

# Il trasferimento del rischio operativo quale discrimen tra l'istituto dell'appalto e delle concessioni

di Maria Cristina Lenoci

Data di pubblicazione: 19-6-2024

Il tratto fondamentale dell'istituto della concessione (sia essa di lavori o di servizi) è l'espresso trasferimento in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi (...). Il tipo di rischio, pertanto, costituisce il vero discrimen tra concessione e appalto. Infatti nell'appalto la realizzazione dell'opera è finanziariamente a carico della P.A. che versa all'appaltatore un corrispettivo in cambio della costruzione della stessa e vi è unicamente il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione o di gestione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito dell'esecuzione dell'opera; diversamente, nella concessione di opere pubbliche, il concessionario non viene retribuito dall'amministrazione concedente mediante il versamento di un corrispettivo ma attraverso il riconoscimento del diritto di gestione dell'opera per un certo periodo di tempo assumendo, di guisa, l'alea della scarsa redditività dell'opera rispetto alle spese connesse alla realizzazione ed alla gestione

Pubblicato il 06/05/2024

**N. 01348/2024 REG.PROV.COLL.**

**N. 02403/2023 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2403 del 2023, proposto da Del Bo S.p.A., Del Bo Servizi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 94566301F3, rappresentati e difesi dagli avvocati Gianluigi Pellegrino, Francesco Fanasca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**contro**

Azienda Lombarda per L'Edilizia Residenziale di Milano - Aler Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giorgio Lezzi, Federica Fischetti, Federico Milani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giorgio Lezzi in Milano, corso di Porta Vittoria 9;

***nei confronti***

Del Vecchio S.r.l., Hacca Impianti S.r.l., non costituiti in giudizio;  
Komè S.r.l., Euroascensori Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Andrea Di Lieto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento***

- del provvedimento prot. DIST/APPA/AGGI/slm del 15.11.2023, con cui ALER Milano con riferimento alla gara di cui al Lotto 1 (CIG 94566301F3) della "Procedura aperta per l'affidamento in concessione, ai sensi degli artt. 164 e ss del D.lgs 50/16 e smi del servizio di conduzione a canone pronto intervento e reperibilità al di fuori del normale orario di lavoro, degli impianti elevatori (ascensori, montacarichi e servoscala), nonché dell'esecuzione degli interventi di manutenzione connessi al servizio, dell'ammodernamento degli impianti esistenti e della realizzazione di nuovi impianti ascensori per gli immobili di proprietà Aler Milano e/o gestiti dalla stessa siti in Milano e provincia", ha comunicato l'esclusione della ATI ricorrente, miglior offerente, per non aver corredata l'offerta di un PEF asseverato da uno dei soggetti indicati dall'art. 183, co. 9, D.Lgs. n. 50/16; con aggiudicazione del Lotto alla peggiorativa offerta del RTI Komè s.r.l. (Mandataria - concorrente) - Euroascensori service s.r.l. (Mandante - Aus.) - Hacca Impianti S.r.l. (Aus.);

- del verbale della commissione di gara del 10.07.2023, mai pubblicato;

- della delibera ALER prot. PROV/DIGE/23/1800 del 10.11.2023;

- di ogni altro atto consequenziale, connesso e presupposto, e tra questi in particolare per la declaratoria di nullità del Disciplinare di gara nella parte in cui, all'art. 17, erroneamente considerando l'affidamento una "concessione" e non un "appalto" ha previsto che l'offerta dovesse essere corredata da un PEF (Piano Economico Finanziario) asseverato da uno dei soggetti indicati dall'art. 183, co. 9, D.Lgs. n. 50/16;

nonché la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato con l'aggiudicataria e per il subentro della deducente nell'aggiudicazione e nel contratto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Komè S.r.l. e di Euroascensori Service S.r.l. e di Azienda Lombarda per L'Edilizia Residenziale di Milano - Aler Milano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2024 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente ha partecipato alla gara di cui al Lotto 1 (CIG 94566301F3) della "Procedura aperta per l'affidamento in concessione, ai sensi degli artt. 164 e ss del D.lgs 50/16 e smi del servizio di conduzione a canone pronto intervento e reperibilità al di fuori del normale orario di lavoro, degli impianti elevatori (ascensori, montacarichi e servoscala), nonché dell'esecuzione degli interventi di manutenzione connessi al servizio, dell'ammodernamento degli impianti esistenti e della realizzazione di nuovi impianti ascensori per gli immobili di proprietà Aler Milano e/o gestiti dalla stessa siti in Milano e provincia" ed è stata esclusa per non aver corredato l'offerta di un PEF asseverato da uno dei soggetti indicati dall'art. 183, co. 9, D.Lgs. n. 50/16.

Contro l'atto di esclusione, l'aggiudicazione ed il contratto, che gli sono stati comunicati insieme dopo la stipulazione del contratto, ha sollevato i seguenti motivi di ricorso.

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, co. 8, D.Lgs. n. 50/16. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 165 e 183, co. 9, D.Lgs. n. 50/16. Violazione di legge. Eccesso di potere. Nullità della clausola escludente di cui all'art. 17 Disciplinare.

Secondo la ricorrente, poiché non sussiste alcun trasferimento del rischio operativo, neppure era possibile alcun affidamento in concessione degli impianti, con la conseguenza che la stazione appaltante non avrebbe potuto chiedere un PEF asseverato.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 183, co. 9, D.Lgs. n. 50/16. Violazione dell'art. 17 Disciplinare. Eccesso di potere. Violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

In subordine, pure ove mai un PEF fosse ammissibilmente richiedibile, deve ritenersi senza dubbio valida ed equipollente a quella richiesta l'asseverazione da parte di revisore contabile fornita dal ricorrente.

La stazione appaltante ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse in quanto sebbene ciascun concorrente potesse presentare offerte per tutti i quattro lotti di gara, poteva risultare aggiudicatario di un solo lotto, per cui non potrebbe impugnare l'esclusione da più lotti della stessa gara; contesta poi l'irricevibilità del ricorso per tardività dell'impugnazione in quanto la ricorrente non ha ottemperato alla clausola del bando che imponeva ai partecipanti alla gara di presentare, a pena di esclusione, un PEF asseverato da uno dei soggetti di cui all'art. 183, co. 9 del Codice che sarebbe qualificabile come "immediatamente

escludente". Nel merito chiede la reiezione del primo motivo di ricorso in quanto il bando prefigurerebbe una concessione in considerazione dell'allocazione dei "rischi" in capo al privato. Inoltre evidenzia che, con la concessione di specie, i lavori di ammodernamento e nuova realizzazione diventano obbligatori, tanto da dover essere "completati entro i primi cinque anni dall'avvio della concessione" con la garanzia da parte del concessionario di realizzare "un minimo del 20% annuo di nuovi impianti" rispetto alle consistenze elencate nell'Allegato C (cfr. art. 3, co. 7, del Capitolato di concessione). Inoltre sussisterebbero i presupposti per qualificare l'operazione come concessione fredda ai sensi del comma 4 dell'art. 177 del nuovo Codice dei contratti.

Anche il secondo motivo sarebbe infondato in quanto l'asseverazione da parte di revisore contabile è in contrasto con il bando secondo il quale il piano economico va asseverato da uno dei

soggetti di cui all'art. 183, co. 9 del Codice.

La controinteressata DEL VECCHIO S.R.L. ha eccepito l'irricevibilità del ricorso per gli stessi motivi della stazione appaltante ed ha eccepito l'inammissibilità poiché, lungi dal formulare alcuna contestazione a riguardo, la ricorrente ha aderito alla previsione del bando presentando (anzi, personalizzando) il PEF. Nel merito ha chiesto la reiezione del ricorso.

L'R.T.I. Komè s.r.l. - Euroascensori Service s.r.l. ha eccepito che il ricorso è irricevibile, inammissibile e, comunque, infondato per ragioni analoghe a quelle già indicate.

All'udienza del 3 aprile 2024 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. In primo luogo occorre respingere l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, avendo la ricorrente impugnato l'aggiudicazione di due lotti, in quanto nel caso in cui la ricorrente risulti vittoriosa ed aggiudicataria di entrambi i lotti potrà sempre optare per uno di essi.

3. Venendo alle altre eccezioni pregiudiziali, occorre respingere l'eccezione di tardività del ricorso in quanto la clausola che richiedeva la presentazione del PEF asseverato non ha carattere escludente.

Come chiarito dalla giurisprudenza (Cons. St., ad. plen., n. 1/2003) l'onere di immediata impugnazione del bando di gara deve, normalmente, essere riferito alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione.

Nel caso di specie l'art. 17 del disciplinare, ai sensi del quale l'offerta economica deve essere corredata, a pena di esclusione, da un "Piano Economico Finanziario (P.E.F.) coerente con l'offerta economica formulata ed asseverato da uno dei soggetti indicati dall'art. 183, comma 9 del D.lgs. 50/2016 e s.m.i., contenente l'esplicitazione dettagliata dei presupposti e delle condizioni di base che determinano l'equilibrio economico e finanziario della concessione, per tutto l'arco temporale di durata della stessa", non individua un requisito di carattere soggettivo ma descrive un documento di gara ritenuto indispensabile, la cui presentazione non è

impossibile od eccessivamente onerosa per la ricorrente in quanto si tratta di un documento la cui redazione ed asseverazione costituiscono prestazioni facilmente reperibili sul mercato.

Neppure sussiste inammissibilità del ricorso per acquiescenza al bando per aver la ricorrente presentato un PEF non correttamente asseverato, in quanto la questione relativa ai requisiti del documento di gara presentato attiene al merito del ricorso e non alle condizioni di proponibilità dello stesso.

4.1 Venendo al merito, occorre rilevare che secondo il bando la gara ha per oggetto "l'affidamento in concessione, ai sensi degli artt. 164 e ss. del D.lgs. 50/2016 e s.m.i., del servizio di conduzione a canone, pronto intervento e reperibilità al di fuori del normale orario di lavoro degli impianti elevatori (ascensori, montacarichi e servoscala), nonché dell'esecuzione degli interventi di manutenzione connessi al servizio, dell'ammodernamento degli impianti esistenti e della realizzazione di nuovi impianti ascensori per gli immobili di proprietà di Aler Milano e/o gestiti dalla stessa, siti in Milano e provincia".

Secondo il disciplinare di gara "3.1. Con riferimento a ciascun lotto, Aler intende affidare in concessione, per gli immobili di sua proprietà e/o da essa amministrati, siti in Milano e Provincia, il servizio di conduzione, gestione, manutenzione e pronto intervento degli impianti elevatori (ascensori, montacarichi e montascale per disabili) per la durata di anni 10 (dieci). La Concessione prevede, inoltre, l'esecuzione da parte del Concessionario di interventi di manutenzione straordinaria e di ammodernamento degli impianti esistenti, nonché la realizzazione di nuovi impianti negli edifici individuati dall'Ente Concedente.

3.2. Per ciascun lotto, la concessione comprende, in particolare, le seguenti attività, per la cui puntuale descrizione si rinvia all'articolo 1 del Capitolato Speciale:

- a) servizio di conduzione, gestione e manutenzione preventiva a canone;
- b) servizio di manutenzione correttiva;
- c) lavori di ammodernamento di impianti esistenti;
- d) lavori per interventi di nuova realizzazione impianti/montacarichi/servoscala".

4.2 La stazione appaltante ha poi redatto una matrice dei rischi della concessione nella quale ha individuato un Rischio di costruzione ed un Rischio di disponibilità. Il primo è legato al ritardo nei tempi di consegna, al mancato rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, ad inconvenienti tecnici dell'opera e al mancato completamento della stessa. Il secondo è legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti.

4.3 In merito occorre premettere che la distinzione tra appalto e concessione riposa, secondo la giurisprudenza, nel diverso tipo di rischio affrontato da colui che fornisce le prestazioni alla stazione appaltante.

Il tratto fondamentale dell'istituto della concessione (sia essa di lavori o di servizi) è l'espresso trasferimento in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi. Il rischio operativo può comprendere il rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi.

Il tipo di rischio, pertanto, costituisce il vero discrimen tra concessione e appalto. Infatti nell'appalto la realizzazione dell'opera è finanziariamente a carico della P.A. che versa all'appaltatore un corrispettivo in cambio della costruzione della stessa e vi è unicamente il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione o di gestione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito dell'esecuzione dell'opera; diversamente, nella concessione di opere pubbliche, il concessionario non viene retribuito dall'amministrazione concedente mediante il versamento di un corrispettivo ma attraverso il riconoscimento del diritto di gestione dell'opera per un certo periodo di tempo assumendo, di guisa, l'alea della scarsa redditività dell'opera rispetto alle spese connesse alla realizzazione ed alla gestione.

4.3 Il profilo del rischio è disciplinato dall'art. 165. (Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni) del D. Lgs. 50/2016 secondo il quale "1. Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario".

4.4 Venendo all'esame della concessione oggetto del ricorso risulta chiaro che si tratta di una concessione per opere c.d. fredde, cioè quelle per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla Pubblica Amministrazione e trae la propria numerazione da pagamenti effettuati dalla stessa.

Infatti l'oggetto del contratto è la manutenzione e la realizzazione di ascensori degli immobili di proprietà Aler e/o da essa amministrati, senza alcuna distinzione tra elevatori che svolgono un servizio pubblico e quelli c.d. di condominio, cioè meri accessori degli immobili stessi.

Nessuna contribuzione è prevista da parte di terzi in quanto i servizi ed i lavori sono interamente pagati dall'amministrazione.

A ciò si aggiunge che il rischio è esclusivamente dal lato dell'offerta in quanto, trattandosi di un servizio necessario alla gestione degli immobili, non esiste un rischio associato alla domanda del servizio ma solo il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, cioè il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto.

4.5 La struttura contrattuale già solo per l'oggetto si pone in contrasto con il Codice dei contratti approvato con il D. Lgs. 50/2016, che disciplina la procedura, in quanto l'art. 165,

comma 1,

stabilisce che «la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato», circoscrive la figura ai soli servizi in grado di finanziarsi prevalentemente con i corrispettivi pagati dagli utenti.

4.6 Trattandosi, però, di elemento non decisivo in quanto in contraddizione con l'art. 180, comma 2 del medesimo Codice, occorre analizzare se l'assetto contrattuale predisposto dalle parti sia tale da traslare sul privato il rischio della gestione della concessione.

4.7 In merito il Considerando n. 20 della Direttiva 2014/23/UE chiarisce che Un rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti. Rischi come quelli legati a una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o a cause di forza maggiore non sono determinanti ai fini della qualificazione come concessione, dal momento che rischi del genere sono insiti in ogni contratto, indipendentemente dal fatto che si tratti di un appalto pubblico o di una concessione.

Ciò che caratterizza la concessione quindi dev'essere un rischio ulteriore rispetto a quello ordinario dell'appalto.

Nel caso di specie la stazione appaltante ha redatto una matrice rischi nella quale fanno parte del rischio di gestione del concessionario il Rischio di costruzione ed il Rischio di disponibilità.

4.8 Venendo all'esame del capitolato speciale in questione occorre precisare che, in merito alla disponibilità del bene, risulta che i singoli interventi a guasto ed i lavori di manutenzione connessi all'esecuzione del servizio sono affidati mediante Ordine di Servizio (art. 10).

Anche i servizi di manutenzione correttiva sono svolti a chiamata e previamente approvati dalla stazione appaltante (art. 7).

Il Concessionario, per tali interventi dovrà presentare, al Direttore dell'Esecuzione del Contratto, un preliminare preventivo di spesa che descriva dettagliatamente le lavorazioni necessarie per la risoluzione del guasto e conseguente ripristino funzionale dell'elevatore. Detta offerta verrà esaminata dal Direttore dell'Esecuzione del Contratto, per la valutazione di congruità tecnico-economica e approvato dal RUP, e successivamente verrà impartito l'ordine di intervento per l'esecuzione delle lavorazioni (ODS).

Ne consegue che la disponibilità effettiva del bene resta nelle mani dell'amministrazione che provvede alla preventiva autorizzazione degli interventi di servizio più importanti oltre che dei lavori. Deve quindi escludersi un rischio di disponibilità in capo al concessionario in quanto il previo accordo con la stazione appaltante intacca il rischio di manutenzione straordinaria, non preventivata, derivante da una progettazione o costruzione non adeguata, con conseguente aumento dei costi ed il rischio di performance, ossia il rischio che la struttura messa a disposizione o i servizi erogati non siano conformi agli standard tecnici e funzionali prestabiliti. Tali due rischi sono infatti insiti nel concetto di Rischio di disponibilità.

4.9 Per quanto riguarda, poi, il corrispettivo di disponibilità, affinché il contratto comporti il trasferimento al concessionario del rischio operativo, come definito alla successiva lett. zz) dell'art. 3 del D. Lgs. 50/2016, è necessario che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario (art. 165, c. 1, del D.Lgs. 50/2016).

4.10 In merito al pagamento del corrispettivo il capitolato speciale prevede all'art. 26 che "1. Ai sensi dell'art. 35 comma 18 del D.Lgs. 50/2016, così come modificato dalla Legge 77/2020, è prevista la corresponsione in favore del Concessionario di un'anticipazione sino all'importo massimo del 20 per cento.

.....

*7. Il diritto dell'anticipazione decade in casi di ritardi imputabili al Concessionario rispetto alle tempistiche impartite. Sulle somme da restituire sono dovuti gli interessi legali con decorrenza dalla data di erogazione dell'anticipazione.*

*Modalità di Liquidazione del servizio.*

*La liquidazione del corrispettivo del servizio, per ciascuna annualità, avverrà attraverso la remunerazione di un canone mensile diversificato per ogni tipologia di impianto mediante l'applicazione dei prezzi di cui all'Elenco Nuovi Prezzi, per rate di importo costante, per l'importo complessivo di € 33.193.209,34 - da corrispondere per la durata della concessione pari a 10 anni.*

.....

*Modalità di Liquidazione del servizio di manutenzione correttiva*

*La liquidazione del corrispettivo del servizio di manutenzione correttiva, avverrà con le seguenti modalità: a) Le prestazioni dovranno essere ordinate con apposito Ordine di Servizio (ODS) dal DEC /Responsabile Unico del Procedimento e contabilizzate a misura così come indicato al precedente articolo 7. b) La contabilizzazione dei lavori di cui al presente comma sarà effettuata attraverso SAL bimestrali dettagliati per singola prestazione e/o impianto. Gli interventi potranno essere contabilizzati solo dopo l'avvenuta consegna ed accettazione da parte dell'Ente concedente di tutte le certificazioni di conformità degli impianti realizzati, copia dei progetti, degli as build ed in generale di tutta la documentazione contemplata nel CS.*

*Modalità di Liquidazione dei Lavori di ammodernamento degli impianti esistenti e di realizzazione dei nuovi impianti ascensore*

*La contabilità ed i pagamenti dei lavori di ammodernamento degli impianti esistenti e di realizzazione dei nuovi impianti ascensore ordinati da ALER nel corso della durata della concessione, avverranno con le seguenti modalità: a) Le prestazioni dovranno essere ordinate*



*con apposito Ordine di Lavoro (ODL) dal DEC/DL/Responsabile Unico del Procedimento e contabilizzate a misura. b) La contabilizzazione dei lavori di cui al presente comma sarà effettuata attraverso SAL bimestrali dettagliati per singola prestazione e/o impianto. Gli interventi potranno essere contabilizzati solo dopo l'avvenuta consegna ed accettazione da parte dell'Ente concedente di tutte le certificazioni di conformità degli impianti realizzati, copia dei progetti, as build ed in generale di tutta la documentazione contemplata nel CS. c) Per i lavori relativi ad interventi di sostituzione e ammodernamento degli impianti esistenti di cui al punto 3 di cui all'art. 3 della tabella 1, le cui prestazioni sono compensate mediante emissioni di SAL bimestrali su apposita commessa, il Responsabile Unico del Procedimento e/o il Direttore dell'Esecuzione del Contratto emetterà appositi Ordini di Lavoro (ODL), trasmessi al Concessionario mediante mail. Con l'avvio dell'ODL il Concessionario si impegnerà attraverso il proprio team tecnico a produrre e presentare, previo benestare dell'Ente concedente, tutta la documentazione preliminare (progetti esecutivi meccanici, elettrici, benestare sovrintendenza, ecc) necessaria alla realizzazione degli interventi agli uffici Comunali preposti. La tempistica massima per la conclusione e presentazione dei progetti alle competenti strutture comunali da parte di tecnici abilitati, a cura del Concessionario, non potrà superare i 60 gg massimi naturali e consecutivi a partire dalla ricezione dell'ODL. I lavori dovranno essere avviati immediatamente”.*

Dall'esame del suddetto articolo risulta che non è previsto che il corrispettivo venga erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera ma semplicemente al termine della prestazione ed a condizione che essa sia correttamente eseguita. Sono a tal fine del tutto irrilevanti sia il numero di guasti che i giorni di mancata erogazione del servizio a cagione della necessità di interventi. In questo modo il corrispettivo è legato esclusivamente a rischi come quelli legati a una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o a cause di forza maggiore che sono estranei al concetto di rischio di disponibilità.

4.11 Venendo ora all'esame del Capitolato speciale di concessione lotto 3, CIG 9456754845, con riferimento alle penali, l'art. 25 stabilisce che *7. L'importo complessivo delle penali irrogate ai sensi dei commi precedenti non può superare il 10 (dieci) per cento dell'importo contrattuale; qualora i ritardi siano tali da comportare una penale di importo superiore alla predetta percentuale trova applicazione quanto indicato in contratto in materia di risoluzione dello stesso. 8. Gli inadempimenti o i ritardi nell'esecuzione dei lavori di adeguamento normativo e ammodernamento degli impianti esistenti nonché della realizzazione dei nuovi impianti ascensore, nel corso della durata della concessione, daranno luogo all'applicazione di una penale, quantificata nella misura giornaliera compresa tra 0,3 e 1 per mille, contabilizzata in detrazione sull'importo dei lavori ordinati. 9. Qualora il Concessionario accumuli penali per un importo pari o superiore al 10% del valore complessivo della concessione, il Concessionario stesso sarà automaticamente ritenuto inadempiente e ALER potrà procedere alla risoluzione del Contratto, e ciò ai sensi e per gli effetti dell'art. 1456 c.c.*

La norma del capitolato è la sostanziale applicazione dell'articolo 113 bis comma 4 del D.lgs. 50/2016 (applicabile razione temporis) che disciplina i limiti quantitativi delle penali nei contratti di appalto.

Infatti secondo la suddetta norma *“4. I contratti di appalto prevedono penali per il ritardo*

*nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'appaltatore commisurate ai giorni di ritardo e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto. Le penali dovute per il ritardato adempimento sono calcolate in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo, e non possono comunque superare, complessivamente, il 10 per cento di detto ammontare netto contrattuale".*

La limitazione delle penali al 10 per cento dell'ammontare netto contrattuale non è stabilita in relazione alla necessità che tali variazioni del corrispettivo siano, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

A ciò si aggiunge che le penali sono previste solo per il ritardo nelle prestazioni contrattuali senza alcuna valutazione in merito alla sottrazione della disponibilità del bene all'amministrazione in considerazione dei suddetti inadempimenti.

5. Deve quindi ritenersi che il capitolato speciale di gara, nonostante abbia definito il contratto come di concessione, non risponda ai requisiti che tale tipo di contratto deve avere secondo le previsioni del D. Lgs. 50/2016 con riferimento alle opere c.d. fredde, sia a causa dei poteri di ingerenza dell'amministrazione nella gestione, sia a cagione della mancata considerazione del rischio di disponibilità dell'opera posto a carico del concessionario in quanto il pagamento del canone è legato esclusivamente a inadempimenti contrattuali ordinari da parte dell'operatore economico senza tenere conto degli effetti che questi comportano sulla disponibilità degli impianti e con limiti di valore, nel caso delle penali, che non sono correlati alla necessità di garantire l'effettiva traslazione del rischio d'impresa.

6. In definitiva quindi il ricorso va accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati. Non occorre pronunciarsi sulla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto e per il subentro della deducente nell'aggiudicazione e nel contratto in quanto la gara dev'essere rifatta nel suo complesso.

7. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna la stazione appaltante al pagamento delle spese processuali alla ricorrente che liquida in €. 4000,00 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Luca Iera, Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Alberto Di Mario**

**IL PRESIDENTE**  
**Antonio Vinciguerra**

## **GUIDA ALLA LETTURA**

**1.** - La pronuncia qui in esame pone nuovamente sotto la “*lente di ingrandimento*” l’elemento di *discrimen* tra gli istituti dell’**appalto** di contratti pubblici e delle **concessioni**, i quali, pur trovando, nell’ambito delle finalità perseguite dalla P.A., diversi punti di contatto tra loro, presentano al contempo profonde e sostanziali differenze non solo sul piano squisitamente concettuale, ma anche su quello regolatorio.

L’**appalto** è, com’è noto, un contratto scritto *ad substantiam* tra la P.A. e l’operatore economico risultato aggiudicatario all’esito di una procedura di gara. In forza di tale contratto l’operatore economico si impegna a realizzare lavori e/o a rendere servizi e/o forniture dietro pagamento di un corrispettivo da parte della P.A..

*Ergo*, il rapporto che si viene ad instaurare tra l’Amministrazione ed il soggetto privato è di tipo *bilaterale*, in quanto la P.A. si accolla interamente il compenso spettante all’operatore privato per l’esecuzione dell’appalto.

L’istituto della **concessione** trae la sua origine dall’esigenza di affidare a terzi attività e servizi di interesse generale la cui esecuzione è, in linea di principio, assegnata dal nostro ordinamento alla P.A., la quale, però, per motivi di economicità e/o di adeguatezza delle proprie risorse strutturali ed umane alla complessità dell’oggetto della concessione, tende ad esternalizzarli ad un soggetto privato (*i.e.* il concessionario), conferendogli ogni potestà funzionale.

Già sotto questo profilo si coglie la prima sostanziale differenza tra l’istituto dell’appalto e quello della concessione, comportando quest’ultima un trasferimento di poteri e di funzioni (ovviamente strettamente funzionali alla realizzazione e/o alla gestione dell’opera e/o del servizio oggetto della concessione) dalla P.A. al soggetto privato/concessionario che, invero, non avviene nei contratti di appalto.

Il che rende il rapporto sotteso alla concessione di tipo *trilaterale*, poiché il concessionario ha

un rapporto diretto sia con la P.A. concedente sia con l'utenza finale.

È, infatti, da quest'ultima e, per la precisione, dalla richiesta degli utenti di utilizzo del bene dato in concessione che il concessionario trae la remunerazione per l'attività prestata.

**2.** - Ad introdurre per la prima volta nel nostro ordinamento una disciplina organica per le concessioni di lavori e servizi è stato, com'è noto, il d. lgs. n. 50 del 2016. Il previgente d. lgs. n. 163 del 2006 prevedeva, infatti, una disciplina articolata solo per le concessioni di lavori, dedicando un solo articolo alla definizione della concessione di servizi.

La nozione di concessione di lavori e quella di concessioni di servizi è stata codificata dall'art. 3, lett. uu) e vv) del d. lgs. n. 50 del 2016[1].

Con l'entrata in vigore del d. lgs. n. 36 del 2023 le definizioni di contratti di appalto e di concessione sono contenute non più all'interno del Codice dei Contratti pubblici, ma all'interno del suo Allegato I.1 e, per la precisione, del relativo art. 2, lett. b) e c)[2].

Trattasi di scelta sistematica/redazionale affatto casuale, in quanto denota l'intento della nuova riforma del Codice dei Contratti pubblici di snellire e semplificare il più possibile l'articolato codicistico.

Prova ulteriore ne è la riorganizzazione delle definizioni in *macro-categorie* (ossia per tipologie di soggetti e di contratti a cui si applica il d. lgs. n. 36 del 2023 e per procedure e strumenti di cui possono avvalersi le Stazioni appaltanti e gli Enti concedenti) operata dal suindicato Allegato I.1. del d.lgs. n. 36 del 2023.

**3.** - Ancor prima della entrata in vigore della direttiva 2014/23/UE, la giurisprudenza comunitaria aveva individuato nel c.d. "*trasferimento del rischio*" l'elemento decisivo ai fini della qualificazione dell'affidamento di un certo lavoro o servizio come appalto piuttosto che come concessione, intendendo per *rischio* l'esposizione del concessionario all'alea di mercato[3].

Il previgente d. lgs. n. 50 del 2016 ha definito il c.d. "*rischio operativo*" quale «*rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico. Si considera che l'operatore economico assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile*»[4].

A stare, dunque, della suindicata disposizione normativa, il c.d. "*rischio operativo*" poteva riferirsi sia al profilo della domanda che a quello dell'offerta che ad entrambi i profili; ed ancora doveva derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti, e doveva comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato.

In ordine a questa specifica tematica il nuovo Codice dei Contratti pubblici si pone in rapporto di continuità rispetto al Codice previgente, pur non mancando di apportare elementi di novità.

Al c.d. “*rischio operativo*” era specificatamente dedicato l’art. 165 del d. lgs. n. 50 del 2016, il cui contenuto è attualmente riproposto dall’art. 177 del d. lgs. n. 36 del 2023: si conferma, dunque, la volontà del Legislatore di rendere il contratto di concessione il punto di incontro tra le esigenze di convenienza e di *value for money* della Stazione appaltante e quelle di remunerazione degli investitori e dei finanziatori.

A differenza, però, della previgente disciplina, il nuovo Codice dei contratti pubblici ha preferito tenere separata la disciplina del c.d. “*rischio operativo*” da quella del *riequilibrio del piano economico finanziario* [5], afferendo quest’ultimo a questioni involgenti l’esecuzione del contratto.

**3.1. -** Ma in termini più squisitamente cosa è davvero il “*rischio operativo*”?

Trattasi di nozione che ricomprende tre differenti tipologie di rischio, ossia:

- il *rischio di costruzione* [6];
- il *rischio di disponibilità* [7]; ed infine
- il *rischio di domanda* [8];

Il rapporto tra il *rischio operativo* e le tre tipologie di *rischio* appena innanzi citate può essere risolto in termini di *genus a species*, vale a dire che le suddette tre tipologie possono essere intese come le tre possibili declinazioni del rischio operativo.

A differenza di quanto accade nelle concessioni, negli appalti il *rischio di costruzione* è condiviso da P.A. ed operatore economico, anche se in larga misura grava sull’Amministrazione. Negli appalti la P.A. tende a sopportare parte del c.d. *rischio di disponibilità*, seppur applicando all’operatore economico penalità in caso di realizzazione tardiva dell’opera o del servizio oggetto di concessione. Il *rischio di domanda*, invece, negli appalti è praticamente inesistente per l’operatore privato, in quanto quest’ultimo nel momento in cui andrà ad eseguire a regola d’arte l’appalto incasserà il compenso pattuito a prescindere dalla domanda.

Nelle concessioni, come già detto, il *rischio operativo* è interamente trasferito dalla P.A. al concessionario.

**3.2. -** Come facilmente intuibile, il *rischio di costruzione* è tipicamente proprio delle concessioni di lavori.

In questa tipologia di rischio possono essere fatte rientrare le seguenti ulteriori *alee*:

- *rischio di progettazione*, connesso a sopravvenienze implicanti la necessità di apportare

modifiche al progetto e, dunque, connesso a sopravvenienza incidenti in maniera significativa sui tempi e sui costi di realizzazione;

- *rischio di esecuzione di opera difforme;*
- *rischio di aumento del costo dei fattori produttivi o di inadeguatezza o indisponibilità di quelli previsti dal progetto;*
- *rischio di errata valutazione dei costi e/o dei tempi di esecuzione;*
- *rischio di inadempimenti dei fornitori e/o dei subappaltatori;*
- *rischio di inaffidabilità della tecnologia utilizzata.*

Il *rischio* della disponibilità è connesso alle variabili che possono incidere sulla domanda, tra cui rientrano:

- il *rischio di performance*, ossia il rischio che la struttura messa a disposizione o i servizi erogati risultino non conformi agli indicatori chiave di prestazione, preventivamente elaborati in relazione all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto o agli *standard* tecnico-funzionali che erano stati prestabiliti dalla P.A.;
- il *rischio di indisponibilità totale o parziale* della struttura da mettere a disposizione e/o dei servizi da erogare.

**3.3.** - Come già detto, in materia di *rischio operativo* la disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici, e segnatamente quella di cui all'art. 177 del d. lgs. n. 36 del 2023, ripercorre quella previgente, ossia quella contenuta negli artt. 3, 165 e seguenti del d. lgs. n. 50 del 2016.

A differenza, però, della pregressa normativa, l'attuale art. 177 del d. lgs. n. 36 del 2023 appare essere più chiaro e diretto quanto al trasferimento al privato del rischio operativo e, di conseguenza, quanto alla necessità di tenuta del piano economico finanziario rispetto alle variazioni, in condizioni normali, di costi e ricavi oggetto della concessione.

Ed ancora, rispetto al previgente art. 165 del d. lgs. n. 50 del 2016, il quale ad una prima veloce lettura sembrava ammettere la concessione per le sole *c.d. "opere calde o al più tiepide"*<sup>[9]</sup>, l'art. 177 ha sul punto operato una correzione di rotta, estendendo in modo inequivocabile la disciplina delle concessioni anche alle *c.d. "opere fredde"*<sup>[10]</sup>.

**4.** - Proprio a quest'ultima tipologia di opere si riferisce la sentenza del TAR Milano n. 1348/2024.

Per la precisione, detta pronuncia ha ad oggetto una concessione, posta a base d'asta in vigenza del d. lgs. n. 50 del 2016, e relativa alla manutenzione ed alla realizzazione di ascensori degli immobili di proprietà Aler e/o da essa amministrati, nell'ambito della quale non è stata fatta alcuna distinzione tra gli elevatori svolgenti un servizio pubblico e quelli *c.d. di*

*condominio*, cioè meri accessori degli immobili stessi.

Praticamente, nella vicenda esaminata dal TAR Milano nessuna contribuzione è stata prevista da parte di terzi, trattandosi di servizi e lavori interamente pagati dall'Amministrazione.

La qualcosa già *di primissimo acchito* potrebbe far sorgere non poche perplessità a ricondurre la fattispecie alle ipotesi delle concessioni, difettando nel caso in esame la trilateralità tipica del rapporto concessorio, in quanto, come detto, il concessionario non trae la remunerazione dell'attività svolta dall'utente, ma dalla P.A..

Per quanto l'art. 165 del d. lgs. n. 50 del 2016 possa *prima facie* sembrare non coinvolgere le opere a freddo nell'ambito delle concessioni, proprio perché non contemplanti il ritorno economico dell'investimento tariffario attraverso i pagamenti degli utenti, se ci si sofferma con maggior attenzione sulla definizione del *rischio operativo* contenuta nel medesimo d. lgs. n. 50 del 2016 (per il che si rimanda ai precedenti paragrafi 3 e 3.1.), ci si avvede immediatamente che il c.d. *rischio della domanda* non costituisce l'unica condizione per la configurabilità o meno di un rapporto concessorio. E ciò perché, come detto innanzi, anche in vigenza della disciplina del d. lgs. n. 50 del 2016, il *rischio operativo* ben poteva essere declinato in termini sia di *rischio della domanda* che di *rischio dell'offerta*.

A questo punto, l'“*unità di misura*” per configurare o meno nella fattispecie oggetto della sentenza del TAR Milano n. 1348/2024 non può che essere il tipo di rischio effettivamente a carico dell'operatore economico.

Ebbene, dopo aver analizzato gli atti di gara, il TAR ha rilevato che nella vicenda posta alla sua attenzione la disponibilità effettiva del bene restava nelle mani della P.A., la quale avrebbe provveduto alla preventiva autorizzazione degli interventi di servizio più importanti oltre che dei lavori.

Per come, dunque, era stata disciplinata l'attività posta a base di gara, nel caso di specie oltre a difettare il c.d. *rischio della domanda*, mancava anche il c.d. *rischio di disponibilità*, in quanto, come testualmente si legge nella pronuncia *de qua*, “*il previo accordo con la stazione appaltante intacca il rischio di manutenzione straordinaria, non preventivata, derivante da una progettazione o costruzione non adeguata, con conseguente aumento dei costi ed il rischio di performance, ossia il rischio che la struttura messa a disposizione o i servizi erogati non siano conformi agli standard tecnici e funzionali prestabiliti*” (v. capo 4.8. sentenza TAR, Lombardia, Milano, I, 6 giugno 2024 n. 1348).

Il che tutto rende inesistente nella fattispecie il *rischio operativo* con conseguente impossibilità di configurare l'oggetto della gara come concessione di servizi.

Ulteriore prova di ciò è stata rinvenuta dal TAR anche dalle modalità con cui era stato disciplinato il compenso spettante all'operatore economico.

Nel caso esaminato dal TAR il corrispettivo era ancorato esclusivamente a rischi legati ad una cattiva gestione, ad inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o a cause di

forza maggiore, che erano del tutto estranei al concetto di rischio di disponibilità.

È stato, dunque, sulla scorta di tutto quanto innanzi che il TAR ha concluso che *“il capitolato speciale di gara, nonostante abbia definito il contratto come di concessione, non risponda ai requisiti che tale tipo di contratto deve avere secondo le previsioni del D. Lgs. 50/2016 con riferimento alle opere c.d. fredde, sia a causa dei poteri di ingerenza dell’amministrazione nella gestione, sia a cagione della mancata considerazione del rischio di disponibilità dell’opera posto a carico del concessionario in quanto il pagamento del canone è legato esclusivamente a inadempimenti contrattuali ordinari da parte dell’operatore economico senza tenere conto degli effetti che questi comportano sulla disponibilità degli impianti e con limiti di valore, nel caso delle penali, che non sono correlati alla necessità di garantire l’effettiva traslazione del rischio d’impresa”* (v. capo 5 sentenza TAR, Lombardia, Milano, I, 6 giugno 2024 n. 1348).

**5.** - Per vero, la decisione del TAR Meneghino non costituisce un *quid novi* nell’ambito del panorama giurisprudenziale formatosi *in subiecta materia*[\[11\]](#).

Ma proprio all’orientamento a cui si è conformato il TAR va riconosciuto il merito di aver indotto il Legislatore, in sede di riforma del Codice dei Contratti pubblici, a prevedere in maniera ancor più diretta che anche per le *c.d. opere a freddo* è necessario che al privato venga trasferito il *c.d. rischio di disponibilità*, vale a dire che l’esborso effettuato dall’Ente concedente deve essere subordinato all’esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali da parte del concessionario: la qualcosa richiede un costante ed efficace controllo non soltanto dell’esecuzione del contratto, ma anche e soprattutto della gestione del servizio.

Per questa ragione, il comma 4 dell’art. 177 del d. lgs. n. 36 del 2023 ha previsto che *«i contratti remunerati dall’ente concedente senza alcun corrispettivo in denaro a titolo di prezzo si configurano come concessioni se il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall’operatore dipende esclusivamente dalla domanda del servizio o del bene, oppure dalla loro fornitura. **Nelle operazioni economiche comprendenti un rischio soltanto sul lato dell’offerta il contratto prevede che il corrispettivo venga erogato solo a fronte della disponibilità dell’opera, nonché un sistema di penali che riduca proporzionalmente o annulli il corrispettivo dovuto all’operatore economico nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell’opera, di ridotta o mancata prestazione dei servizi, oppure in caso di mancato raggiungimento dei livelli qualitativi e quantitativi della prestazione assunta dal concessionario. Le variazioni del corrispettivo devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell’insieme dell’investimento, dei costi e dei ricavi»**.*

In questa maniera per la concessione delle *c.d. opere a freddo* sono state previste variazioni del corrispettivo in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell’insieme dell’investimento, dei costi e dei ricavi.

**6.** - È, dunque, possibile concludere che l’orientamento giurisprudenziale che oggi ha trovato conferma nella decisione del TAR Milano ha indotto il Legislatore ad aggiustare il tiro delle concessioni, meglio allineandolo alla disciplina comunitaria, la quale non presuppone affatto



che l'oggetto della concessione debba consentire una redditività esterna, propria delle c.d. *opere calde e/o tiepide*.

[1] Art. 3, lett. uu, d. lgs. n. 50 del 2016 «*concessione di lavori [...] contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere*».

Art. 3, lett. vv, d. lgs. n. 50 del 2016 «*concessione di servizi [...] un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente 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 dei servizi*».

[2] Art. 13, comma 6, d. lgs. n. 36 del 2023 «*le definizioni del codice sono contenute nell'allegato I.1*».

Art. 2, lett. b), Allegato I.1. al d. lgs. n. 36 del 2023, sono «*contratti di appalto o appalti pubblici i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più stazioni appaltanti e aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi*»

Art. 2, lett. b), Allegato I.1. al d. lgs. n. 36 del 2023, sono «*contratti di concessione o concessioni i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto a pena di nullità in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più*».

[3] Cfr. Corte di Giustizia UE, III, 13 novembre 2008, C-437/07.

[4] Art. 3, lett. zz), d. lgs. n. 50 del 2016.

[5] L'art. 165 del d. lgs. disciplinava, infatti, sia il *rischio operativo* che il *riequilibrio del piano economico finanziario*. IL d. lgs. n. 36 del 2023 ha, invece, preferito tenere distinte le due questioni dedicando alla prima l'art. 177 ed alla seconda l'art. 192.

[6] Art. 3, lett. aaa), d. lgs. n. 50 del 2016 il «*rischio di costruzione*» è «*il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera*».

[7] Art. 3, lett. bbb), d. lgs. n. 50 del 2016 il «*rischio di disponibilità*» è «*il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti*».

[8] Art. 3, lett. ccc), d. lgs. n. 50 del 2016 il «*rischio di domanda*» è il «*rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa*».

[9] Le *opere calde* sono le opere per le quali è possibile applicare un prezzo del servizio come controprestazione che l'utente è tenuto ad effettuare per fruire del servizio stesso. Altrimenti detto, sono opere calde quelle per cui la tariffa o i ricavi derivanti dalla gestione economica dell'opera realizzata sono potenzialmente sufficienti a garantire il ritorno economico-finanziario dell'investimento.

Le *opere tiepide* sono quelle per cui la tariffa o i ricavi potenzialmente potrebbero essere insufficienti.

[10] Le *opere fredde* sono, invece, opere in cui la funzione sociale è assolutamente predominante e che non consentono, per tale motivo, l'applicazione di tariffe o in cui il livello socialmente accettabile delle tariffe è talmente basso da non generare flussi di cassa in grado di consentire il rimborso dei fondi impiegati.

[11] Cfr., tra le tante, Consiglio di Stato, n. 2810 del 4 maggio 2020; Consiglio di Stato, n. 2128 del 1 aprile 2019; Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1811 del 21 marzo 2018.