR Parma, sez. I, 18 giugno 2024, n. 155; TAR Catania, sez. II, 2 dicembre 2024, n. 3956 e, da ultimo, TAR Lazio, sez. II bis, 25 marzo 2025, n. 6043). (...) nella specie ricorre un rapporto di concessione di un servizio pubblico rispetto al quale non è possibile l’affidamento diretto (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 14 ottobre 2024, n. 8220) neanche per importi inferiori alla soglia europea, mentre la disciplina applicabile è quella dettata dall’art. 187 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36» (TAR Sicilia, Palermo, n. 1165/2025).

La disposizione di cui all’art. 187 citato, infatti, «risponde, da un lato, alle stesse finalità di flessibilità e semplificazione cui è ispirato l’art. 50 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36 (peraltro ulteriormente ribadite dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza); dall’altro sembra valorizzare in maniera più spiccatamente garantista le esigenze pro-concorrenziali, intendendo coinvolgere il maggior numero possibile degli operatori economici (dieci), anche con evidenti asimmetrie rispetto a quanto previsto dall’art. 50 (...)» (TAR Emilia-Romagna, n. 155/2024).

Pertanto, anche sulla base dell’avviso giurisprudenziale richiamato, in risposta al quesito sollevato nell’istanza di parere, può osservarsi che ai sensi del combinato disposto dell’art. 180, comma 3, con l’art. 14, comma 21, del d.lgs. 36/2023, in un contratto misto di concessione e appalto pubblico, la disciplina dettata dal Codice per gli appalti nei settori ordinari, troverà applicazione

esclusivamente nel caso in cui la parte relativa all'appalto pubblico sia di valore pari o superiore alla soglia pertinente indicata nell'art. 14 citato. In caso contrario, ove la parte relativa all'appalto pubblico sia di importo inferiore a tali soglie, il contratto misto di concessione resterà disciplinato dalle norme contenute per tale schema negoziale nel Libro IV, Parte II, del d.lgs. 36/2023, applicando quindi per il relativo affidamento – in caso di valore inferiore alle soglie – l'art. 187 del Codice, nei termini in precedenza indicati.

Per quanto sopra, si rimette all'Amministrazione richiedente ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente