



Università degli Studi di Milano - Bicocca

Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche

Curriculum in **Diritto amministrativo**

Le concessioni alla luce del diritto europeo sui contratti pubblici



Paolo Verri

Matricola: **053654**

Relatore:

**Chiar.ma Prof.ssa
Margherita Ramajoli**

XXVIII

Ciclo - a.a. **2015/2016**

Piazza Ateneo Nuovo, 1 - 20126 Milano

*Alla Professoressa
Margherita Ramajoli,
con tutta la stima e la gratitudine
per aver reso possibile questo lavoro.*

SOMMARIO

CAPITOLO I - Le concessioni nel diritto europeo e il rapporto concessorio nel diritto nazionale.7

1. La controversia sulla natura giuridica dell'istituto... 7
2. ...e alcuni dei suoi risvolti applicativi..... 19
3. La qualificazione eurounitaria e l'applicabilità delle regole civilistiche alle concessioni..... 34
4. La *querelle* sulle concessioni demaniali marittime..45

CAPITOLO II - I contratti pubblici: *discrimen* tra concessione e appalto.56

1. Il dibattito in ambito sovranazionale: dal 2000 alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE..... 59
2. Segue: l'evoluzione dell'istituto nel decennio 2004-2014..... 76
3. La direttiva 2014/23/UE..... 85
4. La regolamentazione in ambito interno: il d.lgs. 163/2006..... 97
 - 4.1 Le concessioni di lavori. 99
 - 4.2. Le concessioni di servizi..... 105
 - 4.3 Concessione di servizi e concessione di servizio pubblico..... 111

5. La legge delega n. 11/2016 e il nuovo codice dei contratti pubblici.....	122
6. Il parere del Consiglio di Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855.....	129
CAPITOLO III - L'attuale disciplina.....	136
1. La fase di scelta del contraente.....	141
1.1 Le concessioni sotto-soglia, anche alla luce di Consiglio di Stato, comm. spec., 13 settembre 2016, n. 1903.....	151
1.2 L'aggregazione dal lato della domanda: il non felice precedente degli affidamenti nel settore del gas naturale.	160
2. Centralità del piano economico finanziario.	169
3. L'esecuzione del contratto.	178
4. La distinzione codicistica tra concessione e PPP... ..	190
5. <i>Focus</i> : la disciplina speciale delle concessioni autostradali.	198
CAPITOLO IV - Strumenti di tutela.....	201
1. Rimedi “precontenziosi” e “paracontenziosi”.	203
1.1 In specie: i pareri vincolanti e le raccomandazioni dell'ANAC.	210
2. Le novità in materia processuale.	228

2.1 L'applicabilità del rito appalti alle concessioni:
Consiglio di Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 22. 229

2.2 Il nuovo rito sulle impugnazioni di ammissioni ed
esclusioni. 233

PROBLEMI APERTI E PROSPETTIVE.....240

INDICE BIBLIOGRAFICO E DELLE RIVISTE.....247

CAPITOLO I

Le concessioni nel diritto europeo e il rapporto concessorio nel diritto nazionale.

1. La controversia sulla natura giuridica dell'istituto...

“Le concessioni sono contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l’esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici”.

Se ci si limitasse all’esame di tale piana definizione¹ si sarebbe inclini a ritenere che l’istituto della concessione presenti, a livello ordinamentale, alcuni inequivoci caratteri distintivi: la natura contrattuale, l’onerosità, e, come si vedrebbe proseguendo poco oltre nella lettura della norma, la corrispettività.

Così non è. O, quantomeno, il dibattito dottrinario sedimentatosi da svariati decenni intorno al fenomeno delle concessioni di diritto amministrativo non testimonia

¹ Contenuta nel considerando 11 della direttiva UE 26 febbraio 2014, n. 23, avente ad oggetto l’affidamento dei contratti di concessione; v. anche l’art. 3, comma 1, lett. uu) e vv) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante il cosiddetto nuovo codice dei contratti pubblici. Cfr. analogamente l’art. 1, par. 3 e 4, della abrogata direttiva UE 31 marzo 2004, n. 18 e l’art. 3, commi 11 e 12, del previgente d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

affatto una unità di vedute, né una convergenza di posizioni teoriche sull'argomento².

Guardando anche alla tradizione, sembra possibile trovare un punto fermo di base, un minimo comune denominatore.

Le concessioni, che si contraddistinguono per l'oggetto pubblico³, sono intese come fattispecie ad effetti

² Sulle concessioni in generale, v., tra i tanti: C. VITTA, voce «Concessioni amministrative (diritto amministrativo)», in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959, III, 919 ss.; E. SILVESTRI, voce «Concessione amministrativa», in *Enc. dir.*, Milano, 1961, VIII, 370 ss.; V. CAIANELLO, voce «Concessioni (diritto amministrativo)», in *Noviss. dig. it.*, Appendice, Torino, 1981, II, 234 ss.; M. D'ALBERTI, voce «Concessioni amministrative», in *Enc. giur.*, Roma, 1988, VII; ID., *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; D. SORACE - C. MARZUOLI, voce «Concessioni amministrative», in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, III, 280 ss.; E. CROCI - G. PERICU, voce «Sovvenzioni (diritto amministrativo)», in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLIII, 243 ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 651 ss.; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 459 ss.

³ Oggetto pubblico che evoca l'idea della riserva a favore della pubblica amministrazione, della sua esclusiva disponibilità da parte della stessa. Cfr. a riguardo E. SILVESTRI, op. cit., *passim*; V. CAIANELLO, op. cit., *passim*; M. S. GIANNINI, op. cit., II, 652; M. PALLOTTINO, *I nuovi problemi della concessione di opera pubblica*, in *Arch. giur. opp. pubbl.*, 1991, 2413. In prospettiva di fondo, già ad un livello semantico, la "concessione" richiama una connotazione della relazione tra l'ente ed il concessionario in termini squisitamente pubblicistici, strumentale a garantire all'amministrazione uno statuto privilegiato fatto di poteri di primazia in corso di rapporto, volti a rendere possibile l'aggiornamento unilaterale del sinallagma alle esigenze pubbliche, e, all'occorrenza, la risoluzione del rapporto stesso. V., in

ampliativi, con le quali cioè l'amministrazione arricchisce la sfera giuridica del privato di una utilità⁴. A fronte poi delle diverse posizioni di vantaggio riscontrabili nelle varie tipologie di concessioni – aventi ad oggetto di volta in volta denaro, potestà, uffici, beni demaniali, lavori, servizi, onorificenze, cittadinanza, ecc. – si è soliti distinguere tra concessioni costitutive e traslative, a seconda che il bene della vita sia creato *ex novo*, non essendone titolare nemmeno l'amministrazione (tipico esempio il diritto di cittadinanza), o invece semplicemente trasferito (non nella titolarità ma nell'esercizio) al privato⁵.

Non appena però dal piano degli effetti ci si muove a quello dell'atto, le certezze svaniscono per lasciare il campo a tesi eterogenee se non antitetiche⁶.

proposito, P. L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998, 249.

⁴ Cfr. F. G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. Roversi Monaco (a cura di), *Le concessioni di servizi*, Rimini, 1988, 25; ID., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2008, 274; G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino, 2012.

⁵ Da tenere presente che non sempre condivisa è la qualificazione come concessioni del conferimento di onorificenze, ricompense militari e civili, dell'attribuzione della cittadinanza, della personalità giuridica. A favore: C. VITTA, op. cit., 920; M. S. GIANNINI, op. cit., II, parr. 324, 326-329; *contra*: E. SILVESTRI, op. cit., 372; V. CAIANELLO, op. cit., 242; D. SORACE - C. MARZUOLI, op. cit., par. 15; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in Aa. Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, II, 1162.

⁶ Non essendo questa la sede per dare pieno conto della letteratura esistente sul tema, sia consentito rinviare per una ricostruzione del dibattito a G. RIZZO, op. cit., 1 ss.; A. MOLITERNI, *L'affidamento delle concessioni di servizi tra principi generali e regole di dettaglio*, in *Dir. amm.*, IV, 2012, 567, con richiamo all'ampia bibliografia ivi citata; S. MONZANI, *Il trasferimento al*

Quello che suscita problemi è la natura giuridica delle concessioni, anche alla luce dell'interessamento da parte delle istituzioni eurounitarie alla materia.

Si tratta, in sostanza, di stabilire se la concessione consti di un unico atto o meno; se l'unico atto sia unilaterale (provvedimento) o contrattuale e, in questa seconda ipotesi, se contrattual-privatistico o contrattual-pubblicistico; nel caso che vi siano due atti, se abbiano natura analoga o eterogenea (un contratto più un provvedimento).

Volendo di molto semplificare, vi sono innanzitutto i sostenitori della natura pan-pubblicistica e, dunque, schiettamente provvedimentale della concessione⁷. In quest'ottica, le dichiarazioni di volontà

privato del rischio economico di gestione quale tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi e le conseguenze in tema di normativa applicabile, in Foro amm. - CDS, I, 2013, 243; A. BOTTO - L. IANNOTTA, La concessione dei lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno e B. RAGANELLI, Pubblico, Privato e Concessioni in Europa, in M. Cafagno - A. Botto - G. Fidone - G. Bottino (a cura di), Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati, Milano, 2013. Più puntuali disamine dell'evoluzione delle posizioni dottrinali in tema di concessioni possono riscontrarsi in: M. D'ALBERTI, Le concessioni, cit., 49 ss.; F. PELLIZZER, Le concessioni di opera pubblica, Padova, 1990, 207 ss. G. FALCON, Le convenzioni pubblicistiche – Ammissibilità e caratteri, Milano, 1984, 71 ss.; D. SORACE - C. MARZUOLI, op. cit., 287.

⁷ La concessione si identificherebbe con il particolare provvedimento amministrativo che la istituisce (cfr. O. RANELLETTI, Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative, in Giur. it., 1984, IV, 7 e ID., Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, Roma-Firenze, 1894-1897, 25 ss.).

dell'amministrazione e del privato si concreterebbero in due atti distinti e unilaterali, dei quali solo quello dell'amministrazione sarebbe idoneo a far sorgere il rapporto, configurandosi l'adesione del privato come mero presupposto o condizione di efficacia⁸.

La giurisprudenza, innestandosi in parte su questa più risalente tesi, ha elaborato la figura della concessione-contratto, caratterizzata dalla compresenza di un atto unilaterale (provvedimento amministrativo) e di un atto bilaterale (contratto concessorio) che al primo accede. Si darebbe così luogo ad una fattispecie complessa formata dal provvedimento amministrativo da cui origina il rapporto, cui si giustappone, in posizione ancillare, la convenzione privatistica atta regolare i rapporti patrimoniali *inter partes*⁹.

⁸ Nel senso di questa interpretazione è anche F. BENVENUTI, *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in G. Marongiu - G. C. De Martin (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992, 13 ss. Per alcune tesi analoghe si ricordano pure U. BORSI, voce «Concessione amministrativa», in *Enc. it.*, Roma, 1931 e F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, in *Arch. giur.*, 1896, 524 e ss.; ID., *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giur. it.*, 1903, I, 473 ss.; ID., *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico*, in *Giur. it.*, 1900, IV, 8 ss.

⁹ Parte della dottrina ha però ritenuto impropria la generalizzazione di tale modello compiuta dalla giurisprudenza e ha identificato, sulla base dell'esame della prassi, altri due modelli ricostruttivi delle fattispecie concessorie. *In primis*, quello in cui ci sarebbe unicamente un atto unilaterale (provvedimento amministrativo) del concedente, accompagnato, eventualmente, da un "disciplinare-tipo", usualmente non sottoscritto dall'impresa concessoria, talvolta esplicitamente recepito dal provvedimento. In secondo luogo, quello in cui ci sarebbe, in ultima analisi, unicamente un atto bilaterale (contratto), giacché l'atto unilaterale del concedente

Per il tramite di questa ricostruzione, si è potuto, per un verso, accordare all'amministrazione una posizione di primazia sul concessionario, garantendole la facoltà di risolvere o modificare il rapporto mediante atti unilaterali immediatamente incisivi sull'originario provvedimento concessorio; per l'altro, assicurare al privato che, sotto il profilo patrimoniale, il rapporto avesse la stabilità tipica dei contratti¹⁰.

Più in dettaglio, tale teorica si fonda sul presupposto per cui di oggetti pubblici è possibile disporre unicamente per via di provvedimenti amministrativi, stante l'attitudine solo di questi a dar rilievo alla dimensione funzionale di cura del pubblico interesse, ferma, una volta disposta la

(provvedimento amministrativo) si limita a contenere, al più, precetti di regolazione del rapporto meramente ripetitivi di analoghe clausole inserite nel contratto che precede, valendo, in sostanza, come approvazione dello stesso. Cfr. M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, op. cit., cap. 2. Altra dottrina, accreditando la ricostruzione effettuata dalla giurisprudenza, ha tuttavia obiettato che mentre nel primo modello aggiunto non è da escludere che intervenga un previo accordo sul contenuto dell'atto unilaterale, nel secondo modello aggiunto l'atto unilaterale andrebbe rintracciato nell'"atto che svolge la funzione della proposta contrattuale e la cui accettazione consentirà di intervenire all'accordo" (D. SORACE - C. MARZUOLI, op. cit., 289).

¹⁰ Sul punto v. fra tutti M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, 744; ID., *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 18 e 132. Si veda anche E. SILVESTRI, op. e loc. cit.: "a nostro avviso, in ogni procedimento relativo a concessioni di beni e servizi è dato riscontare costantemente due atti: uno unilaterale della pubblica amministrazione e una convenzione tra quest'ultima e il privato [...]. Quest'ultimo negozio, alla cui formazione partecipano la pubblica amministrazione e il privato, pur avendo autonomia strutturale, assolve una funzione strumentale, perché giova ad attuare la determinazione unilaterale della pubblica amministrazione".

concessione, la facoltà di ulteriore regolamentazione negoziale¹¹.

Vi sono però quanti sottopongono a critica le precedenti ricostruzioni, predicando un diverso inquadramento della figura¹².

La tesi della concessione quale provvedimento unilaterale è stata in particolare assoggettata all'eccezione per cui diviene difficile spiegare il motivo per il quale il rapporto concessorio abbia fonte in un provvedimento amministrativo e, tuttavia, al fine della definizione del proprio contenuto e della genesi del sinallagma concessorio, si richieda il consenso del privato¹³.

¹¹ Sul punto cfr. F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965, 116.

¹² Cfr. E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in M. Cafagno - A. Botto - G. Fidone - G. Bottino (a cura di), op. cit., 37. In senso conforme: L. MONTEFERRANTE, *Il diritto dei contratti conquista gli accordi*, in *Urb. e app.*, VIII, 2006, 955; A. LUMINOSO, *Codice dell'appalto privato*, Milano, 2010; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012. V. anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997 e M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, op. cit.

¹³ Così, G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 382: "non risulta condivisibile, infatti, il pur recente e autorevole tentativo di ricostruire l'istituto in termini provvedimentali [...] quel che non si può condividere è la ricostruzione di un atto amministrativo, unilaterale e autoritativo (e, dunque provvedimento), che, se concepito separatamente dall'accordo, convenzione o contratto, è privo di effetti autonomi e se concepito – come pare – quale contributo volitivo dell'Amministrazione nella formazione dell'accordo, perde i connotati dell'atto unilaterale, essendo unica la fonte del rapporto (appunto l'accordo o la convenzione), nel cui ambito confluisce anche la volontà del privato [...]. La convenzione, l'accordo o il contratto [...] non costituiscono, infatti,

Anche la sussunzione dell'istituto sotto il paradigma della concessione-contratto è stata oggetto di serrate critiche.

E infatti, la ricostruzione in esame, che ha il merito della chiarezza teorica, nel concreto della pratica giudiziale è stata ragione di non poche difficoltà, dal momento che è risultato sovente molto arduo segnare un confine tra vicende di natura sostanzialmente economica, regolate dal diritto civile, e questioni di rilievo pubblicistico afferenti il pubblico interesse non direttamente economico¹⁴.

Ma non solo. Invero, anche da un punto di vista speculativo, sempre più la dottrina ha reso palesi le intime contraddizioni di tale teorica.

È stato, infatti, da più parti rimarcato che o al provvedimento si riconosce attitudine autonoma di fonte (circostanza che, invero, è apparsa preclusa dalla indispensabilità del consenso privato) ma allora non ha senso postulare la necessità anche di un contratto; oppure,

la sommatoria di due fonti distinte, ma un unico atto negoziale (bilaterale), a cui partecipano – sia pure sulla base di posizioni diverse – l'amministrazione e il privato”.

¹⁴ Sul punto, v. A. ROMANO, *La concessione di pubblico servizio*, in G. Pericu - A. Romano - V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 79, dove si osserva che “questa concezione, malgrado l'apparente persuasività, in realtà lascia insoluti, se non addirittura insolubili, troppe questioni, e troppe questioni non secondarie: dalla precisazione delle relazioni che intercorrerebbero tra l'uno e l'altro [*provvedimento e atto convenzionale, n.d.a.*], alla distinzione degli affetti giuridici che discenderebbero dal primo, da quelli che deriverebbero dall'altro”. In R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008, 105, si richiama l'ampia letteratura che ha espresso perplessità “sulla tradizionale distinzione tra atto unilaterale e contratto accessivo, alla luce del rilievo che riuscirebbe difficile individuare i rispettivi effetti giuridici”.

negandosi al provvedimento unilaterale il rango di fonte, lo si dovrà necessariamente accordare al contratto, ma in questo caso sarà il provvedimento a risultare ultroneo¹⁵.

In altri termini, la tesi della concessione-contratto è stata ritenuta artificiosa. Per coniugare i privilegi dell'amministrazione nel corso della concessione e la stabilità patrimoniale del rapporto, si postula che il rapporto concessorio, unitario, si origini per via di due fonti diverse, il provvedimento ed il contratto.

La posizione ostile ad un inquadramento della concessione quale provvedimento (singolo), ovvero abbinato ad una convenzione accessiva, risulta tuttavia nient'affatto omogenea.

In particolare, dalla critica alla teoria della concessione-contratto vi è chi ha maturato la prospettiva secondo cui le concessioni appartengono al genere delle convezioni pubblicistiche o dei negozi di diritto pubblico¹⁶. Ciò nell'ottica di rimarcare che, sebbene il rapporto abbia fonte in un accordo tra le parti, lo statuto giuridico applicabile non è quello dei contratti di diritto privato, ma una disciplina ibrida di regole negoziali e pubblici poteri, volti

¹⁵ Sulla questione v. G. FALCON, op. cit., 295, nonché E. BRUTI LIBERATI, voce «Accordi pubblici», in *Enc. Dir.*, V aggiornamento, Milano, 2001, 6, laddove si evidenzia proprio che la teoria della concessione-contratto sia stata superata normativamente dalla previsione dell'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241 che riconosce la possibilità di stipulare accordi aventi ad oggetto il pubblico potere. In termini, cfr. G. GRECO, op. cit., 388, per il quale l'art. 11, l. n. 241/1990 segnala la necessità, oltre che la possibilità, “di abbandonare definitivamente le tesi dualistiche”.

¹⁶ Il riferimento è, ovviamente, a G. FALCON, op. cit., *passim*, anche se la paternità della teoria del “contratto di diritto pubblico” sembrerebbe da attribuirsi a U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, 369 ss.

a dar rilievo alla dimensione funzionalizzata dell'agire dell'amministrazione.

Vi sono poi coloro che hanno inteso ricondurre la concessione all'alveo dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241¹⁷.

In particolare, è stato affermato che nelle concessioni sarebbero rintracciabili gli elementi caratteristici delle fattispecie convenzionali di cui all'art. 11 comma 1, prima parte, l n. 241/1990. In tale ottica, le concessioni presenterebbero la struttura tipica dell'accordo integrativo del (o accessivo al) provvedimento, ponendosi l'accordo come fonte degli effetti giuridici del rapporto concessorio, insieme all'atto unilaterale concessorio; di tal che la regolamentazione del rapporto avverrebbe in parte unilateralmente ed in parte (se non addirittura in tutto) consensualmente tra amministrazione e privato, scarso rilievo assumendo il momento temporale in cui ciascuno dei rispettivi atti (unilaterale e bilaterale) intervenga¹⁸.

Soprattutto a seguito della generalizzazione della facoltà di ricorrere agli accordi sostitutivi di provvedimento, si è poi fatta strada l'idea che vorrebbe ricondurre le concessioni appunto a tali accordi sostitutivi, quale esemplificazione di una disciplina volta a rimarcare il rilievo della funzione in corso di rapporto (e, principalmente, a ritenere non esauriti con l'accordo i

¹⁷ Cfr. in tal senso M. A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, IV, Milano, 2008, *passim*; S. D'ANCONA, *La revoca e il recesso nelle concessioni amministrative*, in M. Cafagno - A. Botto - G. Fidone - G. Bottino (a cura di), *op. cit.*

¹⁸ V. B. SPAMPINATO, *Accordi amministrativi, concessioni-contratto e giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dir. amm.*, II, 1996, 517.

poteri unilaterali dell'ente di governo dei beni, funzione o servizi concessi, ma pur sempre affidati alle sue cure)¹⁹.

Infine, vi sono quanti riconoscono alle concessioni l'autentica natura di contratti²⁰. In quest'ottica naturalmente il problema maggiore, sul quale comunque si tornerà più diffusamente nel prosieguo, ha riguardato l'esigenza di preservazione in corso di rapporto del rilievo della funzione pubblica, assicurando, sotto un profilo generale, la rilevanza dei principi in cui questa si sostanzia (imparzialità e buon andamento).

Ebbene, a tal riguardo diverse sono state le soluzioni offerte. E così è stato sostenuto che lo statuto funzionale dell'*agere* pubblicistico rilevarebbe solo in fase di negoziazione (procedure ad evidenza pubblica), restando per il resto il negozio assoggettato al solo diritto privato²¹. Per alcuni ciò accadrebbe per via dell'acquiescenza

¹⁹ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, op. cit., 6.

²⁰ Il riferimento è ancora una volta a M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, op. e loc. cit., oltre che a E. SILVESTRI, op. cit., 374 ss. In giurisprudenza, v., ad esempio, Cons. St., sez. V, 6 maggio 2011, n. 2713, in *Foro amm. - CDS*, IX, 2011, 2795, con nota di B. GILIBERTI. Da notarsi, peraltro, che la concezione contrattuale era sostenuta dalla più antica dottrina, confortata in ciò dalla prassi per la quale un provvedimento unilaterale di concessione non era alla base dell'istituto, ma veniva adottato (solo) successivamente rispetto alla stipulazione del contratto che approvava, incidentalmente, conferendogli efficacia. Pertanto, la fonte del rapporto contrattuale veniva ritenuta il contratto stesso, il quale costituiva il rapporto e lo disciplinava interamente, poiché in esso erano contenute la clausola concessoria, nonché i precetti di regolazione patrimoniale e organizzativa (cfr. M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, op. cit.).

²¹ Cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, 413, con riferimento a fattispecie negoziali comunemente qualificate quali contratti.

prestata dal privato mediante l'accordo sui contenuti del regolamento negoziale²². Per altri, diversamente, la funzione seguirebbe ad aver rilievo giuridico anche in corso di rapporto ed il vizio della stessa darebbe luogo a nullità per violazione di norme imperative²³.

²² Cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 283.

²³ Cfr. C. MARZUOLI, *Principio di legalità ed attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 36.

2. ...e alcuni dei suoi risvolti applicativi.

La *querelle* sulla natura giuridica della concessione, lungi dal rivelarsi un mero esercizio di stile, è invece piena di ricadute pratiche.

Si pensi, in primo luogo, alle conseguenze radicalmente differenti in tema di autotutela collegate all'uno piuttosto che all'altro orientamento.

Aderendo alla tesi provvedimentale, non si avrà difficoltà ad ammettere la possibilità per l'amministrazione di intervenire con i poteri di revoca e annullamento, oggi codificati negli art. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990.

Analogamente dicasi per chi sostiene la tesi della concessione-contratto: anche per costoro, infatti, si potrà intervenire in autotutela sul provvedimento presupposto con effetti caducanti (*simul stabunt, simul cadent*), o paralizzanti sul piano dell'efficacia, rispetto alla pattuizione posta a valle.

Quanto alla tesi delle concessioni quali convenzioni pubblicistiche, i poteri di primazia dell'amministrazione in corso di rapporto si troverebbero ad essere desunti non da una fonte normativa espressa, ma dalla peculiarità dell'oggetto (sottratto all'ordinaria circolazione giuridica e rimesso alle cure esclusive dell'amministrazione).

Sul punto due considerazioni paiono possibili. In primo luogo, il dogma dell'inesauribilità del potere pubblico pare esser stato assoggettato a convincenti obiezioni da parte della dottrina, che ha evidenziato, proprio nel contesto delle riflessioni sulle concessioni, il carattere sostanzialmente ablativo degli atti di revoca incidenti su

provvedimenti amministrativi vantaggiosi per i privati²⁴. Coerentemente con tale convincimento, il potere di revoca dei provvedimenti unilaterali è oggi oggetto, come detto, di un'espressa previsione normativa, ovvero il citato art. 21-*quinquies*, sicché sarebbe curioso ritenere che di un simile fondamento non si necessiti anche nel caso di convenzioni pubblicistiche.

In secondo luogo, pare possibile evidenziare che nella misura in cui si ammetta che il rapporto concessorio abbia fonte in un accordo, debba escludersi che nella fase esecutiva l'ente sia intitolato di un potere di risoluzione che trovi fondamento in quello originario di provvedere.

Se poi si riconducono le concessioni allo schema dell'art. 11, l. n. 241/1990, lo strumento tipico dovrebbe essere identificato nel recesso per sopravvenuti motivi di

²⁴ Si fa riferimento alla teorica rinvenibile in D. SORACE - C. MARZUOLI, op. cit., laddove si richiede un fondamento normativo specifico per il potere di revoca. Ciò in quanto “il principale potere dello Stato post-liberale, è il legislativo, non l'amministrativo, e sicuramente per legge può essere affermato il principio generale della revocabilità (con le sole eccezioni derivanti dalla Costituzione), dall'altra la legge è strumento fondamentale di tutela degli interessi dei cittadini in quanto ad essa stessa è riservato di stabilire se e quali poteri di incidere imperativamente su di essi possono essere attribuiti all'amministrazione (sempre, naturalmente, entro i limiti derivanti dalla Costituzione). E poiché il potere di revocare le decisioni già prese dall'amministrazione è un potere imperativo di rilievo tale da non consentire addirittura che la protezione di taluni interessi dei cittadini nei confronti dell'amministrazione raggiunga la consistenza necessaria per considerarli veri e propri diritti soggettivi, sembra necessaria la conclusione che il potere di revoca, quando abbia effetti di tal genere, non può considerarsi implicitamente proprio dell'amministrazione, ma deve considerarsi inesistente in mancanza di un'espressa e tassativa previsione legislativa”.

interesse pubblico²⁵. Tale soluzione potrebbe tuttavia apparire perplessa, dal momento che si risolve nell'estensione di poteri imperativi – quello, ad esempio, di recesso per sopravvenute ragioni di pubblico interesse – a fattispecie che detti poteri non contemplano²⁶.

Se si accoglie invece la prospettiva contrattuale, il potere di incidere unilateralmente sul negozio in corso di rapporto necessiterà di un espresso fondamento negoziale ovvero eteronomo. Infatti, il corollario che pare doversi ritrarre da una qualifica delle fattispecie in esame in termini di contratto è che il rapporto che se ne genera non possa esser regolato che da previsioni eteronome o espressamente pattuite dalle parti²⁷.

Nel contesto in questione, infatti, oltre al principio di legalità dei pubblici poteri, opera quello di parità dei contraenti e di stabilità del pattuito (*pacta sunt servanda*),

²⁵ A mente dell'art. 11, comma 4, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

²⁶ Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 363 ss.

²⁷ Diverso sembrerebbe l'avviso di M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, op. cit.: “oggi per le concessioni a struttura integralmente contrattuale, potrebbe valere l'antica spiegazione giudiziale della clausola implicita di revocabilità [...]. Altra via è quella di ricostruire la revoca come *factum principis*, tramite il quale l'amministrazione-autorità si sovrappone all'amministrazione-parte nell'obiettivo del perseguimento di pubblici interessi. O quella di accostare la revoca ad una peculiare vicenda di intervento sul contenuto contrattuale, somigliante all'inserzione automatica di clausole. La potestà generale di revoca vale per i contratti di concessione, poiché per essi è diritto vivente nella prassi e nella giurisprudenza”.

di talché la possibilità di riconoscere ad uno di essi poteri di primazia impliciti nella propria natura soggettiva o nella peculiarità dell'oggetto dedotto in contratto non pare di agevole prospettazione²⁸.

A tale stregua, pertanto, parrebbe più corretto fare riferimento ad un concetto di autotutela privatistica dell'amministrazione²⁹. Concetto che rimanda ad un'ipotesi per la quale, nell'ambito di un rapporto ormai paritetico, l'amministrazione dispone di uno strumentario, in connotato da "specialità", con cui far valere le conseguenze derivanti dall'inadempimento del privato alle obbligazioni assunte, ovvero recedere dal negozio.

In definitiva, se si propugna la natura contrattuale della concessione si dovrebbe negare che la parte pubblica possa recidere autonomamente il vincolo o esercitare arbitrariamente uno *ius poenitendi*, dovendosi nondimeno tenere presenti alcune caratteristiche eccentriche che l'ordinamento fa discendere dall'oggetto pubblico del contratto o, se si preferisce, dalla natura pubblica del soggetto contraente e che si compendiano nella surriferita nozione di autotutela privatistica.

²⁸ Cfr., con riferimento ai contratti d'appalto, Cons. St., Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14, in *Foro it.* 2015, 12, III, 673, in cui si afferma che nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le p.a. se, stipulato il contratto di appalto, rinvergono sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo di recesso, con le relative conseguenze indennitarie.

²⁹ Cfr. le ipotesi di recesso e risoluzione di cui agli artt. 134-136, d.lgs. n. 163/2006, oltre che la generale previsione di cui all'art. 21-*sexies*, l. n. 241/1990. Con specifico riferimento all'attuale disciplina delle concessioni, v. poi l'art. 176, d.lgs. n. 50/2016.

Detto dell'autotutela, si deve considerare che l'adesione alle diverse possibili tesi sulla natura della concessione comporta ricadute anche circa i rimedi esperibili a fronte del mancato o non corretto esercizio del potere – ovvero a fronte dell'inerzia o della condotta scorretta – da parte dell'amministrazione concedente.

Nel caso di accoglimento della tesi provvedimentale, dovrà giocoforza concludersi che i rimedi saranno identificabili rispettivamente nell'azione contro il silenzio-inadempimento ed in quella di annullamento dell'atto concessorio per i tipici vizi di legittimità.

Nell'ipotesi di accoglimento della tesi contrattuale, invece, ben potranno trovare ingresso le azioni di responsabilità precontrattuale e contrattuale.

In particolare, qualora l'amministrazione inopinatamente decidesse di non stipulare il negozio concessorio, coinvolgendo il privato in una trattativa "capricciosa", rimarrebbe esposta alla responsabilità di cui all'art. 1337 cod. civ. Qualora, in costanza di rapporto, si rendesse inadempiente, le conseguenze di tale inadempimento dovrebbero essere fatte valere alla stregua dei rimedi civilistici, *in primis* quello di cui all'art. 1453 cod. civ. e così discorrendo.

Se si aderisce poi all'impostazione dell'accordo amministrativo, e in particolare a quella dell'accordo integrativo, non si potrebbe escludere che, qualora il provvedimento finale non venga emanato, sia ammesso anche il ricorso all'azione *ex art.* 2932 cod. civ., considerando l'accordo stesso come una sorta di statuizione preliminare. In tal senso è orientata la giurisprudenza, la quale ha ripetutamente affermato che in tali casi è offerta al creditore la praticabilità di tutti i rimedi offerti per poter realizzare coattivamente il proprio interesse, ivi comprese le azioni civilistiche di risoluzione

e di risarcimento del danno, ovvero quella di esatto adempimento e l'azione costitutiva ai sensi dell'art. 2932 cod. civ.³⁰. Si badi: un'analogia possibilità, paradossalmente, dovrebbe essere a rigore esclusa nel caso si affermi la natura *tout-court* contrattuale della concessione. Infatti, argomentando anche *ex art.* 11, comma 7, d.lgs. n. 163/2006³¹, norma a mente della quale “l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta”, si sarebbe portati a negare che all'esito della fase pubblicistica di scelta del contraente, qualora l'amministrazione si esima dal concludere il contratto, il privato possa invocare l'art. 2932 cod. civ., non essendosi formato alcun obbligo a contrarre suscettibile, in caso di inadempimento, di essere sostituito dalla pronuncia costitutiva del giudice³².

Ancora, l'adesione all'una piuttosto che all'altra tesi sull'essenza della concessione comporta conseguenze di rilievo in punto di giurisdizione.

Infatti, da un punto di vista teorico, se si abbracciasse la nozione provvedimento pura, la giurisdizione sarebbe quella amministrativa sia per le controversie insorgenti circa l'adozione dell'atto, sia per le liti afferenti alla fase del rapporto, in quanto il privato, nei rapporti con il

³⁰ V. T.A.R. Toscana, sez. I, 29 giugno 2015, n. 980, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cass. civ., Sez. Un., 9 marzo 2015, n. 4683, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 3, I, 364; T.A.R. Puglia-Lecce, sez. III, 8 agosto 2013, n. 1776, *ibid.*, 2013, 6, I, 1262; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II, 3 luglio 2013, n. 6577, in *Foro amm. - TAR*, 2013, 7-8, 2371.

³¹ V. anche, in identico senso, l'attuale art. 32, comma 6, d.lgs. n. 50/2016.

³² V. Cons. St., sez. VI, 1° marzo 2005, n. 816, in *Foro amm. - CDS*, 2005, 3, 856.

concedente, sarebbe titolare pur sempre di un interesse legittimo.

Se invece si seguisse la teoria della concessione-contratto, si dovrebbe distinguere: per le controversie attinenti all'atto concessorio (ed al suo eventuale ritiro in autotutela) sarebbe munito di giurisdizione il giudice amministrativo; per la fase del rapporto, regolato dalla convenzione accessiva al provvedimento, invece, il giudice ordinario, facendosi qui questione di diritti e obblighi delle parti.

Aderendo poi alla tesi dell'accordo amministrativo, la soluzione dovrebbe dipendere dalla natura assegnata a tale istituto, se cioè provvedimentale o pattizia.

Da ultimo, accogliendo l'impostazione "contrattuale" non si potrebbe che affermare la sussistenza della giurisdizione ordinaria su tutta la fase di esecuzione del negozio concessorio, restando il giudice amministrativo competente a conoscere della fase di evidenza pubblica³³.

Abbandonando la mera teoria e venendo alle soluzioni normativamente offerte, il quadro che si presenta è il seguente.

L'art. 133, comma 1, lettera a), n. 2), d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo, di seguito c.p.a.) devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di "formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo".

³³ Da notare che per la teoria del "contratto di diritto pubblico" elaborata in U. FORTI, op. cit., la centralità dell'interesse pubblico (funzionalizzazione) è tale da involgere anche l'esecuzione, dove le situazioni giuridiche attribuite al concessionario sono tuttavia qualificate come diritti, nella prospettiva del "diritto pubblico soggettivo".

L'art. 133, comma 1, lettera b), fa altrettanto con riferimento alle “controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi”. Similmente, l'art. 133, comma 1, lettera c) assoggetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi [...] ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio [...]”.

Infine, l'art. 133, comma 1, lettera z-sexies), devolve alla cognizione esclusiva del g.a. “le controversie relative agli atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso”.

Orbene, quali indicazioni possono trarsi da tale esame normativo? La tesi della concessione quale accordo amministrativo potrebbe risultare, ad avviso di chi scrive, smentita. Infatti, se già le concessioni rientrassero nel paradigma dell'accordo amministrativo, con conseguente spettanza al g.a. di tutte le relative controversie, le norme che devolvono alla giurisdizione esclusiva le cause attinenti alle concessioni di beni e di pubblici servizi risulterebbero *inutiliter datae*.

Quanto alla tesi provvedimentale, essa parimenti ne risulterebbe svilita, dal momento che non sarebbe stato possibile assegnare talune controversie in tema di concessioni alla giurisdizione esclusiva, laddove per

l'impostazione provvedimentale il privato è titolare, nei rapporti con l'amministrazione concedente, di interessi legittimi e non di diritti soggettivi.

Quanto alla tesi della concessione-contratto e a quella "contrattuale", la vigente legislazione non chiarisce la preferibilità dell'una piuttosto che dell'altra opzione. Ci si permette solo di notare che, aderendo alla tesi squisitamente contrattuale, si potrebbe affacciare una qualche incertezza circa l'integrale devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (cioè non soltanto per ciò che concerne l'affidamento bensì anche la fase di esecuzione) delle controversie in materia di concessioni di beni e di pubblici servizi (pur con l'esclusione di quelle involgenti aspetti meramente patrimoniali). Ciò in quanto per la tesi negoziale l'amministrazione in fase di esecuzione non agirebbe quale autorità, bensì si porrebbe nella veste di paciscente, venendo meno l'aggancio alla giurisdizione amministrativa in quanto pur sempre correlata all'esercizio di un potere amministrativo, secondo i noti canoni della giurisprudenza costituzionale. D'altro canto, bisognerebbe tenere conto della ripartizione tra i due plessi giurisdizionali, amministrativo e ordinario, del contenzioso in materia di contratti di appalto pubblico, relativo, rispettivamente, alla fase di affidamento e a quella di esecuzione del contratto (v. art 133, comma 1, lett. c) e lett. e), n. 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

Al contrario, la recente elaborazione pretoria sembra orientata, con riferimento alla fase di esecuzione delle concessioni, ad una concezione "totalizzante" della giurisdizione amministrativa, incline a rispolverare una visione del giudice amministrativo. quale giudice dell'interesse pubblico. In tal senso, con riguardo ad atti di decadenza o risoluzione del rapporto per inadempimento

degli obblighi convenzionali da parte del concessionario, si rinvengono recenti pronunce che assegnano le relative controversie alla cognizione del giudice speciale, sul mero presupposto che l'amministrazione concedente manterrebbe un "indubbio interesse circa le modalità con le quali il servizio viene gestito dal concessionario in propria sostituzione"³⁴. Allo stesso modo, in materia di concessione di beni pubblici, si afferma che rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la "questione dell'accertamento dei profili di inadempimento relativi a un atto convenzionale e delle relative conseguenze in punto di risoluzione del contratto per inadempimento"³⁵. Anche la recente giurisprudenza civile di legittimità sembra confermare una tale soluzione, ritenendo che rientri nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la risoluzione di un rapporto concessorio afferente alla gestione di un impianto sportivo comunale a causa dell'inadempimento dell'obbligo di pagamento del canone di concessione, e ciò in ragione del semplice fatto che l'atto di risoluzione incide "sul relativo rapporto, di natura concessoria"³⁶.

Anche l'esame della giurisprudenza in tema di concessione di sovvenzioni o contributi pubblici, fattispecie riconducibile all'art. 12, l. n. 241/1990, non fornisce soluzione univoca al delineato problema teorico, anzi, se possibile, pone ulteriori interrogativi. Si fa riferimento al ben noto problema del riparto di

³⁴ Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421, in *Dir. & Giust.*, 2013, 25 novembre.

³⁵ T.A.R. Lombardia-Milano, sez. III, 1 settembre 2014, n. 2289, in *Foro amm.*, 2014, 9, 2367.

³⁶ Cass. Civ., Sez. Un., 25 febbraio 2014, n. 4430, in *Dir. & giust.*, 2014, 28 maggio.

giurisdizione in ipotesi di atti di revoca (ovvero di decadenza) della prebenda economica già erogata, per asserito inadempimento del beneficiario. L'orientamento pretorio è ormai pacificamente nel senso di assegnare tali controversie al plesso giurisdizionale ordinario, sul presupposto che il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la disputa alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione³⁷. Soprattutto, si riconduce l'atto di ritiro allo speciale potere di autotutela privatistica dell'amministrazione, cui sopra si è fatto accenno, con il quale, nell'ambito di un rapporto ormai paritetico, l'amministrazione fa valere le conseguenze derivanti dall'inadempimento del privato alle obbligazioni assunte per ottenere la sovvenzione. Con il che sembrerebbe assegnarsi alla fattispecie concessoria natura contrattuale.

Senonché, la stessa giurisprudenza fa salvi i casi in cui a seguito della concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato o revocato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse³⁸, ma non per inadempienze del beneficiario. In tal caso, si dice, la posizione del privato è di interesse legittimo e la

³⁷ Cons. St., Ad. Plen., 29 gennaio 2014, n. 6, in *Foro it.*, 2014, 9, III, 518, che ha tra l'altro negato che simili fattispecie siano assimilate alle concessioni di beni pubblici *ex art.* 133, comma 1, lett. b), stante il fatto che il denaro concesso, diversamente dal bene assegnato in uso, passa in proprietà del beneficiario.

³⁸ Si segnala, peraltro, come l'art. 21-*quinquies*, a seguito della novella di cui alla l. 11 novembre 2014, n. 164, esclude oggi che possa farsi luogo alla revoca per *ius poenitendi* (rivalutazione dell'interesse pubblico originario) dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici.

giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo³⁹. Se così è, la fattispecie sembrerebbe meglio inquadrabile nella teorica della concessione-contratto, in cui, anche in costanza di rapporto, è consentito il diritto di ripensamento dell'amministrazione che, ritirando in autotutela l'atto, può produrre effetti caducanti, o paralizzanti sul piano dell'efficacia, sul rapporto⁴⁰.

Aderendo, poi, alla tesi contrattuale si porrebbe l'ulteriore questione del giudice competente a conoscere della controversia promossa dalla pubblica amministrazione e non già dal privato. Mentre, infatti, abbracciando la tesi provvedimentale il problema non sorgerebbe affatto, potendosi escludere, alla luce dei principi in tema di autotutela esecutiva della p.a., la necessità per quest'ultima del previo ottenimento di un provvedimento giurisdizionale per tutelare le proprie ragioni, il tema si affaccia nel caso in cui si affermi che la concessione da vita ad un rapporto paritetico tra le parti. In questo caso, invero, l'esistenza di ipotesi di autotutela privatistica della p.a. non escludono che la stessa si trovi nella necessità di doversi rivolgere al giudice. Il problema del giudice competente pare oggi risolto da una recente sentenza della Corte costituzionale⁴¹, che sembrerebbe aver confermato la spettanza al giudice amministrativo

³⁹ V. Cass. civ., Sez. Un., 25 gennaio 2013, n. 1776, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1, 320 e Cons. St., Ad. Plen., 29 luglio 2013, n. 17, in *Foro amm. - CDS*, 2013, 7-8, 1839).

⁴⁰ Ciò che si dovrebbe escludere in una fattispecie di natura contrattuale, in cui lo *ius poenitendi* deve essere, come visto, puntualmente assegnato dalla legge, ovvero pattuito dalle parti.

⁴¹ Corte cost., 15 luglio 2016, n. 179, in *Dir. & giust.*, 2016, 21 luglio.

munito di giurisdizione esclusiva⁴² pure delle controversie che vedano quale parte istante la pubblica amministrazione.

Ultimo spunto riflessivo concerne la posizione del concessionario. Alla stregua dell'impostazione provvedimentale, il concessionario è ritenuto come il beneficiario del trasferimento di alcune potestà pubbliche o del loro esercizio, che realizzerebbe una "delega" e lo configurerebbe come un "organo indiretto" dell'amministrazione⁴³.

⁴² Ivi si verteva in tema di accordi di lottizzazione *ex art* 133, comma 1, lett a), n. 2) e lett. f), c.p.a., ma analoghe considerazioni varebbero, *mutatis mutandis*, con riferimento alle ipotesi di giurisdizione esclusiva su concessioni *ex art.* 133, comma 1, lett. b), c) e *z-sexies*).

⁴³ Per l'idea della "delega", si può rifarsi a Santi Romano, che evidenziava che la stessa "supplisce o equivale a quella dello Stato, o anche che rimane statutale per spettanza, pur venendone ceduto l'esercizio". Così, S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, 111; v. anche M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1989, 147, dove si ricorda che, così, si realizzerebbe una scissione tra la titolarità e l'esercizio di una funzione o di un servizio, configurante *munus* pubblico. V. tuttavia Cons. St., sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1577, in *Giur. it.* 1997, III, 1, 261, dove si evidenzia "come non può esservi delegazione amministrativa – istituto implicante il trasferimento di pubblici poteri da una ad altra autorità – fuori da una disposizione di legge, incidendo tale provvedimento sulle norme primarie che regolano la competenza, a maggior ragione si impone la necessità della norma di rango primario perché possa verificarsi il trasferimento di funzioni a favore di soggetti privati". Per la figura dell'"organo indiretto", invece, si rinvia a G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V. E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, Parte III, Milano, 1935, 235 e ss. V. anche L. RAGGI, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir.*

È stata infatti elaborata la concezione per la quale il concessionario sarebbe una *longa manus* del soggetto pubblico, che a quello affidatario trasferirebbe una potestà – o una situazione giuridica soggettiva – pubblicistica connessa alla sovranità statale⁴⁴.

pubbl., 1, 1918, 109 ss.; ID., *Gli atti amministrativi delle autorità non amministrative e la competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2, 1918, 232 ss., che discorreva in termini di “organo amministrativo improprio”. In un analogo senso sembra argomentare la tesi del concessionario come “sostituto” dell’ente pubblico, proposta in G. MIELE, *Ente pubblico e concessione di servizi pubblici*, in *Foro amm.*, 1942, I, II, 235 ss. e quella sull’“amministrazione indiretta”, recata in E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Roma, 1917, 141 ss. In giurisprudenza, la teorica dell’“organo indiretto” è stata espressamente affermata sin da Cass. civ., Sez. Un., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Giur. it.*, 1992, I, tale essendo qualificato il soggetto privato che esercita, sulla base di una concessione traslativa, una funzione pubblicistica propria dell’ente concedente; circostanza, questa, che renderebbe soggettivamente ed oggettivamente amministrativi gli atti emanati dal soggetto concessionario, nell’esercizio della predetta funzione. Tali ordini di idee sembrano in qualche modo accolti dall’art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., laddove assegna alla giurisdizione amministrativa (esclusiva) le controversie relative a provvedimenti adottati “dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo”.

⁴⁴ Cfr. O. RANELLETTI, *Concetto e natura*, op. cit. e *Teoria generale*, op. cit., che parlava di una “amministrazione in senso materiale o oggettivo”, da individuarsi con riferimento al contenuto dell’attività esercitata dai concessionari, volta, infatti, al perseguimento di scopi d’interesse pubblico”. La tesi del trasferimento è stata argomentata anche da F. CAMMEO (per il quale si possono citare *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1904, p. 670 ss. e *Le concessioni per l’illuminazione pubblica*, op. cit., 173 ss.). In un simile senso si può vedere anche D. SORACE - C. MARZUOLI, op. cit., 300, dove si

I sostenitori della teoria contrattuale hanno invece ricostruito come autonoma la relazione tra l'amministrazione affidante e l'affidatario, posto che il conseguente rapporto non trasferirebbe l'esercizio di una potestà pubblica, svolgendosi al contrario secondo una disciplina paritariamente elaborata da tali soggetti⁴⁵.

osserva che, se le concessioni sono traslative, al privato è attribuito un ambito prima precluso e riservato al soggetto pubblico.

⁴⁵ Per U. FORTI, op. cit., tuttavia, la concessione trasferirebbe una potestà pubblicistica. Per M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit., 291 ss., l'affidamento determinerebbe peraltro un'attività regolatoria, con cui l'ente affidante orienterebbe l'attività dell'affidatario nella direzione del soddisfacimento di un interesse ritenuto rilevante. Cfr. a riguardo anche M. RAMAJOLI, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporto concessorio*, in G. Pericu - A. Romano - V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, cit., 357 ss., che sottolinea la centralità del problema dei poteri in fase di controllo nella ricostruzione delle concessioni. V. anche Cons. St., sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3571, in *Foro amm.*, 2015, 7-8, 1987, che discorre di trasferimento non di potestà pubblicistiche ma della mera gestione di un servizio. Sembrando così riecheggiare la scissione tra la titolarità di un servizio e la sua gestione, affidata attraverso la stessa concessione (F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 Cost.*, in *Pol. dir.*, 1992, 1, 3 ss. e S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, *passim*).

3. La qualificazione eurounitaria e l'applicabilità delle regole civilistiche alle concessioni.

Il diritto europeo ha preso, come accennato in apertura, una decisa posizione circa la tematica definitoria appena affrontata, affermando la natura contrattuale della concessione⁴⁶.

È lecito allora domandarsi se valga ancora la pena di disquisire intorno all'essenza delle concessioni; o meglio, se sia realmente utile interrogarsi circa la sovrapposibilità dell'istituto concessorio di matrice europea con i classici schemi noti al diritto interno. Per essere più chiari, non sembra così importante ai fini pratici stabilire se la concessione di stampo europeo sia catalogabile come *species* del *genus* concessione a noi noto⁴⁷ o se invece sia destinata a compendiare in sé l'intera categoria, di tal che

⁴⁶ Si deve tuttavia segnalare che la Comunicazione interpretativa sulle concessioni del 29 aprile 2000 (Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario 2000/C 121/02, in *www.eur-lex.europa.eu.*, sulla quale v. infra) dimostrava, forse anche per il suo carattere generale, una certa cautela, discorrendo con riguardo alle concessioni di “ogni atto dello Stato, *contrattuale o unilaterale*, che stabilisca le condizioni alle quali è soggetta una prestazione di attività economiche [...]”, facendo riferimento agli “atti riconducibili allo Stato per mezzo dei quali un'autorità pubblica affida a un soggetto, *vuoi con un atto contrattuale, vuoi con un atto unilaterale* che abbia ricevuto il consenso di tale soggetto [...]” (corsivi aggiunti).

⁴⁷ Sottolinea l'esistenza di una dicotomia fra concessioni-atto e concessioni contrattuali di derivazione europea M. CERUTI, *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in *Urb. e app.*, VI, 2016, 637.

la concessione sarebbe ora quella e solo quella oggetto della disciplina sovranazionale⁴⁸.

Forse è sufficiente accontentarsi, piuttosto, di prendere atto che la concessione – modello riferito a rapporti di durata intercorrenti tra pubblico e privato, caratterizzati da una chiara vocazione commerciale-produttivistica e da peculiari connotati – è ormai regolata dal legislatore sovranazionale⁴⁹. Ed è qualificata al di fuori di ogni dubbio in termini pattizi, quale vincolo fondato su di una

⁴⁸ È dell'avviso che “tutte le nostre concessioni tradizionali dovrebbero rientrare nell'ambito applicativo della Direttiva” G. GRECO, *La direttiva in materia di “concessioni”*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, V, 2015, 1095.

⁴⁹ Come si avrà modo di chiarire nel prosieguo, anteriormente alla dir. 2014/23/UE, non vi erano atti comunitari di rango normativo in materia di concessioni. Merita comunque ricordare, come, in passato, vi fu il tentativo, poi abortito, di regolamentare con una direttiva la concessione di servizi pubblici. Infatti, il 28 agosto 1991 la Commissione presentò al Consiglio una proposta aggiornata di direttiva per il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (proposta di direttiva n. 91/250, in GUCE, 25 settembre 1991, n. C-250/4), in cui ci si preoccupava anche di definire la concessione di servizi pubblici come “un contratto diverso dalla concessione di lavori pubblici, ai sensi dell'art. 1, lett. d) della direttiva 71/305, concluso fra un'amministrazione e un altro ente di sua scelta, in forza del quale l'amministrazione trasferisce all'ente l'esecuzione di un servizio al pubblico di sua competenza e l'ente accetta di svolgere tale attività avendo come corrispettivo il diritto di sfruttare il servizio, ovvero tale diritto accompagnato da una controprestazione pecuniaria”. Il prosieguo degli eventi, com'è noto, portò tuttavia all'eliminazione di ogni riferimento alla concessione di servizi pubblici nell'ambito della direttiva di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (dir. 92/50/CEE).

sostanziale pariteticità tra le parti⁵⁰, seppure preceduto da una fase di scelta del contraente privato propriamente amministrativa (contratto ad evidenza pubblica)⁵¹.

⁵⁰ La concessione, infatti, come meglio si dirà, rappresenta la forma per eccellenza di partenariato pubblico-privato (v. in particolare, M. P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in G. Cartei - M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto e Partenariato pubblico-privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015) e comporta delle esigenze di diligente cooperazione tra le parti (G. GRECO, *La direttiva*, op. cit.). Senza tacere del fatto che la stessa direttiva concessioni (v. considerando 75, dir. 2014/23/UE) si occupa specificamente della rinegoziazione ad opera delle parti in costanza di rapporto: ciò che sarebbe del tutto inconcepibile presupponendo la concessione quale atto che si imponga unilateralmente al destinatario, finanche contro la sua volontà.

⁵¹ Dando così luogo alla cosiddetta struttura bifasica, nella quale al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue un momento negoziale. Sembrerebbe anzi che la tendenza sia in qualche modo quella di “ammorbidire” la fase autoritativa posta a monte del contratto. L’attuale disciplina mostra infatti aperture verso modelli flessibili quali il dialogo competitivo (v. sul punto G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, I, 2015, 101); ammette con le opportune cautele le procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando (v. considerando 51 e art. 31, par. 4, dir. 2014/23/UE); introduce a determinati patti la possibilità di rinegoziare termini e condizioni senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione (v. nuovamente il considerando 75, dir. 2014/23/UE); afferma infine la possibilità per l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore di condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti, pur senza modificare l’oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi (art. 37, par. 6, dir. 2014/23/UE): ciò che dimostrerebbe davvero l’esistenza di un concorso di intenti e di una collaborazione tra la parte pubblica e quella privata finalizzati al miglior perseguimento dell’interesse collettivo.

In definitiva: non è certo azzardato dire che dal punto di vista ontologico la concessione in parola è omogenea – pur con le importantissime distinzioni che in seguito si tratteggeranno – rispetto all'appalto, del quale nessuno ha mai seriamente posto in dubbio la natura contrattuale⁵².

Ciò posto, ci si deve domandare se, una volta acquisita la veste contrattuale delle concessioni, siano applicabili *de plano* a tali fattispecie le regole civilistiche in tema di obbligazioni e contratti⁵³.

La domanda non pare tediosa, in quanto non è affatto detto che da tale qualificazione – peraltro in gran parte “eteroimposta”, cioè proveniente dall’ordinamento sovranazionale” – discenda, quale corollario obbligato, una pedissequa disciplina “privatistica”; così come non è scontato che siano vinte le prassi applicative legate a differenti modi d’intendere l’istituto concessorio.

Si allude in particolare all’atteggiamento, che risente dell’adesione alla categoria della concessione-contratto, per cui le norme in tema di obbligazioni e contratti

⁵² Anche se, riguardo agli appalti, in passato, per trovare un compromesso fra provvedimento amministrativo e contratto privatistico, si creò la dubbia categoria dei contratti ad oggetto pubblico, cfr. G. MUSOLINO, *L'appalto pubblico e privato*, I, Torino, 2002.

⁵³ Solo una volta acquisita l’applicabilità alle concessioni delle norme sul contratto sarà possibile indugiare sulla presenza di eventuali profili di specialità nella declinazione degli istituti civilistici. Per essere più chiari: nessuno dubita che ai contratti di appalto pubblico si applichino le norme del codice civile, pur non mancando esempi di eccentricità nella relativa disciplina (si pensi ai peculiari presupposti per la sollevazione dell’eccezione di inadempimento o per il promovimento dell’azione di risoluzione, *ex art. 133, comma 1, d.lgs. n. 163/2006*). Bisognerà dunque verificare se analogo ragionamento possa farsi per i contratti di concessione.

andrebbero applicate tenendo sempre conto del necessario perseguimento del pubblico interesse che informa l'attività amministrativa nel suo complesso.

Alla stregua di tale ricostruzione, in altri termini, la compatibilità delle singole norme con la struttura del rapporto concessorio dovrebbe essere valutata di volta in volta. In effetti, il rapporto amministrazione-concessionario, proprio in ragione delle sue peculiarità originate dall'inerenza all'esercizio di pubblici poteri, non ricadrebbe in modo immediato, e tanto meno integrale, nell'ambito di applicazione delle disposizioni del codice civile, le quali, se possono certamente trovare applicazione in quanto compatibili, ovvero se espressamente richiamate, tuttavia non costituiscono la disciplina ordinaria di tali convenzioni.

Siffatta applicazione può esservi, ma va sempre considerata la persistenza (ed immanenza) del potere pubblico, dato che l'atto fondativo del rapporto tra amministrazione e concessionario non sarebbe la convenzione, bensì il provvedimento concessorio, rispetto al quale la prima rappresenta solo uno strumento ausiliario, idoneo alla regolazione (subalterna al provvedimento) di aspetti patrimoniali del rapporto. Ciò sarebbe confermato dalla "particolare natura" della concessione, laddove la particolarità non deriverebbe dalla qualità soggettiva di uno dei contraenti (la p.a.), bensì dall'essere la causa e l'oggetto della convenzione differentemente conformati, in ragione delle finalità di interesse pubblico perseguite, e dunque con l'adempimento delle obbligazioni assunte per il tramite delle rispettive prestazioni.

A conclusioni non dissimili si perviene attraverso la riconduzione delle fattispecie oggetto di disamina alla categoria degli accordi amministrativi. L'orientamento che eleva l'art. 11, l. n. 241/1990 a figura generale della

consensualità amministrativa, pur essendo mosso dal tentativo di far coesistere momenti e prerogative pubblicistici con una struttura pattizia di diritto comune, non contribuisce infatti a far chiarezza sull'esatta portata delle regole applicabili al rapporto. In diverse ricostruzioni dottrinarie le norme in materia di imputabilità dell'adempimento contrattuale convivono, non senza incertezze, con i criteri che informano il corretto e ragionevole esercizio del potere. Ed invero, tali strumenti rimangono un'entità ibrida tra il diritto pubblico e il diritto privato.

Da questo punto di vista, è innanzitutto lo stesso dettato normativo a lasciare spazio a numerosi dubbi interpretativi⁵⁴. La giurisprudenza, d'altro canto, non ha supplito a tale situazione forgiando un regime autonomo di contrattualità di diritto pubblico, dotato di proprie regole rispetto al sistema civilistico: e ciò nonostante la presenza, nell'art. 11, di una clausola di compatibilità con il codice civile che avrebbe legittimato un simile ruolo pretorio⁵⁵.

Tuttavia, a fronte di questo variegato panorama, una confortante tendenza sembra provenire proprio dal plesso giurisdizionale amministrativo. In numerose pronunce, il

⁵⁴ E ciò in primo luogo in ragione delle grandi incertezze che continuano a caratterizzare il dibattito teorico e dottrinario sulla ricostruzione dell'istituto, se solo si pensa che attorno ad ogni singola norma della disposizione sono emerse interpretazioni completamente difformi: così, in particolare, per il riferimento ai “principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti” e alla cosiddetta clausola di compatibilità.

⁵⁵ Il più delle volte la giurisprudenza si limita a sottolineare la non riconducibilità degli accordi al contratto di diritto privato, senza tuttavia precisare in cosa si concretizzi, da un punto di vista del regime giuridico, tale diversità. Sul punto, v. M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, 272-273.

giudice amministrativo afferma, infatti, che nella fase di esecuzione del rapporto convenzionale “debbono trovare applicazione piena ed integrale le regole civilistiche in materia di imputabilità dell'inadempimento” e che il rapporto concessorio debba essere assoggettato alle “comuni regole civilistiche in tema di adempimento-inadempimento nonché di obblighi di buona fede delle parti del contratto (art. 1375 c.c.)”⁵⁶.

Non pare quindi dubitabile che, rispetto alle vicende esecutive del rapporto concessorio, debbano trovare applicazione, innanzitutto, le norme contenute nel Libro IV del codice civile, con particolare riferimento alle regole relative all'adempimento delle obbligazioni (titolo I, capo II) e ai contratti in generale (titolo II)⁵⁷.

Da questo punto di vista, infatti, non può negarsi che il richiamo esplicito della giurisprudenza all'applicazione diretta della disciplina dell'inadempimento del contratto costituisce (quantomeno) un indice rivelatore del fatto che,

⁵⁶ Cons. St., 23 dicembre 2010, n. 9347, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁷ V. Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2568, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 4, I, 1156, ove si afferma che nell'ambito dei rapporti concessori “il giudice possa e debba fare applicazione diretta anche della disciplina dell'inadempimento del contratto, allorché una parte del rapporto contesti alla controparte un inadempimento degli obblighi di fare”. In dottrina, v. M. RENNA, *Il regime giuridico delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, 52 ss. Più in generale, sul problema della natura giuridica e del regime applicabile agli atti dell'amministrazione che incidono sui rapporti negoziali, si veda G. GRECO, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto comune e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, 89 ss., che distingue i provvedimenti amministrativi dagli “atti amministrativi negoziali”: questi ultimi sono “atti a regime amministrativo, ad effetti civilistici e a contenuto negoziale”.

ad esito della stipulazione della convenzione concessoria, sia venuto in essere un vero e proprio rapporto contrattuale da cui sono sorti diritti ed obbligazioni reciproci tra le parti destinati, *naturaliter*, ad essere regolati dal codice civile. In altri termini, l'applicazione diretta della disciplina dell'inadempimento del contratto deve presupporre necessariamente l'esistenza di un rapporto giuridico contrattuale, in cui il concessionario è titolare di un fascio di rapporti di diritto comune (diritti e obblighi), cui corrispondono altrettante situazioni giuridiche di diritto comune da parte dell'amministrazione.

Se la questione sta in questi termini, larga parte dei retaggi tradizionalmente ricondotti all'immanenza di un potere discrezionale in capo alla p.a. in costanza di rapporto potrebbero essere letti attraverso le "lenti civilistiche". Così per la revoca, talvolta costruita come una clausola risolutiva espressa⁵⁸. Così per l'irrogazione

⁵⁸ Sul punto, v. T.A.R. Sicilia-Catania, sez. IV, 6 luglio 2009, n. 1230, in *Foro amm. - TAR*, 2009, 7-8, 2307 secondo cui "la clausola della convenzione, che collega la revoca della concessione per la raccolta dei giochi pubblici al ritardo dell'avvio della rete telematica, costituisce una clausola risolutiva espressa (tali essendo le clausole, le quali, nell'ambito del rapporto di natura privatistica originato dall'atto convenzionale, collegano all'inadempimento del privato la possibilità della P.A. di annullare o revocare l'erogazione, attuando un meccanismo sanzionatorio assimilabile alla clausola risolutiva espressa disciplinata dall'art. 1456 c.c.); da ciò consegue che l'eventuale adempimento posto in essere tardivamente rispetto al termine pattuito, ma anteriormente rispetto alla dichiarazione dell'interessato di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa, esclude l'operatività della clausola stessa ed impedisce il venir meno del rapporto può essere resa, senza necessità di formule rituali, anche in maniera implicita, purché inequivocabile (...) ma non può, in nessun caso, avere effetto se la controparte ha già adempiuto alle proprie obbligazioni contrattuali,

delle penali⁵⁹. Così ancora per la decadenza, che lungi dall'estrinsecare una valutazione discrezionale di stampo sanzionatorio, si collega ad un mero accertamento tecnico sul corretto adempimento del rapporto⁶⁰. Analogamente

anche se ciò è avvenuto oltre i termini previsti nel contratto per l'adempimento stesso, che fino a quando il creditore non dichiara di volersi avvalere della detta clausola il debitore può adempiere, seppure tardivamente, la sua obbligazione”.

⁵⁹ Che dovrebbe presupporre la piena ed integrale applicazione delle regole civilistiche in materia di imputabilità dell'inadempimento, di prova del danno cagionato e di congruità e proporzionalità della relativa penalizzazione. *Contra*, Cons. St., sez. III, 13 novembre e 4 dicembre 2007, parere n. 3926, secondo cui la previsione contrattuale che attribuisce all'amministrazione la possibilità di irrogare una penale in caso di inadempimento del concessionario rimetterebbe l'esercizio di tale potere “alla potestà discrezionale dell'amministrazione concedente, e, indi, dell'esercizio di funzioni autoritative, non investenti l'area dei diritti soggettivi”; in tali ipotesi “la controversia radica specificamente la verifica di legittimità delle modalità con le quali detta potestà è stata esercitata”. In sostanza, ancorché dipendente dall'esistenza di un inadempimento il cui accertamento sarebbe governato – per espressa ammissione del giudice – dal diritto comune, il potere discrezionale sanzionatorio “precipiterebbe” sul rapporto convenzionale per garantire un miglior perseguimento dell'interesse pubblico. Mentre infatti lo scopo delle clausole penali civilistiche sarebbe “quello di liquidare preventivamente il danno e, contemporaneamente, avere un mezzo indiretto di coazione inteso ad assicurare l'adempimento dell'obbligazione”, nell'ambito delle convenzioni concessorie la penale avrebbe “solo una funzione coercitiva indiretta, essendo essa indipendente dalla sussistenza o meno di un danno effettivo, ed operando ogniqualvolta si verifici il dato obiettivo dell'inadempimento”.

⁶⁰ Se la decadenza – tanto ricognitiva quanto dichiarativa – ha primariamente ad oggetto l'accertamento delle inadempienze del concessionario non vi è (né può esservi) spazio per valutazioni discrezionali.

dicasi per la clausola di disdetta, pattiziamente determinata, che impedisce la tacita rinnovazione della concessione⁶¹. In siffatta direzione, infine, milita l'applicazione delle ipotesi legali di risoluzione contrattuale, quale, in specie, quella per eccessiva onerosità sopravvenuta⁶².

In definitiva, il problema della “funzionalizzazione” del rapporto concessorio al pubblico interesse anche rispetto alla fase esecutiva non può impedire una ricostruzione dei “poteri” del contraente pubblico in chiave privatistica⁶³. Il problema della “necessaria libertà” dal vincolo contrattuale, al fine di consentire all'amministrazione di adeguare il rapporto al mutare del pubblico interesse, ben può trovare risposta in un diritto comune che, d'altro canto, si caratterizza sempre più per la previsione di poteri unilaterali incidenti sul contratto. Simili poteri, tuttavia, anche quando sono attribuiti alla p.a., devono comunque essere destinati ad operare all'interno del rapporto stesso,

⁶¹ V. Cons. St., sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327, in *Nuovo dir.*, 2000, 1018, secondo cui “la clausola convenzionale che prevede la rinnovazione tacita del rapporto e la possibilità della disdetta non presenta alcun tratto caratteristico dei provvedimenti amministrativi. Al contrario, la struttura, la funzione e gli effetti della clausola di disdetta afferente ad una convenzione costitutiva di una concessione di servizi corrispondono, senza apprezzabili differenze morfologiche, alla fisionomia tipica delle clausole dei comuni contratti di durata”.

⁶² V. Cons. St., sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653, in *Foro amm.*, 2016, 7-8, 1770.

⁶³ V. in tal senso C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 184.

come gli strumenti di (auto)tutela schiettamente privatistici⁶⁴.

⁶⁴ Cfr. A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 4, 2012, 567.

4. La *querelle* sulle concessioni demaniali marittime.

Si è detto della qualificazione in termini contrattuali conferita dall'ordinamento europeo alle concessioni "a vocazione produttiva" e si è, poi, affrontato il problema conseguente, afferente all'applicabilità delle ordinarie regole civilistiche a tali forme di pattuizione.

Non si può tuttavia ignorare come l'allineamento tra il diritto nazionale ed il livello sovranazionale non sia totalmente conseguito e come il problema definitorio, che con una nota di ottimismo si era detto sostanzialmente superato, condizioni ancora in certa misura le dinamiche giuridiche relative all'istituto concessorio.

L'ambito nel quale tale scollamento pare più evidente è quello delle concessioni demaniali marittime, uno dei più importanti esempi di concessioni di beni pubblici⁶⁵.

Si vuole qui in particolare evidenziare come la collisione tra ordinamento interno e Unione europea *in subiecta materia* sia dovuto, tra gli altri fattori, proprio alla ricostruzione giuridica della concessione – quale forma di gestione del demanio – come atto autoritativo, preordinato a legittimare una "deroga al principio di uguaglianza cui si addiuvano per il fatto di attribuire a soggetti dell'ordinamento dei vantaggi particolari"⁶⁶. Tale concezione "provvedimentale" ha recato infatti con sé una serie di corollari, quali diritti di preferenza e criteri di priorità temporale, che hanno portato ad una sostanziale

⁶⁵ Come si avrà modo di chiarire meglio nel prosieguo, le concessioni di beni sono poste al di fuori del perimetro applicativo della direttiva 2014/UE/23 e – di risulta – sono escluse dalla normativa nazionale di recepimento.

⁶⁶ Così M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 115.

“fossilizzazione” delle posizioni concessionarie, creando forte motivo di frizione con l’ordinamento europeo, invece orientato al principio di libera concorrenza e di *par condicio competitorum*⁶⁷.

Ma, procedendo con ordine, pare significativo ripercorrere brevemente le tappe della vicenda.

Intanto, deve essere dato un inquadramento delle concessioni demaniali marittime per uso turistico-ricreativo, tipizzate dall’art. 1 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 dicembre 1993, n. 494. Esse hanno la finalità di attribuire ad un operatore economico la facoltà di sfruttamento in via esclusiva di un tratto di litorale in vista della realizzazione di stabilimenti balneari ed altre strutture similari funzionali alla più confortevole fruizione del litorale da parte dei turisti. La concessione non muta la destinazione del bene, ma postula un significativo affievolimento delle possibilità di uso generale da parte della collettività.

L’impostazione di fondo del codice della navigazione è chiaramente improntata al massimo favore per la concessione, sull’assunto che lo sfruttamento infrastrutturale in chiave turistica possa garantire la più razionale forma di estrazione delle utilità dal bene. La riprova di questo dato è rappresentata dalla formulazione del criterio di preferenza tra più offerenti, con allocazione garantita al soggetto in grado di assicurare il più intenso sfruttamento, ossia il risultato desiderabile secondo una razionalità economica entro cui il bene pubblico era considerato alla stregua di un mezzo in vista del

⁶⁷ Sul tema, v. in particolare E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime – il commento*, in *Urb. e app.*, 2016, 11, 1211.

raggiungimento del risultato più efficiente per l'economia nazionale⁶⁸.

Ebbene, a fronte del crescere della domanda e della parallela penuria delle risorse disponibili, le diverse soluzioni succedutesi a partire dagli anni novanta del secolo scorso hanno lasciato trasparire una tendenza a favorire la stabilità delle assegnazioni, garantendo una posizione di favore agli *incumbents*, in contrasto con le posizioni critiche espresse dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dalla Commissione europea, e, più di recente, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, sulla quale ultima tra poco si dirà.

Il tema della durata delle concessioni si è strettamente intrecciato con quello della possibilità di rinnovo del titolo concessorio. Una prima disposizione⁶⁹ prevedeva che le concessioni demaniali marittime avessero una durata di sei anni e fossero automaticamente rinnovate per la stessa durata alla scadenza a semplice richiesta del concessionario⁷⁰. Per il caso di celebrazione di una gara⁷¹,

⁶⁸ Uno schema non dissimile era del resto riscontrabile anche nella legislazione sulle acque di inizio Novecento, positivizzata nel r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775.

⁶⁹ Art. 1, comma 2, d.l. 5 ottobre 1993, n. 400.

⁷⁰ Fatto salvo il diritto di revoca per ragioni di pubblico interesse di cui all'articolo 42 cod. nav., invero raramente esercitato dall'amministrazione.

⁷¹ Gara nient'affatto scontata, dal momento che nella *ratio* del codice della navigazione (art. 27), applicabile in via generale a tutte le concessioni di beni del demanio marittimo, solo in caso di pluralità di domande di concessione l'autorità concedente ha la facoltà di scegliere direttamente, previa comparazione delle richieste, il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione e, solo se non ricorrano ragioni di preferenza, di procedere a pubblica gara o a licitazione privata. In sostanza, per la logica tradizionale, la procedura comparativa si applica solo ove, in

veniva invece in rilievo il cosiddetto diritto di insistenza, previsto dall'art. 37, comma 2, cod. nav., secondo cui, in presenza di più domande per il rilascio di una concessione demaniale marittima, doveva essere preferita quella formulata dal soggetto già titolare della concessione stessa. Il diritto di insistenza era stato inserito nel codice per salvaguardare la certezza di ammortamento degli investimenti effettuati dai concessionari ma l'incidenza di tale istituto (ed, ancor prima, la possibilità di rinnovo automatico) aveva l'effetto di rendere potenzialmente perpetua e non contendibile una assegnazione⁷².

Questo modello chiuso è stato, come detto, *in primis* criticato dall'*Antitrust* nazionale⁷³. Innanzitutto l'Autorità ha denunciato l'inammissibilità di previsioni volte a porre in posizione di favore il concessionario uscente. Sulla scia di un rigoroso orientamento del Consiglio di Stato⁷⁴ e dei principi comunitari in materia di concorrenza, il diritto di insistenza doveva essere relegato al rango di criterio

seguito alla pubblicazione di una domanda di concessione, siano pervenute domande concorrenti. Si veda, sul punto, la circ. 6 maggio 2010, prot. n. 6105 del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, in *www.mit.gov.it* e Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 2009, n. 7547, in *Foro amm. - CDS*, 2009, 12, 2930.

⁷² Sull'incidenza del diritto di insistenza, si vedano F. LONGO, *Brevi note sulla giurisprudenza amministrativa in materia di diniego di rinnovo di concessione di utilizzo di beni pubblici*, in *TAR*, 1993, II, 157; S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 355; L. R. PERFETTI, "Diritto di insistenza" e rinnovo della concessione di pubblici servizi, in *Foro amm. - CDS*, 2003, 621; C. CALLERI, *Diritto di insistenza e interpretazione dell'art. 37 cod. nav.*, in *Dir. trasporti*, 2008, 467.

⁷³ V. segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008, in *www.agcom.it*.

⁷⁴ V. in particolare Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005 n. 168, in *Dir. maritt.*, 2007, 4, 1184.

meramente sussidiario e residuale, richiamabile solo in ultima istanza per il caso di offerte equipollenti sotto ogni profilo. L'Autorità ha rimarcato inoltre che durate eccessive non stimolavano affatto i concessionari a migliorare l'offerta per l'utenza e creavano invece le condizioni per condotte collusive tra i concessionari di lungo periodo. L'Autorità, nella propria segnalazione, affrontava, confutandolo, anche l'argomento usualmente addotto a sostegno di durate prolungate, indicando che il valore degli investimenti non ammortizzati avrebbe potuto essere agevolmente recuperato mediante la deduzione di tali valori entro la base dell'asta successiva.

Anche la Commissione europea ha puntato i fari sul tema delle concessioni marittime italiane. In una lettera di messa in mora del 29 gennaio 2009 (procedura di infrazione 2008/4908) è stata contestata la compatibilità con il diritto comunitario e, in particolare, con il principio della libertà di stabilimento di un tale modello concessorio. Imprese provenienti da altri Stati membri si trovavano infatti di fronte ad un ostacolo insormontabile, in ragione dalla preferenza accordata al concessionario uscente⁷⁵.

In seguito all'avvio della procedura di infrazione, il legislatore nazionale è intervenuto e con l'art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, come convertito in legge, è stato finalmente modificato il codice della navigazione, con l'abrogazione della norma tesa a garantire la preferenza in favore del concessionario uscente. Ad una scelta così netta ha tuttavia fatto da corollario, con un'evidente dose di contraddittorietà, la proroga delle concessioni in essere alla data del 30

⁷⁵ V., sul tema, F. DI LASCIO, *Concessione di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. - TAR*, 2009, 787.

dicembre 2009, ed in scadenza entro il 31 dicembre 2015, sino a quest'ultima data.

La Commissione, di fronte ad una soluzione in sostanza “soprassessoria”, ha formulando ulteriori contestazioni all'Italia e, nel maggio del 2010, ha quindi inviato all'Italia una lettera di messa in mora complementare con la quale chiedeva la trasmissione delle osservazioni sui nuovi rilievi formulati. In seguito a tale ulteriore intervento europeo, con l'art. 11 della l. 15 dicembre 2011, n. 217 è stato abrogato il già citato comma 2 dell'art. 1, d.l. n. 400/1993. Lo stesso articolo 11 ha inoltre delegato il Governo ad emanare, entro il 17 aprile 2013, un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime. In conseguenza di questi interventi legislativi, la procedura di infrazione è stata chiusa nel febbraio 2012.

Anche la Corte Costituzionale è reiteratamente intervenuta sulla problematica delle concessioni marittime, dichiarando costituzionalmente illegittime alcune disposizioni regionali per mancato rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (art. 117, comma 1, Cost.) e, in alcuni casi, anche per violazione degli artt. 3 e 117, comma 2, lett. a) ed e), Cost. Le norme censurate, in sostanza, prevedevano proroghe, anche di lunghissima durata (fino a vent'anni dal rilascio) delle concessioni demaniali marittime in favore degli attuali concessionari⁷⁶.

Il legislatore nazionale è quindi ulteriormente intervenuto e con l'art. 34-*duodecies* del d.l. 18 ottobre

⁷⁶ V. Corte cost., 20 maggio 2010, n. 180, in *Foro it.*, 2010, 7-8, I, 1977; id., 1° luglio 2010, n. 233, in *Dir. maritt.*, 2011, 3, 831; id., 26 novembre 2010, n. 340, in *Giur. cost.*, 2010, 6, 4827; id., 18 luglio 2011, n. 213, in *Dir. maritt.*, 2011, 3, 836; id., 4 luglio 2013, n. 171, in *Foro it.*, 2013, 9, I, 2351.

2012, n. 179 ha novellato l'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009, disponendo una ulteriore proroga sino al 31 dicembre 2020 delle concessioni demaniali in essere alla data del 30 dicembre 2009 ed in scadenza entro il 31 dicembre 2015⁷⁷.

Si è così giunti alla nota sentenza della Corte di Giustizia n. 458 del 2016⁷⁸, originata da due domande di pronuncia pregiudiziale formulate in altrettanti giudizi pendenti innanzi a giudici amministrativi di primo grado⁷⁹.

⁷⁷ Peraltro, in seguito, l'art. 1, comma 547, l. 24 dicembre 2012, n. 228 (legge di stabilità 2013) ha esteso le previsioni dell'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009, come più volte modificato, alle concessioni con finalità sportive e alle concessioni per porti turistici, approdi e punti di ormeggio riservati alla nautica da diporto. Inoltre, la medesima disciplina è stata estesa alle concessioni sul demanio lacuale e fluviale. In tal modo la concessione demaniale marittima per usi turistici-ricreativi è divenuta una sorta di paradigma generale, certamente non virtuoso, da cui dedurre un ingiustificato principio di privilegio per i concessionari "storici".

⁷⁸ Corte giustizia UE, sez. V, 14 luglio 2016, n. 458, in *Dir. & giust.*, 2016, 15 luglio.

⁷⁹ Precisamente, T.A.R. Lombardia-Milano, sez. IV, 26 settembre 2014, n. 2401 e T.A.R. Sardegna, sez. I, 28 gennaio 2015, n. 224, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it. La prima controversia ineriva ad un provvedimento di diniego sull'istanza di rinnovo di una concessione sul demanio lacuale emanato da un consorzio di comuni; la seconda era relativa al ricorso di un soggetto che si opponeva al piano di utilizzo del litorale adottato da un comune, agli atti di indizione della procedura comparativa per la nuova assegnazione ed alla conseguente ingiunzione di *reductio in pristinum* del segmento di demanio marittimo precedentemente occupato. In entrambi i casi, le parti ricorrenti muovevano dalla premessa secondo cui il bene demaniale doveva rimanere nella loro disponibilità in quanto le rispettive originarie concessioni

In sostanza, i giudici nazionali avevano chiesto alla Corte di Giustizia di esprimere, *ex art.* 267 del TFUE, una interpretazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva *Bolkestein*) e degli artt. 49, 56 e 106 del TFUE⁸⁰.

La Corte di Giustizia si è dunque soffermata sulla compatibilità rispetto all'ordinamento europeo della normativa interna (art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, come novellato), secondo la quale, “nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio di concessioni di beni demaniali marittimi lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative [...]”, “il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogata fino al 31 dicembre 2020”.

La Corte di Lussemburgo ha posto l'accento sulla inderogabilità della previsione espressa dal citato art. 12, il

avrebbero beneficiato di una proroga *ex lege*, ritenuta invece non applicabile dalle amministrazioni locali.

⁸⁰ L'art. 12 citato, in particolare, ha ad oggetto le fattispecie in cui il potere dell'amministrazione (il potere di autorizzazione, nel lessico della direttiva) ha la funzione di disciplinare l'accesso da parte degli operatori economici a risorse scarse (per limiti naturali o delle capacità tecniche utilizzabili). In tal caso, secondo la inequivoca indicazione della direttiva, “gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento”. Sempre la direttiva, a scongiurare ogni tentazione elusiva, aggiunge che in tali ipotesi l'autorizzazione (concessione, nel nostro diritto amministrativo) deve avere una durata limitata, non può prevedere possibilità di rinnovo automatico od accordare altri vantaggi al soggetto uscente (*incumbent*).

cui contenuto precettivo si esprime innanzitutto nell'affermazione dell'imprescindibilità di una procedura tesa a garantire imparzialità e trasparenza nell'assegnazione da parte dell'amministrazione pubblica di risorse scarse che costituiscono elemento essenziale per lo svolgimento di particolari attività economiche. Una procedura il cui svolgimento – sempre secondo il precetto europeo – non può essere di fatto impedito da rinnovi automatici delle concessioni in essere. Nello percorso motivazionale della sentenza, in termini pienamente consequenziali con tali premesse, ha fatto seguito l'affermazione secondo cui una proroga *ex lege* della scadenza concessoria equivale ad un rinnovo automatico, in quanto una tale misura costituisce anch'essa un fattore preclusivo allo svolgimento della indefettibile procedura aperta. Da ciò la inevitabile declaratoria di incompatibilità con il diritto dell'Unione della soluzione prefigurata dal legislatore italiano, ad impedire la quale non è bastata neppure l'eccezione sollevata dal Governo secondo cui la proroga avrebbe la funzione di tutelare l'affidamento dei concessionari uscenti e di consentire loro di ammortizzare gli investimenti effettuati. La replica conclusiva sul punto è stata di ordine logico, prima che giuridico: una valutazione circa un eventuale affidamento rispetto ad esigenze di ammortamento sarebbe possibile solo caso per caso ed una tale esigenza non potrebbe quindi giustificare una proroga dettata da una norma legislativa con effetti sulla generalità dei rapporti concessori, il cui risultato deteriore è il blocco di ogni possibilità di accesso in danno dei nuovi operatori.

La sentenza si è poi spinta oltre, sino a dichiarare il contrasto della normativa italiana anche con l'art. 49 TFUE (lasciando ai giudici interni la valutazione circa un effettivo interesse transfrontaliero delle concessioni): ciò

in ragione della disparità di trattamento che si determina tra due classi di operatori (gli *incumbents*, ossia i detentori delle concessioni prorogate, e i soggetti a cui l'accesso al mercato è impedito per effetto della barriera rappresentata dall'impossibilità di aspirare ad ottenere una concessione di un tratto di litorale). Anche rispetto a questo profilo ogni eccezione governativa è stata recisamente respinta: la Corte di Giustizia ha infatti rilevato che nelle situazioni oggetto dei due giudizi amministrativi non si poteva affatto riscontrare un affidamento meritevole di protezione in capo ai concessionari poiché essi avevano ottenuto le concessioni in un periodo in cui non era in alcun modo profilabile una durata estensibile per effetto di sistematiche proroghe del titolo di godimento.

La risposta del legislatore interno non si è fatta attendere. Con l'art. 24, comma 3-*septies*, d.l. 24 giugno 2016, n. 113, aggiunto in sede di conversione dalla l. 7 agosto 2016, n. 160, è stato infatti stabilito che “nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazione, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25”.

È stata dunque disposta l'ennesima proroga che suona come una malcelata elusione del *diktat* europeo. La soluzione per depotenziare la perentorietà delle indicazioni europee è infatti passata per la cristallizzazione dell'assetto attuale in un periodo transitorio destinato a protrarsi per un tempo lunghissimo, nelle more di una incerta riforma organica del settore, di cui restano oscuri i principi ispiratori e soprattutto i tempi di entrata in vigore. Il

risultato è dunque la riproposizione – dietro lo schermo giustificatore della transitorietà – di uno schema strutturalmente non dissimile da quello severamente stigmatizzato dai giudici europei in quanto produttivo di un effetto ingiustificatamente restrittivo della concorrenza.

Riepilogando, in buona sostanza, le soluzioni proposte a partire dagli anni Novanta hanno determinato l'abolizione della figura, ormai anacronistica, del diritto di insistenza ma – in nome di una transizione non traumatica (per gli *incumbents*) – hanno garantito agli operatori proroghe sempre più dilatate delle concessioni in essere. Con il risultato che anche dopo la soppressione del diritto di insistenza non si sono celebrate gare e la posizione dei concessionari è stata fin qui l'unica garantita.

L'intervento delle istituzioni comunitarie e, da ultimo, quello vincolante rappresentato dalla decisione della Corte di Giustizia, non sembrano aver scalfito in maniera decisiva un approccio inveterato, certamente legato ad una visione tradizionale dell'istituto concessorio in chiave autoritativa. L'approccio, cioè, del “*first come first serve*”, che solo una visione della concessione come contratto ad evidenza pubblica consentirebbe di superare: *in primis*, perché imporrebbe l'effettivo ricorso alla procedura selettiva per l'assegnazione; in secondo luogo, perché qualificando il rapporto in termini pattizi si sfuggirebbe a logiche di perpetuità che, notoriamente, ripugnano al diritto dei contratti.

CAPITOLO II

I contratti pubblici: *discrimen* tra concessione e appalto.

Se la concessione è, al pari dell'appalto, un contratto, tra i due istituti sussistono delle differenze di fondo⁸¹.

In linea generalissima, nell'appalto il privato rende una prestazione⁸² alla pubblica amministrazione, che provvede essa stessa a pagare la propria controparte⁸³.

Nella concessione, la prestazione⁸⁴ è resa dall'affidatario alla platea degli utenti e la remunerazione non è a carico

⁸¹ Cfr. sul punto, ampiamente, G. FIDONE, op. cit.

⁸² Avente ad oggetto lavori, servizi o forniture.

⁸³ Configurandosi così l'appalto, da un punto di vista contabile, come il contratto passivo per eccellenza stipulato dalla pubblica amministrazione.

⁸⁴ Che inerisce a lavori o servizi. Per l'annosa distinzione tra concessione di servizi e concessione di servizio pubblico, v. infra; si anticipa qui soltanto che entrambe le categorie parrebbero riconducibili senza soverchie difficoltà nella nozione di concessione di servizi accolta dalla recente disciplina europea e dalla normativa interna di trasposizione (cfr. A. MOLITERNI, op. cit., ed autorevole dottrina ivi menzionata). L'altra grande tipologia di concessione, quella di beni pubblici, è invece esclusa, come si è accennato e come meglio si dirà, dall'ambito oggettivo della direttiva concessioni e della legislazione nazionale di recepimento. Cionondimeno, come sopra ampiamente chiarito, il giudice comunitario ha anche recentissimamente ribadito la necessità di una procedura selettiva per il relativo conferimento (v. Corte giustizia UE, n. 458/2016, cit.).

dell'amministrazione bensì dei terzi fruitori, con tutte le conseguenti incertezze⁸⁵.

Talvolta, per vero, l'esecuzione è direttamente rivolta all'amministrazione, che retribuisce tuttavia l'esercente in maniera non automatica, accollandosi quest'ultimo il così detto rischio di disponibilità⁸⁶.

Di tal che nella concessione, l'elemento caratterizzante, più che il carattere trilatero del rapporto⁸⁷, è l'esistenza di un rischio specifico a carico del concessionario, ulteriore, anzi qualitativamente diverso, rispetto a quello insito nell'appalto⁸⁸.

Anche con riferimento alla distinzione tra concessione e appalto, dunque, non parrebbero esistere soverchie problematiche. Invece, ancora una volta, tale assunto non può essere avvalorato, essendo la stessa direttiva concessioni ad affermare che “le difficoltà legate all'interpretazione dei concetti di «contratto di concessione» e di «appalto pubblico» hanno generato una costante incertezza giuridica tra i soggetti interessati e

⁸⁵ Si comprende subito, dunque, come quello concessorio sia uno strumento importantissimo di sviluppo, nell'ottica del finanziamento di fondamentali progetti pubblici tramite risorse private, permettendo di allocare le relative poste *off balance* (fuori bilancio) e sfuggendo così ai rigidi vincoli di finanza statale imposti dal diritto europeo.

⁸⁶ Ci si riferisce in particolare alle così dette operazioni “fredde” (sulle quali si dirà infra).

⁸⁷ Incentrato cioè su tre poli: concedente, concessionario e utenza.

⁸⁸ L'appalto sottende certamente un rischio (v. art. 1655 cod. civ.), essendo l'appaltatore tenuto a predisporre in proprio una organizzazione di fattori produttivi per garantire una obbligazione di risultato. Tuttavia, il rischio non riguarda l'elemento remunerativo, essendo questo garantito, a fronte del corretto adempimento, dalla amministrazione committente.

sono state oggetto di numerose sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea"⁸⁹.

Sembra allora conveniente ripercorrere l'*iter* che, lungo gli ultimi anni, ha condotto al progressivo affinamento della distinzione tra le due figure, sino ad approdare alla attuale disciplina contenuta nella direttiva concessioni e nella legislazione nazionale di recepimento.

⁸⁹ Considerando 18, dir. 2014/23/UE.

1. Il dibattito in ambito sovranazionale: dal 2000 alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Fino al secolo scorso, il diritto comunitario non si è occupato in maniera organica dei contratti di concessione. Fallito, come sopra accennato, il tentativo di regolamentare nell'ormai lontano 1991 le concessioni di servizi pubblici, il legislatore europeo si è interessato unicamente alle concessioni di lavori – in particolare con la direttiva 93/37/CEE – riservando una sintetica disciplina all'aggiudicazione, molto più snella rispetto a quella prevista per l'affidamento degli appalti di lavori e consistente in poche prescrizioni sulla pubblicità dei bandi, nonché sull'affidamento degli appalti da parte dello stesso concessionario di lavori⁹⁰.

Ben presto, però, ha preso piede in ambito europeo un intenso dibattito intorno al tema delle concessioni, il cui avvio è stato segnato dalla già citata Comunicazione interpretativa della Commissione del 12 aprile 2000⁹¹.

⁹⁰ In particolare, per quanto concerne l'affidamento delle concessioni di lavori, la direttiva 93/37/CEE imponeva solo una pubblicità preliminare, anche per gli affidamenti tra persone giuridiche pubbliche, ma lasciava libero il concedente di scegliere la procedura più appropriata e, in particolare, di esperire una procedura negoziata. In ordine, poi, all'affidamento dei lavori in concessione, qualora il concessionario non rientrasse nell'ambito delle amministrazioni aggiudicatrici, la direttiva prevedeva l'applicazione delle sole norme in materia di pubblicità.

⁹¹ La Comunicazione rientrava nel contesto di quelle iniziative che la Commissione aveva annunciato nell'ambito del "Libro Bianco" sugli appalti pubblici dell'11 marzo 1998. In detto contesto, la Commissione si era proposta lo scopo di chiarire e semplificare l'applicazione delle norme e dei principi del Trattato nella materia delle concessioni, con particolare riguardo alla concessione di servizi, ai contratti relativi ai pubblici servizi o ad altre forme di

Detta Comunicazione si poneva quale atto conclusivo dell'*iter* interpretativo iniziato dalla Commissione con il Progetto di Comunicazione del 24 febbraio 1999, il cui scopo era fare chiarezza sulle regole vigenti in materia di concessioni – in particolare le direttive 93/37/CEE sugli appalti pubblici di lavori, 92/50/CEE sugli appalti pubblici di servizi e 93/38/CEE sugli appalti nei settori trasporti, telecomunicazioni, acqua ed energia – attraverso la verifica della misura di applicazione della normativa comunitaria all'istituto della concessione ed alle altre forme di partenariato pubblico-privato⁹².

cooperazione riguardante i servizi. In particolare, la Commissione aveva previsto due fasi di intervento, una prima in cui elaborare un documento interpretativo destinato a chiarire e precisare le norme e i principi applicabili alle concessioni, al fine di determinare in quale misura le regole degli appalti pubblici fossero in grado, al tempo stesso, sia di garantire il rispetto delle norme del Trattato che di agevolare altre forme di partenariato. Una seconda fase, finalizzata alla modifica delle direttive esistenti al fine di assicurare la disciplina normativa a tutte quelle forme di concessione che non risultavano regolamentate. Per un commento in proposito, v. C. GUCCIONE, *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, XII, 2000, 1253; F. LEGGIADRO, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb. e app.*, X, 2000, 1061.

⁹² Rispetto al Progetto di Comunicazione, la Commissione ha limitato il proprio ambito di trattazione alle sole concessioni, rinunciando ad occuparsi delle altre forme di cooperazione utilizzate dagli Stati per ricorrere al finanziamento ed alle competenze dei privati ed escludendo altresì dal proprio oggetto l'interpretazione di taluni regimi specifici derivanti dalle direttive adottate, ad esempio, nei settori dell'energia o dei trasporti.

Tale atto di natura non vincolante⁹³ ha inteso porsi come interpretazione “autentica” del complesso normativo comunitario in materia di appalti; non limitandosi ad affermazioni di principio o a disegni programmatici, ma chiarendo, attraverso nozioni definitorie e richiami alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, i principi ricavabili dal Trattato applicabili alle concessioni di lavori pubblici e di servizi.

Si osservava innanzitutto in tale documento come le concessioni costituissero uno strumento usato da tempo da parte di alcuni Stati membri per realizzare e finanziare lavori (come collegamenti ferroviari o autostradali) ed erogare servizi, soprattutto a seguito delle restrizioni imposte ai bilanci pubblici a partire dagli anni novanta del secolo scorso.

L'utilizzo non corretto di tale istituto, peraltro, poteva celare un rischio di elusione della disciplina sugli affidamenti degli appalti⁹⁴, ponendo in evidenza la necessità di un'*actio finium regundorum* tra appalto e concessione.

⁹³ Le comunicazioni possono avere natura interpretativa, come nel caso di specie, qualora tendano a far conoscere agli Stati membri ed agli operatori l'evoluzione di una disciplina comunitaria alla luce degli sviluppi giurisprudenziali; natura informativa, se destinate ad alimentare il dialogo tra istituzioni su materie che debbono essere oggetto di intervento normativo; infine possono essere di tipo decisorio, se riguardano settori, quali la concorrenza e aiuti di Stato, in cui la Commissione è titolare di un potere decisionale anche discrezionale.

⁹⁴ Non applicandosi alle concessioni le dettagliate e stringenti regole in materia di appalti, bensì, sostanzialmente, i principi del Trattato di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità, invero permeanti tutto l'ambito della contrattualistica pubblica.

Nell'ambito di tale documento, per la prima volta con chiarezza, è stata così individuata la differenza essenziale tra appalto e concessione, insita nel trasferimento al privato dell'alea relativa alla gestione, tale da investire al tempo stesso gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'intervento.

Tale elemento differenziatore era in verità già presente *in nuce* nella definizione comunitaria di concessione di lavori pubblici, contenuta nell'art. 1, lett. d), della più volte citata direttiva 93/37/CEE (nonché, risalendo nel tempo, nella direttiva 89/440/CEE). Ai sensi della norma richiamata, l'elemento che distingueva l'appalto di lavori pubblici dalla concessione di lavori era infatti individuato nella controprestazione; essa consisteva appunto, per la concessione, nel diritto di gestire l'opera, eventualmente accompagnato anche da un prezzo il quale, in ogni caso, non poteva mai essere d'importo tale da coprire una parte significativa del rischio di gestione incombente sul concessionario.

Per quanto concerne invece la concessione di servizi, il discorso era più complesso. La direttiva 92/50/CEE non definiva infatti la concessione di servizi, ma riguardava esclusivamente gli appalti pubblici di servizi, ovvero i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi e un ente aggiudicatore.

La direttiva non includeva espressamente tra le ipotesi di inapplicabilità della propria disciplina le concessioni, ma la Commissione ha escluso che al contratto di concessione di servizi fosse applicabile la direttiva 92/50/CEE, dal momento che, in caso contrario, si sarebbe giunti a sottoporre tale forma di concessione ad una procedura più complessa rispetto a quella prevista per la concessione di lavori. Dalla Comunicazione si desume, però, che l'effetto concreto dell'esclusione dell'applicabilità della direttiva

servizi alla concessione di servizi non poteva consistere, in ogni caso, nell'assoluta discrezionalità nell'affidamento del servizio, essendo previsto che, in tali ipotesi, dovessero nondimeno trovare applicazione i principi del Trattato ed, in particolare, le disposizioni che fissavano i principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Difatti, assumendo che l'istituto della concessione presenta le stesse caratteristiche distintive, indipendentemente dall'oggetto che gli è proprio (lavori piuttosto che servizi), la Commissione ha fatto ricorso ad un'interpretazione analogica della “direttiva lavori”, giungendo ad affermare che l'elemento caratterizzante la concessione di servizi rispetto all'appalto di servizi è, come per la concessione di lavori, il rischio di gestione.

Di conseguenza – ad avviso della Comunicazione – era destinata a configurarsi una concessione di servizi ogni qual volta l'aggiudicatario avesse assunto il rischio della gestione economica del servizio prestato, della sua istituzione e gestione⁹⁵.

Riassumendo, l'elemento discriminante della concessione rispetto all'appalto è stato rintracciato proprio nella controprestazione del concessionario, ovvero il diritto di gestire l'opera o il servizio, con conseguente, ed implicito, trasferimento del rischio di gestione.

Difatti, per la Comunicazione gli affidamenti nei quali non si rinvenisse, a carico del concessionario, una quota significativa di rischio di gestione, avrebbero dovuto

⁹⁵ Anche in tal caso, le modalità di remunerazione potevano essere un indice della effettiva assunzione del rischio, sussistente, ad esempio, nel caso in cui il concessionario traesse la propria principale fonte di vantaggio economico dalla riscossione dei canoni da parte degli utenti.

essere qualificati come appalti, con conseguente applicazione agli stessi della disciplina più vincolante e restrittiva.

In particolare, l'assenza del rischio di gestione sussisteva nell'ipotesi in cui l'alea, derivante dall'incerta remuneratività del capitale investito, fosse esclusa dal contributo riconosciuto al concessionario dal concedente⁹⁶.

Sul punto, la Commissione ha precisato che la verifica pratica in ordine alla sussistenza del rischio di gestione doveva essere compiuta, nei singoli casi, prendendo in considerazione ogni indice utile a tale scopo.

Sintetizzando: “è vero che anche negli appalti pubblici accade che una parte dei rischi sia a carico del contraente. Tuttavia, l'alea legata all'aspetto finanziario dell'operazione, che si potrebbe definire «rischio economico», è propria del fenomeno delle concessioni. Questo tipo di rischio, infatti, che dipende strettamente dai proventi che il concessionario può trarre dalla fruizione, costituisce un importante elemento per distinguere le concessioni dagli appalti pubblici”⁹⁷.

Di notevole importanza anche la presa di posizione della Comunicazione circa la distinzione tra concessioni di lavori e di servizi.

Riprendendo principi già noti alle direttive appalti, si è chiarito infatti che, al fine della individuazione dell'oggetto del contratto, occorresse far riferimento al criterio della prevalenza funzionale, ossia della prestazione principale

⁹⁶ Era comunque precisato che qualora lo Stato avesse pagato un prezzo aggiuntivo rispetto al corrispettivo derivante dalla gestione, il contratto di concessione non avrebbe mutato per ciò solo qualificazione, a patto che tale prezzo non fosse destinato ad elidere il rischio inerente alla gestione.

⁹⁷ Punto 2.1.2 della Comunicazione.

dedotta, rispetto alla quale le ulteriori prestazioni si qualificano come accessorie⁹⁸.

A tal riguardo, al fine di armonizzare la disciplina già dettata in materia di distinzione tra i due tipi di concessioni, al paragrafo 2.3 della Comunicazione veniva richiamato il considerando 16 della direttiva servizi 92/50/CEE, in cui si precisava che gli appalti pubblici di servizi potevano, in certi casi, includere i lavori, senza che ciò avesse comportato la classificazione del contratto di appalto come lavori, qualora questi ultimi fossero accessori e non oggetto del contratto⁹⁹.

Pertanto la Commissione, in conformità alla giurisprudenza comunitaria in materia, ha ritenuto che occorresse una preliminare verifica in ordine all'oggetto principale del contratto di concessione: se questo riguardava prevalentemente la costruzione di un'opera, avrebbe dovuto trovare applicazione la direttiva lavori. Diversamente, se oggetto prevalente della concessione era la gestione di un'opera, seppure accompagnata da lavori, si sarebbero dovuti applicare i principi del Trattato e della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

⁹⁸ Il Progetto di Comunicazione era invece sul punto più netto: la Commissione distingueva i due tipi di concessioni, di lavori e di servizi, sulla base dell'oggetto, ritenendo che quando il contratto di concessione non comportasse alcuna realizzazione di lavori o quando riguardasse la gestione di un'opera preesistente, si fosse in presenza di una concessione di servizi dal momento che entrambi i casi non riguardavano la costruzione di un'opera.

⁹⁹ “Se il contratto riguarda principalmente la costruzione di un'opera per conto del concedente, si tratta, secondo la Commissione, di una concessione di lavori [...] Al contrario, un contratto di concessione che contempli la realizzazione di lavori solo a titolo accessorio o riguardi unicamente la gestione di un'opera esistente, va trattato come una concessione di servizi” (punto 2.3 della Comunicazione).

Con riferimento al concetto di rischio, giova poi menzionare la decisione dell'11 febbraio 2004, con cui Eurostat ha fornito importanti indicazioni sul punto oggetto di indagine.

In specie, nella decisione 11 febbraio 2004¹⁰⁰, l'Ufficio statistico delle Comunità europee ha chiarito le condizioni in base alle quali la realizzazione di un'infrastruttura era da intendersi a carico del bilancio pubblico o del settore privato, laddove lo Stato o altro ente pubblico – indipendentemente dalla circostanza che la domanda venisse originata dalla stessa parte pubblica o da terzi – fossero il principale acquirente dei beni e servizi forniti dall'infrastruttura¹⁰¹.

È, in particolare, il caso delle opere “fredde”, che siano godute direttamente dalla amministrazione e dove, dunque, il rapporto è meramente bilaterale sul piano sia formale che sostanziale¹⁰². Ovvero di quelle in cui il privato concessionario eroghi (gratuitamente o semi-

¹⁰⁰ In www.epp.eurostat.ec.europa.eu.

¹⁰¹ Allorquando invece a pagare erano, direttamente e nella sostanza, i privati fruitori del servizio, l'ipotesi di un mancato trasferimento del rischio al privato concessionario appariva, come intuitivo, assai meno concreta.

¹⁰² Le opere “fredde” sono quelle caratterizzate dall'impossibilità di conseguire ricavi attraverso la vendita agli utenti del servizio, ciò che avviene in settori nei quali mancano apprezzabili flussi di cassa (*cash flow*), come avviene ad esempio nell'edilizia sanitaria, carceraria, giudiziaria. Per le opere “fredde”, l'amministrazione, che ne diventa utilizzatrice diretta, paga al privato un canone, che non deve essere fisso (come sarebbe, ad esempio un canone di locazione corrisposto indipendentemente dalla effettiva resa del servizio), ma che deve essere pagato in dipendenza dell'effettiva qualità e quantità del servizio erogato (potendosi al riguardo prevedere sistemi premiali, con incentivi, e sanzionatori, con penali automatiche).

gratuitamente) utilità al pubblico, per conto della amministrazione, che se ne fa carico sul piano economico, attraverso la fiscalità generale. Qui il rapporto è bilaterale sul piano giuridico, ma, almeno sostanzialmente, trilatero, visto che l'utilità è direttamente goduta dai cittadini¹⁰³.

In particolare, l'organismo europeo ha individuato tre principali forme di rischio nei rapporti di partenariato. Sulla base di queste categorie di "rischi" (e cioè della relativa distribuzione tra parte pubblica e privata) si sarebbe dovuto stabilire se un'opera incidesse, o meno, sul bilancio pubblico (potendosi ritenere, in quest'ultimo caso, *off balance*).

Si parla, in primo luogo, di rischio di costruzione, cioè di quello relativo, nella fase di realizzazione dell'infrastruttura, ai ritardi nella consegna, ai costi addizionali, a *standard* inadeguati, a deficienze tecniche, ad un incremento del costo dei materiali, oppure al verificarsi di imprevisti costruttivi. Laddove il soggetto pubblico si impegna a corrispondere il prezzo indipendentemente dalla verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell'infrastruttura o ripiani ogni costo aggiuntivo emerso, quale ne sia la causa, vi è assunzione del rischio di

¹⁰³ In alcuni casi, in particolare, la determinazione del canone può essere dipendente dall'effettivo utilizzo dell'opera o del servizio da parte dell'utenza, che tuttavia non paga direttamente una tariffa. Si pensi al caso di un'autostrada esente da pedaggio e, dunque, classificabile come opera "fredda". In tal caso, il canone pagato dall'amministrazione al concessionario viene spesso commisurato all'effettivo volume di traffico sviluppato sull'arteria stradale data in concessione, cioè in relazione al numero di passaggi di automobili sulla strada, con il metodo del cosiddetto pedaggio ombra (*shadow toll*).

costruzione da parte del soggetto pubblico (invece che in capo al *partner* privato)¹⁰⁴.

Si parla poi di rischio di disponibilità, ossia di quello relativo alla qualità e al volume dei servizi che il *partner* privato deve rendere durante la fase di utilizzazione dell'opera¹⁰⁵. In sostanza, questo rischio attiene alla eventuale scadente o insufficiente gestione dell'opera pubblica, con conseguente quantità e/o qualità del servizio inferiore ai livelli previsti nell'accordo contrattuale. Perché tale rischio possa ritenersi in capo al privato, occorre che il soggetto pubblico abbia il diritto di ridurre o bloccare i propri pagamenti, nel caso in cui i parametri prestabiliti di

¹⁰⁴ In realtà, questo tipo di rischio dovrebbe in teoria considerarsi sempre a carico del privato, anche in caso di appalto tradizionale, essendo un rischio che naturalmente, sia nei contratti di appalto che di concessione, ricade in capo all'esecutore. Sia consentito soltanto rilevare incidentalmente che dall'esame della giurisprudenza emerge una certa divisione in ordine all'applicabilità dell'istituto della revisione prezzi alla concessione. Infatti, a fronte di sentenze che ne ammettono l'operatività tanto nelle concessioni, quanto negli appalti non di lavori (T.A.R. Sardegna, sez. I, 22 marzo 2006, n. 338, in *Foro amm. - TAR*, 2006, 3, 1144), ve ne sono altre che l'escludono, facendo leva sull'invariabilità del canone concessorio (Cons. St., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1755, in *Foro amm. - CDS*, 2013, 3, 730; T.A.R. Campania, sez. I, 12 maggio 2003, n. 5611, in *Ragiusan*, 2004, 243/4, 181).

¹⁰⁵ Il rischio di disponibilità può essere definito come un rischio di mancata *performance*, legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per *standard* di qualità. Tale tipologia di rischio è caratteristica delle opere "fredde". Nelle surriferite ipotesi di *shadow toll*, invece, il canone di disponibilità viene a dipendere dalle oscillazioni della domanda del servizio offerto dal concessionario e, dunque, il rischio trasferito dovrebbe più correttamente essere qualificato come rischio di domanda e non di disponibilità.

prestazione non vengano raggiunti. In sostanza, deve essere pattuita la riduzione dei pagamenti nel caso di prestazioni insufficienti con l'applicazione di opportune penali. Laddove invece siano previsti pagamenti costanti o canoni invariabili, ossia indipendenti dal volume e dalla qualità di servizi erogati, è il soggetto pubblico ad essersi in realtà assunto tale rischio.

Infine, si parla di rischio di domanda¹⁰⁶. Esso riguarda i volumi di domanda del servizio che il *partner* privato finisce per soddisfare. In altri termini, la domanda di un servizio può variare indipendente dalla sua qualità. Solo laddove i pagamenti pubblici siano correlati all'effettiva quantità domandata per quel servizio dall'utenza, tale rischio è assunto dal privato. Al contrario, allorquando, ad esempio, l'amministrazione incassi direttamente dagli utenti i proventi derivanti dall'utilizzo, assicurando al concessionario un canone di utilizzo non parametrato alla domanda degli utenti, oppure riconosca un significativo "minimo garantito" (cosiddetto *take-or-pay*) al concessionario, qui il rischio di domanda è in capo al pubblico.

¹⁰⁶ Il quale afferisce alla fase della gestione dell'opera realizzata e si riferisce alla vendita del servizio erogato agli utenti. Tale tipologia di rischio riguarda principalmente le opere così dette "calde", ove il servizio oggetto della gestione può essere venduto agli utenti, generando ricavi di gestione (ad esempio nei parcheggi). Il rischio di domanda deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato, il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio.

Nel complesso, secondo Eurostat, un'opera realizzata in partenariato non era destinata ad incidere sui bilanci pubblici a condizione che il *partner* privato avesse sostenuto effettivamente (ossia in forza di un efficace regolamento negoziale) due rischi su tre, ovvero il rischio di costruzione ed almeno uno degli altri due rischi (rischio di disponibilità o rischio di domanda)¹⁰⁷.

Perché un rischio potesse dirsi davvero sopportato, poi, occorreva ad avviso dell'Autorità statistica, che esso fosse in grado di determinare significative conseguenze finanziarie. Diversamente, ove il rischio non fosse trasferito al privato (ovvero non fosse comunque significativo) le opere realizzate in partenariato sarebbero dovute ricadere sui bilanci pubblici, con tutte le conseguenze in termini di impatto sul *deficit*.

In sintesi, nella visione di Eurostat, perché il rischio economico potesse dirsi allocato al concessionario, esso doveva essere significativo, ossia tale da mettere in discussione l'equilibrio economico della operazione, potendo tuttavia consistere, alternativamente, nel rischio di disponibilità ovvero di domanda.

Peraltro, questa posizione sotto alcuni profili flessibile dell'organismo europeo non sembra esattamente collimare con la visione della successiva giurisprudenza comunitaria, in punto di condizioni perché il rischio economico possa dirsi posto in capo al concessionario.

Invero, quanto alle tipologie di rischio che il concessionario è chiamato ad assumersi, la Corte di giustizia europea ha affermato che “rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto

¹⁰⁷ Così da legittimare, a livello contabile, l'iscrizione *off balance*.

pubblico o come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere, in realtà, sono insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico di servizi ovvero a quella della concessione di servizi”¹⁰⁸.

In altri termini, i giudici comunitari sembrerebbero ritenere che il vero rischio qualificante il *proprium* della concessione sia quello di domanda; non quello di disponibilità (ossia relativo alla qualità-quantità del servizio). Prosegue infatti la citata sentenza: “il rischio di gestione economica del servizio deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato [...], il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio [...]”.

Secondo Eurostat, invece, era sufficiente la presenza del rischio di costruzione e di disponibilità, per aversi un partenariato *off balance*.

Di lì a poco sono state emanate le direttive 31 marzo 2004 n. 17 e n. 18 disciplinanti, rispettivamente, i contratti pubblici nei settori speciali e ordinari, con la chiara *ratio* di una maggiore apertura degli appalti alla concorrenza.

Il legislatore comunitario ha deciso tuttavia di non cogliere l'occasione per inserire le concessioni nell'ambito di applicazione delle direttive, dando invece continuità all'opzione, già prescelta nelle direttive degli anni novanta, di escludere le concessioni di servizi dall'ambito di

¹⁰⁸ Corte giustizia UE, sez. III, 10 marzo 2011, n. 274, in *Ragiusan*, 2012, 333-334, 63.

applicazione della direttiva¹⁰⁹ e di dare una minima regolazione alle concessioni di lavori pubblici.

La scelta, dunque, è stata quella di sottrarre l'assegnazione delle concessioni dalle procedure di affidamento degli appalti (procedure aperte, ristrette, negoziate e dialogo competitivo), lasciandole assoggettate ai principi del Trattato e, per il solo caso dei lavori, a poche norme specifiche.

Soprattutto, la scelta è stata quella di non entrare nel merito della distinzione tra appalto e concessione e di non recepire, in particolare, gli approdi della Comunicazione della Commissione del 2000 che, come si è visto, aveva risolto la questione facendo riferimento al trasferimento del rischio del contratto in capo al concessionario privato¹¹⁰.

La differenziazione tra appalto e concessione è proprio l'aspetto maggiormente trascurato dal legislatore europeo del 2004, che ha lasciato sul punto una sostanziale indeterminatezza. Mentre infatti è stata chiarita in modo deciso la natura contrattuale della concessione, la differenziazione di tale istituto dall'appalto è stata effettuata in termini molto generici, tali da lasciare spazio ad equivoci.

¹⁰⁹ V. art. 17, dir. 2004/18/CE.

¹¹⁰ Dal punto di vista definitorio, dunque, nulla veniva sostanzialmente mutato, fatta eccezione per l'inserimento della nozione di concessione di servizi ("la «concessione di servizi» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo"), di cui all'art. 1, par. 4, dir. 2004/18/CE, che si andava ad aggiungere all'analogia nozione della concessione di lavori pubblici, di cui all'art. 1, par. 3.

Sulla scorta delle direttive del 2004, il profilo differenziale tra i due istituti era da ricercarsi nella remunerazione del contraente privato. Posto che la normativa in commento definiva sia gli appalti che le concessioni come contratti a titolo oneroso – stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione/progettazione di lavori o la prestazione di servizi – la differenza tra un appalto pubblico e una concessione veniva rintracciata nel corrispettivo della prestazione. Si affermava infatti che la concessione (di tanto di lavori quanto di servizi) è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico, ad eccezione del fatto che la controprestazione consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o i servizi, ovvero in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Quindi, in base alla direttiva 2004/18/CE, mentre l'appalto comportava un corrispettivo versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore, nel caso di una concessione il corrispettivo della prestazione consisteva nel diritto di gestire l'opera o i servizi, potendo essere accompagnato, o meno, da un prezzo. In altre parole, il riconoscimento al concessionario del diritto di gestire l'opera o i servizi, rappresentava, nella visione delle direttive del 2004, il corrispettivo dei lavori realizzati o dei servizi resi.

Si tratta, però, di una definizione che, nella pratica, non era così agevole da tradurre. Non sempre infatti esiste un confine così netto e certo che, sulla base del corrispettivo, consente di ascrivere la fattispecie all'uno o all'altro istituto. Ma non è tutto. Se infatti, sulla scorta dell'influenza comunitaria, l'elemento differenziale era da individuarsi essenzialmente nell'aspetto della

remunerazione, alcuna formalizzazione normativa veniva riservata al concetto del rischio di gestione¹¹¹.

Il silenzio della normativa comunitaria sul punto non ha certo favorito l'allineamento della prassi interna agli orientamenti europei, tanto è vero che la dottrina e la giurisprudenza nazionale hanno continuato a concentrarsi su altri elementi differenziali ed, in particolare, sul diverso oggetto dell'affidamento. In proposito, va ricordato che la giurisprudenza italiana prevalente, supportata in ciò da quanto sostenuto dal Dipartimento per il coordinamento

¹¹¹ E ciò nonostante la giurisprudenza comunitaria avesse già da tempo dimostrato di valorizzare particolarmente tale elemento. Si allude in particolare alla sentenza “Bfi Holding”, in cui la Corte ha escluso la natura di concessione di servizi perché, nella specie, la remunerazione versata consisteva unicamente in un prezzo pagato dai pubblici poteri e non nel diritto a gestire il servizio, individuando così l'elemento cardine, che difettava nella fattispecie per poter ricondurre il rapporto allo schema della concessione, nell'assunzione del rischio legato alla gestione del servizio (Corte giustizia CE, 10 novembre 1998, n. 360, in *Giur. it.*, 1999, 349). Sempre con riferimento al trasferimento del rischio di gestione, nella sentenza “Telaustria” (Corte giustizia. CE, sez. VI, 7 dicembre 2000, n. 324, in *Giur. it.*, 2001, 825) la Corte ha specificato: “sebbene sia considerato dalla direttiva 93/38, siffatto contratto è escluso, allo stadio attuale del diritto comunitario, dalla sfera di applicazione della stessa direttiva, a causa in particolare del fatto che la controprestazione fornita dalla prima impresa alla seconda consiste nell'ottenimento, da parte di quest'ultima, del diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione”. Pertanto, ad avviso della Corte, affinché sussista una concessione di servizi l'operatore deve assumersi i rischi di gestione del servizio (sua istituzione e gestione) rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone. La modalità di remunerazione dell'operatore è, come nel caso della concessione di lavori, un elemento che permette di stabilire l'assunzione del rischio di gestione.

delle politiche comunitarie¹¹², ha proseguito nell'individuare quale elemento qualificante una concessione il rapporto trilatero tra concessionario, amministrazione e utente, laddove nell'appalto le prestazioni sono invece rese esclusivamente in favore dell'amministrazione.

¹¹² Trattasi della circolare del Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie, 1 marzo 2002, n. 3944, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1005 ss. La successiva produzione normativa europea, nonché la giurisprudenza della Corte di Giustizia, hanno tuttavia dimostrato la parzialità e l'inadeguatezza di un tale *discrimen*. Il rapporto trilatero amministrazione-concessionario-utente, infatti, non è l'elemento che, inequivocabilmente, indica la presenza di una concessione; al contrario, potrebbe configurare anche un contratto di appalto, così come ben potrebbe esserci concessioni in presenza di due sole parti del rapporto.

1. Segue: l'evoluzione dell'istituto nel decennio 2004-2014.

Sennonché, il dibattito, lungi dal sopirsi per effetto dell'entrata in vigore delle richiamate direttive del 2004, è proseguito, anche nell'immediato. Il 30 aprile 2004 è stato infatti formalizzato il libro verde della Commissione sui partenariati pubblico-privati¹¹³.

Sono stati qui forniti i quattro principali elementi caratteristici di un partenariato¹¹⁴.

In primo luogo, i rapporti devono essere di lunga durata e interessare un soggetto pubblico e un soggetto privato, implicando una collaborazione tra i due *partner* su vari aspetti di un certo progetto.

In secondo luogo, il finanziamento del progetto deve essere, almeno in parte, proveniente da un soggetto privato. Ciò vuol dire che, rispetto al tradizionale contratto di appalto, nel quale il finanziamento atto a ripagare l'appaltatore è pubblico, in questo caso il soggetto privato

¹¹³ Libro verde della Commissione delle Comunità Europee relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (COM/2004/327), in *www.eur-lex.europa.eu*. V. al riguardo A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2005, 1201.

¹¹⁴ Cfr. punto 1.1., par. 2, del libro verde. Giova sottolineare al riguardo che le concessioni di lavori e di servizi sono l'esempio tipico di operazioni riconducibili al più generale modello del PPP di natura contrattuale, ovvero fondato sull'esistenza di un contratto. Tale forma di PPP si distingue da quello istituzionalizzato, ove il *partner* pubblico e quello privato creano un soggetto giuridico *ad hoc* al quale entrambi partecipano (es. società a capitale misto), preposto a intraprendere una data operazione.

si fa carico del costo della realizzazione dell'opera o almeno di parte di esso.

Terzo elemento è quello della cooperazione tra pubblico e privato in vari momenti del progetto, quali ad esempio, la progettazione, la realizzazione, il finanziamento e la gestione¹¹⁵. Tale terzo criterio è dunque dato dal ruolo dell'operatore economico che partecipa alle varie fasi del progetto (ideazione, progettazione, realizzazione, attuazione, e finanziamento), laddove l'amministrazione individua l'interesse pubblico da perseguire, stabilisce gli *standard* di qualità dei servizi, definisce la politica dei prezzi e delle tariffe e, infine, vigila sul raggiungimento degli obiettivi prefissati.

L'ultima caratteristica è quella del trasferimento del rischio contrattuale. Il rischio dell'intervento da realizzarsi deve essere contrattualmente a carico del privato, completamente o almeno parzialmente. Se il progetto fallisce, le conseguenze negative devono essere a carico del privato. In proposito, non è necessario che tutti i rischi vengano accollati al soggetto privato. La ripartizione, infatti, va effettuata caso per caso, a seconda delle concrete capacità delle parti, attraverso la negoziazione delle clausole contrattuali. Tutto ciò consente di affermare che si assiste ad una condivisione del potere decisionale sul progetto, con una netta scissione dei ruoli: il soggetto pubblico definisce gli obiettivi ed opera il monitoraggio, mentre quello privato individua le modalità più efficaci per la realizzazione degli obiettivi.

¹¹⁵ In questo complesso rapporto, mentre il *partner* privato assurge a protagonista del progetto, il *partner* pubblico si limita ad avere una funzione di coordinamento e di controllo del rispetto degli obiettivi definiti.

Tale ultima caratteristica è quella forse più tipica del contratto di concessione. Se non c'è trasferimento del rischio, almeno parziale, a carico del privato, il contratto non può essere considerato una concessione, ma deve essere qualificato come appalto.

Si comprende dunque come, in tale ottica, la triangolarità della relazione che contraddistingue generalmente la concessione svela ed evidenzia, ancora una volta, il vero fattore principale: il rischio derivante dalla gestione, inteso come rischio connesso al fatto che il concessionario è remunerato dal mercato.

L'elemento del rischio è stato nuovamente valorizzato quale caratteristica tipizzante delle concessioni dalla Comunicazione della Commissione sui partenariati pubblico-privati del 15 novembre 2005¹¹⁶.

Si è preso qui atto della impellente necessità di garantire una maggiore certezza del diritto in materia di concessioni, risultando a tal riguardo preferibile sperimentare la via legislativa piuttosto della già praticata opzione degli strumenti di *soft law*. In particolare, la Commissione ha ritenuto di difficile comprensibilità l'esclusione delle concessioni di servizi dal diritto comunitario derivato, non reputando al riguardo convincenti gli argomenti relativi all'asserito bisogno di flessibilità *in subiecta materia*¹¹⁷.

¹¹⁶ Comunicazione della Commissione sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni (COM/2005/569) in www.eur-lex.europa.eu.

¹¹⁷ “Questi argomenti contro un’iniziativa comunitaria vincolante non sono convincenti: l’adozione di una normativa comunitaria sull’aggiudicazione delle concessioni non comporta che le autorità pubbliche debbano essere private del loro margine di libertà nella scelta dei *partner* privati per i PPP” (punto 3.2. della Comunicazione).

La conclusione era dunque nel senso di auspicare una normativa riguardante sia le concessioni di lavori sia quelle di servizi, che fornisse una delimitazione chiara tra concessioni e appalti pubblici¹¹⁸.

Da parte sua, il Parlamento europeo, con risoluzione del 16 ottobre 2006¹¹⁹, mostrava di recepire la necessità di una iniziativa legislativa nel settore delle concessioni¹²⁰, con regole semplici di affidamento che permettessero alle autorità pubbliche mediante procedure flessibili, trasparenti e non discriminatorie di selezionare il *partner* migliore in base a criteri predefiniti e per una durata limitata di tempo.

La giurisprudenza europea del periodo, da parte sua, ha puntato con forza sull'elemento del rischio gestionale¹²¹.

¹¹⁸ Venivano segnalati quali punti salienti a riguardo: la pubblicità adeguata dell'intenzione di assegnare una concessione; la definizione di norme per la selezione dei concessionari basate su criteri obiettivi e non discriminatori; la parità di trattamento di tutti i partecipanti; i problemi connessi con la lunga durata delle concessioni, come la necessità di un loro adeguamento dopo un certo tempo.

¹¹⁹ Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (2006/2043(INI)), in *www.europarl.europa.eu*.

¹²⁰ Auspicando, a sua volta, che l'eventuale testo legislativo definisse chiaramente le concessioni in quanto distinte dagli appalti pubblici (v. punto 28 della Risoluzione).

¹²¹ Si fa in primo luogo riferimento alla celeberrima sentenza "Parking Brixen" (Corte giustizia UE, sez. I, 13 ottobre 2005, n. 458, in *Foro amm. - CDS*, 2005, 10, 2804), in cui viene espressamente chiarita la centralità dell'elemento del rischio di gestione nella costruzione della nozione di concessione, qualificando di conseguenza l'affidamento della gestione di un parcheggio pubblico come concessione di servizi proprio sulla base della presenza di un rischio di gestione in capo al concessionario.

Vale la pena, al riguardo, di citare un caso interessante, coinvolgente direttamente l'Italia. La causa Commissione contro Italia del 18 luglio 2007¹²² riguardava il procedimento di infrazione promosso dalla Commissione in seguito alle convenzioni stipulate in occasione dell'emergenza rifiuti e della tutela delle acque in Sicilia. La controversia verteva infatti sulla natura di tali convenzioni, cioè sulla loro qualificazione come appalti di servizi o concessioni di servizi. Sul punto, la Commissione lamentava una violazione della normativa europea, sostenendo che le convenzioni in oggetto costituivano in realtà appalti pubblici di servizi e come tali dovevano essere concluse nel rispetto degli obblighi di pubblicità derivanti dalle pertinenti direttive europee. Da parte sua, il Governo italiano replicava sostenendo che tale convenzioni concernessero delle concessioni di servizi e come tali fossero escluse dal campo di applicazione della direttiva. Secondo tale ultima posizione, l'assunto poggiava sulla giurisprudenza nazionale, dalla quale erano desumibili due indicatori che consentivano di qualificare le convenzioni come concessioni: il loro oggetto – cioè la delega di un servizio di interesse generale, la cui continuità deve essere garantita dall'operatore – e i destinatari, in quanto i servizi erano erogati direttamente agli utenti, sui quali gravava il costo della tariffa.

Ebbene, la Corte ha affermato in modo perentorio che la definizione di appalto ovvero di concessione rientrava nella sfera del diritto europeo e ha mostrato di condividere gli argomenti della Commissione, per cui le convenzioni in oggetto dovevano essere qualificate come appalti, dal momento che non sussisteva in capo all'operatore alcun

¹²² Corte giustizia UE, sez. II, 18 luglio 2007, n. 382, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 5, 1062.

rischio di gestione. Venivano infatti previsti dei meccanismi di garanzia tali da escludere gli operatori da un rischio economico (ad esempio, le convenzioni garantivano il conferimento di un quantitativo annuo minimo di rifiuti e prevedevano un adeguamento tariffario anche al fine di garantire l'equilibrio economico e finanziario dell'operatore). Senza entrare ulteriormente nel merito di questa sentenza, ne va colto il principio fondamentale. Ovverosia la centralità che la Corte di Giustizia europea ha posto sull'elemento del rischio di gestione come aspetto determinante per poter qualificare un contratto come concessione. L'elemento veramente decisivo è stato infatti individuato nel meccanismo di remunerazione dell'investimento e l'assunzione o meno del rischio di gestione che ne deriva. Ne consegue che, ai fini della qualificazione di una concessione di servizi, è da escludere, o comunque da non ritenere elemento caratterizzante, la natura pubblica del servizio, mettendo così in crisi il tradizionale criterio avanzato dalla giurisprudenza nazionale, fondato sulla natura del rapporto tra le parti (bilaterale nell'appalto, trilaterale nella concessione). L'elemento tipico della concessione, fondamentale ai fini della distinzione con l'appalto, sta invece nel trasferimento del diritto di gestione quale corrispettivo, da cui deve derivare un rischio economico, appunto cioè un rischio di gestione. È dunque nel trasferimento di tale diritto, e nel rischio economico che esso implica, che va individuato il *discrimen*, la chiave di lettura in grado, ad avviso del giudice europeo, di scogliere i nodi sulla controversa qualificazione di un appalto o di una concessione¹²³.

¹²³ Su questa falsariga, è doveroso ancora citare Corte giustizia UE, sez. III, 13 novembre 2008, n. 437, in *Foro amm.* - CDS, 2008, 11,

Ancora, nella sentenza “Eurawasser”¹²⁴, la Corte ha ribadito che per potersi parlare di concessione è necessario che avvenga il trasferimento del rischio di gestione dall'amministrazione aggiudicatrice in capo all'operatore in modo completo o, almeno, significativo¹²⁵.

Sulla scorta del percorso, piuttosto accidentato, sinora sinteticamente riepilogato, si è così faticosamente giunti alla proposta di direttiva sulle concessioni del 20 dicembre 2011¹²⁶.

2904, in cui la Corte ha classificato come appalto di lavori e non come concessione la progettazione e la realizzazione di una tramvia su gomma per il trasporto pubblico, rilevando la non sussistenza di un rischio operativo, dal momento che il concessionario riceveva come corrispettivo una somma pari al sessanta per cento dei costi di realizzazione dell'opera. Inoltre il concessionario non avrebbe gestito l'opera, affidata alla locale municipalizzata dei trasporti.

¹²⁴ Corte giustizia UE, sez. III, 10 settembre 2009, n. 206, in *Dir. com. e scambi internaz.*, 2010, 2, 273.

¹²⁵ Successivamente la Corte ha confermato questa posizione nel caso “Acaset” (Corte giustizia UE, sez. III, 15 ottobre 2009, n. 196, in *Riv. amm. R. It.*, 2009, 9-10, III, 637), relativo all'affidamento della gestione del servizio idrico da parte di un'ATO siciliana ad una costituenda società mista a prevalente capitale pubblico. La non indispensabilità del carattere illimitato del rischio trasferito è ancora chiarita da Corte giustizia UE, n. 274/2011, cit.: la Corte ha precisato qui che non rileva il *quantum* del rischio, ma la sola sussistenza di un'area legata al mercato. La condizione sufficiente è che ci sia il trasferimento del rischio e che questo rimanga in capo al concessionario in misura tale da non garantire la piena copertura degli oneri di esercizio.

¹²⁶ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (COM/2011/897), in *www.europarl.europa.eu*. A riguardo v. A. MOLITERNI, op. cit.; M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement* e S. LEVSTIK, *Proposta*

L'intento che muoveva tale proposta era, ancora una volta, quello di raggiungere un soddisfacente grado di certezza giuridica. Infatti, "l'assenza di una chiara normativa che disciplini a livello dell'Unione l'aggiudicazione dei contratti di concessione dà luogo a incertezza giuridica, ostacola la libera fornitura di servizi e provoca distorsioni nel funzionamento del mercato interno"¹²⁷.

In particolare, "tanto la definizione di «concessione» quanto il contenuto preciso degli obblighi di trasparenza e di non discriminazione previsti dal trattato risultano poco chiari. La conseguente mancanza di certezza giuridica accresce il rischio di cancellazione o cessazione anticipata di contratti aggiudicati illegalmente e, da ultimo, scoraggia le autorità dal ricorrere a concessioni anche laddove questo tipo di contratto può essere una soluzione valida"¹²⁸.

Veniva inoltre evidenziato come l'assenza di una normativa europea sul punto andasse a detrimento della trasparenza, in quanto ciascuno Stato membro era libero di interpretare i principi del Trattato come meglio riteneva, pervenendo non di rado ad esegesi radicalmente divergenti le une dalle altre. Problemi, questi, che avrebbero potuto essere in larga parte risolti appunto attraverso una normativa chiara, che imponesse alle amministrazioni regole precise a governo dell'aggiudicazione delle concessioni¹²⁹ e garantisse agli operatori l'effettivo

di direttiva sulle concessioni: una prima analisi ricognitiva, in M. Cafagno - A. Botto - G. Fidone - G. Bottino (a cura di), op. cit.

¹²⁷ Considerando 1 della citata proposta di direttiva.

¹²⁸ Par. 2 della relazione alla proposta di direttiva.

¹²⁹ Senza peraltro limitare la possibilità per gli Stati di organizzare e svolgere anche in via diretta i propri compiti di interesse pubblico, intervenendo solo nel caso in cui le amministrazioni decidessero di esternalizzare il servizio.

accesso al mercato e alcuni punti fermi di base concernenti la procedura di affidamento.

Al riguardo, la soluzione ottimale non era ravvisata nel pedissequo allargamento alle concessioni delle disposizioni applicabili agli appalti¹³⁰. Bensì, nel prendere a riferimento le vigenti disposizioni in materia di concessione di lavori pubblici e nell'estenderle, opportunamente modificate e integrate, alle concessioni di servizi, regolamentando anche la fase di esecuzione del rapporto.

¹³⁰ Ciò che avrebbe potuto scoraggiare l'effettivo ricorso allo schema concessorio.

2. La direttiva 2014/23/UE.

L'evoluzione ora sommariamente ripercorsa è culminata nell'adozione della direttiva 2014/23/UE, contenente la prima regolamentazione organica dei contratti di concessione¹³¹.

Si tratta di una direttiva di prima generazione, ancora poco dettagliata, il cui obiettivo maggiore è rappresentato dal perseguimento di una certezza delle regole (chiare e semplici), strumentale ad una maggiore attrattività finanziaria degli investimenti¹³². Ciò in un'ottica di massimo coinvolgimento dei capitali privati, senza peraltro obliterare i requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro¹³³.

¹³¹ Per approfondimenti si rinvia a H. C. CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, XII, 2014, 1135; v. anche M. MACCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. I contratti di concessione*, *ivi*, IV, 2016, 436 e M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, VII, 2014, 741.

¹³² La direttiva, in base all'art. 8, si applica ai contratti di valore pari o superiore ai cinque milioni e duecentoventicinquemila euro. Tale valore è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi.

¹³³ Cfr., ad esempio, il considerando 66, laddove si fa menzione di misure intese alla tutela della salute del personale coinvolto nel processo di esecuzione della concessione, alla promozione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili nel personale incaricato dell'esecuzione della concessione; il considerando 55, dove si sottolinea che è

La direttiva si muove infatti al dichiarato scopo di creare un quadro giuridico idoneo, equilibrato e flessibile, tale da consentire una più ampia diffusione dell'istituto concessorio. Nella consapevolezza che “i contratti di concessione rappresentano importanti strumenti nello sviluppo strutturale a lungo termine di infrastrutture e servizi strategici in quanto concorrono al miglioramento della concorrenza in seno al mercato interno, consentendo di beneficiare delle competenze del settore privato e contribuiscono a conseguire efficienza e innovazione”, garantendo al contempo “la massima efficienza nell'uso dei fondi pubblici”¹³⁴.

Sul piano nozionistico non si assiste ad un radicale cambiamento¹³⁵. Le concessioni, infatti, sono definite come contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto, in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione dei

particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro; il considerando 67, secondo cui “lo specifico processo di produzione potrebbe comprendere requisiti relativi all'accessibilità per le persone con disabilità o ai livelli di prestazione ambientale”. Si tratta di un tipico esempio di clausola “trasversale”, attraverso la quale l'Unione garantisce l'applicazione delle proprie politiche in tema, appunto, di ambiente, servizi sociali e tutela del lavoratore, anche in materie non specificamente dedicate ad esse.

¹³⁴ Considerando 3, dir. 2014/23/UE.

¹³⁵ Qui semmai le novità riguardano l'ammissibilità di una pluralità di soggetti dal lato della domanda pubblica, mediante l'accorpamento delle amministrazioni per soddisfare la domanda complessiva proveniente da bacini più ampi di utenti, e dal lato dell'offerta, con la possibilità dell'affidamento della concessione a raggruppamenti di imprese.

lavori e dei servizi o dei soli servizi ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo¹³⁶.

Le vere novità consistono invece, da un lato, nel superamento della dicotomia tra l'affidamento della concessione di lavori, disciplinata in precedenza dalla direttiva 2004/18/CE, e di quella di servizi, sottoposta unicamente ai principi espressi dal Trattato. Dall'altro, nella puntualizzazione legislativa del contenuto necessario di un contratto di concessione: il trasferimento al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi¹³⁷.

Elemento caratterizzante del rapporto concessorio, idoneo a distinguere la concessione rispetto al contratto di appalto, diviene dunque, per espressa affermazione legislativa, il trasferimento del rischio operativo. Ossia l'assunzione del rischio, il fattore connesso all'incertezza del ritorno economico dell'attività di gestione tanto nelle concessioni di lavori che in quelle di servizi.

Con tutta probabilità, i tempi sono stati ritenuti maturi per un tale passo in avanti, considerato che, come in precedenza osservato, la Corte di giustizia e la stessa Commissione avevano più e più volte sottolineato che la caratteristica precipua delle concessioni, idonee a differenziarle dagli appalti, fosse data proprio dall'assunzione di un rischio, che va ben al di là ed è differenziato qualitativamente da quello sopportato da un normale appaltatore¹³⁸.

¹³⁶ Cfr. art. 5, par. 1, lett. a) e b), dir. 2014/23/UE.

¹³⁷ Cfr. ancora art. 5, par. 1, dir. 2014/23/UE.

¹³⁸ A tale interpretazione, finalmente, si era allineata anche la giurisprudenza italiana: v. Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2011, n.

La direttiva sgombra al tal riguardo il campo da un possibile equivoco: il rischio operativo non può coincidere con le conseguenze derivanti dalla cattiva gestione, inadempimenti o cause di forza maggiore, evenienze peraltro tutte comuni anche ai contratti di appalto.

Il rischio operativo che deve essere sopportato dal concessionario, invece, ha natura economica e implica la possibilità che, in condizioni operative normali¹³⁹, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione.

Nell'ottica sovranazionale, dunque, la concessione è piegata alle esigenze del mercato: non solo il concessionario è scelto a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, ma quest'ultimo è un *partner* privato che si confronta con il mercato, che sottostà alle regole concorrenziali e che deve giocoforza mirare a contenere i costi e massimizzare l'efficienza.

Il rischio in questione, si puntualizza poi, comprende un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi¹⁴⁰. Come si vede, non è stata data continuità agli indirizzi Eurostat 2004 in ordine alla tripartizione tra rischio di costruzione, di domanda e di disponibilità. Si è

5068, in *Foro amm. - CDS*, 2011, 9, 2782; Id., 6 giugno 2011, n. 3377, in *Dir. e giust. online*, 2011, 5 luglio; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. III, 16 dicembre 2011, n. 3200, in *Foro amm. - TAR*, 2011, 12, 3849.

¹³⁹ Sembrerebbe questa una clausola di salvezza per il concessionario privato in ordine all'assunzione del rischio operativo. Infatti, dovrebbe esulare dal rischio operativo a carico del concessionario quello generato dal rischio finanziario sistemico, a fronte del quale, per entità e forza d'urto, nulla può l'operatore privato (Sul punto v. M. RICCHI, op. cit.).

¹⁴⁰ Cfr. art. 5, n. 1), dir. 2014/23/UE.

preferito distinguere semplicemente tra rischio di domanda e di offerta.

Il primo rimane quello connesso alla possibilità che la fruizione del servizio possa avere un calo per l'affacciarsi sul mercato di un'offerta competitiva di altri operatori, come anche per mancanza di *appeal* della gestione del concessionario, oltreché per fattori esogeni come quello di una contrazione dei consumi generata da una crisi economica¹⁴¹.

Il secondo emerge nei contratti in cui i privati vengono “remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore [...] qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda [...] dalla loro fornitura”; e ancora “per il rischio dal lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta di lavori e servizi che sono oggetto del contratto, in particolare che la fornitura non corrisponda alla domanda”¹⁴².

Il riferimento sembrerebbe dunque essere alle concessioni “fredde”, nelle quali l'amministrazione paga un canone periodico a fronte della realizzazione di una struttura e la gestione di un servizio, oppure solo per la gestione di un servizio. Il rischio in questione, quindi, verrebbe sostanzialmente a coincidere con quello di disponibilità.

¹⁴¹ Circostritta e non endemica (v. nota 139).

¹⁴² V. i considerando 18, 19 e 20, dir. 2014/23/UE. Come è stato osservato, si deve ritenere che i rischi dell'offerta riguardino essenzialmente quelle componenti che sono al di fuori del controllo dell'operatore privato, come l'andamento dei costi (anche finanziari), che dipendono dalle oscillazioni del mercato e come tali sono estranei alla volontà e alla capacità delle parti (cfr. G. GRECO, *La direttiva in materia di “concessioni”*, op. cit.).

Tale tesi, tuttavia non è del tutto pacifica¹⁴³. In realtà, l'applicazione delle concessioni alle opere “fredde” ha fatto sempre insorgere gravi perplessità, dato che l'ambiente naturale dell'istituto è costituito principalmente dalle opere “calde” e, cioè, da quelle dotate di un'intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi di utenza (autostrade, reti del gas, parcheggi)¹⁴⁴.

Tuttavia non pare che la direttiva porti ad escludere l'applicazione della concessione ai servizi e alle opere fredde. E non solo perché il preambolo prende espressamente in considerazione il caso in cui si tratti di “accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore”¹⁴⁵. Ma anche e soprattutto perché, discorrendo del diritto di gestire i lavori

¹⁴³ Cfr. ancora G. GRECO, op. ult. cit.: “è dubbio dunque che possa aver rilievo, anche nell'ambito del rischio dell'offerta, il c.d. rischio di disponibilità, che pur era stato preso in considerazione in una importante decisione Eurostat del 2004, oltre che da una determinazione della nostra AVCP del 2010, come rischio tipico delle concessioni associate (ai servizi e) alle opere c.d. fredde. Infatti, poiché il rischio di disponibilità risulterebbe legato «alla capacità da parte del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità», si tratterebbe di rischio dipendente dal performance dello stesso concessionario, la cui rilevanza sembrerebbe esclusa dalla Direttiva”.

¹⁴⁴ Ovvero, al più, dalle opere “tiepide”, in cui i ricavi di utenza non sono sufficienti a ripagare interamente le risorse impiegate, rendendo necessario, per consentirne la fattibilità finanziaria, un contributo pubblico (si pensi, ad esempio, agli impianti sportivi e, per i servizi, a quelli di trasporto pubblico locale).

¹⁴⁵ V. considerando 18, dir. 2014/23/UE, laddove tale ipotesi sembrerebbe alludere ai casi di concessioni che comportano utilità e servizi a favore di terzi e che tuttavia risultano remunerate dalla stessa amministrazione concedente.

o i servizi, la direttiva non specifica che tale gestione debba essere effettuata a favore dei terzi: sicché sarebbe arbitrario limitarne indebitamente il contenuto in base al beneficiario¹⁴⁶.

La direttiva, poi, sotto il profilo “quantitativo” del rischio risulta piuttosto vaga. Infatti da un lato afferma che il rischio operativo consiste nella “possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti”¹⁴⁷ e aggiunge che “la parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile”¹⁴⁸. Ma, d'altro lato, ammette che una parte del rischio può rimanere a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore; e aggiunge che “il fatto che il rischio sia limitato sin dall'origine non dovrebbe escludere che il contratto si configuri come concessione”, risultando espressamente esclusi soltanto i casi in cui il rischio sia eliminato del tutto¹⁴⁹.

Sembra potersi dire, al riguardo, che la direttiva abbia in qualche modo tenuto conto degli indirizzi interpretativi provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quest'ultima, invero, ha costantemente ritenuto, come visto, che l'elemento distintivo essenziale della concessione fosse appunto il trasferimento del rischio sul concessionario; non ha tuttavia parallelamente affermato

¹⁴⁶ Anche perché la direttiva qualifica la concessione come di lavori o di servizi e non parla (solo) di pubblici servizi, cioè di servizi che avrebbero – questi sì – come naturale destinataria la pletera degli utenti.

¹⁴⁷ Considerando 18, dir. 2014/23/UE.

¹⁴⁸ Art. 5, punto 1), par. 2.

¹⁴⁹ Considerando 18 e 19, dir. 2014/23/UE.

che il rischio in questione dovesse essere pieno ed illimitato, giustificando così una certa prudenza del legislatore europeo in sede di commisurazione dello stesso¹⁵⁰.

Specificata attenzione viene poi riservata nella direttiva in analisi all'aggiudicazione e alle garanzie procedurali.

La direttiva si propone di realizzare un coordinamento minimo delle procedure nazionali di aggiudicazione delle concessioni. Il che dovrebbe “garantire un certo livello di flessibilità”, che “gli Stati membri dovrebbero aver la facoltà di completare e sviluppare ulteriormente”¹⁵¹.

Coerentemente con tale impostazione, il Titolo II della direttiva si riferisce alle garanzie procedurali e alle norme sull'aggiudicazione. Esso, infatti, detta per lo più prescrizioni non puntuali e criteri di larga massima, cui gli Stati membri debbono attenersi in sede di recepimento.

Ciò vale innanzitutto per le procedure di scelta del concessionario, di cui all'art. 30, che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono liberi di organizzare, nel rispetto dei principi enunciati nell'art. 3.

¹⁵⁰ Anzi, soprattutto nella giurisprudenza più recente si è ritenuto sufficiente anche la traslazione di un rischio ridotto. V. in particolare Corte giustizia UE, n. 274/2011, cit., secondo la quale “invero, è normale che alcuni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità [...] siano disciplinati da normative che possono avere per effetto di limitare i rischi economici che si corrono. In particolare, le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità, agendo in buona fede, di assicurare la prestazione dei servizi attraverso una concessione, qualora esse reputino che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio pubblico in oggetto, e ciò anche qualora il rischio legato alla gestione sia molto ridotto”.

¹⁵¹ Considerando 8, dir. 2014/23/UE.

Alquanto più dettagliata è la disciplina dei bandi di concessione, che deve contenere le informazioni minime, indicate nell'apposito allegato¹⁵².

Può invece destare sorpresa la circostanza che non sia espressamente prevista l'elaborazione (né da parte dell'amministrazione committente, né da parte del concorrente) di un piano economico finanziario, diretto a dimostrare la fattibilità dell'operazione in ordine alla copertura degli investimenti e della connessa gestione¹⁵³.

Proseguendo in una rapida disamina della procedura di aggiudicazione, la direttiva passa poi ad elencare i casi tassativi in cui non è richiesta la pubblicazione del bando (e si può procedere pertanto all'affidamento diretto). Si tratta, grosso modo, dei consueti casi eccezionali, in cui è consentita la procedura negoziata, con la singolarità che tra tali casi non è ricompreso quello relativo alla imperiosa e imprevedibile urgenza.

Sempre a livello di larga massima vengono indicati i criteri di verifica delle condizioni di partecipazione relative alla capacità tecnica e professionale, nonché alla

¹⁵² Tra queste, una descrizione della concessione, le condizioni di partecipazione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi che il candidato deve soddisfare.

¹⁵³ L'omissione, pur indicativa del fatto che il legislatore europeo, impostando la concessione sul trasferimento del rischio, si preoccupa meno della sussistenza di un (almeno originario) equilibrio economico-finanziario, non parrebbe tuttavia sintomatica della considerazione del contratto di concessione in termini puramente aleatori. Infatti, come si noterà nel prosieguo trattando della durata delle concessioni, la direttiva (art. 18) fa espresso riferimento al "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", evidenziando così di tenere in debito conto l'importanza dell'equilibrio economico-finanziario del rapporto.

capacità economica e finanziaria. Con la precisazione che i concorrenti (singoli o associati) possono ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

I criteri di aggiudicazione non sono predeterminati dalla direttiva, che lascia ampia facoltà di scelta e di configurazione alle stazioni committenti, purché siano idonei ad assicurare “una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore”¹⁵⁴. Detti criteri, che possono includere aspetti ambientali, sociali o relativi all'innovazione e che possono riguardare anche la durata, devono essere coerenti con l'oggetto della concessione e sono vincolanti per l'ente committente, che deve previamente indicarli in ordine decrescente di importanza¹⁵⁵.

Puntualmente definita è, infine, la disciplina della comunicazione ai candidati e agli offerenti delle decisioni prese in ordine all'aggiudicazione (che deve indicare le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata), nonché quelle relative al rigetto della domanda di partecipazione o della offerta di alcuno dei concorrenti.

Un ulteriore profilo di novità coinvolge infine il regime del rapporto concessorio¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Art. 41, par. 1, dir. 2014/23/UE.

¹⁵⁵ Art. 41, par. 2 e 3, dir. 2014/23/UE.

¹⁵⁶ Che non può avere durata illimitata per effetto di clausole esplicite o di mere disposizioni di proroga, v. art. 18, par. 2, dir. 2014/23/UE. La durata massima è individuata indirettamente in cinque anni, vale a dire l'arco temporale sufficiente a fondare ragionevolmente la previsione del recupero degli investimenti effettuati da parte del concessionario. Infatti, viene specificato che per le concessioni di durata superiore a cinque anni la durata dovrebbe essere limitata al periodo in cui si può ragionevolmente

Rinviando al prosieguo della trattazione la disciplina dei sub-affidamenti da parte del concessionario, è il caso qui di soffermarsi brevemente sulla tematica delle sopravvenienze contrattuali. La presenza di un ampio *ius variandi* da parte delle amministrazioni concedenti costituisce infatti uno degli elementi più caratterizzanti della concessione rispetto all'appalto. Infatti la prima, dovendo adattarsi alle esigenze del pubblico degli utenti sempre mutevoli nel tempo, implica un ampio margine di elasticità e un costante potere di intervento (anche modificativo) da parte delle amministrazioni.

A differenza del modello precedente, connotato da una cristallizzazione degli accordi durante la fase della gara e degli impegni assunti in sede di esecuzione¹⁵⁷, la nuova disciplina della concessione presuppone una negoziazione tra le parti e riconosce a queste ultime la facoltà di modificare nel tempo il contratto, in quanto rapporto di durata, in base alle esigenze dell'*iter* esecutivo, sebbene entro limiti sostanziali e procedurali ben definiti.

Così come specifico spazio viene accordato all'aspetto della cessazione anticipata del rapporto, ovviamente importante in rapporti di così lunga durata, ma che, come si vedrà, ripropone il problema dell'immanenza del pubblico interesse, della possibilità di persistenza di poteri

prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati per eseguire i lavori e i servizi e ottenga un ritorno sul capitale investito in condizioni operative normali, tenuto conto degli specifici obiettivi contrattuali assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti. Si raccomanda persino di assegnare concessioni di durata più breve del periodo necessario a recuperare gli investimenti (v. considerando 52, dir. 2014/23/UE).

¹⁵⁷ Ad eccezione dell'aggiudicazione di lavori complementari al concessionario, di cui all'art. 61, dir. 2004/18/CE.

pubblicistici in fase di esecuzione della concessione e, in definitiva, ripropone il tema della natura della concessione e del giudice competente a delibare le controversie sorte in fase di esecuzione.

3. La regolamentazione in ambito interno: il d.lgs. 163/2006.

Dopo aver esaminato il contesto europeo, pare ora opportuno concentrarsi sul diritto nazionale, affrontando l'evoluzione che la disciplina delle concessioni ha subito a partire dal recepimento delle direttive in materia di appalti del 2004, fino all'adozione della normativa imposta dalla nuova direttiva sulle concessioni del 2014.

Come noto, il legislatore nazionale ha operato la scelta di recepire le direttive sugli appalti nei settori ordinari e speciali, 2004/17/CE e 2004/18/CE, in un unico testo normativo, il d.lgs. n. 163/2006, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Con d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, poi, è stato adottato il regolamento di esecuzione ed attuazione del predetto codice¹⁵⁸.

Alla luce di tale *corpus* normativo, integrato e modificato da una cospicua serie di novelle, l'interprete si trovava di fronte ad un coacervo di ipotesi riconducibili al modello della concessione.

Tentando di mettere un minimo di ordine si avevano: le concessioni di servizi a iniziativa pubblica, di cui all'art. 30, d.lgs. n. 163/2006; le concessioni di servizi a iniziativa privata, di cui all'art. 278, d.P.R. n. 207/2010; le concessioni di lavori a iniziativa pubblica, di cui all'art. 144, d.lgs. n. 163/2006; ben quattro diverse ipotesi di concessioni di lavori su iniziativa privata (*project financing*), contemplate dall'art. 153, d.lgs. n. 163/2006.

¹⁵⁸ In precedenza, continuava a trovare applicazione il d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, vecchio regolamento di esecuzione della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (cosiddetta legge Merloni).

A ciò aggiungasi la nozione – frutto di una evidente fuga in avanti del legislatore interno rispetto a quello europeo – dei contratti di partenariato pubblico privato, di cui all’art. 15-*ter*, d.lgs. n. 163/2006.

Per evidenti limiti di tempo, ci si limiterà di seguito ad affrontare brevemente la disciplina prevista per le “tradizionali”¹⁵⁹ concessioni di lavori pubblici e di servizi, concentrandosi sulle disposizioni di maggiore importanza relative alle prime e sulle problematiche che la scarsa regolamentazione delle seconde ha comportato a livello operativo e giurisprudenziale.

¹⁵⁹ Cioè quelle ad iniziativa pubblica.

4.1 Le concessioni di lavori.

L'art. 3, comma 11, d.lgs. n. 163/2006 forniva la seguente definizione dell'istituto: “le «concessioni di lavori pubblici» sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo¹⁶⁰, in conformità al presente codice”.

L'art. 143, d.lgs. n. 163/2006, ribadiva poi che le concessioni di lavori, aventi una durata normalmente non superiore ai trent'anni, avevano ad oggetto di regola la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica.

¹⁶⁰ In particolare, ai sensi dell'art. 143, comma 4, d.lgs. n. 163/2006, il prezzo era stabilito “qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare”.

Tanto premesso, il già citato art. 144¹⁶¹ chiariva che “le stazioni appaltanti affidano le concessioni di lavori pubblici con procedura aperta o ristretta, utilizzando il criterio selettivo dell’offerta economicamente più vantaggiosa”.

La disposizione appariva innovativa, in quanto accanto alla procedura ristretta (la vecchia licitazione privata) già in precedenza prevista, introduceva la procedura aperta, quella cioè massimamente orientata ad una ottica concorrenziale.

Rimaneva tuttavia escluso il ricorso al dialogo competitivo¹⁶². Come rilevato da una dottrina particolarmente attenta, cui la attuale disciplina in materia di concessioni dà ampiamente ragione, il mancato riferimento al dialogo competitivo era da considerarsi irragionevole in quanto la complessità richiesta per il ricorso a tale procedura risultava pienamente integrata dalle concessioni di lavori¹⁶³.

¹⁶¹ In proposito, v. il commento *sub* art. 144 e ss. di A. MOLITERNI, in A. Cancrini - C. Franchini - S. Vinti (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Torino, 2014.

¹⁶² Definito dall’art. 3, comma 39, d.lgs. n. 163/2006, come la “procedura nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte; a tale procedura qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare”.

¹⁶³ Cfr. R. CARANTA, *op. cit.*, 185. V. anche R. GIOVAGNOLI, *Sistemi di realizzazione delle opere pubbliche e strumenti di finanziamento: dall’appalto pubblico al partenariato pubblico privato*, in *www.giustamm.it*, che sosteneva che il dialogo competitivo poteva essere utilizzato proprio per dare maggiore

Quanto al significato da attribuire alla mancata menzione della procedura negoziata, la questione veniva generalmente risolta nel senso di escludere che l'amministrazione potesse in prima battuta fare ricorso a tale forma di aggiudicazione, lasciando però aperta la possibilità che questa ultima potesse utilizzarsi a valle dell'inutile esperimento di una procedura aperta o ristretta, secondo quanto previsto dall'art. 57, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 163/2006¹⁶⁴.

Venendo poi alla questione del criterio di aggiudicazione, l'art. 144 in parola si riferiva testualmente ad una sola possibilità: quella dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale soluzione, salutata con favore da molti, sulla scorta del rilievo che il criterio del prezzo più basso mal si sarebbe conciliato con la complessità della concessione di lavori, non era tuttavia univocamente accolta. Parte della giurisprudenza, in particolare, affermava che la scelta tra i due criteri rimaneva nella piena disponibilità dell'amministrazione, essendo lo stesso diritto comunitario a predicare una libertà in tal senso¹⁶⁵.

Avanzando nell'esame delle norme più significative, premesso che l'offerta e il contratto dovevano contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto, di rilievo era la previsione di cui all'art. 144, comma 3-bis, alla cui stregua "i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema

flessibilità alla amministrazione in caso di affidamento di commesse particolarmente complesse.

¹⁶⁴ Cfr. ancora R. CARANTA, op. e loc. cit.

¹⁶⁵ V. in particolare TAR Puglia-Bari, sez. I, 19 febbraio 2007, n. 475, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 4-5, I, 1397. Gli sviluppi della disciplina, che si esamineranno in seguito, non premieranno tuttavia una siffatta linea di pensiero.

di contratto e il piano economico finanziario, sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità dell'opera"¹⁶⁶.

Per bancabilità si intende in particolare la sostenibilità finanziaria dell'intervento, consistente nelle condizioni che gli istituti di credito richiedono per erogare il finanziamento: una concessione non bancabile non otterrà il finanziamento per cui non potrà essere nei fatti realizzata¹⁶⁷.

Tra l'altro, l'art. 144, comma 3-ter soggiungeva che "il bando può prevedere che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione, anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario"¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Concetto sul quale v. G. FERRANTE - P. MARASCO, *Equilibrio economico finanziario e valutazione di congruità del contributo pubblico*, in G. Cartei - M. Ricchi, *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010, 581. L'amministrazione non doveva dunque solo farsi garante dell'equilibrio economico della concessione (inteso come effettiva possibilità che questa ultima non nascesse in perdita e che quindi fosse attrattiva per un operatore privato), ma anche dell'equilibrio finanziario (inteso come concreta finanziabilità del progetto). Si può, a tale ultimo riguardo, solo fare un accenno, circa la struttura del finanziamento, alla distinzione tra la componente di capitale proprio (*equity*) e la componente di capitale di credito (*debt*), ottenibile mediante ricorso a prestiti bancari oltre che all'emissione di obbligazioni (tipico esempio i *project bond*), se prevista.

¹⁶⁷ In proposito, l'art. 144 disponeva al co. 3-*quater* che "l'amministrazione aggiudicatrice prevede nel bando di gara che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento [...]".

¹⁶⁸ Tale dichiarazione non avrebbe avuto, tuttavia, natura vincolante, come sarebbe stato nel caso di veri e propri contratti da

Proseguendo rapidamente in questa carrellata, almeno un cenno deve farsi alla disciplina giuridica dell'affidamento di lavori a terzi da parte del concessionario. Con l'art. 146, il legislatore rimetteva all'amministrazione la scelta di imporre nel bando una quota minima di affidamento di lavori a terzi (comunque non inferiore al trenta per cento), ovvero di invitare il candidato a indicare nell'offerta la percentuale di lavori che intendesse esternalizzare.

Dalla lettura di tale norma e delle successive emergeva un tendenziale *favor* legislativo per l'esecuzione dei lavori da parte di un soggetto terzo rispetto al concessionario, essendo questo ultimo già responsabile della fase progettuale e di quella gestionale dell'opera. Il legislatore, in altri termini, pur non ponendo più come in passato un obbligo, da inserirsi nella *lex specialis*, di affidamento di una porzione di lavori a terzi, continuava a considerare in modo positivo il replicarsi del modello dell'evidenza pubblica anche a valle della procedura di gara con cui già veniva prescelto il concessionario. Ciò che è stato visto all'epoca come uno dei più evidenti segnali dell'assoluto ravvicinamento tra la disciplina degli appalti e quella delle concessioni¹⁶⁹.

Al di là della fattispecie, ora esaminata, dell'affidamento dei lavori da parte del concessionario e dell'ipotesi di affidamento diretto in corso d'opera al concessionario di lavori strettamente connessi¹⁷⁰, il codice non conteneva

accludersi all'offerta, prassi talora invalsa in alcune esperienze anglosassoni.

¹⁶⁹ Cfr. F. PELLIZZER, *L'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e gli appalti dei concessionari*, in M. A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, op. cit.

¹⁷⁰ Qualora per eccezionali e non prevedibili circostanze verificatesi in costanza di rapporto non fosse possibile, o fosse

una disciplina *ad hoc* inerente alla fase di esecuzione del contratto.

Più in particolare, escludendo l'art. 143, comma 8-*bis*¹⁷¹, mancava una organica regolamentazione sull'impatto delle eventuali sopravvenienze, particolarmente rilevante in contratti di lunga durata, nonché sull'estinzione o cessazione anticipata del rapporto¹⁷².

gravemente pregiudizievole, ricorrere nuovamente all'evidenza pubblica, cfr. art. 147, d.lgs. n. 163/2006.

¹⁷¹ “Ai fini della applicazione delle disposizioni di cui al comma 8 del presente articolo, la convenzione definisce i presupposti e le condizioni di base del piano economico-finanziario *le cui variazioni non imputabili al concessionario, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua revisione*. La convenzione contiene inoltre una definizione di equilibrio economico finanziario che fa riferimento ad indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito, *nonché la procedura di verifica e la cadenza temporale degli adempimenti connessi*” (corsivi aggiunti).

¹⁷² A livello nazionale infatti, la risoluzione della concessione era prevista specificamente per le concessioni affidate nell'ambito del *project financing* (art. 158, d.lgs. n. 163/2006), con un contenuto ben circoscritto. Esso disciplinava infatti i casi di “risoluzione” per inadempimento del concedente o i casi in cui quest'ultimo revocasse la concessione per motivi di pubblico interesse.

4.2. Le concessioni di servizi.

Passando alle concessioni di servizi, l'art. 3, comma 12, d.lgs. n. 163/2006, le definiva come i contratti “che presenta(no) le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'articolo 30”.

All'art. 30, dunque, era affidata la disciplina dell'istituto. Ebbene, tale norma, chiarito che le disposizioni del codice, salvo quanto dalla stessa previsto, non trovavano applicazione alle concessioni di servizi¹⁷³, si occupava in particolare di dettare le regole per la scelta del concessionario.

Tale scelta doveva avvenire “nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi”¹⁷⁴.

Tale disposizione, al di là dell'affermata necessità di assegnare le concessioni *de quibus* previo esperimento di

¹⁷³ La giurisprudenza ha chiarito sul punto che la sottrazione delle concessioni di servizi dalle regole puntuali del codice rispondeva ad una esigenza di speditezza e massima semplificazione procedimentale, che doveva essere comunque commisurata alla rilevanza economica della concessione (v. Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362, in *Dir. maritt.*, 2007, 4, 1193).

¹⁷⁴ Art. 30, comma 3, d.lgs. n. 163/2006.

una pur informale procedura¹⁷⁵, ha generato una serie infinita di dubbi circa la portata del richiamo ai principi generali desumibili dal Trattato e di quelli relativi ai contratti pubblici e, dunque, circa la reale ampiezza della discrezionalità riconosciuta alle amministrazioni in tema di concessioni di servizi¹⁷⁶.

Più nel dettaglio, il *punctum pruriens* riguardava la questione se, al di là dell'ipotesi in cui fossero lo stesse amministrazioni ad autovincolarsi espressamente all'applicazione di una serie di norme puntuali¹⁷⁷, talune disposizioni previste nella disciplina dei contratti pubblici potessero¹⁷⁸ automaticamente applicarsi alle procedure in tema di concessioni di servizi.

Si è così assistito al proliferare di una ricchissima casistica giurisprudenziale, alla cui stregua, volta per volta,

¹⁷⁵ Con conseguente inammissibilità del ricorso alla trattativa privata, al di fuori dei casi di urgenza o di specialità della prestazione richiesta (v. Cons. St., sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4890, in *Foro amm. CDS*, 2009, 7-8, 1843).

¹⁷⁶ Sul punto v. specificamente A. MOLITERNI, *L'affidamento*, op. cit. e R. CIPPITANI, *Concessioni di servizi e applicazione dei principi in materia di appalti*, in *Urb. e app.*, I, 2016, 69.

¹⁷⁷ Sull'ammissibilità di una siffatta possibilità non pareva esserci dubbio. Infatti, come chiarito anche dall'AVCP, l'art. 30 in parola "in ogni caso, non preclude la possibilità per le stazioni appaltanti, nell'ambito della discrezionalità loro riconosciuta, di fissare condizioni più stringenti per la partecipazione alle gare e dunque di «autovincolarsi», purché lo facciano espressamente, al rispetto di ulteriori norme del Codice Appalti, in quanto l'art. 30 non obbliga, ma neanche vieta di applicare in tutto o in parte, purché compatibile, la disciplina codicistica dettata per gli appalti. Naturalmente, gli unici limiti riconosciuti sono quelli derivanti dal rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza" (Del. n. 44 del 18 aprile 2012, in www.anticorruzione.it).

¹⁷⁸ O meglio, dovessero, anche eterointegrando la legge di gara.

veniva ad esempio, da un lato, esclusa l'applicazione della disciplina sull'anomalia delle offerte, sui termini per la presentazione delle offerte, sull'obbligo di precisare nel bando le particolari condizioni di esecuzione del contratto; dall'altro, affermata l'applicazione del divieto di rinnovazione tacita dei contratti pubblici, del principio di tassatività e nominatività delle cause di esclusione, della disciplina sull'avvalimento e sui raggruppamenti temporanei di imprese, dell'obbligo di pubblicazione di un bando europeo laddove l'importo della commessa superasse la soglia comunitaria, della regola dell'apertura in pubblico delle offerte tecniche e della lettura in pubblico dell'offerta economica, del divieto di commistione tra criteri di qualificazione e valutazione, del principio dello *standstill*.

Già l'estensione di tale produzione pretoria permette di dare ragione a quanti lamentavano un *vulnus* a livello di certezza giuridica¹⁷⁹.

Ma vi è di più: tale pregiudizio veniva enormemente acuito nelle non rare ipotesi di contrasto giurisprudenziale su una questione. Tale era il caso dell'applicabilità delle norme in materia di cauzioni¹⁸⁰, della cosiddetta clausola sociale, delle cause di esclusione obbligatoria¹⁸¹, della

¹⁷⁹ V. ancora A. MOLITERNI, *L'affidamento*, op. cit.

¹⁸⁰ Una parte della giurisprudenza negava infatti l'applicabilità delle garanzie (v. ad es. Cons. St., sez. V, 13 luglio 2010, n. 4510, in www.giustizia-amministrativa.it), mentre altri tribunali la ammettevano (v. TAR Lazio-Latina, sez. I, 28 luglio 2009, n. 737, in *Foro amm. TAR*, 2009, 7-8, 2165).

¹⁸¹ Con una divisione tra sentenze che ne escludevano l'operatività (v. T.A.R. Lazio-Latina, sez. I, 7 marzo 2012, n. 195, in www.giustizia-amministrativa.it) e pronunce che l'affermavano (Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2015, n. 3910, in *Foro Amm.*, 2015, 7-8, 1997).

revisione dei prezzi¹⁸², delle regole in tema di formazione della commissione giudicatrice¹⁸³.

In due occasioni, peraltro, tali contrasti giurisprudenziali hanno portato alla rimessione delle relative controversie all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁸⁴.

Con la sentenza n. 13/2013, in particolare, il supremo consesso della giustizia amministrativa si è prodotto nell'apprezzabile sforzo di sviscerare *funditus* la questione della distinzione tra principi e mere disposizioni, queste ultime senz'altro non applicabili alle concessioni di servizi, alla luce del tenore testuale dell'art. 30, d.lgs. n. 163/2006.

La questione di fondo sottesa alla pronuncia si può riassumere nei seguenti termini: una volta chiarito che alle concessioni si applicano i principi in tema di appalti, occorre verificare cosa si intenda con tale espressione e, più precisamente, se nella nozione vadano fatte rientrare soltanto le norme dichiarate tali (come quelle contenute nella parte iniziale del codice) oppure anche le altre disposizioni a carattere puntuale ma con un certo grado di "categorialità".

¹⁸² Con oscillazioni tra l'orientamento negativo (Cons. St., sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3335, in *Foro amm. CDS*, 2006, 6, 1860) e quello positivo (T.A.R. Sardegna, sez. I, 22 marzo 2006, n. 338, in *Foro amm. TAR*, 2006, 3, 1144).

¹⁸³ Per la tesi della non applicabilità v. Cons. St., sez. V, 6 luglio 2010, n. 4311, in *Foro amm. CDS*, 2010, 7-8, 1465; per quella opposta cfr. Cons. St., sez. V, 23 maggio 2011, n. 3086, in *Foro amm. CDS*, 2011, 5, 1550.

¹⁸⁴ Ci si riferisce a Cons. St., Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, 1912, in tema di applicabilità delle regole afferenti alla composizione della commissione di gara e a Cons. St., Ad. Plen., 6 agosto 2013, n. 19, in *Foro amm. CDS*, 2013, 7-8, 1843, in tema di applicabilità del regime delle garanzie e della cosiddetta clausola sociale.

È tale seconda impostazione ad essere accolta nella sentenza *de qua*. Il supremo consesso, infatti, ha esteso la nozione di principi, ridefinendo in maniera innovativa il confine tra norme di principio e norme di dettaglio. È stato così chiarito che per principi devono intendersi anche quelle norme di dettaglio che rendono possibile comprendere e collegare in un disegno unico le diverse previsioni, “che hanno una memoria che le singole e specifiche disposizioni non possono avere” e che rispetto a queste ultime hanno una “funzione genetica”. Si tratta cioè di tutte quelle norme che declinano nel dettaglio quelli che comunemente sono riconosciuti come i principi generali della materia¹⁸⁵.

Data la vaghezza del concetto, l’Adunanza Plenaria ha legato la definizione delle norme di principio anche ad un altro dato, ovvero la considerazione per la funzione della norma. La specificità delle previsioni attuative aventi valore di principio sarebbe da ricercarsi quindi, non solo nel fatto che queste appaiono come direttamente attuative di principi generali della materia, ma anche nel fatto che, per il proprio contenuto, non necessariamente generale, consentono di cogliere il disegno armonico che fa da sfondo alla disciplina. Le previsioni di mero dettaglio, invece, pur potendo astrattamente essere anch'esse attuative di principi generali, sono quelle che non hanno

¹⁸⁵ Sul significato dell'espressione principi generali v., tra i tantissimi contributi dottrinari, E. CROSA, *Osservazioni sui principî generali come fonte di diritto pubblico*, Torino, 1926, 19-22; V. CRISAFULLI, *A proposito dei principî generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940, 193 ss.; ID., *Per la determinazione del concetto di principî generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 42 ss., 157 ss., 230 ss.; N. BOBBIO, voce «principi generali del diritto (I)», in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, 889-892.

una memoria del tutto, ma piuttosto rappresentano “frammenti” di disciplina, che non consentono di ricostruire o risalire al disegno organico ed unitario che è alla base della stessa.

In altre parole, si potrebbe dire che mentre le previsioni attuative aventi valore di principio sono quelle disposizioni alle quali è possibile attribuire un valore sostanziale, tale da incidere sulla *ratio* complessiva della materia, le previsioni di mero dettaglio regolano invece aspetti che non incidono sul piano sostanziale, ma piuttosto concernono aspetti particolari, il cui mancato rispetto non mette in discussione i principi che regolano la materia.

Nonostante la coerenza logico-giuridica delle affermazioni della Plenaria, la stessa affermazione ivi contenuta secondo la quale sarebbero riconducibili ai principi, e quindi estendibili anche alle concessioni di servizi, tutte quelle norme che, pur configurandosi come specifiche disposizioni legislative, rappresentano una declinazione dei principi generali della materia e trovano la propria *ratio* immediata nei medesimi principi, dà la misura della debolezza¹⁸⁶ di una normazione affidata, invece che al Parlamento, all’interprete.

Le concessioni di servizi scontavano, in definitiva, l’assenza di una disciplina chiara, puntuale e soprattutto certa, rendendo, a detta dei più, improcrastinabile un intervento legislativo in materia¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Quantomeno nel senso della precarietà e mutevolezza.

¹⁸⁷ Cfr. sul punto nuovamente A. MOLITERNI, *L’affidamento*, op. cit.

4.3 Concessione di servizi e concessione di servizio pubblico.

È giunto il momento di interrogarsi, pur con la dovuta sintesi, su quale rapporto intercorra tra le concessioni “di servizi”, ora brevemente esaminate, e quelle “di servizio pubblico”. Dovrà cioè domandarsi se le due categorie coincidano, ovvero se piuttosto le concessioni di servizi includano, o comunque riguardino, anche la categoria dei cosiddetti servizi pubblici.

In verità, la nozione di “servizio pubblico” è tra quelle più tormentate nell’ordinamento italiano e nell’ordinamento europeo. I problemi definitori si presentano numerosi poiché la nozione utilizza due distinti concetti rilevanti: accanto al nome “servizi” è posto l’aggettivo “pubblici” e l’interconnessione dei due termini costituisce un importante elemento di complessità.

La letteratura in materia di pubblici servizi è amplissima, e ciò a conferma della difficoltà di definire l’istituto in termini precisi, sia in una prospettiva europea che italiana¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Senza pretesa di una qualche esaustività, v. U. POTOTSCHNIG, *Pubblici servizi*, Padova, 1964; B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998; M. MENSI, *Appalti, servizi pubblici e concessioni*, Padova, 1999; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; G. IACOVONE, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, Bari, 2004; V. LOSTORTO, *I servizi pubblici*, Milano, 2007; R. VILLATA, *Pubblici servizi, discussioni e problemi*, op. cit.; F. MERUSI, voce «Servizio pubblico», in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 215; S. CATTANEO, voce «Servizi pubblici», in

Le numerose trattazioni dedicate al tema dei “servizi pubblici”, in particolare, hanno evidenziato la sostanziale indeterminatezza della nozione¹⁸⁹. Il tema, chiaramente, sfugge per la sua ampiezza e complessità ai confini della presente trattazione. Senza dunque entrare nel merito del dibattito, e tenendo sullo sfondo la storica *querelle* tra concezione soggettiva ed oggettiva dell’istituto¹⁹⁰, sarà qui sufficiente osservare come, in via generalissima, il riferimento al servizio pubblico evochi l’idea di un compito d’interesse generale da realizzare, al quale si preponga un soggetto o un gruppo di soggetti, pubblici o privati¹⁹¹, con la precisazione per cui allorché ciò si traduca nell’organizzazione e nello svolgimento di

Enc. dir., XLII, Milano, 1990, 355; F. GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di “servizio pubblico”*, in *Foro amm.*, 1998, 2282; M. CLARICH - L. ZANETTINI, *Servizi pubblici*, in G. Corso - V. Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Milano, 2006.

¹⁸⁹ Tra i tanti Autori impegnati sulla definizione della nozione di servizio pubblico si ricordano: U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, op. cit.; M. S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm. rep.*, Roma, 1953, 611; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, op. cit.

¹⁹⁰ Dibattito arricchito (e complicato) dal diritto comunitario che ricollega, intrinsecamente, la nozione di servizio a quella di attività economica, fondando la categoria dei servizi economici di interesse generale (cfr. E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006, 300; sui servizi di interesse economico generale v. anche D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, Milano, 2010).

¹⁹¹ V. S. CATTANEO, op. cit.

un'attività imprenditoriale in favore dei cittadini, sarà altresì legittimato il diritto al lucro da parte del gestore¹⁹².

Per quanto qui di interesse, dunque, ci si limiterà a verificare – partendo dal dato, ormai assodato, della natura contrattuale delle concessioni di servizi – se le regole applicabili a queste ultime, come declinate dalla normativa europea e nazionale di recepimento, siano estensibili alla categoria “domestica” della concessione di pubblico servizio.

Nel fare ciò, si deve partire da un presupposto di base: il diritto comunitario, storicamente, ha rinunciato ad occuparsi del regime interno delle concessioni di pubblico servizio.

Nonostante infatti la Commissione, già nel corso dei lavori preparatori della direttiva 92/50/CEE, relativa agli appalti pubblici di servizi, mossa dall'intento di garantire la coerenza delle procedure di aggiudicazione, avesse esplicitamente proposto di includere la “concessione di pubblico servizio” nella sfera di applicazione della direttiva servizi, nel corso dell'*iter* di approvazione, il Consiglio aveva eliminato ogni riferimento alle concessioni di pubblici servizi a causa delle differenze esistenti tra gli Stati membri con riguardo all'istituto.

Una sorte analoga era stata riservata alla posizione della Commissione espressa nella proposta modificata di direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/C 264/02, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, di energia e fornitrici di servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, sfociata nell'adozione della direttiva n. 90/531/CEE.

¹⁹² Cfr. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit., 107.

In seguito a significativi cambiamenti della sfera di applicazione delle direttive in materia di appalti di lavori pubblici, la Commissione non ha ritenuto di includere le concessioni di servizi pubblici nella sua proposta di direttiva del Consiglio 27 settembre 1991, 91/C 337/01, che modifica la direttiva 90/531/CEE, sfociata nell'adozione della direttiva 93/38/CE¹⁹³.

Come ha osservato la Corte di giustizia nella già citata sentenza “Telaustria”, mentre l'art. 3, n. 1, della direttiva 71/305/CEE, escludeva espressamente dalla propria sfera di applicazione i contratti di concessione, la direttiva 89/440/CEE, ha inserito nella direttiva n. 71/305/CEE l'art. 1-ter, che ha espressamente preso in considerazione le concessioni di lavori pubblici rendendo ad esse applicabili le regole di pubblicità ivi dettate. Successivamente, la direttiva 93/37/CE, ha menzionato espressamente la concessione di lavori pubblici tra i contratti che rientrano nella propria sfera di applicazione. Per contro, la direttiva n. 93/38/CE, adottata lo stesso giorno della direttiva n. 93/37/CE, non ha previsto alcuna disposizione relativa alle concessioni di servizi pubblici. A dire della Corte di giustizia, siffatta circostanza esclude che il legislatore comunitario abbia inteso ricomprendere tali concessioni nella sfera di applicazione della direttiva 93/38/CE.

Il giudice comunitario ha così escluso esplicitamente le concessioni di servizi pubblici dall'ambito di applicazione delle procedure di aggiudicazione comunitarie, confermando l'orientamento delineato dalla Commissione nella sopra commentata Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000.

¹⁹³ Cfr. sul punto B. MAMELI, *Concessioni e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2001, 63.

Ebbene, tali fatti sono stati interpretati da una parte della scienza giuridica nel senso di non ritenere applicabile la disciplina codicistica della concessione di servizi allorché sia coinvolto un pubblico servizio¹⁹⁴. E ciò pur a seguito della sopra ripercorsa evoluzione normativa in ambito sovranazionale che ha portato, con la direttiva 2004/18/CE a disciplinare, nel contesto dei contratti pubblici, anche le “concessioni di servizi”.

Ad avviso di questo orientamento, in particolare, la presenza di un oggetto pubblico renderebbe lo strumento contrattuale disciplinato dal codice dei contratti pubblici in larga misura inidoneo al soddisfacimento e al perseguimento del pubblico interesse. In presenza di un servizio pubblico, infatti, l'accento della vicenda concessoria verrebbe a cadere non tanto sui profili economici o sul rischio di gestione dell'attività oggetto di concessione, quanto piuttosto sulla particolare valenza pubblicistica dell'oggetto del rapporto che determinerebbe un vero e proprio trasferimento di potestà e responsabilità pubblicistiche, ma anche di diritti esclusivi o speciali in capo al privato.

In buona sostanza, il perno di tale ricostruzione valorizza la circostanza che la normativa comunitaria, anche allorché si è trovata a disciplinare la materia della concessione di servizi, non ha fatto riferimento alla nozione di “servizio pubblico”. Si da inferirne che la concessione di servizi e la concessione di servizio pubblico si porrebbero tra loro in un rapporto di *genus ad speciem*, che ricalcherebbe la distinzione comunitaria tra i servizi di

¹⁹⁴ In questo senso, ad esempio, si veda F. FRACCHIA, voce «Concessioni amministrative», in *Enc. dir.*, I, Milano, 2007, 260, il quale ritiene che la nozione codicistica di concessione di servizi non sembra riferibile a quei servizi rivolti al pubblico.

cui all'art. 57 TFUE e i servizi di interesse economico generale di cui all'art. 106 TFUE¹⁹⁵.

E così, mentre la concessione di pubblico servizio avrebbe ad oggetto solo la gestione di un servizio pubblico, la concessione di servizi riguarderebbe tutte le tipologie di servizi rivolti al pubblico.

Un'altra parte della dottrina, tuttavia, ha mostrato di accogliere un diverso indirizzo ermeneutico¹⁹⁶. Secondo tale opposta opinione, l'incidenza della concessione su di un oggetto pubblico indisponibile, come è considerato il servizio pubblico, non potrebbe dirsi veramente di ostacolo alla ricostruzione privatistica del regolamento che disciplina il rapporto concessorio. In primo luogo, infatti, non si è mancato di sottolineare che il fatto che l'oggetto sia pubblico di per sé non impedisce, come insegna autorevole dottrina in ordine ai contratti di diritto pubblico, la ricostruzione del rapporto in termini contrattuali.

Tale interpretazione sarebbe vieppiù confermata a seguito delle modifiche introdotte alla legge sul procedimento amministrativo dalla l. n. 15/2005: la lettura dell'art. 1, comma 1-*bis* della l. n. 241/1990 mette in luce, innanzitutto, il definitivo superamento di qualsiasi incompatibilità astratta tra l'utilizzo dello strumento

¹⁹⁵ Cfr. L. BERTONAZZI - R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M. P. Chiti - G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, Milano, 2007, 1857, secondo cui “il rapporto tra concessione di servizi e concessione di pubblico servizio si atteggia pertanto a guisa di rapporto di *genus ad speciem*, giacché tutte le concessioni di pubblici servizi sono concessioni di servizi, mentre vi sono concessioni di servizi che non si traducono in concessioni di pubblici servizi, non avendo ad oggetto servizi di interesse generale rivolti alla collettività”.

¹⁹⁶ Cfr. A. MOLITERNI, *L'affidamento*, op. cit. e la dottrina ivi menzionata.

contrattuale e l'incidenza su un oggetto pubblico¹⁹⁷. A partire da tale riferimento, risulterebbe evidente che l'affidamento di un'attività di natura “materialmente” imprenditoriale per assicurare l'erogazione di un pubblico servizio trova il suo naturale terreno d'azione nel campo del diritto comune e, soprattutto, nell'accordo con il privato concessionario.

Se così è, allora la concessione inerente a un “pubblico servizio” non potrebbe sfuggire dall'ambito oggettivo fatto proprio dalla norma definitoria di cui all'art. 3, comma 12, d.lgs. n. 163/2006.

A conferma di ciò – si è evidenziato – basterebbe considerare, innanzitutto, l'esistenza di numerosi servizi pubblici imprenditoriali che, soprattutto in ambito locale, sono oggetto di affidamento mediante contratti di appalto e a seguito di gara¹⁹⁸. La specificità dell'oggetto “servizio

¹⁹⁷ Secondo l'art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 241/1990 “la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”. Su tale norma v. N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1 bis. Principi generali dell'attività amministrativa*, in N. Paolantonio - A. Police - A. Zito, (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005; F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1, comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. - CDS*, 2005, 947 ss.; D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'articolo 1 «bis» della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in F. Mastragostino (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007.

¹⁹⁸ Pare utile precisare che nell'ambito dei servizi pubblici locali la magmatica legislazione degli ultimi anni si è mossa in una ottica di liberalizzazione, verso dunque una concorrenza nel mercato. Bisogna tuttavia tenere presente che, nonostante la falce di norme causata dalle ripetute declaratorie di incostituzionalità susseguitesì negli ultimi anni, nel caso in cui sia necessario

pubblico”, quindi, non sembrerebbe incidere sulla natura giuridica dello strumento utilizzato dall'amministrazione¹⁹⁹.

Peraltro, sempre in ambito locale, la stessa distinzione tra appalto e concessione di servizio pubblico apparirebbe assai incerta e sempre meno fondata sulla particolare natura “finalistica” dell'attività oggetto di affidamento. Solo raramente, infatti, la giurisprudenza pone l'accento sugli specifici obblighi e responsabilità del servizio in capo al concessionario di servizio pubblico²⁰⁰. Sempre più spesso, invece, è dato risalto all'eventuale presenza di un corrispettivo a carico degli utenti, quale indice sintomatico dell'assunzione di un rischio di gestione da parte del concessionario. E così, il rapporto relativo a un servizio pubblico di raccolta e smaltimento di rifiuti a livello locale – che nessuno nega essere un'attività di servizio pubblico – è stato ricostruito come appalto di servizio pubblico, anche

attribuire il servizio ad un operatore determinato (concorrenza per il mercato), sembrerebbe ancora possibile farlo mediante affidamento a privato con procedura ad evidenza pubblica, con espresso richiamo alle disposizioni in materia di contratti pubblici (v. da ultimo artt. 6 e 7 dello schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, ormai tuttavia ritirato dal Governo, e dunque decaduto, a seguito dell'intervento di Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251, in *Dir. & Giust.*, 2016, 5 dicembre).

¹⁹⁹ In questo senso B. GILIBERTI, *Le concessioni di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 2011, 186.

²⁰⁰ Si veda ad es. Cons. St., sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8090, in *Foro amm. - CDS*, 2004, 12, 3572 che ha qualificato in termini concessori il servizio pubblico di illuminazione stradale, dichiarando la giurisdizione amministrativa sulla controversia concernente la risoluzione del contratto da parte del comune.

in ragione della mancanza di un corrispettivo a carico degli utenti²⁰¹.

Né sarebbe destinato a incidere sul regime giuridico del rapporto il fatto che la prestazione oggetto di affidamento sia prestata alla collettività ovvero all'amministrazione. Tale profilo rileva, infatti, (eventualmente) solo sul diverso contenuto della prestazione oggetto dell'obbligazione. Ma soprattutto tale criterio appare assai incerto, posto che non è escluso che vi siano appalti di servizi pubblici rivolti sostanzialmente all'utenza²⁰², così come concessioni di servizio pubblico qualificate come tali dall'ente locale, ma che in realtà ben potrebbero essere configurate come appalti di servizi rivolti all'amministrazione²⁰³.

In definitiva, secondo tale linea di pensiero, se un'attività di servizio pubblico può essere erogata sulla base di contratti di diritto privato e, in particolare, secondo lo schema dell'appalto pubblico, non vi sarebbero ostacoli teorici a qualificare anche lo strumento concessorio di affidamento di un servizio pubblico in termini contrattuali e, quindi, alla sua riconduzione al modello tipico della "concessione di servizi".

Tale soluzione interpretativa, a ben vedere, pare confortata e confermata dalla direttiva 2014/23/UE.

Quest'ultima contempla invero una specifica libertà, secondo la quale "gli Stati membri o le autorità pubbliche dovrebbero rimanere liberi di definire e specificare le caratteristiche dei servizi da fornire, comprese le

²⁰¹ V. Cass. civ., Sez. Un., ord. 22 agosto 2007, n. 17829, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 7-8.

²⁰² Come nel caso della gestione del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, esaminato da Cass. civ., 17829/2007, cit.

²⁰³ Come nel caso del servizio di manutenzione del manto stradale cittadino (v. Cons. St., sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36, in *Guida al dir.*, 2008, 5, 80).

condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi, conformemente al diritto dell'Unione, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico”²⁰⁴. Si potrebbe così pensare che tale libertà, insieme a quella di definire la “qualità del servizio al fine di perseguire gli obiettivi delle politiche pubbliche” nell'ambito dei servizi di interesse economico generale²⁰⁵, possa comportare la sottrazione delle concessioni di pubblici servizi “interne” alla direttiva medesima. Nel senso di ritenere che l'istituto delle concessioni, così come disciplinato dalla direttiva europea, non interferisca affatto con l'istituto tradizionale afferente al “servizio pubblico”, che, pertanto, potrebbe continuare ad operare in piena autonomia.

E, in proposito, si potrebbe rilevare che l'istituto europeo, incentrato sul diritto di gestire i lavori o i servizi, non riguarderebbe un rapporto concessorio, quale quello inerente ad un “pubblico servizio”, ove la gestione delle opere o la fornitura dei servizi nei confronti dell'utenza è anzitutto un obbligo²⁰⁶. Tant'è che il concessionario è tenuto a garantire la qualità e la continuità del servizio e non può astenersi dall'espletarlo, essendo ciò notoriamente precluso e sanzionato, anche penalmente.

Inoltre la concessione europea, basata sulla traslazione dei rischi dal concedente al concessionario, mal si concilierebbe con l'istituto “tradizionale”, ove

²⁰⁴ Considerando 5, dir. 2014/23/UE.

²⁰⁵ Considerando 6, dir. 2014/23/UE.

²⁰⁶ Si pensi ai cosiddetti obblighi di servizio pubblico, ben conosciuti anche a livello europeo, che fanno sorgere il dovere di svolgere anche attività di per sé non remunerative e comportano un'attività preordinata a soddisfare primariamente in modo diretto esigenze proprie di una platea più o meno indifferenziata di utenti (cfr. Cons. St., Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7, in *Foro it.*, 2014, 7-8, III, 429).

l'amministrazione, che abbia assunto tra i suoi compiti un pubblico servizio, se ne assume altresì la responsabilità nei confronti degli utenti, indipendentemente dal modulo organizzativo prescelto: tant'è che anche nel caso di concessione conserva penetranti poteri di indirizzo e di controllo nei confronti del concessionario.

In altri termini, l'impostazione "interna" dell'istituto concessorio relativo ad un "pubblico servizio" e l'attenzione che esso dedica (anche sotto il profilo dello *standard* qualitativo dei servizi) alle esigenze degli utenti non lo renderebbero riconducibile alla figura di stampo europeo, che non a caso viceversa trascura tale fondamentale componente del rapporto concessorio nazionale.

E tuttavia, come autorevolmente osservato²⁰⁷, non è questa la chiave interpretativa adeguata al nuovo scenario legislativo. E ciò per un dato normativo insuperabile.

La direttiva, infatti, da un lato ha cura di precisare che solo i servizi non economici di interesse generale esorbitano dal suo campo di applicazione. E d'altro lato prende espressamente in considerazione, per fornirne una disciplina meno rigorosa ai fini della procedura di affidamento, i servizi sociali²⁰⁸, che sono tra i più rilevanti servizi pubblici espletati a favore dei cittadini.

Di tal che, pare proprio che ogni tematica di pubblico servizio non possa ritenersi estranea al campo di applicazione della disciplina europea in tema di contratti pubblici di concessione e, di risulta, della disciplina nazionale di recepimento.

²⁰⁷ V. G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, op. cit.

²⁰⁸ Cfr. art. 19, dir. 2014/23/UE.

5. La legge delega n. 11/2016 e il nuovo codice dei contratti pubblici.

Il Parlamento, dopo ampia discussione durata un anno e mezzo (torno di tempo senza precedenti per una legge delega del genere), giusto all'avvicinarsi del termine dato dalle direttive agli Stati membri per la loro attuazione (18 aprile 2016), ha approvato la legge delega n. 11 del 28 gennaio 2016. Con tale provvedimento, il Governo è stato dunque delegato ad adottare un decreto legislativo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, compendiando dunque in un unico testo le disposizioni di recepimento delle nuove normative europee in tema di appalti, nei settori ordinari e speciali, e di concessioni²⁰⁹.

La l. n. 11/2016 rileva per due principali aspetti. In primo luogo ha offerto al Governo l'alternativa tra un modello semplificato di recepimento delle direttive seguito dal riordino complessivo della disciplina vigente per i contratti pubblici ed il modello di intervento unitario sia

²⁰⁹ Come osservato da M. P. CHITI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, 436, si tratta di una legge delega particolarmente lunga e dettagliata, composta da settantadue principi e criteri direttivi, che una volta scelta la strada di un intervento parlamentare "forte", con un ulteriore impegno avrebbe ben potuto divenire norma di attuazione diretta delle tre direttive. Anche valorizzando procedure parlamentari (poco seguite, ma utilizzabili) come la procedura di approvazione per commissione in sede redigente. Inoltre, a dire dell'A., il ricordato spessore regolatorio della delega risulta in più punti contrario al divieto di *goldplating* (divieto di introdurre o di mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richieste dalle direttive), previsto dal diritto UE.

per l'attuazione delle direttive che per il riordino. Opportunamente il legislatore delegato ha utilizzato il secondo modello, adottando un unico decreto e così evitando il sovrapporsi temporaneo di più normative, fonte di incertezze interpretative e di blocco delle procedure contrattuali (di vitale importanza per l'economia nazionale).

In secondo luogo, ha previsto l'abrogazione del d.P.R. n. 207/2010, sostituito da forme di disciplina attuativa del tutto nuove. Va ricordato al riguardo che l'art. 1, comma 1, lett. t), della legge di delega "attribuisce"²¹⁰ all'Autorità nazionale anticorruzione varie funzioni, tra cui "l'adozione di atti di indirizzo, quali linee guida, bandi tipo, contratti tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante". Inoltre, l'art. 1, commi 4 e 5, prevede che "sulla base del decreto di riordino sono altresì emanate linee guida di carattere generale proposte da ANAC e approvate con decreto del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti (MIT), che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere". Si tratta di un sistema nuovo di disciplina sub-legislativa, segnalato dal Parlamento, dal Governo e da ANAC come un modo flessibile per regolamentare fenomeni complessi e in divenire.

Sul piano degli obiettivi, la legge delega persegue la semplificazione, flessibilità e accelerazione delle procedure, salvaguardando al contempo valori fondamentali quali la trasparenza, la prevenzione della corruzione e della infiltrazione della criminalità organizzata, la tutela ambientale e sociale²¹¹. Con

²¹⁰ Quindi assegna *ex novo*.

²¹¹ Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, V, 2016, 503.

riferimento particolare alla semplificazione, si impone una drastica riduzione della proliferazione normativa, perciò esigendo un codice snello. Al contempo, la l. 11/2016 fissa obiettivi di qualità della regolazione intesa in senso formale (codificazione e semplificazione normativa) e sostanziale (semplificazione burocratica).

Tra l'altro, la legge in commento contiene essa stessa alcune regole più severe rispetto a quelle europee, in funzione di valori di trasparenza e concorrenza, quali la centralizzazione obbligatoria della committenza, la qualificazione obbligatoria delle stazioni appaltanti, la istituzione di un albo dei commissari di gara, la separazione tra progettazione e esecuzione, i criteri reputazionali per gli operatori economici, il conto corrente dedicato, regole di rigore per gli appalti della protezione civile e per le concessioni autostradali, il dibattito pubblico sulle grandi opere.

Essa aspira inoltre a disegnare una *governance* efficace e efficiente del settore, attraverso la nuova cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il rafforzato ruolo dell'ANAC, che coniuga i compiti di autorità anticorruzione e di vigilanza e regolazione del mercato degli appalti pubblici.

Per quanto più strettamente concerne i principi direttivi in materia di concessioni non viene in luce soltanto l'introduzione di una disciplina organica della materia dei contratti di concessione, mediante l'armonizzazione e la semplificazione delle disposizioni vigenti. Emerge infatti anche la fissazione di criteri volti a vincolare la concessione alla piena attuazione del piano finanziario e al rispetto dei tempi previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche, nonché al rischio

operativo, e a disciplinare le procedure di fine concessione e le modalità di indennizzo in caso di subentro²¹².

Di più: viene pure introdotto un “obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione²¹³, di affidare una quota pari all’80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica”, con previsione al riguardo di un apposito periodo transitorio²¹⁴.

E, ancora, come sopra accennato, è stata varata una disciplina *ad hoc* per l’effettiva apertura al mercato delle concessioni autostradali²¹⁵, che sarà oggetto di più analitica trattazione.

Sulla scorta di tale legge delega, è stato così emanato il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50²¹⁶.

Il nuovo codice dei contratti pubblici, è composto da duecentoventi articoli e molti allegati. Il legislatore delegato ha preferito, come detto, un unico intervento per recepire ed attuare le tre direttive del 2014 e, al contempo, riordinare la materia.

²¹² V. art. 1, lett. hhh), l. n. 11/2016.

²¹³ Salvo quelle affidate in *project financing* o con procedura di gara ad evidenza pubblica.

²¹⁴ Art. 1, lett. iii), l. n. 11/2016.

²¹⁵ Art. 1, lett. ll) e mmm), l. n. 11/2016.

²¹⁶ Denominato prolissamente “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”.

Malgrado il decreto contenga anche le norme di attuazione della direttiva 2014/23/UE sulle concessioni, il numero degli articoli è sensibilmente inferiore a quello del precedente codice; anche nella versione iniziale. È vero che molte disposizioni sono alquanto lunghe, ma lo stesso era occorso nel 2006 e, soprattutto, non poteva essere diversamente vista la complessità della disciplina delle direttive e la loro lunghezza.

Il decreto ha carattere coeso ed unitario, sì da meritare la dignità, e non solo il nome, di “codice”, inteso come atto che consolida unitariamente le maggiori disposizioni e che porta una loro sistemazione complessiva secondo una *ratio* comune. È vero che la suddivisione per parti può risultare opinabile, ad esempio per l’indicazione dei principi generali non nella prima parte del decreto; che il coordinamento interno tra varie norme non è sempre puntuale; che manca un indice sommario, particolarmente utile, anzi necessario, in presenza di una codificazione²¹⁷. Tuttavia, le carenze ed i difetti dovuti all’estrema fretta indotta dal ritardo della legge delega potranno facilmente essere emendati in occasione del primo correttivo, che potrebbe innanzitutto occuparsi di un più efficace coordinamento e di una sistemazione del testo²¹⁸.

²¹⁷ V. sul punto M. P. CHITI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, op. cit. L’A. osserva sul punto che molte di queste *defaillance* sono dovute certamente alla carenza di tempo nella convulsa fase finale del recepimento.

²¹⁸ Auspica ancora M. P. CHITI, op. ult. cit., che il decreto correttivo non introduca novità sostanziali alle attuali disposizioni, pena lo stravolgimento di un testo per molta parte originale: “unanime è stato nel passato biennio l’intendimento di evitare per il futuro la prassi di modifiche continue al codice, perché l’esperienza decennale precedente ha dimostrato quanto ciò sia stato pernicioso per la funzionalità del sistema, senza peraltro assicurare efficacia,

Nonostante il poco tempo a disposizione del Governo per varare il decreto delegato²¹⁹, la disciplina delle concessioni, salvo alcuni aspetti specifici²²⁰, appare nel complesso in linea con la direttiva e la legge delega e ha recepito in massima parte i rilievi del Consiglio di Stato²²¹ quanto a ambito applicativo, durata massima, divieto di proroga, limiti alle varianti, regime della risoluzione, esternalizzazione ed avvio delle gare nelle concessioni autostradali.

trasparenza, responsabilità. È auspicabile che agli intenti seguano i fatti; ma già si avvertono pressioni per nuovi interventi non formali, ma sostanziali”.

²¹⁹ Giova rammentare che la legge delega reca la data del 28 gennaio 2016 e che il termine assegnato al legislatore delegato per il recepimento delle tre direttive coincideva con il termine che le direttive imponevano ai legislatori nazionali per il loro recepimento, ovvero il 18 aprile 2016. Cionondimeno, il Governo ha meritoriamente optato per un’attuazione della delega in un solo tempo, appunto entro il 18 aprile 2016. I tempi stretti per il recepimento della delega (meno di tre mesi) hanno dettato una tabella di marcia veloce al Governo e agli organi consultivi interessati: il codice è stato elaborato in via preliminare in poco più di un mese.

²²⁰ Balza in particolare all’occhio, come si vedrà nel paragrafo successivo, il mancato recepimento di alcuni punti della delega specifici per le concessioni, tra cui vanno senz’altro segnalati, nell’ambito dell’art. 1, lett. hhh), l. n. 11/2016, quello inerente alle concessioni idriche, oltre che quello (certamente minore per ordine di importanza) relativo alla promozione delle concessioni relative agli approvvigionamenti industriali in autoconsumo elettrico da fonti rinnovabili.

²²¹ Ci si riferisce al parere emesso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, 1° aprile 2016, n. 855, in www.giustizia-amministrativa.it, sul quale più diffusamente si dirà nel prossimo paragrafo.

Sembra dunque rispettata, dalla disciplina di recepimento, l'auspicata collocazione delle concessioni "in un contesto giuridico europeo di «libertà», libertà di scelta delle modalità di gestione per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi, al fine di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici (considerando n. 5 e art. 2 direttiva 23, trasposto nell'art. 166 del codice), ma anche libertà di istituire servizi di interesse economico generale e servizi non economici di interesse generale (considerando n. 6)"²²².

²²² R. DE NICTOLIS, op. cit.

6. Il parere del Consiglio di Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855.

Si è dato conto che nel procedimento di emanazione del decreto delegato, recante il nuovo codice dei contratti pubblici, è intervenuto, come previsto dall'art. 1, comma 3, della legge delega, l'apposito parere del Consiglio di Stato.

Ebbene, prima di entrare nel merito dell'attuale disciplina in materia di concessioni, come tracciata dalla recente normativa di recepimento della direttiva 2014/23/UE, conviene soffermarsi brevemente su tale parere, alla luce della ricchezza di contenuti che la suprema magistratura amministrativa, in veste di organo consultivo del governo, ha espresso in tale corposo atto.

Il Consiglio di Stato ha ricevuto lo schema di codice il 7 marzo 2016 e ha reso il suo parere in venticinque giorni, nei quali è stata istituita (il 12 marzo) una Commissione speciale di diciannove magistrati, che ha ripartito i suoi lavori in cinque sottocommissioni, ciascuna coordinata da un Presidente di sezione. La Commissione speciale si è riunita in sede plenaria nell'adunanza del 21 marzo; il parere è stato successivamente redatto e infine pubblicato il 1° aprile.

L'apporto consultivo del Consiglio di Stato si è mosso lungo tre direttrici: l'esame di questioni di carattere generale; l'esame dei singoli articoli con formulazione di osservazioni puntuali e di agevole recepimento; l'esame dei singoli articoli con formulazione di osservazioni che richiedono maggior tempo e dovranno essere affidate ai decreti correttivi²²³.

²²³ Peraltro, come si vedrà anche in seguito trattando delle concessioni "sotto-soglia", dopo il varo del codice, il Consiglio di

Ora, per quanto concerne la tematica oggetto della presente trattazione, il parere in commento ha innanzitutto osservato che la delega, pur prevedendo un riordino a vasto raggio, non vi ha incluso anche i contratti “attivi” della pubblica amministrazione, quali, in particolare, le concessioni demaniali. Il Consiglio di Stato ha dato preliminarmente atto del fatto che a tali fattispecie non sono applicabili “in via diretta” i principi dettati dal codice per i “contratti esclusi”, atteso che l’art. 4 del codice si riferisce ai soli contratti “relativi a lavori, servizi, forniture” che siano esclusi in tutto o in parte dal codice, e non anche ad altre tipologie. Ad avviso della Commissione speciale, tuttavia, non sembra dubbio che i principi del codice a tutela della concorrenza siano applicabili “per analogia” anche ai contratti attivi della pubblica amministrazione²²⁴.

Ancora, in tema di concessioni è stato suggerito di valorizzare il rischio quale effettivo elemento differenziale dall’appalto. E in particolare: “la durata massima del

Stato ha continuato a fornire il proprio apporto consultivo per l’elaborazione degli atti attuativi, o anche per rispondere a specifici quesiti sulla nuova disciplina.

²²⁴ Peraltro, *de iure condendo*, il parere non ha escluso che in sede di futura implementazione, anche questi istituti possano essere inclusi nella disciplina codicistica. È ben comunque precisare, a tale riguardo, che ai sensi del considerando 16, dir. 2014/23/UE, “taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d’uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva”.

rapporto, il rinnovo, gli obblighi di esternalizzazione, l'ambito della progettazione affidata al *partner* privato, sono punti cardine della legge delega, che richiedono norme di recepimento puntuali e univoche”.

Una sottolineatura merita l'affermazione per cui in tema di concessioni di servizi, l'esclusione dalla direttiva e dal codice concerne solo i servizi non economici di interesse generale, con la conseguenza che, come in precedenza affermato, piena compatibilità vi è tra le norme in materia di concessioni di servizi e i “servizi pubblici” (di interesse economico generale)²²⁵.

Come già accennato, il Consiglio di Stato ha evidenziato che tra i punti della delega non recepiti andava senz'altro annoverato quello di cui all'art. 1, lett. hhh), inerente alla “previsione di criteri per le concessioni indicate nella sezione II del capo I del titolo I della direttiva 2014/23/UE, nel rispetto dell'esito del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 per le concessioni nel settore idrico”²²⁶, nonché, la “previsione di criteri volti a promuovere le concessioni relative agli approvvigionamenti industriali in autoconsumo elettrico da fonti rinnovabili nel rispetto del diritto dell'Unione europea”.

Si è precisato in proposito che trattasi di una scelta che rientra nella facoltà e quindi nella responsabilità del Governo; tuttavia è stato segnalato come l'omessa attuazione di parte della delega non possa essere in

²²⁵ In tale ottica, peraltro, il parere ha formulato un auspicio circa “la coerenza, disciplinaria e terminologica, tra il presente codice e i decreti legislativi in corso di approvazione, relativi alle società pubbliche e ai servizi pubblici locali di interesse economico generale”.

²²⁶ Si ricorda in proposito che, giusto il considerando 40 e l'art. 12, dir. 2014/23/UE, la normativa comunitaria oggetto di recepimento non si applica alle concessioni idriche.

prosieguo rimediata in sede di decreti correttivi, che possono solo apportare modifiche e sistemazioni alle disposizioni che hanno già attuato la delega, ma non operare un'attuazione *ex novo* di parti di delega non originariamente attuate.

Il parere, poi, nell'esaminare l'art. 168 dello schema di decreto delegato, in tema di durata della concessione, si è soffermato sull'inciso finale del comma 1, alla cui stregua la durata (massima) della concessione "è definita dall'offerta aggiudicatrice [*rectius*, aggiudicataria, n.d.a.]". Ebbene, il Consiglio di Stato ha tacciato di "oscurità" il concetto: "siccome la durata della concessione è fissata nel bando, e costituisce elemento precostituito che evidentemente incide sull'equilibrio economico-finanziario complessivo dell'operazione, è difficile ipotizzare che l'offerta possa indicare una durata diversa, ma comunque inferiore, rispetto alla durata indicata dal bando". Ha suggerito così al legislatore delegato, che ha accolto l'invito, di espungere dal testo definitivo ogni riferimento a riguardo.

Ebbene, ci si permette di considerare come tale ragionamento possa essere frutto, in qualche misura, di un *misunderstanding*. Infatti, a mente della direttiva oggetto di recepimento, la durata della concessione ben potrebbe essere utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto²²⁷. A questo voleva probabilmente alludere il redattore dello schema nel fare riferimento alla definizione della durata da parte dell'offerta aggiudicataria.

²²⁷ V. considerando 52, dir. 2014/23/UE. In ciò ben può essere colta, come altrove evidenziato, la minore preoccupazione da parte del legislatore europeo per la garanzia dell'equilibrio economico-finanziario del rapporto.

Per quanto concerne la regolazione di maggior rigore in funzione pro-concorrenziale, rilevante appare l'annotazione inerente la generalizzazione, da parte dell'art. 175, comma 1, lett. a), del divieto di prevedere la proroga delle concessioni. Simile divieto, si è sottolineato, non è previsto dall'art. 43 della direttiva ed è limitato dalla legge delega (art. 1, comma 1, lett. III) con specifico riguardo alle concessioni autostradali.

E ancora, con riferimento alla tematica dello *ius variandi*, che sarà oggetto di più diffusa trattazione nel prosieguo, l'attenzione è stata posta sulla previsione dell'art. 175, comma 2, alla cui stregua, in caso di modifiche consentite alla concessione in corso di rapporto, "l'eventuale aumento di valore, anche in presenza di modifiche successive, non può eccedere complessivamente il 50 per cento del valore della concessione iniziale". Ha rimarcato il Consiglio di Stato come la previsione fosse difforme, e probabilmente più severa, di quella introdotta dall'art. 43, par. 1, della direttiva, secondo cui in caso di più modifiche successive, ciascuna non può singolarmente eccedere il cinquanta per cento del valore iniziale. La previsione, anzi, si palesava altresì più severa di quella prevista dal parallelo art. 106, (comma 1, lett. c), n. 3) per i settori ordinari, a mente della quale "l'eventuale aumento di prezzo non è superiore al 50 per cento del valore iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica". Ebbene, è stato osservato, al riguardo, che la legge delega vieta di introdurre una regolazione più severa di quella dettata dalle direttive (art. 1, comma 1, lett. a), della legge delega) e che la stessa delega non reca una limitazione specifica per le concessioni, in ordine alle varianti. La questione, dunque, è stata rimessa al Governo per le

opportune valutazioni. Tuttavia, il testo definitivo è rimasto sul punto inalterato.

Sempre con riferimento all'art. 175, l'interesse si è appuntato sul comma 7, recante una definizione di "modifica sostanziale" della concessione non in linea, a dire del Collegio, con l'art. 43 della direttiva. Il comma 7, infatti, ha il seguente tenore letterale: "quando altera considerevolmente le condizioni contrattuali originariamente pattuite"; laddove l'art. 43, par. 4, afferma che "la modifica di una concessione [...] è considerata sostanziale [...] (quando) muta sostanzialmente la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa". Si postulerebbe, dunque, ad avviso dell'atto consultivo in commento, uno snaturamento della concessione iniziale, che costituisce un *quid pluris* rispetto alla semplice alterazione, sia pure considerevole, delle condizioni contrattuali, richiesta dalla normativa europea. Si è pertanto consigliato al Governo di sostituire l'inciso "quando altera considerevolmente le condizioni contrattuali originariamente pattuite" con le parole "quando muta sostanzialmente la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa". Anche in questo caso, tuttavia, l'esortazione non è andata a buon fine.

A conclusione di questa sintetica disamina, si può senz'altro confermare quanto sopra detto circa il recepimento in massima parte, ad opera del legislatore delegato, dei principi, degli indirizzi e delle regole di cui alla direttiva e alla legge delega. Quanto all'adeguamento rispetto ai rilievi effettuati dal Consiglio di Stato nel parere in esame, vero è che in larga misura si è registrato un positivo allineamento; vero è anche, però, che in alcuni ambiti talune discrasie sono rimaste: solo la prassi futura potrà dire se questi scostamenti sfoceranno in vere e proprie aporie normative, ovvero, attraverso un processo di

auto-correzione alimentato anche dalla maieutica
giurisprudenziale, saranno emendati.

CAPITOLO III

L'attuale disciplina.

Premesso che, per quanto di interesse, sul piano delle definizioni si assiste ad un fedele recepimento delle correlative previsioni poste dalla direttiva 2014/23/UE²²⁸, il d.lgs. n. 50/2016 dedica alle concessioni l'intera parte III dell'articolato normativo.

La scelta, del tutto condivisibile, è stata di non limitarsi a concentrare, a livello di collocazione codicistica, le concessioni di lavori e quelle di servizi, ma di introdurre una disciplina unitaria dei contratti di concessione, dedicandovi una porzione di testo suddivisa in un capo primo, relativo ai principi generali, in un secondo, afferente alle garanzie procedurali ed in un ultimo, riguardante la fase di esecuzione²²⁹.

²²⁸ Cfr. art. 3, comma 1, lett. uu), vv) e zz), d.lgs. n. 50/2016, in tema, rispettivamente, di concessioni di lavori, di concessioni di servizi e di rischio operativo. Si noti tuttavia che l'art. 3, comma 1, in parola, diversamente dalla direttiva 2014/23/UE che fa riferimento al rischio di domanda e di offerta, definisce anche, alle lett. aaa), bbb) e ccc) il rischio di costruzione, quello di disponibilità e quello di domanda, sembrando così fare nuovamente richiamo ai criteri Eurostat del 2004, peraltro espressamente menzionati dall'art. 3, comma 1, lett. eee), con riferimento ai contratti di partenariato pubblico privato.

²²⁹ Nondimeno, in quanto compatibili, si applicano alle concessioni anche le norme delle parti I e II del d.lgs. n. 50/2016, relativamente ai principi generali, alle procedure di scelta del contraente, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara, ai requisiti di qualificazione soggettivi, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione, nonché alle modalità esecutive del contratto (cfr. art. 164, comma 2, d.lgs. n. 50/2016).

Tralasciando per ora di fare specifiche considerazioni in ordine all'ambito soggettivo di operatività della nuova disciplina²³⁰, pare invece doveroso, prima di affrontare nel dettaglio gli aspetti salienti di questa ultima, soffermarsi brevemente sull'ambito oggettivo di applicazione.

Innanzitutto, viene confermata la soggezione dei rapporti concessori alle nuove regole a partire dalla soglia comunitaria²³¹; con la precisazione per la quale sono vietati indebiti frazionamenti che possano alterare il valore della concessione, al fine di escludere quest'ultima dall'osservanza delle norme del decreto, tranne il caso in cui ragioni oggettive li giustifichino²³².

In secondo luogo, vengono esclusi dall'ambito oggettivo di applicazione gli affidamenti *in house*, i servizi non economici di interesse generale (SIG), i contratti di servizi aggiudicati in base ad un diritto esclusivo e i contratti aggiudicati in base a norme internazionali, nonché le concessioni di servizi di trasporto aereo e trasporto pubblico, nonché le concessioni di servizi di lotterie ovvero per l'esercizio di attività in un Paese terzo²³³.

A mente dell'art. 12 del nuovo codice, rimangono anche espunte dalla disciplina, come sopra ricordato, le

²³⁰ Che si applica tanto alle amministrazioni aggiudicatrici, quanto agli enti aggiudicatori (quindi nei settori speciali), a patto che i lavori o i servizi rientrino tra quelli individuati all'allegato II del d.lgs. n. 50/2016.

²³¹ V. art. 35, comma 1, lett. a), del nuovo codice: "le disposizioni del presente codice si applicano ai contratti pubblici il cui importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, è pari o superiore alle soglie seguenti: a) euro 5.225.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni".

²³² V. art. 167, comma 6, d.lgs. n. 50/2016.

²³³ V. sul punto M. MACCHIA, op. cit. Cfr. inoltre gli artt. 18 e 164, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016.

concessioni nel settore idrico. In aggiunta, ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. a), "le disposizioni del presente codice non si applicano [...] alle concessioni di servizi: a) aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni". Restandone dunque irrimediabilmente escluse le concessioni di (mero) uso di beni pubblici, nelle quali cioè è conferito il semplice diritto di godimento del bene, senza che venga parallelamente imposto e definito l'obbligo di assicurare un servizio all'utenza²³⁴.

Sempre in tema di ambito oggettivo, non si può evitare di affrontare una ulteriore questione che prende le mosse dal concetto di rischio operativo.

Si è più volte ripetuto che l'elemento qualificante delle concessioni, nella più aggiornata concezione europea, è appunto quello della sussistenza di un rischio operativo in capo al contraente privato.

Il d.lgs. n. 50/2016, naturalmente, recepisce una tale visione²³⁵. Tuttavia, mentre l'art. 3, comma 1, lett. zz), fa

²³⁴ Il già citato art. 164 specifica poi che le disposizioni di cui alla parte III del nuovo codice non si applicano "ai provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici".

²³⁵ E lo fa con forza, tanto è vero che sempre l'art. 165, al comma 2, precisa che "in ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari". Sul tema dei limiti agli apporti economici in favore del concessionario, v. G. CARTEI, *Il contratto di*

riferimento al “rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell’offerta o di entrambi, trasferito al concessionario”, l’art. 165, comma 1, precisa che “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”.

Non si può quindi ignorare che se l’art. 3 sembrerebbe ammettere la cittadinanza tanto delle concessioni “calde” quanto di quelle “fredde”, l’art. 165, richiamando la sola “vendita dei servizi resi al mercato”, parrebbe restringere il campo alle prime. Di tal che le operazioni “fredde” sarebbero destinate a trovare realizzazione (solo) con i contratti di partenariato pubblico privato, oggetto della differente disciplina di cui alla parte IV del codice²³⁶.

concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal codice De Lise, in Urb. e app., 2016, 8-9, 939.

²³⁶ E infatti, l’art. 180, comma 2, stabilisce testualmente che “nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell’operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall’ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna”. V. a riguardo M. RICCHI, *L’Architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici D.Lgs. 50/2016*, relazione tenuta il 15 marzo 2016, in occasione del Seminario SVIMEZ su *La nuova legge sugli Appalti. Aperture al diritto della concorrenza e opportunità per il Mezzogiorno*, in www.infoparlamento.it. Secondo l’A., la *ratio* di tale distinzione risiederebbe nella necessità “di regolare le operazioni di PPP, dove la PA è il principale soggetto pagatore (*main payer*), con specifiche prescrizioni per garantire che abbia intrapreso il procedimento più conveniente in termini di costi, tempi e livelli di performance”. Sul punto si tornerà comunque nel prosieguo trattando specificamente del PPP.

Potrebbe dunque affacciarsi l'ipotesi per cui le concessioni "fredde" sarebbero soggette non già alla normativa in tema di contratti di concessione, ma la diversa regolamentazione in tema di "partenariato pubblico privato e contraente generale". Con il che il legislatore nazionale dimostrerebbe di aver accolto una soluzione differente rispetto a quanto prospettato dalla normativa comunitaria. Come rilevato in dottrina, infatti, la direttiva concessioni, che non tratta affatto la categoria del partenariato pubblico privato, si sarebbe dovuta unitariamente applicare, ferma la *condicio sine qua non* della sussistenza di un rischio operativo, a tutte le seguenti fattispecie: realizzazione di opere "calde" e relativa gestione a favore dei cittadini; espletamento di servizi (con o senza opere strumentali) a favore dei cittadini; realizzazione di opere "fredde" e relativa gestione a favore dell'amministrazione; espletamento di servizi (con o senza opere strumentali) a favore dell'amministrazione²³⁷.

Bisogna peraltro dare atto del fatto che ad ingenerare ulteriore confusione contribuisce l'art. 180, comma 8, che annovera tra i contratti di PPP anche le concessioni di costruzione e gestione (rectius, di lavori, n.d.a.) e quelle di servizi che "presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti". Si cercherà comunque di dipanare l'apparente aporia nel paragrafo dedicato ai rapporti tra concessione e PPP.

²³⁷ V. G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, op. cit.

1. La fase di scelta del contraente.

Le concessioni, che, se di lavori, possono ben aver ad oggetto, accanto all'esecuzione dell'opera e alla fase gestionale, anche la progettazione²³⁸, sono affidate dalle stazioni appaltanti con un apprezzabile margine di libertà²³⁹. La discrezionalità dell'amministrazione nel predisporre la procedura, che potrebbe essere vista con sospetto nell'ottica tradizionale (in quanto spazio in cui si anniderebbe la corruzione e il favoritismo), è considerata nella concezione europea come uno degli strumenti fondamentali per assicurare il successo dell'istituto concessorio. Infatti, la complessità delle operazioni sottese ad esso e la necessità di una costante collaborazione tra pubblico e privato rendono necessario confezionare *ad hoc* il singolo progetto, piuttosto che affidarsi meccanicamente a protocolli standardizzati e predefiniti²⁴⁰.

Tale concetto di libertà, peraltro, richiama – o meglio presuppone – il più generale principio di “libera amministrazione”, di cui all'art. 2 della direttiva 2014/23/UE²⁴¹. Nella sua declinazione eurounitaria il

²³⁸ Art. 59, comma 1, ultimo periodo: “è vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità”.

²³⁹ V. art. 166, d.lgs. n. 50/2016.

²⁴⁰ G. FIDONE, op. cit., si rifà sul punto all'evocativa immagine dell'abito sartoriale contrapposto al modello di produzione di massa.

²⁴¹ V. anche la direttiva appalti (2014/24/UE) che sembra sottendere il medesimo principio laddove stabilisce (al considerando 5) che “nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la

principio in questione, infatti, non risulta limitato alle scelte dell'amministrazione in ordine all'individuazione e all'organizzazione della procedura di gara, ma – più in generale – allude alla stessa scelta (per così dire: “a monte”) fra il modello dell'autoproduzione e quello dell'esternalizzazione. Il principio in questione, invero, sembra rappresentare la traduzione normativa, a livello di diritto UE, del divieto di considerare il modello dell'autoproduzione (nonché dell'*in house providing*, che ne costituisce forse la traduzione più nota) quale modello succedaneo e ontologicamente cedevole rispetto a quello della messa a gara.

I principi e le disposizioni appena richiamati rendono evidente che, per il diritto europeo, le forme dell'autoproduzione e dell'internalizzazione (quali l'affidamento in regime di delegazione interorganica e il partenariato pubblico-pubblico) non rappresentano eccezioni al principio concorrenziale della messa a gara, bensì forme di attribuzione degli appalti e delle concessioni aventi pari dignità²⁴².

Tuttavia nel dibattito interno i termini della questione risultano ancora oggi impostati in modo ben differente. Ed infatti, nel declinare il richiamato principio di libera organizzazione nell'ordinamento nazionale, il legislatore

prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva”.

²⁴² In altri termini, per la visione europea, la prima opzione (*rectius*, libertà) che si pone per l'amministrazione pubblica che deve affidare un appalto o una concessione è quella fra l'internalizzazione e l'esternalizzazione e solo se tale scelta (non coercibile) si risolve in favore del secondo di tali modelli, allora risulterà necessario assicurare il pieno e coerente rispetto dei principi della libera concorrenza.

del nuovo codice sembrerebbe averne limitato la portata ben oltre quanto apparentemente consentito dal diritto eurounitario e dalla stessa legge di delega. In particolare, il richiamato art. 166 (rubricato, appunto, “principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche”) pare limitare l’effettiva applicazione di tale principio alla scelta ed organizzazione della procedura per la scelta del concessionario, nonché alla scelta del modo migliore per gestire l’esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi.

In definitiva, come opportunamente osservato a riguardo, la scelta del legislatore di richiamare in modo espresso (e apparentemente paradigmatico) la procedura per la scelta del concessionario sembra presupporre un orientamento normativo comunque contrario a forme di affidamento in regime di autoproduzione, proponendo il modello sostanzialmente unico della messa a gara²⁴³.

Comunque sia, per quanto riguarda la tipologia di procedura, come anticipato, l’art. 164, comma 2, si rifà, per quanto compatibili, alle disposizioni della parte I e II²⁴⁴.

Le modalità di affidamento sembrerebbero dunque essere: la procedura aperta²⁴⁵, quella ristretta, il dialogo

²⁴³ Cfr. C. CONTESSA, *Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni*, in *Urb. e app.*, 2016, 8-9, 933.

²⁴⁴ Quindi alle stesse procedure vevoli per gli appalti nei settori ordinari (artt. 59 – 65) e speciali (artt. 122 – 132).

²⁴⁵ V. però l’art. 171, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, secondo cui “la stazione appaltante può limitare il numero di candidati o di offerenti a un livello adeguato, purché ciò avvenga in modo trasparente e sulla base di criteri oggettivi. Il numero di candidati o di offerenti invitati a partecipare deve essere sufficiente a garantire un’effettiva concorrenza”.

competitivo, il partenariato per l'innovazione²⁴⁶ e la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando²⁴⁷.

Peraltro, attraverso la clausola di cui all'art. 171, comma 7²⁴⁸, le procedure *de quibus* sono soggette ad una potenziale moltiplicazione per effetto della così detta "variante negoziale", che introduce una dose di personalizzazione ed elasticità delle procedure certamente inedita in tema di *public procurement*.

Quanto al criterio di aggiudicazione, non parrebbe esservi dubbio sul fatto che le concessioni debbano essere assegnate sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ciò non tanto per il generale *favor* che la

²⁴⁶ Definito dall'art. 65, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, come la procedura alla quale le stazioni appaltanti possono ricorrere "nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può, in base a una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, a condizione che le forniture, servizi o lavori che ne risultano, corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti".

²⁴⁷ Sperimentabile alle condizioni di cui all'art. 63 del nuovo codice, riconducibili, come di consueto, grossomodo a tre gruppi di ipotesi: il fatto che la gara sia andata "deserta"; il caso di prestazione "infungibile"; la circostanza di imprevedibilità e urgenza.

²⁴⁸ "La stazione appaltante può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti. L'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non possono essere modificati nel corso delle negoziazioni".

nuova disciplina riserva a tale metodo, quanto piuttosto alla stregua del dato positivo degli artt. 95²⁴⁹ e 173²⁵⁰.

Quanto poi alle singole disposizioni dedicate alla tematica delle garanzie procedurali nell'affidamento delle concessioni, l'art. 170 recepisce le nuove prescrizioni in materia di requisiti recate dal considerando 67 e dall'art. 36 della direttiva concessioni, volte ad assicurare che le caratteristiche tecniche, fisiche, funzionali e giuridiche poste a base di gara non tendano a falsare o restringere il libero confronto concorrenziale.

Si tratta di un complesso di regole che presenta evidenti aspetti di contiguità disciplinare con la previsione in tema di fissazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice delle specifiche tecniche nell'ambito delle gare di appalto

²⁴⁹ Che limita, al comma 4, il criterio del prezzo più basso a contratti sotto soglia e a procedure afferenti a prodotti standardizzati: il che non è per le concessioni.

²⁵⁰ Il cui comma 2 dispone che “la stazione appaltante elenca i criteri di aggiudicazione in ordine decrescente di importanza”, così lasciando presupporre il necessario ricorso all'OEPV. Tra l'altro l'art. in questione, al comma 3, prevede che “se la stazione appaltante riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista utilizzando l'ordinaria diligenza, può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione di cui al comma 2, per tenere conto di tale soluzione innovativa. In tal caso, la stazione appaltante informa tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza dei criteri ed emette un nuovo invito a presentare offerte nel termine minimo di ventidue giorni di cui al suddetto comma 2, terzo periodo. Se i criteri di aggiudicazione sono stati pubblicati al momento della pubblicazione del bando di concessione, la stazione appaltante pubblica un nuovo bando di concessione, nel rispetto del termine minimo di trenta giorni di cui al comma 2, secondo periodo. La modifica dell'ordine non deve dar luogo a discriminazioni”.

per gli appalti nei settori ordinari. La disposizione in esame stabilisce che la fissazione dei richiamati requisiti tecnici e funzionali (i quali possono anche riferirsi allo specifico processo di esecuzione dei lavori o di fornitura dei servizi richiesti) debba comunque essere parametrata e congruente rispetto al valore e agli obiettivi del contratto.

Dunque, i requisiti tecnici e funzionali (che possono includere anche livelli di qualità, di prestazione ed effetti sul clima) non possono – in via tendenziale – fare riferimento a una fabbricazione o provenienza determinata o a un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un determinato operatore economico, né a marchi, brevetti, tipi o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Ai sensi del comma 2 dell’art. 170, tuttavia, tale riferimento è autorizzato, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell’oggetto del contratto non sia possibile. In tali ipotesi particolari, un siffatto riferimento è accompagnato dall’espressione “o equivalente”. Ai sensi dell’art. 170, comma 3, al concorrente è comunque consentito di provare, con qualsiasi mezzo idoneo, che le soluzioni da lui proposte, pur se non puntualmente conformi ai requisiti richiesti dalla documentazione di gara, soddisfino comunque in maniera equivalente i requisiti tecnici e funzionali richiesti²⁵¹.

L’art. 171 disciplina poi le garanzie procedurali riferite ai criteri di aggiudicazione e consente all’amministrazione aggiudicatrice di determinare *ex ante* i requisiti minimi delle offerte, ivi compresi “le condizioni e le caratteristiche tecniche, fisiche, funzionali e giuridiche che

²⁵¹ Sul punto v. *infra*.

ogni offerta deve soddisfare o possedere”. Si tratta di una disciplina evidentemente di principio e dal contenuto meno rigoroso e dettagliato rispetto a quella relativa all’aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari e nei settori speciali. Ai sensi del comma 3, il bando di concessione deve comunque indicare la generale descrizione della concessione e delle condizioni di partecipazione; il vincolo per i concorrenti alla realizzazione del piano finanziario e al rispetto dei tempi previsti per la realizzazione degli investimenti; la descrizione dei criteri di aggiudicazione ovvero l’indicazione dei requisiti minimi da soddisfare.

I successivi commi 4 e 5 dell’art. 171 confermano il carattere generale e di principio delle regole in tema di garanzie procedurali. Viene in particolare previsto che la possibilità per la stazione appaltante di limitare il numero dei candidati e gli offerenti a un livello adeguato sia subordinata alla previa fissazione di criteri oggettivi e trasparenti. Le modalità relative allo svolgimento della procedura devono naturalmente essere rese note a tutti i partecipanti in via preventiva, così come le eventuali modifiche.

L’art. 172 regola invece la tematica della selezione e valutazione qualitativa dei candidati. La disposizione in esame consente in primo luogo alle stazioni appaltanti di verificare²⁵² le condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica dei candidati o degli offerenti, “sulla base di certificazioni, autocertificazioni o attestati che devono

²⁵² Similmente a quanto avviene per i settori ordinari e per i settori speciali, ai sensi dell’art. 135, d.lgs. n. 50/2016.

essere presentati come prova”²⁵³. Allo stesso modo, risulta chiaramente comune alla disciplina in tema di appalti nei settori ordinari e nei settori speciali la previsione secondo cui “le condizioni di partecipazione sono correlate e proporzionali alla necessità di garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell’oggetto della concessione e dell’obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva”.

L’art. 173 (rubricato “termini, principi e criteri di aggiudicazione”) stabilisce in primo luogo, con disposizione dall’evidente valenza generale, che le concessioni sono aggiudicate sulla base dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza di cui all’art. 30 (nonché sulla base degli affini principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità di cui al medesimo art. 30). Sotto tale aspetto l’articolo in esame conferma puntualmente la scelta – già fatta propria dalla direttiva – di non riservare all’aggiudicazione delle concessioni una disciplina di carattere puntuale, rinunciando alla puntuale determinazione dei singoli criteri.

Tralasciando altri aspetti pur di assoluto interesse, quale quello dell’avvalimento²⁵⁴, si può appuntare l’attenzione su due norme il cui contenuto innovativo merita una brevissima riflessione.

²⁵³ È evidente al riguardo la similitudine fra la disposizione in questione e il contenuto dell’art. 85 del codice in tema di documento di gara unico europeo (DGUE).

²⁵⁴ L’avvalimento viene espressamente ammesso in tema di concessioni, anche nella forma “infra gruppo”, v. art. 172, comma 2, d.lgs. n. 50/2016. Sulla generale compatibilità fra l’istituto della concessione e lo strumento dell’avvalimento, cfr. comunque, già prima del codice, Cons. St., sez. IV, 9 novembre 2015, n. 5091, in www.giustizia-amministrativa.it.

La prima di queste è contenuta nell'art. 30, espressamente richiamato dall'appena citato art. 173, comma 1. Il comma 7 dell'art. 30 stabilisce che “i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese”.

Orbene, la citata disposizione si attaglia con una certa difficoltà alle concessioni, che, lo ricorda, rimangono comunque contratti di importo superiore alla soglia comunitaria. Non sembra dunque così agevole postulare un reale coinvolgimento delle PMI, a meno che di considerare l'ipotesi della divisione in lotti, la quale tuttavia se per gli appalti sembrerebbe costituire la via maestra²⁵⁵, per le concessioni parrebbe relegata a mera possibilità²⁵⁶.

La seconda norma è recata dal pure citato art. 170, comma 3, secondo il quale “le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori non possono escludere un'offerta sulla base della giustificazione secondo cui i lavori e i servizi offerti non sono conformi ai requisiti tecnici e funzionali richiesti nei documenti di gara, se l'offerente prova, con qualsiasi mezzo idoneo, che le soluzioni da lui proposte con la propria offerta soddisfano in maniera equivalente i requisiti tecnici e funzionali”.

Tale principio di equivalenza, ispirato ad una logica efficientistica e sostanziale di chiara matrice europea²⁵⁷, si

²⁵⁵ V. art. 51, comma 1, del nuovo codice, secondo cui “le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti”.

²⁵⁶ V. art. 167, comma 7, d.lgs. n. 50/2016, a mente del quale la suddivisione in lotti è solo una eventualità (“quando un'opera o un servizio proposti possono dar luogo all'aggiudicazione di una concessione per lotti distinti”). Ci si permette di osservare come, comunque, le PMI potrebbero comunque trovare maggiore spazio in sede di subappalto.

²⁵⁷ V. considerando 67, dir. 2014/23/UE.

deve però confrontare con la logica formalistica che permea tradizionalmente le procedure di appalto o, quantomeno, l'approccio che ad esse hanno le stazioni appaltanti²⁵⁸. Sarà dunque curioso verificare nella prassi l'applicazione e l'interpretazione che saranno date alla menzionata regola.

Concludendo, il legislatore delegato (al pari di quello europeo), al di là delle peculiarità brevemente esaminate, non ha operato sul delicato tema dell'affidamento delle concessioni scelte di campo dal forte valore innovativo, limitandosi, piuttosto, a recare una disciplina di principio, senza rinunciare tuttavia a dare alla materia un'impronta di fondo²⁵⁹.

Sarebbe però ingeneroso negare in assoluto l'importanza dell'intervento normativo del nuovo codice sul tema in esame. Al contrario, il primo risultato conseguito dalla recente codificazione è rappresentato proprio dal fatto che si sia reso finalmente possibile enucleare una disciplina organica – pur se di massima – in tema di affidamento delle concessioni. Si è raggiunto, infatti, un obiettivo lungamente perseguito e, come visto nel capitolo precedente, in passato puntualmente disatteso.

²⁵⁸ Si pensi, in particolare, al rigoroso sistema di regole in tema di requisiti di partecipazione e di loro comprova.

²⁵⁹ Si pensi in particolare alla decisa virata in favore del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1 Le concessioni sotto-soglia, anche alla luce di Consiglio di Stato, comm. spec., 13 settembre 2016, n. 1903.

Come detto, a mente dell'art. 35, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016, le disposizioni codicistiche si applicano alle concessioni aventi valore pari o superiore alla soglia comunitaria²⁶⁰.

Si tratterà dunque di verificare la sorte spettante alle concessioni sotto-soglia.

Potrebbe *prima facie* ipotizzarsi, in ossequio ad un approccio interpretativo letterale, che queste ultime siano *tout-court* espunte dalla disciplina codicistica. Di tal che ad esse sarebbero applicabili esclusivamente i principi del Trattato, non dissimilmente da quanto già visto per le concessioni di beni ed in aderenza a quanto stabilito dall'art. 4 del codice per i contratti esclusi in tutto o in parte dal suo ambito di applicazione²⁶¹.

Tale conclusione, peraltro, sembrerebbe in linea con la *ratio* dell'intervento eurounitario in materia, tenuto presente che per l'ordinamento sovranazionale ciò che rileva è il chiaro interesse transfrontaliero della commessa²⁶².

²⁶⁰ La norma recepisce l'art. 8, par. 1, dir. 2014/23/UE.

²⁶¹ “L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica”.

²⁶² Cfr. considerando 23, dir. 2014/23/UE: “la presente direttiva dovrebbe applicarsi unicamente ai contratti di concessione il cui valore sia pari o superiore a una determinata soglia, che dovrebbe riflettere il chiaro interesse transfrontaliero delle concessioni per gli

Ad una più attenta riflessione, tuttavia, tale soluzione non appare convincente. Ed infatti, condurrebbe al paradosso per cui il nuovo codice – che pure ha per la prima volta disciplinato organicamente il settore delle concessioni – recherebbe in sé una *deminutio* delle garanzie di trasparenza e concorrenza rispetto alla normativa previgente. Invero, è il caso di rammentare che il d.lgs. n. 163/2006, quanto alle concessioni, non aveva introdotto una distinzione basata sul valore del contratto. In altri termini, le regole ivi previste si applicavano alle concessioni di lavori pubblici e alle concessioni di servizi quale che ne fosse la rilevanza economica²⁶³. Con il

operatori economici con sede in Stati membri diversi da quello dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore”.

²⁶³ V. art. 3, comma 17, d.lgs. n. 163/2006, relativo ai contratti sotto-soglia. Tradotto in concreto, “dovevano ritenersi sotto soglia i contratti per appalti e servizi inferiori a euro 134.000 (se aggiudicati da autorità governative) o a euro 207.000 (se affidati da altre PP.AA.) ed i contratti per appalti di lavori di importo inferiore ad euro 5.186.000 (art. 28, interpretato alla luce del Regolamento europeo n. 1336/2013). Erano considerati egualmente sotto soglia gli appalti di servizi affidati da soggetti privati di valore inferiore a euro 193.000, nonché i lavori di edilizia relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a funzioni pubbliche amministrative di importo superiore a un milione di euro, per la cui realizzazione era previsto un contributo di un'amministrazione aggiudicatrice superiore al 50% dell'importo dei servizi (art. 32, comma 1, lett. e); l'affidamento di incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori e di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo di importo pari o superiore a euro 100.000 (art. 91); i concorsi di progettazione di valore superiore a euro 125.000, se banditi da autorità governative od a euro 193.000 se banditi da altre amministrazioni o nei casi specifici indicati dall'art. 99; per gli appalti di forniture nel settore della difesa, la soglia era di euro

risultato che la normativa abrogata, che pur regolamentava in maniera “puntiforme” e frammentaria la materia delle concessioni, si rivelerebbe – con riferimento al “sotto-soglia” – quasi più rigorosa della nuova. Ciò apparirebbe in particolare evidente proprio per le concessioni di servizi, tenendo presente che l’abrogato art. 30, d.lgs. n. 163/2006, abbozzava quantomeno i caratteri della procedura selettiva²⁶⁴, diversamente da quanto avverrebbe oggi seguendo la linea interpretativa della completa esclusione delle concessioni inferiori alla soglia comunitaria dal perimetro del d.lgs. n. 50/2016.

Ecco dunque la necessità di trovare “altrove” la soluzione all’apparente aporia.

Nel fare ciò, è necessario appuntare l’attenzione sull’art. 36 del nuovo codice (rubricato “contratti sotto soglia”), al fine di comprendere se anche le concessioni argomento del presente paragrafo possano seguirne il regime di regolamentazione.

Il dubbio nasce dal fatto che l’art. 36, comma 1, del nuovo codice riguarda l’“affidamento e l’esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all’articolo 35”, con ciò sembrando alludere agli appalti

125.000 per i prodotti indicati nell’allegato V e di euro 193.000 per tutti gli altri (art. 196); la soglia diventava di euro 387.000 per appalti di fornitura e servizi o di euro 4.845.000 per gli appalti di lavori nei settori speciali (art. 215) e di euro 387.000 per i concorsi di progettazione nei suddetti settori speciali (art. 235)” (F. MANGANARO, *Soglie di rilevanza comunitaria nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 8-9, 948).

²⁶⁴ Richiedendo cioè lo svolgimento di una gara informale a cui invitare almeno cinque concorrenti, (“se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all’oggetto della concessione”), con predeterminazione dei criteri selettivi.

(tipicamente infatti tripartiti in lavori, servizi e forniture) e non (anche) alle concessioni.

Ebbene, nel rispondere all'interrogativo non si può prescindere dall'analisi delle "linee guida" formulate dall'ANAC in attuazione dell'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 50/2016²⁶⁵.

Ora, l'Autorità anticorruzione, nell'atto in commento, ha innanzitutto ricordato come "le stazioni appaltanti possono ricorrere, nell'esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie, anziché a quelle semplificate, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale"²⁶⁶.

Ma, ciò che più conta ai fini della presente indagine, ha espressamente sancito – trattando dell'"oggetto e ambito di applicazione" – che "le stazioni appaltanti verificano se per un appalto o una concessione di dimensioni inferiori alle soglie di cui all'art. 35 del Codice vi sia un interesse transfrontaliero certo in conformità ai criteri elaborati dalla Corte di Giustizia, quali, a titolo esemplificativo, il luogo dell'esecuzione, l'importanza economica e la tecnicità dell'intervento, le caratteristiche del settore in questione". Nel qual caso, "per l'affidamento di appalti e concessioni

²⁶⁵ "L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure di cui al presente articolo, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici". Trattasi delle linee guida n. 4, di cui alla Delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, in www.anticorruzione.it.

²⁶⁶ V. art. 36, comma 2, d.lgs. n. 50/2016. Ciò significa che, pur a fronte di una concessione sotto-soglia, nulla vieta all'amministrazione di fare applicazione della disciplina ordinaria prevista dal codice.

di interesse transfrontaliero certo le stazioni appaltanti adottano le procedure di gara adeguate e utilizzano mezzi di pubblicità atti a garantire in maniera effettiva ed efficace l'apertura del mercato alle imprese estere" (corsivi aggiunti, n.d.a.).

L'ANAC, in tal modo, ha chiaramente confermato l'applicabilità delle norme di cui all'art. 36, d.lgs. n. 50/2016, anche alle concessioni sotto-soglia.

Il Consiglio di Stato, da parte sua, è stato chiamato ad esprimersi in via consultiva dall'ANAC sulle menzionate linee guida²⁶⁷. Orbene, il Collegio, dato comunque atto che le linee guida in questione "possono essere annoverate tra le linee guida dell'ANAC non vincolanti", ha pedissequamente recepito – senza osservazioni di sorta – le considerazioni svolte dall'Autorità circa l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 36 nell'atto di indirizzo in esame. Con il che può dirsi formata, anche se non a livello di *ius cogens*, una prassi interpretativa condivisa nel senso che la normativa in tema di contratti sotto-soglia possa rivolgersi non solo agli appalti, bensì anche ai contratti di concessione, naturalmente nei limiti di compatibilità.

Acquisito questo fondamentale dato, può sinteticamente passarsi all'esame della disciplina recata dall'art. 36 in parola.

Ai contratti sotto soglia si applicano innanzitutto i principi e le regole che attengono alla pubblicità, alla trasparenza ed all'accesso, quali, in primo luogo i già menzionati principi in tema di contratti esclusi, di cui

²⁶⁷ Cons. St., comm. spec., parere 13 settembre 2016, n. 1903, in www.giustizia-amministrativa.it.

all'art. 35, d.lgs. n. 50/2016²⁶⁸. In particolare, quanto alla pubblicità, quando l'art. 29 prevede gli obblighi di pubblicazione nella sezione "amministrazione trasparente" dei siti delle singole amministrazioni, si riferisce a "tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori", senza eccezione alcuna per quanto concerne le soglie. Allo stesso modo, l'art. 30, direttamente richiamato dall'art. 36, comma 1, stabilisce

²⁶⁸ Sottolinea R. PROIETTI, *Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche*, in *Corr. giur.*, 2016, 8-9, 1041, che "nel documento ANAC sulle linee guida attuative del nuovo codice, relativo alle «Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici», si afferma che nell'espletamento di tali procedure le stazioni appaltanti operano in aderenza: a) al principio di economicità, l'uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto; b) al principio di efficacia, la congruità dei propri atti rispetto al conseguimento dello scopo cui sono preordinati; c) al principio di tempestività, l'esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di obiettive ragioni; d) al principio di correttezza, una condotta leale ed improntata a buona fede, sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione; e) al principio di libera concorrenza, l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati; f) al principio di non discriminazione e di parità di trattamento, una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione; g) al principio di trasparenza e pubblicità, la conoscibilità delle procedure di gara, nonché l'uso di strumenti che consentano un accesso rapido ed agevole alle informazioni relative alle procedure; h) al principio di proporzionalità, l'adeguatezza ed idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento; i) al principio di rotazione, il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese".

che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti di appalto debbano garantire "principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza", nonché "i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice". La previsione pare certamente applicabile anche alle concessioni, dato che l'art. 30 è direttamente richiamato dall'art. 173, in tema di "termini, principi e criteri di aggiudicazione" dei contratti di concessione.

È tuttavia evidente che i contratti sotto soglia continuano a godere di un regime speciale, giustificato dalla minore entità dell'importo e, perciò, dall'inutilità di aggravamenti procedurali. In tale ottica, i contratti sotto soglia vengono divisi in più categorie, prevedendo eccezioni maggiormente limitate per quelli che più si avvicinano alla soglia europea.

Così, i contratti di importo inferiore a euro quarantamila possono essere affidati in via "fiduciaria" o, per i lavori, svolti in amministrazione diretta (art. 36, comma 2, lett. a)²⁶⁹.

Elevandosi l'entità del contratto, le eccezioni al regime europeo continuano a sussistere, ma si attenuano. Così per affidamenti di importo pari o superiore a euro quarantamila e inferiore a euro centocinquantamila per i lavori, o alle soglie di cui all'art. 35 per i servizi, si può adottare una procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno cinque operatori economici (oppure dieci per i lavori di importo pari o superiore a euro centocinquantamila ed inferiore a un milione di euro), individuati sulla base di indagini di mercato o tramite

²⁶⁹ Il caso in esame ovviamente si attaglia assai difficilmente alle concessioni.

elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione (art. 36, comma 2, lett. b e c).

Le eccezioni al regime ordinario non si fermano alle modalità di affidamento.

Per quanto concerne le commissioni di aggiudicazione, mentre per i contratti sopra soglia aggiudicati con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa la commissione giudicatrice deve – ai sensi del nuovo codice – essere costituita da commissari scelti nel neo-istituito albo presso l'ANAC, per i contratti sotto soglia la commissione può essere nominata dalla stessa stazione appaltante tra i suoi componenti interni.

Inoltre, derogando alla preferenza accordata dal nuovo codice al principio dell'offerta economicamente più vantaggiosa come metodo privilegiato di aggiudicazione, si stabilisce l'utilizzabilità del criterio del prezzo più basso tra l'altro per i lavori fino a un milione di euro e per tutti i servizi sotto-soglia caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo (art. 95, commi 3 e 4). Ebbene, con riferimento a tale tematica, l'estensione della possibilità del ricorso al criterio del prezzo più basso alle concessioni sotto-soglia dovrebbe essere oggetto di attenta ponderazione, dato che potrebbe porsi in antitesi con lo spirito complessivo della novella legislativa, la quale, come sopra chiarito, propende decisamente, in materia di concessioni, per l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Bisogna infine tenere presente, sullo sfondo, che l'ANAC, nelle più volte citate linee guida, ha rilevato che il rispetto dei principi indicati dal nuovo codice impone una rivisitazione delle prassi abitualmente seguite dalle stazioni appaltanti nelle procedure sotto-soglia, soprattutto

nel senso dell'adozione di procedure improntate ad una maggiore trasparenza nella scelta del contraente.

In sostanza, il richiamo ai citati principi induce ad escludere che i contratti sotto soglia (ivi incluso l'affidamento diretto) possano essere frutto di scelte arbitrarie. Quindi, le stazioni appaltanti devono definire *a priori* ed esplicitare (in relazione a ciascun caso di specie) i criteri per la selezione degli operatori economici, con riferimento allo specifico contratto, oltre ad assicurare adeguate forme di pubblicità agli esiti delle procedure di affidamento.

Ciò che dovrebbe contribuire a vigilare sul fatto che le eccezioni procedurali in tema di sotto-soglia non vengano artificiosamente utilizzate per eludere le regole necessarie per i contratti di maggiore importo²⁷⁰.

²⁷⁰ Cfr. R. DE NICTOLIS, op. cit., la quale sottolinea che “sarà necessaria una vigilanza rafforzata sul settore del sotto soglia, e un monitoraggio volto a verificare sia la dimensione economica degli affidamenti che consentono maggiore flessibilità, sia se il loro impiego è oggettivamente giustificato o costituisce elusione delle regole di maggior rigore”.

1.2 L'aggregazione dal lato della domanda: il non felice precedente degli affidamenti nel settore del gas naturale.

L'art. 37 del d.lgs. n. 50/2016 disciplina, tra l'altro, la tematica delle centrali di committenza²⁷¹. Volendo tentare una ricostruzione schematica del nuovo sistema, si può affermare che, ai sensi della disposizione, tutte le stazioni appaltanti possono procedere direttamente ad acquisire forniture e servizi solo fino a euro quarantamila e lavori solo fino a euro centocinquantamila. Per contratti oltre tale soglia, le stazioni appaltanti si trovano di fronte ad un'alternativa. Possono chiedere di essere qualificate ed inserite nell'apposito elenco tenuto dall'ANAC, secondo le regole di cui all'art. 38. Ovvero, devono ricorrere ad una centrale di committenza, oppure aggregarsi ad altre stazioni appaltanti qualificate²⁷², oppure ancora – ma solo per i comuni non capoluogo di provincia – ricorrere alle SUA (stazioni uniche appaltanti) istituite presso le provincie.

In sede di recepimento delle direttive europee è dunque stato costruito dal legislatore italiano un circuito “chiuso”. Come è stato osservato²⁷³, tuttavia, quella italiana sarebbe

²⁷¹ In precedenza normato dall'art. 33, d.lgs. n. 163/2006.

²⁷² I criteri per ottenere la qualificazione come stazione appaltante sono da definirsi con d.P.C.M. ai sensi dell'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, ma è prevedibile fin d'ora che gran parte dei piccoli comuni non avranno le risorse sufficienti per richiedere la qualificazione e quindi saranno costretti a rivolgersi alle centrali di committenza (ovvero ad aggregarsi ad altre stazioni appaltanti qualificate), il che è, in effetti, l'obiettivo chiaramente perseguito dalla norma.

²⁷³ Cfr. in particolare M. E. COMBA, *Aggregazioni di contratti e centrali di committenza: la disciplina europea ed il modello*

una centralizzazione “relativa”, in quanto prevede comunque una rete di organismi aggregatori, attualmente limitati ad un massimo di trentacinque, ma soprattutto consente, come alternativa all’obbligo di ricorrere alle centrali di committenza, la già menzionata aggregazione con stazione appaltante qualificata (art. 37, comma 3, d.lgs. n. 50/2016), che parrebbe dar luogo ad un’aggregazione duratura, se non addirittura istituzionalizzata.

Un ulteriore elemento che sembra caratterizzare in modo originale il modello italiano si ricollega a quanto stabilito dal comma 12 dell’art. 37 del nuovo codice, il quale impone alle stazioni appaltanti di motivare la scelta della centrale di committenza “sulla base del principio di buon andamento dell’azione amministrativa”. Se tale disposizione non può essere letta nel senso di obbligare le stazioni appaltanti ad un confronto concorrenziale nella scelta della centrale di committenza, essa non può peraltro essere ridotta ad una semplice clausola di stile in merito all’obbligo di motivazione. La citata disposizione pare dotata di una certa originalità rispetto a quanto stabilito a livello comunitario, laddove si sottrae la scelta della centrale di committenza dagli obblighi di procedura concorsuale, consentendosi quindi “l’affidamento diretto” senza obbligo di motivazione.

Il citato art. 12 evoca peraltro il tema del finanziamento delle centrali di committenza: se, cioè, esse traggano le loro risorse dalla fiscalità generale, oppure esigano un corrispettivo per i loro servizi, che può generalmente

italiano, in *Urb. e app.*, 2016, 10, 1053. V. anche sull’argomento L. FIORENTINO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, 436.

essere richiesto sotto forma di commissione alle stazioni appaltanti committenti oppure agli operatori economici aggiudicatari dei contratti. Nel primo caso (accesso gratuito alla centrale di committenza) l'obbligo di motivazione sarà più attenuato, mentre nel secondo caso (accesso oneroso alla centrale di committenza) pare inevitabile pretendere una motivazione che contenga almeno un accenno di comparazione circa i prezzi ed i servizi offerti. Né la normativa europea né quella italiana forniscono comunque una risposta in merito.

Così sinteticamente tracciato il quadro della nuova disciplina, deve affrontarsi il tema dell'applicabilità della stessa ai contratti di concessione.

Ebbene, vi sono plurimi elementi per ritenere che il dubbio possa essere risolto in maniera positiva.

Intanto, la scelta terminologica adottata dall'art. 37 in commento non è di ostacolo a tale soluzione. La norma discorre di "stazioni appaltanti", ciò che potrebbe far sorgere il dubbio della riferibilità ai soli appalti. Così tuttavia non è, posto che il concetto di stazione appaltante è onnicomprensivo e che, tra l'altro, l'art. 3, comma 1, lett. uu) e vv), in tema di concessioni di lavori e di servizi, contiene appunto l'espressione "stazioni appaltanti" per identificare le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che affidano le concessioni.

Non basta. Lo stesso art. 37 in più punti fa riferimento espresso alle concessioni. Il comma 5 sancisce infatti che "in caso di concessione di servizi pubblici locali di interesse economico generale di rete, l'ambito di competenza della centrale di committenza coincide con l'ambito territoriale di riferimento (ATO), individuato ai sensi della normativa di settore". Ma soprattutto, ai sensi del comma 10, "due o più stazioni appaltanti che decidono di eseguire congiuntamente appalti e concessioni specifici

e che sono in possesso, anche cumulativamente, delle necessarie qualificazioni in rapporto al valore dell'appalto o della concessione, sono responsabili in solido dell'adempimento degli obblighi derivanti dal presente codice. Le stazioni appaltanti provvedono altresì ad individuare un unico responsabile del procedimento in comune tra le stesse, per ciascuna procedura, nell'atto con il quale hanno convenuto la forma di aggregazione in centrale di committenza di cui al comma 4 o il ricorso alla centrale di committenza” (corsivo aggiunto, n.d.a.).

Una volta accertata la riferibilità alle concessioni della disciplina in tema di aggregazione dal versante dei soggetti affidanti²⁷⁴, ci si dovrà domandare se la stessa sia in blocco applicabile o meno.

Per rispondere a tale questione si deve tenere presente che, già con riferimento agli appalti, il disegno delineato dall'art. 37 potrebbe sollevare alcuni problemi di compatibilità con la normativa europea. Infatti, l'art. 37, par. 1, della direttiva 2014/24/UE consente agli Stati membri di prevedere che determinati appalti siano realizzati mediante ricorso alle centrali di committenza, ma, appunto, limita tale facoltà a “determinati appalti”. Il legislatore italiano, di contro, ha certamente dilatato la portata dell'eccezione facendola diventare la normalità.

Orbene, tali perplessità sono destinate ad acuirsi con riferimento alle concessioni. Infatti, la direttiva 2014/23/UE si limita, in vari passaggi, a prevedere la mera possibilità che le concessioni siano affidate da più

²⁷⁴ Tesi condivisa anche dalle prime elaborazioni dottrinali all'indomani del varo del nuovo codice, cfr. P. COSMAI, *La nuova governance degli appalti pubblici: partono le linee guida ANAC*, in *Azienditalia*, 2016, 6, II.

amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori, senza in alcun modo stabilire una qualche regola a riguardo.

Alla luce di ciò, affermare che il sistema dell'art. 37 del nuovo codice sia applicabile *in toto* alle concessioni sarebbe certamente un azzardo, tenendo soprattutto presente che la concessione come modellata dalla normativa comunitaria e da quella nazionale di recepimento, è un istituto, come altrove si è ricordato, "sartoriale". Cioè un istituto costruito ad uso e consumo delle specifiche esigenze di ogni singola amministrazione, che sembrerebbe rifuggire, pertanto, il portato in qualche modo "standardizzante" sotteso ad una forma obbligatoria di aggregazione, piuttosto che di sottoposizione ad una centrale di committenza o ad una stazione unica appaltante.

Effettuate tutte queste doverose premesse, pare comunque opportuno, soprattutto nell'eventualità che dovesse venire disattesa la ricostruzione proposta (così da predicare invece, l'integrale soggezione delle concessioni al regime dell'art. 37 del nuovo codice), analizzare brevemente un caso tipico di "centralizzazione" degli affidamenti in concessione, cioè quello relativo all'assegnazione in concessione del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale²⁷⁵.

A tutt'oggi la normativa di base per l'affidamento del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale è contenuta negli artt. 14 e 15 del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, che prevedono l'obbligo di procedere a gara ed i

²⁷⁵ Si ritiene invece di prescindere dall'esame del settore idrico e della relativa disciplina degli ambiti territoriali ottimali, attesa la sostanziale nebulosità della materia, anche alla luce della situazione di stallo in ordine al disegno di legge sul servizio idrico (A.S. n. 2343, in *www.senato.it*).

tempi entro i quali porre in essere tale attività, anche nell'ambito del regime di transizione riguardante le concessioni in vigore. I termini per l'adeguamento del sistema ai principi fissati con il d.lgs. n. 164/2000 sono stati peraltro più volte prorogati, sicché solo a partire dal 31 dicembre 2010 il servizio di distribuzione di gas naturale avrebbe dovuto essere affidato mediante procedura ad evidenza pubblica.

L'art. 46-*bis* del d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, ha dapprima consentito lo svolgimento delle gare a livello sovracomunale, con riguardo ad ambiti territoriali minimi riferiti a bacini ottimali di utenza, selezionati in base a criteri di efficienza e riduzione dei costi. La citata disposizione ha in particolare previsto l'emanazione, entro un anno dall'entrata in vigore della relativa legge di conversione, di decreti interministeriali aventi ad oggetto sia la fissazione dei criteri di gara e di valutazione delle offerte, sia l'individuazione degli ambiti territoriali minimi. Si è ritenuto pertanto che, fino all'approvazione della normativa secondaria sopra indicata, rimanesse integra la potestà dei comuni di bandire la gara limitatamente al proprio territorio, e che il ricorso all'ambito territoriale minimo fosse meramente facoltativo²⁷⁶.

La definizione degli ambiti territoriali, poi, è avvenuta soltanto con il decreto del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro per i rapporti con le Regioni e la coesione territoriale 19 gennaio 2011

²⁷⁶ Cfr. Cons. St., sez. V, 4 gennaio 2011, n. 2, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2011, 1, 249 e T.A.R. Umbria, sez. I, 13 gennaio 2011, n. 1, in *Foro amm. - TAR*, 2011, 1, 78. Sul punto v anche S. CALVETTI, *Condizioni per la proroga del servizio di distribuzione del gas. Il commento*, in *Urb. e app.*, 2014, 4, 445.

(“Determinazione degli ambiti territoriali nel settore della distribuzione del gas naturale”), entrato in vigore il 1° aprile 2011. Mentre con il decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per i rapporti con le Regioni e la coesione territoriale 18 ottobre 2011, recante “Determinazione dei Comuni appartenenti a ciascun ambito territoriale del settore della distribuzione del gas naturale”, è stata completata la procedura attraverso l’aggregazione dei comuni per ambito territoriale.

Con l’art. 3, comma 3, del d.m. 19 gennaio 2011 è stato dunque previsto il divieto, per i comuni, di indire gare individuali a partire dal 1° aprile 2011, rendendo obbligatorio l’affidamento del servizio sulla base dei bacini ottimali, con previsione della sospensione delle gare in corso. La disposizione regolamentare, comunque, è stata sostanzialmente superata dall’art. 24, comma 4, del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93, entrato in vigore il 29 giugno 2011, il quale ha previsto che, a decorrere da tale data, gli enti locali debbano effettuare le gare per l’affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale unicamente sulla base degli ambiti territoriali di cui all’art. 46-*bis*, comma 2, del d.l. n. 159/2007.

Il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, cosiddetto “Decreto crescita”, come convertito in legge, all’art. 37 ha poi previsto che siano fatti salvi, da qualsiasi altra disposizione in materia di definizione degli ambiti territoriali, gli ambiti per la distribuzione del gas, già individuati ai sensi del più volte menzionato art. 46-*bis*, in relazione ai quali sussiste l’obbligo di espletamento delle gare.

Tale norma era in qualche modo legata alla questione di costituzionalità sollevata, in relazione all’art. 24, comma 4,

d.lgs. n. 93/2011, dal T.A.R. per la Lombardia²⁷⁷. Il tribunale meneghino ha sottoposto alla Corte costituzionale questione di legittimità costituzionale su detta disposizione legislativa, laddove la stessa ha inibito agli enti locali l'indizione delle procedure di gara volte all'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, “finché non saranno divenuti operativi gli ambiti territoriali di cui all'art. 46-*bis*, comma 2, D.L. n. 159/2007”. In particolare, il T.A.R. lombardo ha ritenuto non manifestamente infondata la questione, rilevando che “la direttiva n. 2009/73/CE [...] non rechi alcuna disposizione concernente la scelta, da parte dello Stato membro, circa la dimensione territoriale di affidamento del servizio”.

La Corte costituzionale, comunque, ha dichiarato infondata la questione proposta²⁷⁸.

Orbene, già la sintesi, anche a livello diacronico, della tortuosa vicenda inerente al “sistema d'ambito” nel settore del gas rende evidente la criticità della tematica. Al di là di questo, comunque, possono brevemente tracciarsi alcune delle problematiche emerse nel settore esaminato, che ben potrebbero “esportarsi” in un più generale quadro di affidamento “congiunto”, o di “area vasta” che dir si voglia, di contratti di concessione, con particolare riguardo alle concessioni relative a servizi pubblici. In primo luogo, emerge l'aspetto della possibile diversa scadenza delle concessioni riferite alle varie amministrazioni coinvolte²⁷⁹. In secondo luogo, vi è la questione della

²⁷⁷ T.A.R. Lombardia-Milano, sez. I, ordinanza 15 febbraio 2011, n. 539, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁷⁸ Corte cost., 7 giugno 2013, n. 134, in *Foro it.*, 1, I, 43.

²⁷⁹ Tematica che nel settore del gas naturale è stata risolta dalle fonti in modo non ben chiaro. In sostanza, nell'ipotesi in cui le concessioni abbiano scadenze differenti tra di loro, fermo l'obbligo

amministrazione destinata ad assumere le funzioni di stazione appaltante e dei poteri di indirizzo e programmazione esercitabili dagli altri enti coinvolti nell'unica gara. Ma soprattutto, emerge un ulteriore aspetto ben evidenziato in giurisprudenza, legato cioè ai possibili effetti di chiusura della concorrenza legati alla necessità di attendere la concreta organizzazione delle forme (obbligatorie) di aggregazione, con frustrazione della facoltà di procedere all'affidamento da parte della singola amministrazione interessata²⁸⁰.

per gli enti locali interessati, riuniti all'interno del medesimo ATEM, di affidare il servizio di distribuzione gas previsto dall'art. 14, comma 1, d.lgs. n. 164/2000, tramite gara unica, sarà necessario che gli enti locali appartenenti ad un ambito individuino un'amministrazione o un'organizzazione già istituita cui delegare l'espletamento della procedura di gara, quale il comune capoluogo o la provincia.

²⁸⁰ V. Cons. St., sez. V, 12 novembre 2013, n. 5419, in *Foro amm.* - *CDS.*, 2013, 11, 3106. Per Cons. St., sez. V, 22 giugno 2010, n. 3890, *Foro amm.* - *CDS*, 2010, 6, 1284, un singolo comune può legittimamente bandire isolatamente la propria procedura ad evidenza pubblica di affidamento del servizio anche in assenza dei criteri di gara e di valutazione dell'offerta e della previa identificazione dei bacini ottimali di utenza di cui all'art. 46-*bis* del d.l. n. 159/2007. Nello stesso senso si è espresso Cons. St., n. 2/2011 cit., secondo cui il singolo comune può legittimamente bandire isolatamente la propria procedura ad evidenza pubblica di affidamento del servizio di distribuzione del gas, anche in assenza della previa identificazione dei bacini ottimali di utenza di cui all'art. 46-*bis* del d.l. n. 159/2007. Nel dettaglio, "dall'individuazione dei bacini territoriali prevista dall'art. 46-*bis*, finalizzata al raggiungimento dei migliori livelli di efficienza e di riduzione dei costi in ambiti territoriali ottimali, infatti, non può desumersi l'introduzione di una moratoria *sine die* delle procedure di gara nel settore della distribuzione del gas naturale; tanto più che finora non sono stati ancora individuati i bacini ottimali di utenza e

2. Centralità del piano economico finanziario.

Si deve premettere, in linea generale, che con il termine equilibrio economico-finanziario deve intendersi il contemporaneo rispetto delle condizioni di convenienza economica e di sostenibilità finanziaria dell'investimento.

La convenienza economica ("redditività") di un investimento si riferisce alla capacità del progetto di creare valore nell'arco di durata di una concessione e di generare un ritorno sul capitale investito adeguato rispetto alle aspettative dell'investitore privato. Con il termine sostenibilità finanziaria si intende fare riferimento alla capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso dei finanziamenti e un'adeguata remunerazione per gli azionisti. La sostenibilità economico-finanziaria di un progetto espressa in termini di bancabilità si riferisce, poi, a particolari indicatori capaci di valutare il margine di sicurezza su cui i soggetti finanziatori possono contare per essere garantiti sul puntuale pagamento del "servizio" del debito.

Chiaramente, il principio di equilibrio economico-finanziario e l'elemento del rischio operativo sono concetti destinati ad un rapporto di tensione. In linea di principio, infatti, il rispetto dell'uno può portare alla limitazione o addirittura alla eliminazione dell'altro.

Dunque, il ruolo del rischio operativo spiega – quasi si trattasse di un contrappeso – la centralità rivestita dalla

i criteri di selezione, nonostante siano abbondantemente scaduti i termini, previsti dall'art. 46-bis, per lo svolgimento dei relativi adempimenti". Cfr. anche, tra le altre, T.A.R. Lombardia-Brescia, 27 maggio 2008, n. 566, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina, v. G. F. LICATA, *La scadenza delle concessioni per il servizio di distribuzione di gas naturale tra legislazione interna e giustizia comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2011, 523.

disciplina dall'equilibrio economico-finanziario della gestione. La disciplina previgente era già avvertita sul punto: la disposizione di cui all'art. 143 del d.lgs. n. 163/2006, infatti, richiamava ripetutamente il concetto con riguardo alla possibilità di stabilire prezzi in sede di gara, alla cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili, alla durata della concessione, alla revisione dei dati economici ed ai presupposti stabiliti nella convenzione originaria.

La nuova disciplina dedica all'equilibrio gestionale una definizione apposita, per cui, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. fff), d.lgs. n. 50/2016, per equilibrio economico-finanziario si deve intendere “la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento”.

La disciplina attuale, inoltre, tratteggia meglio che in passato la correlazione tra rischio ed equilibrio economico-finanziario, laddove la norma di cui all'art. 165, comma 1, prevede che il rischio operativo deve essere riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio economico-finanziario. E, per quanto costituissero un dato implicito già nel regime previgente, appare comunque opportuno che il legislatore delegato abbia previsto espressamente che l'equilibrio economico-finanziario rappresenti “il presupposto per la corretta allocazione dei rischi”.

Del resto, la giurisprudenza aveva già evidenziato da tempo l'importanza del documento chiamato a certificare

la validità economico-finanziario dell'operazione. Con riguardo al piano economico-finanziario, infatti, il giudice amministrativo ha individuato nella validità economico-finanziaria del progetto “il presupposto dell'intera operazione”²⁸¹ ed ha qualificato ogni valutazione sulla effettiva e concreta redditività dell'operazione quale attività di interesse pubblico²⁸². E ciò spiega perché – con specifico riferimento alla disciplina della finanza di progetto ma con affermazioni destinate a valere, *mutatis mutandis*, anche per le “tradizionali” figure concessorie – la medesima giurisprudenza abbia posto a carico dell'amministrazione l'obbligo di verificare la coerenza e la congruità del piano in termini di attendibilità della proposta circa la gestione dell'opera e la certezza sulla realizzazione dell'operazione²⁸³. Con la conseguenza che

²⁸¹ Cons. St., sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741, in *Riv. giur. ed.*, 2009, 3, I, 803; Id., 30 gennaio 2009, n. 4346, in www.giustizia.amministrativa.it; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. I, 28 maggio 2010, n. 1701, in www.giustamm.it.

²⁸² Si richiama Cons. St., sez. IV, 16 giugno 2008, n. 2979, in *Foro amm. - CDS*, 2008, 6, 1723, secondo cui alle valutazioni sulla vantaggiosità dell'offerta “non solo, secondo il Collegio, non risulta estranea, ma è logicamente conferente, ogni valutazione (considerata di pubblico interesse) sulla effettiva e concreta redditività dell'operazione ”; analogamente, v. Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2009, n. 5503, www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸³ Cons. St., sez. V, 17 novembre 2006, n. 6727, in *Foro amm. - CDS*, 2006, 11, 3068; T.A.R. Emilia Romagna-Bologna, sez. I, 20 maggio 2004, n. 762, in *Giur. it.*, 2004, 1970; sulla necessità che vi sia certezza su tutte le poste economiche in gioco, inclusi gli eventuali apporti finanziari di parte pubblica, si richiama T.A.R. Lazio-Roma, sez. III-bis, 13 febbraio 2007, n. 1321, in www.giustamm.it, riguardante la illegittimità di un avviso pubblico che non indicava con certezza le disponibilità finanziarie

nel caso di inidoneità del progetto in punto di (auto)finanziamento dell'attività e della insostenibilità economico-finanziaria dell'operazione – e, pertanto, nell'ipotesi di violazione del principio di equilibrio economico-finanziario – la fattibilità dell'intero intervento deve essere giudicata negativamente.

Un profilo a parte merita la già rammentata nozione di bancabilità dell'investimento, consistente nelle condizioni che gli istituti di credito richiedono per erogare il finanziamento²⁸⁴. La direttiva 2014/23/UE, invero, nulla dice sul punto. E la ragione deve rintracciarsi nella avversione del legislatore europeo per ogni regolazione dei rapporti privati, cui sono ovviamente riconducibili quelli tra concessionario ed istituti di credito, lasciati, pertanto, alla libera negoziazione di mercato. Meno disinteressato risulta, invece, il legislatore nazionale; e ciò sulla scorta di un'esperienza interna che ha dimostrato da tempo l'incidenza della bancabilità sulla realizzazione effettiva dell'opera. Importanti indicazioni erano, in verità, già presenti nell'art. 143, comma 8-*bis*, del precedente codice, che affidava alla convenzione l'indicazione della capacità di rimborso del debito, e nell'art. 144, commi 3-*bis*, *ter* e *quater*, contenenti buona parte delle previsioni di cui all'attuale art. 165 con riguardo alla disciplina dei bandi e delle offerte ed alla necessità di indicazioni chiare sulla bancabilità dell'investimento.

Ad ogni modo, la disciplina di cui al comma 3 dell'art. 165 del nuovo codice intende rafforzare ulteriormente l'importanza della bancabilità dell'opera allorché

pubbliche, in modo da condizionare i contenuti del piano economico-finanziario.

²⁸⁴ Chiaramente, dunque, per ciò che attiene alla componente di capitale di credito (*debt*).

condiziona la sottoscrizione del contratto di concessione alla “presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell’opera”. E ciò malgrado la disposizione non sembri adeguatamente chiarire quando tale idoneità possa dirsi raggiunta.

Allo stesso tempo, anche il termine previsto per la risoluzione di diritto del contratto di concessione – dodici mesi in luogo dei precedenti ventiquattro – in mancanza dell’avvenuto perfezionamento del contratto di finanziamento segnala la preoccupazione che intervenga rapidamente chiarezza su uno dei cardini su cui si regge l’equilibrio economico-finanziario dell’investimento.

Tralasciando per ora l’aspetto della possibile revisione del PEF in costanza di rapporto, si deve segnalare come il concetto di equilibrio economico-finanziario abbia anche importanti riflessi sulla tematica della durata della concessione, nonché sugli (eventuali) apporti economici conferiti dall’amministrazione concedente.

L’avversione del diritto europeo per le concessioni di durata illimitata o sovradimensionata si spiega in considerazione del fatto che “le concessioni di durata molto lunga possono dar luogo alla preclusione dell’accesso al mercato, ostacolando così la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento”²⁸⁵, con il rischio, pertanto, di creare extraprofitti al concessionario. Allo stesso tempo, tuttavia, è presente sempre nell’ordinamento comunitario la consapevolezza che la durata prolungata di un contratto concessorio “può essere giustificata se è indispensabile per consentire al concessionario di recuperare gli investimenti previsti per eseguire la concessione, nonché di ottenere un ritorno sul

²⁸⁵ Considerando 52, dir. 2014/23/UE.

capitale investito”²⁸⁶. Per questa ragione una durata tipo della concessione appare di ardua definizione a causa della variabilità degli elementi che determinano la sostenibilità economico-finanziaria dell’opera.

In tal modo, si spiega come la durata delle concessioni debba essere limitata e determinata, secondo quanto previsto dalla direttiva e ribadito dall’art. 168, comma 1, del nuovo codice tenendo conto di alcuni parametri, in particolare dei lavori o servizi richiesti al concessionario, cui si aggiunge la dizione incerta – e forse pleonastica – del valore della concessione e della complessità organizzativa dell’oggetto della stessa. In ogni caso, criterio di riferimento resta quello per cui la durata massima della concessione “non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante del piano economico-finanziario”. Con ciò appare chiaro che, proprio perché il codice attuale, a differenza del precedente, non pone alcun limite massimo di durata alla concessione, sarà buona prassi legarne la protrazione ad una puntuale motivazione articolata sui parametri di tenuta dell’equilibrio economico-finanziario dell’investimento e delle relative componenti²⁸⁷.

Proprio tra le componenti dell’equilibrio economico-finanziario trova collocazione il contributo economico del concedente a favore del concessionario. Tale possibilità, già nota e codificata nel codice previgente, appare confermata, come già detto, anche dal nuovo. La prassi

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ Cfr. M. RICCHI, *La nuova Direttiva*, op. cit.

applicativa presenta, accanto ad alcune luci, non poche ombre. In particolare, la possibilità di conferimento di un bene patrimoniale da parte dell'amministrazione²⁸⁸ facilita senza dubbio la possibilità del ricorso alla disciplina della concessione, con il possibile inconveniente, tuttavia, che sia proprio la contribuzione pubblica, talora persino più della redditività stessa del progetto, ad attrarre il capitale privato alla realizzazione di opere pubbliche. Con la conseguenza che lo spostamento dell'attenzione dalla redditività della gestione al valore degli apporti in conto capitale²⁸⁹ o in conto gestione²⁹⁰ rischia di determinare un regime contrattuale elusivo del paradigma concessorio, perché focalizzato sull'acquisizione del bene patrimoniale a scapito del valore funzionale dell'opera e della qualità del servizio per i bisogni dell'utenza²⁹¹.

In ogni caso, la legittimità del conferimento di un bene economico al concessionario è stata riconosciuta in linea di

²⁸⁸ Art. 165, comma 2, d.lgs. n. 50/2016: “il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione”. La precedente disciplina, a sua volta, conosceva un simile contributo, sotto forma di cessione in proprietà, o diritto di godimento, di beni immobili nella disponibilità della p.a., o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione ovvero valorizzazione fosse necessaria all'equilibrio economico-finanziario della concessione (v. art. 143, comma 5, d.lgs. n. 163/2006).

²⁸⁹ Cioè a parziale copertura finanziaria del costo complessivo dell'investimento.

²⁹⁰ Ovvero a integrazione dei ricavi d'esercizio, o nella forma di canoni riferiti ai livelli di qualità e di efficienza del servizio erogato dalla connessa gestione dell'infrastruttura.

²⁹¹ V. in proposito G. CARTEI, op. cit.

principio dalla stessa Commissione Europea²⁹². Tuttavia, sin dalla comunicazione interpretativa del 2000, l'esecutivo comunitario ha asserito che, siccome il regime della concessione di lavori pubblici si caratterizza per il trasferimento del rischio economico al privato, occorre che “il prezzo versato copr(a) solo una parte del costo dell'opera e della sua gestione”. Di conseguenza, se il soggetto concedente sopporta la maggior parte dell'alea legata alla gestione dell'opera, l'elemento rischio viene a mancare ed il contratto stipulato è riferibile alla tipologia del contratto di appalto pubblico di lavori.

Del resto, come accennato, la direttiva del 2014 vieta l'eliminazione del rischio del concessionario, ma non la sua limitazione²⁹³. Né un divieto era posto dal codice previgente che, difatti, prevedeva la possibilità che il concedente stabilisse in sede di gara “anche un prezzo”, seppur limitandolo ad ipotesi ben precise. Con il che non appare contraddittorio che anche l'art. 165, comma 3, del nuovo codice preveda “anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili”. Ma con una condizione: che ciò sia funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario.

In tal caso, la vera novità appare semmai il ripristino da parte dell'ordinamento nazionale di un limite quantitativo invalicabile: “l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al

²⁹² Cfr. Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, cit., punto 22.

²⁹³ Cfr. considerando 19, dir. 2014/23/UE.

30% del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari”²⁹⁴.

²⁹⁴ Art. 165, comma 2, d.lgs. n. 50/2016.

3. L'esecuzione del contratto.

Della fase di esecuzione si occupa, come detto, un autonomo capo della parte III del nuovo codice. A tal riguardo, si cercherà qui di esaminare partitamente le tre tematiche principali attinenti allo svolgimento del rapporto: il subappalto, le vicende modificative e quelle di estinzione anticipata.

Il primo punto è disciplinato dall'art. 174, che, al comma 2, prevede che “gli operatori economici indicano in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi. [...] In sede di offerta gli operatori economici, che non siano microimprese, piccole e medie imprese, per le concessioni di lavori, servizi e forniture di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a), indicano una terna di nominativi di sub-appaltatori nei seguenti casi: a) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione; b) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali risulti possibile reperire sul mercato una terna di nominativi di subappaltatori da indicare, atteso l'elevato numero di operatori che svolgono dette prestazioni”²⁹⁵.

Tralasciando la tematica dell'indicazione, alle condizioni viste, della terna di subappaltatori²⁹⁶, preme

²⁹⁵ Cfr. art. 42, par. 2, dir. 2014/23/UE: “nei documenti di gara, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore possono chiedere o possono essere obbligati da uno Stato membro a chiedere all'offerente o al candidato di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti della concessione che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti”.

²⁹⁶ Tematica che richiama in qualche modo alla mente i noti arresti giurisprudenziali – formati sotto l'impero del precedente codice – relativi alla necessità di indicare in sede di gara il nominativo del

piuttosto chiarire quanto segue. Come è stato evidenziato, nella precedente disciplina il tema era trattato soprattutto nell'ottica di garantire un'ampia apertura ad appalti affidati dal concessionario a terzi²⁹⁷. In tale visione, l'affidamento dei lavori da parte del concessionario presupponeva una procedura concorrenziale e non poteva essere frutto di una scelta diretta, cosicché si poteva parlare più correttamente di appalto e non di subappalto affidato a terzi, perché in questo secondo caso la scelta è assunta in autonomia dall'appaltatore.

L'attuale disciplina del subappalto nelle concessioni non si differenzia invece da quella prevista in materia di appalti. Il che significa che, da un lato, non possono essere imposti, come nel passato, sub-affidamenti a terzi e, d'altro lato, che in questo caso si tratta di subappaltatori veri e propri, in quanto scelti direttamente dal concessionario²⁹⁸.

E una tale innovazione, invero, pare logica conseguenza della struttura dell'istituto concessorio e della circostanza che l'apertura alla concorrenza è garantita al momento dell'affidamento della concessione.

In relazione al subappalto, altra novità, peraltro comune anche alla disciplina degli appalti, concerne il regime di pagamento dei corrispettivi. Si prevede infatti (a differenza che in passato) l'obbligo per la stazione appaltante di

subappaltatore nel subappalto "necessario" (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 2 novembre 2015, n. 9, in *Foro amm.*, 2015, 11, 2747).

²⁹⁷ Cfr. G. GRECO, *La direttiva*, op. cit.: l'A. mette in luce come venissero puntualmente indicate le garanzie procedurali in ordine a detti affidamenti, distinguendo a seconda che il concessionario fosse o meno amministrazione aggiudicatrice.

²⁹⁸ È comunque vietato il subappalto "a cascata" (v. art. 174, comma 6, d.lgs. n. 50/2016), che non è invece precluso dalla direttiva concessioni.

procedere al pagamento diretto dei subappaltatori solo in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore oppure qualora sia il medesimo subappaltatore a richiederlo, sempre che la natura del contratto lo consenta. Nel caso in cui, tuttavia, il subappaltatore coincida con una micro impresa o una piccola impresa (P.M.I.), la stazione appaltante deve procedere al pagamento diretto.

Il secondo punto che si vuole trattare è quello dello *ius variandi*, particolarmente significativo in contratti di lunga durata, quali le concessioni²⁹⁹.

Tale questione è affrontata all'art. 175³⁰⁰, con una disciplina ben più articolata di quella previgente che, come visto, si limitava al conferimento di lavori complementari al concessionario.

Al riguardo deve premettersi che, per lungo tempo, sul tema, si è registrato un forte scetticismo³⁰¹. Si osservava, infatti, come la fase esecutiva del contratto non rientrasse in linea di principio nella libera disponibilità delle parti e come, per le medesime ragioni, ogni mutamento delle circostanze originarie in danno del profitto d'impresa non avrebbe consentito di per sé l'applicazione dei principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti.

²⁹⁹ Sulla durata v. art 168, d.lgs. n. 50/2016 (a mente dell'art. 175, comma 1, la concessione non è comunque mai prorogabile).

³⁰⁰ In realtà è presa in esame anche dall'art. 165, comma 6, del nuovo codice in punto di mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario del rapporto, questione sulla quale v. infra.

³⁰¹ Sulla tematica, v. l'approfondita ricostruzione di D. MARESCA, *La modificazione sostanziale dei contratti di concessione di lunga durata durante l'esecuzione: commento alla direttiva europea 2014/23/UE*, in *Dir. comm. internaz.*, 3, 2014, 749.

Al riguardo, più in particolare, sono stati opposti dei limiti derivanti dall'ordinamento nazionale e dai principi europei.

Quanto ai primi, la giurisprudenza del giudice amministrativo ha escluso la modifica delle condizioni contrattuali di affidamento “perché in ogni caso non vi è la capacità di agire dell'Ente in tal senso e, inoltre, vi è la palese violazione delle regole di concorrenza e di parità di condizioni tra i partecipanti alle gare pubbliche”³⁰². Quanto ai principi europei, la stessa Commissione ha da tempo affermato che i principi del Trattato “si oppongono a qualsivoglia intervento del partner pubblico successivo alla selezione di un partner privato che sia tale da pregiudicare la parità di trattamento tra operatori economici”³⁰³. Con la conclusione, pertanto, che “le modifiche che intervengono in fase di esecuzione di un Partenariato Pubblico Privato, quando non sono contemplate dai documenti contrattuali, sortiscono l'effetto di rimettere in discussione il principio di parità degli operatori economici”³⁰⁴.

Il quadro normativo appare profondamente mutato a seguito della direttiva sulle concessioni del 2014. La direttiva europea riconosce, infatti, la possibilità che l'insorgere di circostanze imprevedibili al momento della aggiudicazione rendano “necessaria una certa flessibilità per adattare la concessione alle circostanze senza ricorrere a una nuova procedura di aggiudicazione”³⁰⁵. Allo stesso tempo, si ritiene che i soggetti concedenti “dovrebbero

³⁰² Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2006, n. 126, in *www.giustamm.it*.

³⁰³ V. Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, cit., punto 42.

³⁰⁴ *Ibid.*, punto 49.

³⁰⁵ Considerando 76, dir. 2014/23/UE.

avere la possibilità di prevedere modifiche alla concessione per mezzo di clausole di revisione o di opzione, ma senza che tali clausole conferiscano loro una discrezionalità illimitata”³⁰⁶.

Ora, scendendo più nel dettaglio, i casi ammessi dall’art. 43 della direttiva concessioni riguardano: le modifiche non essenziali previste in modo chiaro, preciso ed inequivoco nei documenti di gara; i casi di lavori o servizi supplementari (entro limiti di valore); le modifiche non essenziali imposte da circostanze non prevedibili secondo l’ordinaria diligenza dall’amministrazione aggiudicatrice (entro limiti di valore); i casi di successione al concessionario (essenzialmente per fusione, incorporazione o altre simili vicende societarie); i casi di modifiche non sostanziali; le modifiche di valore contenuto, sia perché inferiori alla soglia comunitaria, sia perché inferiori al dieci per cento del valore della concessione iniziale³⁰⁷.

Ebbene, da un semplice raffronto, emerge che la disciplina nazionale si è sul punto adeguata in modo pedissequo a quella europea³⁰⁸.

³⁰⁶ Considerando 78, dir. 2014/23/UE.

³⁰⁷ La disposizione presenta dunque un’articolata serie di ipotesi in cui il contratto concessorio può essere modificato dalle parti senza che sia necessario il ricorso ad una nuova procedura di aggiudicazione. Occorre nondimeno precisare che si tratta di ipotesi sovente conosciute dalla prassi e oggetto in passato di esame da parte della giurisprudenza (seppur in materia di contratto di appalto, si veda già Cons. St., sez. III, 5 luglio 2013, n. 3580, in *Foro amm. - CDS*, 2013, 7-8, 1896; T.A.R. Piemonte, 12 giugno 2014, n. 1029, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

³⁰⁸ Secondo G. CARTEI, op. cit., la disciplina dell’art. 175 del nuovo codice “riflette quasi alla lettera l’art. 43 della direttiva”.

Fa eccezione, tuttavia, la più restrittiva introduzione del limite di valore anche nel caso di modifica già prevista *ab origine* dalla legge di gara. In particolare, come già visto in sede di commento al parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema del nuovo codice, vi è una differenza di non poco conto, in proposito, dalla omologa disciplina del contratto di appalto. Con riferimento a quest'ultimo, all'art. 106, comma 7, si individua per le modifiche consentite il tetto del cinquanta per cento del valore del contratto iniziale, precisando che, in caso di più modifiche, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica; invece, la disciplina di cui all'art. 175, comma 2, per il contratto di concessione stabilisce inopinatamente che il suddetto limite del cinquanta per cento sia riferito al "valore della concessione iniziale".

Bisogna poi soffermarsi anche sulla nozione di "modifica sostanziale", di cui all'art. 175, comma 7. Tale nozione sembra doversi riportare ai precedenti indirizzi interpretativi, ad iniziare dal profilo definitorio generale che individua una modifica sostanziale in quella che "altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto". Proprio perché la nozione di "modifica sostanziale" è destinata a costituire il criterio di riferimento generale per ovviare alla necessità di una nuova procedura di aggiudicazione, la disposizione di cui all'art. 175, comma 7, contempla una articolata serie di ipotesi al cui avverarsi si è in presenza di una modifica tale da "presumere un'influenza ipotetica sul risultato"³⁰⁹.

Non è difficile rilevare che in questione è il rispetto delle regole di concorrenza. Lo attestano le ipotesi richiamate dalla norma e riferite ai casi in cui la modifica introduca condizioni che, se tempestivamente conosciute, avrebbero

³⁰⁹ Considerando 67, dir. 2014/23/UE.

consentito l'ammissione di candidati ulteriori o diversi da quelli originariamente selezionati, oppure determini l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata. O ancora, come ricordato, allorché la modifica introdotta muti l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale, o si assista all'estensione notevole dell'ambito di applicazione della concessione o, infine, si verifichi una sostituzione dell'originario concessionario in casi diversi da quelli consentiti dalla disposizione in esame.

Oltre alla possibilità di modifica del contratto il nuovo codice prevede la possibilità di una sua revisione. La disposizione di cui all'art. 165, comma 6, prevede, infatti, che "il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico-finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto".

Tale previsione non è inedita nel panorama nazionale. La norma contenuta nell'art. 143, comma 8, d.lgs. n. 163/2006, prevedeva, infatti, che le variazioni dei presupposti e delle condizioni di base che determinano l'equilibrio economico degli investimenti e della gestione "apportate dalla stazione appaltante [...], nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o che comunque incidono sull'equilibrio del piano economico-finanziario [...] comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio". La revisione del contratto di concessione era, pertanto, consentita, ma limitata alle ipotesi ascrivibili al

cosiddetto *factum principis*. Soltanto in tale evenienza, pertanto, il concessionario poteva esercitare il diritto di recesso. Per contro, nell'ipotesi in cui l'equilibrio economico-finanziario fosse compromesso per cause non direttamente addebitabili al concedente non risultava possibile invocare il sostegno dell'ente pubblico, pena altrimenti la lesione delle regole di concorrenza e l'indebito trasferimento del rischio economico-finanziario sull'amministrazione aggiudicatrice.

Ebbene, la previsione di cui all'art. 165, comma 6, sembra presentare sul punto una importante novità: la revisione è possibile, infatti, alle condizioni stabilite dalla norma, per ogni fatto o accadimento non riconducibile al concessionario. In tal modo, il limite precedente del *factum principis* pare suscettibile di essere attenuato: la revisione del contratto sembra legittimata tutte le volte in cui l'accadimento non sia direttamente addebitabile al concessionario³¹⁰.

Sulla disciplina della revisione è intervenuta di recente anche l'ANAC con un documento di consultazione in cui, oltre a ribadire che la revisione del piano economico-finanziario deve procedere “solo nei limiti di quanto necessario a neutralizzare gli effetti derivanti dall'evento non imputabile al Concessionario”, sottolinea l'importanza che gli eventi non imputabili all'operatore economico che danno diritto a tale revisione siano chiaramente individuati³¹¹.

³¹⁰ Secondo G. CARTEI, op. cit., “tale previsione pare allargare la possibilità di contrasti tra le parti contrattuali, imponendo alla stazione concedente ogni possibile tentativo per scongiurare l'esercizio del diritto di recesso”.

³¹¹ Documento di consultazione “Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore

Concludendo sul punto, è comunque necessario osservare come, al di là dello specifico tema della revisione di cui all'art. 165 appena esaminato, tanto la direttiva, quanto il codice, assimolino *in toto*, in punto di modificazione del contratto, la disciplina delle concessioni a quella prevista per gli appalti³¹².

Tale appiattimento non è stato visto in modo positivo dai primi commentatori, in quanto disconoscerebbe un dato oggettivo, costituito dalla più lunga durata della concessione e dalla fisiologica incompletezza dell'assetto contrattuale di questa ultima rispetto alle sopravvenienze³¹³. Ciò che significherebbe anche obliterare il ruolo che in tale contesto può rivestire la missione di interesse pubblico, con le sue mutevoli esigenze, non ultima quella che vede come protagonista l'utenza³¹⁴.

economico nei contratti di partenariato pubblico-privato”, in www.anticorruzione.it.

³¹² Cfr. art. 106, d.lgs. n. 50/2016.

³¹³ V. G. FIDONE, op. cit. e G. GRECO, *La direttiva*, op. cit. Vi dovrebbe infatti essere un necessario spazio di apertura su alcuni aspetti, attraverso clausole che rinviano a future negoziazioni, anche a cadenza temporale periodica, tali da realizzare una “procedura di apprendimento” per l'amministrazione. Ciò al fine di approdare ad una scelta finale consapevole, efficiente ed informata che eviti asimmetrie informative e possibili casi di azzardo morale dell'operatore privato. Si deve comunque evidenziare che parte di queste istanze potrebbe trovare una “valvola di sfogo” nella clausola che consente le modifiche del rapporto rese necessarie da circostanze non prevedibili secondo l'ordinaria diligenza dalla stazione appaltante.

³¹⁴ Sottolinea G. GRECO, op. ult. cit. che “il grande assente è proprio il pubblico degli utenti, che risulta totalmente pretermesso per quel che concerne la tutela delle proprie esigenze, sia pure

La terza questione da affrontare è quella relativa alle vicende estintive del contratto, che trovano sistemazione nell'art. 176, rubricato “cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro”³¹⁵.

Il comma 1 dell'art. 176 recepisce l'art. 44 della direttiva 2014/23/UE³¹⁶, che tratta dell'ipotesi di “porre termine alla concessione in vigenza della stessa” per presupposti che sono legati a vizi originari o sopravvenuti dell'atto concessorio.

Si tratta di fattispecie che nell'ordinamento nazionale sono evidentemente riconducibili all'autotutela decisoria³¹⁷ nelle forme dell'annullamento d'ufficio³¹⁸.

E, infatti, il comma 3 dell'art. 176 fa espresso riferimento a tale ultimo istituto. Se da un lato tuttavia si specifica che nell'ipotesi *de qua* non si applicano i termini previsti dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990³¹⁹, dall'altro non si precisa se l'annullamento operi *ex nunc* o *ex tunc*. Vero è che nell'ordinamento nazionale per regola generale l'annullamento d'ufficio opera *ex tunc*. Tuttavia, nel caso

attraverso le amministrazioni che dovrebbero essere rappresentative dei relativi bisogni e delle conseguenti istanze”.

³¹⁵ Come si evince dal titolo, sono qui trattati insieme istituti di diversa natura e derivazione. A questi, bisogna aggiungere l'ipotesi di recesso delle parti nel caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, v. art. 165, comma 6, d.lgs. n. 50/2016.

³¹⁶ Che nell'indice è rubricato “cessazione delle concessioni” e nell'articolato è rubricato “risoluzione delle concessioni”.

³¹⁷ L'annotazione rievoca il tema della persistenza di poteri pubblicistici in fase di esecuzione della concessione a tutela dell'interesse pubblico, problematica alla luce dell'affermata natura contrattuale della concessione.

³¹⁸ O se si preferisce, nel caso di illegittimità sopravvenuta, nelle forme della decadenza.

³¹⁹ V. art. 176, comma 2, d.lgs. n. 50/2016.

specifico, l'annullamento d'ufficio può intervenire a distanza di molti anni (si pensi al caso di violazione del diritto europeo da parte della stazione appaltante, accertata dalla Corte di giustizia UE), sicché il problema del travolgimento degli effetti *medio tempore* prodottisi effettivamente si pone. La questione pare poter trovare soluzione nel caso di illegittimità sopravvenuta *ex art. 176*, comma 1, lett. c), laddove sarebbe del tutto irragionevole predicare una retroazione degli effetti dello scioglimento del vincolo *ab origine*. Nelle altre ipotesi rimane aperta. Tuttavia, il fatto che l'art. 176, comma 3, stabilisca che “nel caso in cui l'annullamento d'ufficio dipenda da vizio non imputabile al concessionario si applica il comma 4”, lascerebbe propendere per la soluzione conservativa. E infatti, il richiamato comma 4 regola le spettanze del concessionario sul presupposto che gli effetti del contratto già prodottisi vengano lasciati in vita³²⁰.

Non viene nemmeno precisato come siano destinati a regolarsi i rapporti tra le parti nel caso di annullamento imputabile al concessionario. Resta infatti irrisolta la questione delle restituzioni e spettanze a seguito dell'annullamento d'ufficio quando il vizio sia imputabile al concessionario. Non è chiarito se il concessionario debba restituire alla amministrazione le opere realizzate senza nulla percepire, o debba applicarsi, quanto meno, il rimborso delle spese sostenute, nei limiti dell'arricchimento dell'amministrazione. Sembrerebbe però certo da escludersi che possa trovare applicazione in tal caso la disciplina del subentro di un nuovo operatore

³²⁰ Alla stessa conclusione si perverrebbe considerando il carattere di contratti ad esecuzione continuativa o periodica delle concessioni, *naturaliter* portati al mantenimento delle prestazioni già eseguite, v. ad es. art. 1458, comma 1, cod. civ.

economico dettata dall'art. 176, comma 8³²¹, nel caso di risoluzione *ex art.* 1453 per causa imputabile al concessionario³²². E ciò sia per un motivo testuale, insito nella assoluta mancanza di un richiamo di tale ultima disposizione per il caso di annullamento; sia per un argomento di ordine logico, perché altrimenti opinando si introdurrebbe, surrettiziamente, un'ipotesi di sanatoria (o convalida) non espressamente considerata dalla legge.

Ultimissima questione che si può solo tratteggiare è quella inerente alla disciplina della revoca per motivi di pubblico interesse. L'art. 176, comma 4, stabilisce che nel caso in cui la concessione sia revocata per motivi di pubblico interesse spettino all'operatore gli stessi riconoscimenti economici previsti per il caso di risoluzione e annullamento ad esso non imputabili. Non vi è quindi, quantomeno *expressis verbis*, alcun distinguo per l'ipotesi in cui vi dovesse essere una qualche corresponsabilità dell'esecutore in ordine alla necessità di revoca della concessione³²³.

³²¹ Sulle cui problematiche, v. R. DE NICTOLIS, *op. cit.*

³²² Ipotesi disciplinata dall'art. 176, comma 7, del nuovo codice.

³²³ V. invece art. 21-*quinquies*, comma 1-*bis*, l. n. 241/1990, a mente del quale nella liquidazione dell'indennizzo si tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico.

4. La distinzione codicistica tra concessione e PPP.

Si è già accennato che la scelta del legislatore nazionale è stata, in continuità con la disciplina previgente³²⁴, quella di considerare espressamente la categoria del partenariato pubblico privato, che, a livello di Unione europea, trova invece riscontro solo in atti programmatici e comunque non vincolanti³²⁵.

La trasposizione del concetto di rischio operativo nel nuovo codice, nelle due forme di rischio dal lato della domanda e dell'offerta, ha in sostanza determinato due specie contrattuali distinte. Da un lato, i contratti di concessione, fondamentalmente connotati dalla presenza del rischio della domanda o di mercato (art. 165, d.lgs. n. 50/2016), i cui proventi sono generati dai pagamenti degli stessi utenti fruitori dell'opera o del servizio al concessionario. Dall'altro, i contratti di partenariato pubblico privato (PPP), caratterizzati dal rischio di disponibilità (art. 183), ma anche da quello di mercato, i cui proventi diretti all'affidatario sono generati dalla pubblica amministrazione.

A questo riguardo l'art. 165 citato chiarisce come “nei contratti di concessione come definiti all'art. 3, comma 1, lett. uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato”. L'art. 183, comma 3, da parte sua, stabilisce che “nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra

³²⁴ V. art. 3, comma 15-ter, d.lgs. n. 163/2006.

³²⁵ V. in particolare il più volte richiamato Libro verde della Commissione sul partenariato pubblico-privato del 2004.

forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna”.

La ragione di questa differenziazione, come in parte già detto, ha delle importanti ricadute imposte dalla legge alla pubblica amministrazione e all’operatore economico sul piano procedurale e sul livello di garanzie da rispettare. La *ratio* della distinzione riposa sulla capacità del mercato (il rischio dal lato della domanda) di compulsare il privato ad adottare comportamenti performanti in termini di efficienza ed efficacia durante tutta la filiera di realizzazione dell’opera pubblica e della sua gestione o, nel caso di concessione di servizi, durante la gestione del servizio.

La risposta del mercato all’attività del concessionario tramite l’acquisto o meno del servizio – anche generato mediante la costruzione dell’opera pubblica o di pubblica utilità – induce l’operatore economico affidatario a progettare, finanziare, costruire e gestire con attenzione rispetto alla convenienza dell’operazione ed al livello del servizio da cui dipende l’entità della risposta degli utenti. Il bilancio di questi due fattori, ottimizzazione dei costi ed elevazione degli *standard* dei servizi per ottenere maggiori ricavi, è l’incentivo autodeterminante per il concessionario a mantenersi in linea con le prospettive del piano economico-finanziario.

Invece, nelle operazioni “fredde”, a canone o a pagamento dell’amministrazione (rischio dal lato dell’offerta o anche di mercato ma con *main payer* pubblico), manca nell’affidatario questa spinta autodeterminante all’attenzione ai costi e al livello dei servizi erogati. L’aspettativa del privato di ricevere un canone, cadenzato temporalmente, nei contratti di PPP

comprime l'incentivo, in assenza di correttivi regolatori, alla migliore *performance*.

Dunque il legislatore sembrerebbe aver preso atto che nei contratti di partenariato pubblico privato sono necessari dei correttivi regolatori, i quali, infatti, sono stati introdotti nel nuovo codice, sia a livello procedurale che contrattuale. Ciò al fine di evitare che l'amministrazione paghi in eccesso rispetto ai rischi sostenuti dal *partner* privato, o paghi senza ottenere gli *standard* qualitativi attesi.

Come precisa l'art. 180, comma 8, del nuovo codice appartengono ai contratti di PPP "la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione [*rectius*, concessione di lavori, n.d.a.], la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione di partenariato in materia opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti"³²⁶.

I contratti prima elencati, per essere classificati come contratti di PPP, devono possedere le caratteristiche tipiche del contratto di partenariato pubblico privato di cui all'art. 180 del nuovo codice. In particolare, il concessionario

³²⁶ In tal guisa, si coglie la singolarità della categoria del PPP: *species* del *genus* più ampio del contratto di concessione europeo e, al contempo, *genus* rispetto alla *species* "contratto di concessione" nel diritto nazionale. Peraltro, in questa classificazione dei contratti di PPP *per relationem* al contratto di partenariato pubblico privato, delineata nell'art. 180, si rileva la confusione, auspicabilmente da emendare, tra procedimenti e contratti laddove la finanza di progetto, disciplinata nell'art. 183 del nuovo codice, è un procedimento di individuazione dell'affidatario e non certo un contratto. Essa andrebbe dunque elisa dal disposto, così come andrebbe parallelamente corretto il riferimento operato a "qualunque altra procedura".

deve essere remunerato dalla pubblica amministrazione, assumendosi, oltre al rischio costruzione, anche il rischio di disponibilità e/o il rischio domanda. Sarebbe possibile pertanto configurare: i contratti di concessione di lavori “freddi”; le concessioni di servizi fredde con servizio esclusivo all’amministrazione committente³²⁷; il contratto di disponibilità (art. 188); la locazione finanziaria di opere pubbliche (art. 187); lo stesso contratto di partenariato pubblico privato (art. 3, lett. eee).

La disposizione apparentemente anomala recata dall’art. 180, quella cioè afferente all’ammissibilità per il concessionario, nei contratti di PPP, del trattenimento anche del rischio di domanda (oltreché quello di disponibilità) in modo esclusivo nella singola operazione, sembrerebbe tuttavia mettere in crisi la costruzione qui prospettata³²⁸.

In tal senso, può essere menzionato il comma 2 dell’art. 180, a mente del quale “nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell’operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall’ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, *anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna*” (corsivo aggiunto). E, ancora, il comma 3 della medesima disposizione, alla cui stregua “nel contratto di partenariato pubblico privato il

³²⁷ Sull’ammissibilità delle concessioni di servizi “fredde” come conseguenza della direttiva 2014/23/UE, v. M. RICCHI, *La nuova Direttiva*, op. cit., nonché G. GRECO, *La direttiva*, op. cit.

³²⁸ V. P. MARASCO - M. TRANQUILLI, *Concessioni e Ppp: per trasferire il rischio operativo la legge non basta, serve un Pef congruo*, in *Edil. e terr.*, 30 marzo 2016; cfr. anche P. PIACENZA, *Rischio operativo al privato e domanda di mercato per la concessione di servizi*, *ibid.*

trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, *nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi*" (corsivo aggiunto).

Mentre dunque la definizione del contratto di partenariato di cui all'art. 3, lett. eee), non fa luce sull'ammissibile alternatività tra rischio di disponibilità e di domanda, invece la disciplina recata dall'art. 180 rispetto alle forme di PPP ed ai meccanismi di remunerazione erogati dalla pubblica amministrazione, sembra consentire di conciliare il tema dei servizi resi verso l'esterno con l'assunzione del rischio di domanda o di fluttuazione del mercato a carico del privato affidatario. Infatti nel comma 5 dell'art. 180 è ulteriormente precisato: "l'amministrazione aggiudicatrice sceglie altresì che a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi [...] *rimette la remunerazione del servizio allo sfruttamento diretto della stessa da parte dell'operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo*" (enfasi aggiunta).

Tale discrasia genera, almeno *prima facie*, un'aporia normativa. Come si è cercato in precedenza di chiarire, lo strumento del partenariato dovrebbe trovare applicazione nei casi di operazioni "fredde".

Quid iuris, dunque? La soluzione preferibile di fronte all'apparente equivoco sembrerebbe esser quella, coerente con l'impianto complessivo del codice e con i lavori preparatori, di considerare il PPP comunque riferito ad operazioni "fredde", nelle quali possano essere però

previsti meccanismi di *shadow toll*³²⁹. La condizione della remunerazione da parte dell'amministrazione e della contemporanea allocazione del rischio domanda a carico del concessionario è infatti soddisfatta qualora siano previsti i "pedaggi ombra", utilizzati ampiamente all'estero. Milita verso questa interpretazione non solo la ricerca della riduzione a coerenza dell'ampio sistema del PPP, ma anche la valorizzazione del meccanismo di remunerazione del concessionario che si pone, nell'opzione prospettata, come una "terza via" rispetto alla remunerazione tramite il mercato e quella puramente e semplicemente erogata dal committente pubblico.

Chiaro questo aspetto, non vi è, per il resto, il tempo di analizzare più in profondità la disciplina codicistica del PPP, cosa che, per vero, esulerebbe dai confini della presente trattazione.

Ci si può solo limitare ad evidenziare che nei contratti di PPP, per le ragioni anzidette i procedimenti di aggiudicazione sono ben definiti³³⁰, escludendosi l'applicabilità sia del principio di libera strutturazione dell'affidamento, sia della "variante negoziale". Non solo: le singole fattispecie contrattuali sono inoltre caratterizzate da elevati e specifici livelli garanzia a presidio della

³²⁹ Sul punto v. ampiamente M. RICCHI, *L'architettura*, op. cit. Non mancano peraltro incertezze su siffatto inquadramento, generate dai dubbi in ordine ad un possibile rapporto di continenza tra la categoria delle concessioni e quella del PPP (alla cui stregua partenariato e concessione starebbero in rapporto di genere e specie), v. F. DI CRISTINA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il partenariato pubblico privato quale "archetipo generale"*, in *Giorn. dir. amm.*, IV, 2016, 436.

³³⁰ V. art. 181, comma 1, d.lgs. n. 50/2016: "la scelta dell'operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo".

corretta azione amministrativa e della migliore qualità procedimentale³³¹.

In altri termini, il legislatore nazionale, come già chiarito, ha posto una particolare attenzione e cautela in questo settore in cui il committente pubblico è non solo concentrato sulla programmazione dell'operazione, sull'indizione ed espletamento della gara e sulla gestione dell'esecuzione, ma è altresì stabilmente impegnato nell'erogazione diretta o mediata delle risorse pubbliche da corrispondere al privato³³².

Resta da chiedersi se queste legittime preoccupazioni non avrebbero potuto trovare sfogo all'interno dell'istituto delle concessioni, dedicando apposite norme alle concessioni "fredde". Così da evitare la perpetuazione nell'ordinamento nazionale di una categoria – quella del partenariato pubblico privato – che, già di per sé ibrida e multiforme, presenta, a causa dei numerosi rimandi³³³, una

³³¹ V. ad es. l'art. 181, commi 3 e 4, d.lgs. n. 50/2016.

³³² Di contro, laddove i ricavi devono essere tratti dal mercato, come nei contratti di concessione, c'è una maggiore fiducia circa l'effetto di autoregolazione dell'amministrazione nella strutturazione delle gare con potenziali elevati tassi di negoziazione, in quanto gli operatori economici, su cui grava il rischio operativo di percezione del reddito, sono i primi attenti controllori della competenza della stazione appaltante e dell'esattezza procedimentale, la cui mancanza verrebbe altrimenti sanzionata disertando le gare (cfr. M. RICCHI, *L'architettura*, op. cit.).

³³³ V. in particolare l'art. 179, commi 1 e 2, del nuovo codice: "alle procedure di affidamento di cui alla presente parte si applicano le disposizioni di cui alla parte I, III, V e VI, in quanto compatibili. 2. Si applicano inoltre, in quanto compatibili con le previsioni della presente parte, le disposizioni della parte II, titolo I a seconda che l'importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia di cui

disciplina non immediatamente intellegibile. Ciò che potrebbe limitarne, al di là della piuttosto sperimentata forma del *project financing*, l'effettiva diffusione nella prassi.

all'articolo 35, ovvero inferiore, nonché le ulteriori disposizioni della parte II indicate all'articolo 164, comma 2”.

5. Focus: la disciplina speciale delle concessioni autostradali.

L'art. 178 è espressamente dedicato alle “norme in materia di concessioni autostradali e particolare regime transitorio”.

Si deve premettere che quello autostradale è, in ambito nazionale, un settore particolarmente problematico a livello di apertura al mercato. Le concessioni, in maggioranza, andranno a scadenza tra oltre dieci anni; alcune sono già scadute, ma gli investimenti dei concessionari, qualificati come urgenti, sono stati programmati in procinto di scadenza, così da giustificare la proroga della concessione³³⁴.

Di più: il decreto legge 12 settembre 2014, n. 133 (così detto Sblocca Italia), aveva assicurato ai concessionari l'opportunità di fruire di ulteriori rinnovi.

Infatti, si riconosceva ai gestori la possibilità di “proporre modifiche del rapporto concessorio anche mediante l'unificazione di tratte interconnesse, contigue, ovvero tra loro complementari, ai fini della loro gestione unitaria”³³⁵. Nei casi in cui il concessionario era il medesimo, cioè, l'accorpamento delle tratte avrebbe comportato l'unificazione di due o più rapporti concessori, con l'estensione a tutti del termine di scadenza più lungo.

Su tale situazione si è innestato il citato art. 178, proprio nell'ottica di assicurare la massima apertura al mercato ed evitare proroghe e rinnovi contrattuali in assenza di procedure ad evidenza pubblica³³⁶.

³³⁴ V. sul punto H. C. CASAVOLA, op. cit.

³³⁵ Art. 5, comma 1, d.l. n. 133/2014.

³³⁶ A riguardo, v. M. MACCHIA, op. cit.

Il nuovo regime speciale delle concessioni autostradali è destinato ad impattare su almeno tre piani.

Il primo è relativo alla disciplina degli affidamenti, laddove si distingue tra concessioni scadute³³⁷, concessioni in scadenza³³⁸ e concessioni che scadranno tra più di due anni³³⁹, favorendo in tutti i casi un ampio ricorso ai meccanismi competitivi di gara.

Il secondo concerne il tema del trasferimento del rischio operativo, all'interno del quale si intende compreso il "rischio traffico"³⁴⁰.

³³⁷ Art. 178, comma 1, d.lgs. n. 50/2016: "per le concessioni autostradali che, alla data di entrata in vigore del presente codice, siano scadute, il concedente, che non abbia ancora provveduto, procede alla predisposizione del bando di gara per l'affidamento della concessione, secondo le regole di evidenza pubblica previste dal presente codice, nel termine perentorio di sei mesi dalla predetta data, ferma restando la possibilità di affidamento *in house* ai sensi dell'articolo 5".

³³⁸ Art. 178, comma 3: "per le concessioni autostradali per le quali la scadenza avviene nei ventiquattro mesi successivi alla data di entrata in vigore del presente codice, il concedente avvia la procedura per l'individuazione del concessionario subentrante, mediante gara ad evidenza pubblica, in conformità alle disposizioni del presente codice, ferma restando la possibilità di affidamento *in house* ai sensi dell'articolo 5. Ove suddetto termine sia inferiore a ventiquattro mesi alla data di entrata in vigore del presente codice, la procedura di gara viene indetta nel più breve tempo possibile, in modo da evitare soluzioni di continuità tra i due regimi concessori".

³³⁹ Art. 178, comma 4: "il concedente avvia le procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento della nuova concessione autostradale entro il termine di ventiquattro mesi antecedente alla scadenza della concessione in essere, ferma restando la possibilità di affidamento *in house* ai sensi dell'articolo 5".

³⁴⁰ Art. 178, comma 8: "per le concessioni autostradali il rischio di cui all'articolo 3, comma 1, lettera zz), si intende comprensivo del

Il terzo riguarda la durata del rapporto concessorio, nella parte in cui è espressamente vietata la proroga delle concessioni autostradali³⁴¹.

In definitiva, si tratta di una disciplina certamente innovativa, seppure frammentaria, in quanto non estesa a normare in modo esauriente il rapporto concessorio e le dinamiche convenzionali tra concedente e concessionario.

Proprio con riguardo alla questione della relazione tra concedente e concessionario, c'è chi ha guardato con un certo disfavore alla disposizione che consente nelle more delle nuove gare di regolare i reciproci obblighi in base alle condizioni contrattuali vigenti³⁴². È stato infatti evidenziato che il testo preliminare del codice era sul punto ben più rigoroso, disponendo, al fine di incentivare l'avvio e celere espletamento delle nuove gare, che i reciproci obblighi fossero regolati da apposito atto e che per detto periodo il concessionario uscente non maturasse il diritto al riequilibrio del piano economico e finanziario e il riconoscimento delle condizioni preesistenti³⁴³.

rischio traffico. L'amministrazione può richiedere sullo schema delle convenzioni da sottoscrivere un parere preventivo all'Autorità di regolazione dei trasporti".

³⁴¹ V. l'art. 178, comma 1, ultimo periodo. In tale ottica è da considerare l'abrogazione del menzionato art. 5, d.l. n. 133/2014, ad opera dell'articolo 217, comma 1, lettera rr), d.lgs. n.50/2016.

³⁴² V. l'art. 178, comma 2.

³⁴³ Cfr. R. DE NICTOLIS, op. cit.

CAPITOLO IV

Strumenti di tutela.

Il d.lgs. n. 50/2016 non si è limitato a dare attuazione alle direttive del 2014, ma ha operato anche “il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”. Ciò rileva particolarmente per gli strumenti di tutela, che, tra l’altro, per ciò che concerne la disciplina processuale vanno ad integrare e modificare la regolamentazione dettata dagli artt. 120 e seguenti del c.p.a. Tale novella non è quindi stata adottata in attuazione delle direttive comunitarie del 2014, bensì autonomamente considerata dalla legge delega n. 11/2016, nei principi stabiliti all’art. 1, lett. aaa) e lett. bbb).

Il nuovo codice dedica l’intero titolo I della parte VI al generale tema del “contenzioso”. Il titolo in questione si articola a sua volta in due capi: il primo (che si esaurisce nel solo art. 204) dedicato alla materia dei ricorsi giurisdizionali; il secondo (che comprende gli artt. da 205 a 211) dedicato alla variegata categoria dei rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale.

La scelta normativa in tal modo operata (al di là delle intuibili ragioni di accorpamento normativo che sembrano averla ispirata) non è parsa ai primi commentatori del tutto coerente. Sia perché essa sembra ricondurre la variegata figura delle ADR alla tematica del contenzioso in quanto tale³⁴⁴; sia perché appare ben difficile ricondurre alcuni

³⁴⁴ Nota C. CONTESSA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Le forme di tutela nel nuovo codice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, 436 che tale commistione farebbe venir meno lo stesso carattere di

degli istituti disciplinati tanto alla materia contenziosa, quanto a quella delle ADR in senso proprio³⁴⁵.

Nelle pagine che seguono si esamineranno distintamente le principali novità normative relative a ciascuno degli ambiti in esame. In ciò, si dovrà essere avvertiti del fatto che, chiaramente, l'attrazione dei contratti di concessione all'area codicistica fa sì che le medesime norme valgano tanto per questi ultimi, quanto per gli appalti. Questo non deve tuttavia far pensare che la tematica dell'applicabilità delle regole – in particolare processuali – in materia di appalti fosse, anteriormente al nuovo codice, accolta *de plano*. Al contrario, la questione era assolutamente dibattuta, come dimostra la necessità di intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul punto con approfondita decisione, della quale si darà, per ragioni di sistematicità, sinteticamente conto.

alternatività che dovrebbe caratterizzare la figura, determinando altresì una sorta di ossimoro.

³⁴⁵ Si pensi, in particolare, alla nuova figura del collegio consultivo tecnico *ex art.* 207, d.lgs. n. 50/2016, che non è volta alla risoluzione di una controversia, ma – più a monte – a prevenire la stessa possibilità che, in fase esecutiva, possano insorgere fra le parti “dispute di ogni natura”.

1. Rimedi “precontenziosi” e “paracontenziosi”.

I caratteri di fondo della nuova disciplina codicistica in tema di razionalizzazione del sistema delle ADR sono rinvenibili nell’ambito del criterio di delega di cui all’art. 1, lett. aaa), l. n. 11/2016. In particolare, la legge di delega ha demandato al Governo – *inter alia* – il compito di procedere alla “razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto, disciplinando il ricorso alle procedure arbitrali al fine di escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrative, garantire la trasparenza, la celerità e l’economicità e assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari”.

La formulazione invero non perspicua della legge di delega ha suscitato fra i primi osservatori due dubbi. *In primis*, se l’aver riferito l’intervento al mero ambito della razionalizzazione dei metodi di risoluzione vi fosse una qualche preclusione per il legislatore delegato all’introduzione di nuove forme di ADR. In secondo luogo, se il riferimento a modalità di *Alternative Dispute Resolution* anche in materia di esecuzione del contratto stesse a significare (secondo un ragionamento *a contrario*) che il legislatore della delega ammettesse forme di ADR anche relative alla fase pubblicistica dell’aggiudicazione.

Ebbene, quanto al primo aspetto gli estensori del decreto delegato non sembrano aver tenuto in particolare considerazione i dubbi sistematici posti dalla formulazione del criterio di delega e hanno dato ingresso nel nuovo testo a forme di ADR certamente sconosciute all’esperienza nazionale pregressa (sul punto v. infra).

Per quanto riguarda invece il secondo aspetto, nella stesura del decreto delegato si è sostanzialmente obliterata l'indicazione apparentemente desumibile dal testo della delega e si è perpetuata la pregressa scelta normativa di limitare l'ambito delle ADR alla sola fase dell'esecuzione del contratto. Si tratta, del resto, della riproposizione di un modello concettuale che tradizionalmente postula l'incompatibilità fra le vicende di matrice pubblicistica e il ricorso a forme di ADR, stante il tipico carattere di indisponibilità dell'interesse pubblico sotteso a tali vicende³⁴⁶.

Fatta questa premessa, qui di seguito si esamineranno dunque alcuni dei principali aspetti della disciplina recata dagli artt. 205-211 del nuovo codice.

Dal punto di vista generale si osserva che il d.lgs. n. 50/2016 per un verso riprende in larga parte gli istituti già disciplinati dal previgente codice (ci si riferisce, in particolare, alle figure della transazione, dell'accordo bonario e dell'arbitrato, alle quali peraltro sono state apportate modifiche di apprezzabile rilievo). Per altro verso introduce una figura davvero innovativa (il collegio consultivo tecnico dell'art. 207) e annovera altresì – con scelta non esente da profili di criticità – i pareri di precontenzioso ANAC fra gli strumenti di ADR in senso proprio.

Ora, per quanto riguarda la figura dell'accordo bonario, il nuovo art. 205 riprende in larga parte il contenuto dell'art. 240 del previgente codice e delinea l'istituto in parola come strumento volto a superare – appunto, in via

³⁴⁶ M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 1 ss.; ID., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 481 ss.

“bonaria” – i contrasti insorti in sede di esecuzione dei lavori a seguito dell’apposizione sui documenti contabili di significative riserve da parte dell’appaltatore (riserve che, laddove accolte, potrebbero determinare un rilevante incremento dei corrispettivi a carico dell’amministrazione).

Già sotto questo aspetto la nuova disciplina dell’istituto presenta aspetti di un certo rilievo rispetto al passato. Ed infatti, mentre il previgente art. 240 ammetteva il ricorso all’istituto nel caso di possibile superamento dei corrispettivi in misura “non inferiore al 10% dell’importo contrattuale”, il nuovo art. 205 consente di farvi ricorso laddove il possibile incremento si collochi all’interno di una “forcella” compresa fra il cinque e il quindici per cento.

La *ratio* di fondo di tale previsione sembra essere quella di individuare una sorta di soglia limite oltre la quale non è più ragionevolmente possibile procedere a un componimento non contenzioso del dissenso e la via giudiziale appare quindi di fatto inevitabile.

Un’analoga logica sembra sottesa alla previsione di un limite minimo del possibile incremento (pari al cinque per cento) perché si possa far ricorso all’istituto in esame. Come è stato rilevato, la *ratio* sottesa a tale disposizione sembra essere quella di individuare un limite minimo al di sotto del quale non è neppure possibile o utile attivare forme di componimento del dissenso fra le parti, potendosi utilmente ricorrere allo strumento delle varianti, ove ammesse³⁴⁷.

³⁴⁷ C. CONTESSA, op. cit. V. anche P. COSMAI, *Il nuovo accordo bonario secondo il codice degli appalti: iter e accorgimenti operativi*, in *Azienditalia*, 2016, 12, 1093.

L'art. 205, poi, sancisce che l'esame delle riserve e la formulazione della proposta di accordo venga demandata a un singolo esperto il cui nominativo è tratto dall'elenco tenuto dalla Camera arbitrale di cui all'art. 211³⁴⁸.

Sempre per quanto riguarda la figura dell'accordo bonario, è importante osservare che il legislatore del 2016 non ha riproposto la previsione di cui all'art. 240 del d.lgs. n. 163 del 2006 secondo cui era possibile conferire *ex ante* alla commissione (e oggi al singolo esperto) il potere di assumere una decisione vincolante, cioè una decisione non rimessa all'approvazione delle parti, ma di per sé idonea a vincolare le stesse.

Da ultimo l'art. 206 del nuovo codice, riprendendo approdi invero già raggiunti in giurisprudenza, stabilisce che le disposizioni in tema di accordo bonario trovano applicazione anche nei settori dei servizi e delle forniture. La previsione in questione risulta certamente di interesse in quanto positivizza il pregresso orientamento, riconoscendo allo stesso un condivisibile carattere di certezza e di stabilità. Per altro verso, la disposizione in esame non fornisce agli operatori l'auspicato grado di chiarezza, in quanto opera la richiamata estensione in base a un generico criterio di compatibilità, senza indicare quali aspetti regolatori dell'art. 205 possano trovare applicazione anche per i servizi e le forniture e quali no.

La figura del collegio consultivo tecnico (art. 207) rappresenta, come si è già anticipato, la vera novità per quanto riguarda la sistematica delle ADR nel nuovo codice.

³⁴⁸ Al contrario, l'art. 240 del previgente codice stabiliva che, per gli appalti e le concessioni di importo superiore a dieci milioni di euro, la proposta di accordo bonario fosse formulata da un'apposita commissione composta da tre membri.

Dal punto di vista generale si può addirittura dubitare se la nuova figura sia davvero ascrivibile al novero dei rimedi di *Alternative Dispute Resolution* in senso proprio e non, piuttosto, agli strumenti precontenziosi.

Ed infatti, a stretto rigore, il nuovo istituto non è volto a risolvere una controversia in atto fra le parti, bensì ad impedire (per così dire, in via anticipata e preventiva) che una qualunque controversia insorga fra le parti medesime. L'art. 207, comma 1, stabilisce infatti che “al fine di prevenire controversie relative all'esecuzione del contratto le parti possono convenire che prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre 90 giorni da tale data, sia costituito un collegio consultivo tecnico con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso”.

Ne consegue che la funzione stessa dell'istituto in esame non appaia agevolmente riconducibile a quella tipica delle ADR. Si è altresì anticipato che alcuni dubbi potrebbero sorgere in ordine alla possibilità stessa per il Governo di introdurre una tale innovativa forma di ADR a fronte di una delega legislativa che si limitava a contemplare un mero intervento di razionalizzazione delle forme di ADR esistenti.

Non rappresenta evidentemente una novità di sistema l'istituto della transazione (art. 208), che era già disciplinato dall'art. 239 del previgente codice. Secondo un diffuso orientamento, l'istituto in esame rappresenta un corollario della generale capacità negoziale della pubblica amministrazione³⁴⁹, il che deporrebbe nel senso di

³⁴⁹ In tal senso: P. CHIRULLI - P. STELLA RICHTER, voce «Transazione (dir. amm.)», in *Enc. dir.*, Milano, 1992, XLIV, 813 ss.

riconoscere valenza tendenzialmente generale al suo ambito di applicazione. Ma se le cose stanno in tal modo, allora risulta di indubbio interesse la previsione di cui al comma 1, secondo cui la possibilità di risolvere una controversia a mezzo di transazione sussiste “solo ed esclusivamente nell’ipotesi in cui non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi”.

La disposizione sembra dunque imporre – affinché risulti legittimo il ricorso alla transazione – una sorta di motivazione rafforzata “in negativo” la quale dia conto dell’inutilizzabilità di ulteriori e diverse modalità di risoluzione (in ipotesi più onerose della stessa transazione) e, dunque, della residualità dell’accordo transattivo.

Solo alcune notazioni verranno qui dedicate al novellato istituto dell’arbitrato (art. 209), finalizzato – come in passato – alla risoluzione di “controversie su diritti soggettivi, derivanti dall’esecuzione di contratti pubblici relative a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee”.

La novella codicistica risponde alla finalità (espressa dall’art. 1, lett. aaa), della legge di delega) di ammettere forme di risoluzione arbitrale, ma escludendo “il ricorso a procedure diverse da quelle amministrative”.

Per evidenti ragioni di sintesi, ci si limita qui a rilevare che le principali novità del nuovo codice per ciò che riguarda la disciplina dell’istituto arbitrale consistono, anzitutto, nell’ampliamento del suo possibile ambito oggettivo di applicazione. Viene infatti ora prevista la devolvibilità ad arbitri anche delle controversie aventi ad oggetto appalti e concessioni in cui sia parte una società a partecipazione pubblica, ovvero controllate o collegate a tali società, “o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici”. In secondo luogo, si nota la specificazione del

suo carattere solo eventuale (rafforzato dalla previsione della refutabilità dell'istituto da parte del privato). Ancora, si può evidenziare la tendenziale sottrazione delle principali decisioni relative all'istituzione e al funzionamento del collegio alle parti, con devoluzione ad un organo terzo (la già menzionata Camera arbitrale di cui al successivo art. 210). Infine, un ulteriore elemento innovativo consiste nell'individuazione di meccanismi volti ad assicurare maggiore trasparenza alle conseguenze economiche connesse alla devoluzione della controversia ad arbitri (ad esempio in tema di liquidazione dei compensi ai membri del collegio).

1.1 In specie: i pareri vincolanti e le raccomandazioni dell'ANAC.

Gli aspetti di maggiore interesse e problematicità connessi alla nuova disciplina codicistica delle ADR sono però senz'altro rinvenibili nell'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016, rubricato "Pareri di precontenzioso dell'ANAC".

Va premesso al riguardo che la rubrica non risulta in questo caso particolarmente perspicua, in quanto il solo comma 1 è dedicato alla disciplina dei pareri di precontenzioso in senso proprio.

Al contrario, il comma 2 disciplina il diverso istituto delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC, che non rappresenta un'evoluzione logica, né necessaria, dei pareri di precontenzioso disciplinati al comma precedente. Anzi, il comma 2 riferisce la possibilità per l'ANAC di adottare raccomandazioni vincolanti nell'intero ambito dell'esercizio delle proprie funzioni e non nel più ristretto novero di ipotesi in cui la stessa Autorità può adottare pareri di precontenzioso.

L'esame deve dunque partire dai citati pareri. Il comma 1 dell'art. 211 riprende un istituto (quello dei pareri di precontenzioso dell'Autorità di settore) che era già noto alla disciplina previgente³⁵⁰, ma ne declina gli scenari operativi in modo talmente innovativo da far dubitare circa la stessa effettiva coincidenza oggettiva tra le due fattispecie, al di là del *nomen iuris*.

³⁵⁰ Art. 6, comma 7, lett. n), d.lgs. n. 163/2006, in ordine alla competenza dell'AVCP (poi ANAC) a fornire pareri non vincolanti ad istanza delle stazioni appaltanti o dalle altre parti su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, formulando, se del caso, una proposta risolutiva ovvero delle direttive di carattere generale anche in caso di inammissibilità della richiesta qualora il tema risultasse di interesse generale.

Come si è osservato in dottrina, anzi, l'articolo in esame introduce nell'ordinamento un'innovativa ipotesi di parere facoltativo, ma a carattere vincolante³⁵¹. La norma recita infatti: “su iniziativa della stazione appaltante o di una delle altre parti, l'ANAC esprime parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara [...] il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito”³⁵².

Dal momento in cui il nuovo codice rimette la facoltà di attivare l'ANAC non solo alla stazione appaltante, ma ad una o più delle altre parti, è evidente che devono intendersi legittimate ad adire l'Autorità di regolazione in sede consultiva tutti i soggetti che a vario titolo partecipino alla gara. La qual cosa, tuttavia, potrebbe porre un problema di esatta perimetrazione soggettiva sotto due distinti profili.

³⁵¹ Così G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in: www.giustizia-amministrativa.it. Anche in tal caso fanno da corollario i dubbi in ordine all'effettiva compatibilità fra un istituto dai caratteri oggettivamente innovativi e i limiti della legge delega la quale, al contrario, demandava al Governo il solo compito di procedere alla razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale.

³⁵² Secondo alcuni commentatori, peraltro, la disposizione avrebbe introdotto due distinte ipotesi: una relativa al parere vincolante ed un'altra riferita al parere non vincolante, non autonomamente impugnabile (cfr. P. COSMAI, *I pareri di pre-contenzioso e le raccomandazioni ANAC nel nuovo codice degli appalti*, in *Azienditalia*, 2016, 11, 1024). La soluzione non sembra tuttavia condivisibile alla luce del tenore letterale della norma, che fa chiaramente ad un unico tipo di parere, che ha tuttavia effetti diversi a seconda che la parte abbia preventivamente acconsentito ad obbligarvisi, o meno.

Il primo riguarda la possibilità di estendere la qualità di parte ai fini che occupano anche alle amministrazioni che, ad esempio, abbiano demandato alla centrale di committenza la gestione della procedura. Esse, infatti, sono certamente parte sostanziale ma, avendo optato per la delega delle funzioni in favore dell'ente aggregatore (esso solo "stazione appaltante"), si potrebbe ritenere che per il versante pubblico la "legittimazione" sia limitata al solo soggetto che governa il procedimento di gara.

Il secondo, invece, riguarda l'esatta delimitazione del concetto di "parte", giacché se lo si qualifica in senso tecnico, esso presuppone necessariamente la presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Ciò che, naturalmente, porta ad escludere la titolarità a proporre istanza di parere pre-contenzioso in favore degli operatori economici che in ragione di clausole escludenti non abbiano potuto concorrere. Di tal che ai medesimi non resterebbe che adire il giudice amministrativo per l'impugnazione di quelle disposizioni della *lex specialis* che ne ostacolano la partecipazione, senza poter avvalersi del rimedio preventivo in disamina.

Nulla invece precisa l'art. 211, comma 1, riguardo non solo all'interesse dell'istante³⁵³, ma anche all'oggetto³⁵⁴

³⁵³ Osserva tuttavia O. FORLENZA, *Con il parere di precontenzioso si evita la lite*, in *Guida dir., Dossier sugli appalti, ultimo appuntamento*, n. 29 del 9 luglio 2016, XXIV, che "non possono essere proposte istante «teoriche» o in via preventiva, essendo necessario che sul punto da sottoporre all'Autorità vi siano già una differenza di vedute tra la stazione appaltante (inevitabilmente) e uno o più partecipanti alla gara".

³⁵⁴ Il parere non può essere comunque chiesto per qualunque questione, ma per quelle "insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara". Non bisogna, dunque, attendere che il procedimento si concluda, ma è possibile chiedere parere

della richiesta e al termine entro il quale sollecitare l'intervento dell'ANAC rispetto alla ritenuta criticità.

È evidente che per sortire efficacemente il suo effetto deterrente la richiesta non potrebbe che essere immediata, considerato che l'art. 204 del nuovo codice conferma il termine breve di trenta giorni per l'impugnazione dei provvedimenti afferenti alla procedura di gara, decorrente dalla data di pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante.

Peraltro, l'art. 211 fissa parimenti in trenta giorni il termine entro il quale l'Autorità è tenuta a rendere il parere, ragion per cui nell'eventualità in cui la questione sottoposta all'ANAC riguardi un provvedimento impugnabile in sede giurisdizionale, la coincidenza della tempistica potrebbe essere evitata postergando la pubblicazione del provvedimento in contestazione, così da differire il *dies a quo* del gravame. In caso contrario si determinerebbe la sostanziale inefficacia, sul piano dissuasivo, del rimedio, perché è indubbio che l'interessato notificherà il ricorso per l'annullamento, previa sospensione, onde non incappare nell'inoppugnabilità dell'atto.

Unica ipotesi in cui il rischio è destinato a non verificarsi è quella residuale in cui la *res dubia* non riguardi un provvedimento impugnabile, cosa che sembrerebbe possibile giacché l'art. 211 fa riferimento a

all'ANAC mentre si svolge il procedimento. Rientrano, pertanto, tutti i momenti procedimentali: dagli atti di avvio all'ammissione-esclusione, alle operazioni di apertura e valutazione delle offerte, all'aggiudicazione, anche quando si concluda il procedimento e si discuta della legittimità dell'intervenuta aggiudicazione o della verifica dei requisiti. Resta, però, esclusa dall'ambito della norma, la successiva fase di esecuzione.

“questioni” da sottoporre all’attenzione consultiva dell’ANAC e non già a “provvedimenti”³⁵⁵.

Quanto alla natura dell’atto dell’ANAC, essa è dichiaratamente consultiva, sicché qualora esso non sia reso nei termini di legge, in assenza di una specifica disciplina, potrebbe trovare applicazione il meccanismo generale di cui all’art. 16, l. n. 241/1990, cosicché la stazione appaltante procederebbe prescindendone, sia che lo abbia essa stessa sollecitato, sia che lo abbia subito su richiesta di altra parte (cosiddetto “silenzio devolutivo”)³⁵⁶.

Una riflessione a parte merita l’affermata obbligatorietà del parere per “le parti che (vi) abbiano preventivamente consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito”. La vincolatività discende dunque dal previo consenso delle parti e riguarda soltanto queste ultime, la qual cosa potrebbe dar luogo a complicazioni. In particolare, la

³⁵⁵ Naturalmente, tali atti endoprocedimentali privi di portata lesiva o di natura autoritativa non sarebbero impugnabili in via giurisdizionale. Infatti, l’art. 120, comma 2-*bis*, ultimo periodo, c.p.a., come introdotto dall’art. 204 del nuovo codice, statuisce in tali ipotesi (invero in modo piuttosto ricognitivo) l’inammissibilità del gravame.

³⁵⁶ Ovviamente, tale regola non sarebbe comunque utilizzabile quando la richiesta all’ANAC sia formulata da uno o più concorrenti, i quali non possono “procedere”, trattandosi di potere rimesso alla stazione appaltante. Si potrebbe dunque immaginare una ipotesi di inerzia censurabile con lo specifico procedimento in materia di silenzio, soluzione che tuttavia presuppone l’obbligo dell’ANAC di provvedere. Obbligo negato dai primi commentatori che, facendo leva sulla natura “contenziosa” del parere, sono inclini ad equipararlo a decisione su ricorso amministrativo, con conseguente formazione, in caso di silenzio, del silenzio-rigetto (Cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 8-9, 873; v. anche R. DE NICTOLIS, op. cit.).

procedura potrebbe risultare esposta alla sovrapposizione di più vicende contenziose e para-contenziose, con il risultato di allungare i tempi di gara. In effetti, per sortire reale efficacia deterrente, il previo consenso dovrebbe essere espresso da tutte le parti coinvolte nella procedura di gara, ivi inclusa la stazione appaltante. Qualora, in particolare, la portata obbligatoria fosse ristretta solo alle sole parti private, con esclusione di quella pubblica, vi sarebbe l'evidente rischio di non indurre il committente a conformarsi al parere dell'ANAC adottando i provvedimenti consequenziali³⁵⁷.

I primi osservatori si sono poi interrogati in ordine all'effettiva valenza della previsione secondo cui il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi del (novellato) art. 120 c.p.a.³⁵⁸, con la precisazione che in caso di rigetto del ricorso, "il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'art. 26 del codice del processo amministrativo"³⁵⁹.

³⁵⁷ Osserva sul punto E. FOLLIERI, op. cit., che avrebbe dovuto stabilirsi, oltre che il parere può intervenire a richiesta dei concorrenti o della stazione appaltante, che quest'ultima è, comunque, tenuta ad adeguarsi al parere. Per l'A., infatti, non ha senso "che venga espresso un parere sugli atti adottati o da adottarsi dall'amministrazione che, in mancanza della sua richiesta o preventiva determinazione di attenersi, non è vincolata e può ignorarlo".

³⁵⁸ Il gravame, ai sensi dell'art. 133, lett. l), c.p.a., andrà proposto al giudice amministrativo munito di giurisdizione esclusiva.

³⁵⁹ Evidente è l'assonanza con la previsione dell'art. 243-*bis* del previgente codice in punto di "preavviso di ricorso". A mente della citata disposizione, infatti, l'omissione del "preavviso" ovvero l'inerzia della stazione appaltante costituivano "comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio". La fallimentare esperienza dell'istituto, peraltro, ha sconsigliato la sua

Nulla quaestio, evidentemente, per il caso in cui l'impugnativa sia proposta dal soggetto privato: è evidente al riguardo che la possibilità di proporre ricorso in sede giurisdizionale si configuri come ordinario corollario del principio di pienezza ed effettività della tutela di cui all'art. 24 della Costituzione³⁶⁰.

Una valutazione a parte deve essere invece fatta per l'ipotesi di possibile impugnativa da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

Si potrebbe rilevare che tale possibilità, pur se ammissibile in via di principio, dovrebbe in concreto essere esclusa alla luce del principio di leale collaborazione fra le istituzioni pubbliche³⁶¹. Alla luce di tale principio, infatti, sembrerebbe incongruo che la stessa amministrazione che ha richiesto il parere – vincolante – dell'ANAC insorga poi avverso il parere infine reso conformemente alla sua richiesta³⁶².

Tuttavia, appare maggiormente persuasiva la tesi volta ad ammettere l'impugnabilità del parere vincolante anche da parte dell'amministrazione, al precipuo fine di evitare il formarsi di aree di esclusione o limitazione della tutela

riproposizione nell'attuale impianto normativo (cfr. E. FOLLIERI, op. cit.).

³⁶⁰ In tal senso non pare sussistere dubbio sul fatto che il soggetto che abbia prestato il consenso preventivo ad obbligarsi non perda affatto la legittimazione ad impugnare. Anche se bisogna ammettere che tale conclusione ponga qualche perplessità sulla reale efficacia deflattiva dell'istituto.

³⁶¹ Principio di recente ribadito con forza dal legislatore, ad esempio nel riscritto istituto della conferenza di servizi, con particolare riferimento ai meccanismi di superamento del dissenso (art. 14 ss., l. n. 241/1990).

³⁶² Si potrebbero anche richiamare al riguardo riflessioni sull'abuso del diritto, con particolare riferimento al principio *nemo venire contra factum proprium*.

giurisdizionale avverso atti della pubblica amministrazione (quale è e resta l'Autorità di settore), in evidente contrasto con il principio di cui all'art. 113, comma 2, Cost.

Si può dunque concludere nel senso che il parere dell'ANAC può essere impugnato innanzi al giudice amministrativo sia da chi lo abbia richiesto o abbia preventivamente dichiarato di volersi attenere ad esso e, quindi, sia vincolato, sia dall'interessato che né lo ha chiesto, né ha dichiarato di aderirvi e, comunque, non è vincolato.

È allora opportuno esaminare partitamente le singole ipotesi.

In primo luogo, viene in luce il caso del parere vincolante per la stazione appaltante (se ha richiesto il parere o abbia dichiarato la sua preventiva adesione). In tal caso, l'amministrazione è tenuta ad adottare gli atti e provvedimenti consequenziali, ma può contestare giudizialmente il parere. In altri termini, la stazione appaltante può non adeguarsi al parere, impugnandolo e rimuovendone così la forza "cogente".

È da chiedersi tuttavia se sia sufficiente il ricorso per esimere la stazione appaltante dal dare esecuzione al parere, oppure se la vincolatività dell'atto "consultivo" dell'ANAC ne presupponga, altresì, l'esecutività. In questo secondo caso, la stazione appaltante dovrebbe chiedere la misura cautelare al giudice amministrativo per ottenere la sospensione degli effetti del parere, in attesa della sentenza in merito. L'ipotesi preferibile è nel senso di considerare che, a seguito della comunicazione, il parere è vincolante, efficace ed esecutivo e la stazione appaltante deve provvedere immediatamente adeguandosi³⁶³, mentre il ricorso innanzi al giudice amministrativo, come di

³⁶³ V. infatti l'art. 21-*quater*, l. n. 241/1990.

consueto, non sospende l'atto impugnato, se non viene accolta la domanda cautelare.

Se, invece, la stazione appaltante condivide il parere precontenzioso, lo attua, assumendo i conseguenti atti amministrativi e, ovviamente, non proporrà azione innanzi al giudice amministrativo, al quale piuttosto potrebbe ricorrere il concorrente che, in base al parere, venga a subire lesione del suo interesse.

Infine, se il parere non è vincolante per la stazione appaltante, quest'ultima potrà seguirlo o meno, ma non si pone alcuna necessità che lo impugni, se non lo condivida. La stazione appaltante, in questo caso, ha deciso di non "sottomettersi" al parere e mantiene integra la sua discrezionalità di azione, senza dover ricorrere al giudice.

Il secondo caso è quello del parere vincolante per il concorrente (se lo abbia richiesto o vi abbia preventivamente aderito). In caso di esito favorevole, il concorrente ovviamente non interporrà alcun ricorso: il suo interesse si indirizzerà verso la stazione appaltante affinché recepisca la manifestazione di giudizio resa dall'ANAC nei suoi atti.

Se invece il parere non è favorevole al richiedente o all'aderente si aprono almeno due scenari. Qualora il parere riguardi il provvedimento di ammissione o di esclusione, ovvero di aggiudicazione, già adottati e che vengono confermati, occorrerà impugnare parere e provvedimento della stazione appaltante³⁶⁴. Quando invece il parere sia richiesto nei confronti di un atto endo-

³⁶⁴ Se il parere venga espresso prima del decorso del termine di decadenza di trenta giorni per l'impugnativa dei provvedimenti della stazione appaltante sarà possibile proporre un ricorso cumulativo. Viceversa, dovrebbe essere a rigore necessario impugnare i provvedimenti e successivamente il parere, proponendo dei motivi aggiunti.

procedimentale adottato, o di un atto ancora da adottare, vale la sopra ricordata regola della inammissibilità dell'impugnativa relativa ad atti privi di immediata lesività³⁶⁵. Questione particolare è da ultimo quella relativa alla necessità, o meno, di impugnare il parere vincolante e non favorevole al richiedente, specie se la stazione appaltante abbia preventivamente dichiarato di adeguarsi allo stesso. La soluzione più corretta sembrerebbe quella di ritenere che il concorrente debba autonomamente impugnare il parere. La soluzione contraria, secondo la quale il parere non è immediatamente lesivo fino a quando la stazione appaltante non si adegui con l'adozione del provvedimento, cozza infatti contro la previsione che il parere è appunto vincolante per il concorrente. Onde, non gravandolo tempestivamente, questi potrebbe incorrere in decadenza.

Terzo e ultimo caso è quello del parere non vincolante per il concorrente. Questa è la situazione più semplice perché il partecipante alla gara deve attendere l'eventuale provvedimento della stazione appaltante a lui sfavorevole e impugnarlo nei termini, unitamente al parere. Ciò al fine di paralizzare la possibile eccezione della stazione appaltante che potrebbe rilevare di aver dovuto, in forza del vincolo, adottare l'atto in conformità con la soluzione fornita dal parere vincolante. Si può, comunque, dubitare che il concorrente, sul quale non gravi il vincolo del parere, debba impugnarlo, visto che nei suoi riguardi non produce alcun effetto giuridico (diretto), anche se si può opporre che è condizionante per la stazione appaltante che

³⁶⁵ *A fortiori* non vi sarà questione con riferimento agli atti ancora da adottare, anche perché a mente dell'art. 34, comma 2, c.p.a. "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

è vincolata dal parere, se lo abbia richiesto o si sia preventivamente impegnata ad attenersi ad esso. Se, invece, il parere non è vincolante per la stazione appaltante esso, naturalmente, non va impugnato dal concorrente non vincolato.

Per quanto concerne il rito da seguire, l'art. 211, comma 1, del nuovo codice, richiama l'applicazione dell'art. 120 c.p.a., senza distinguere, però, se si segua o meno il nuovo rito speciale (quello contro il provvedimento di ammissione ed esclusione), di cui si dirà nel prosieguo.

Il rito applicabile dovrebbe comunque essere quello disciplinato dall'art. 120 in via "ordinaria". L'unico dubbio si avrebbe nell'ipotesi del ricorso contro il provvedimento di esclusione o ammissione e dell'inerente parere, antecedente o susseguente il provvedimento stesso.

Qui si sarebbe in presenza di cumulo di domande che seguono riti speciali diversi, con la conseguenza che si dovrebbe seguire il rito speciale "ordinario"³⁶⁶. Nel caso del parere precontenzioso, però, va considerato che si tratta di atto che inerisce strettamente all'adozione del provvedimento della stazione appaltante, per cui si potrebbe ritenere che eserciti una *vis attractiva* il rito dettato per lo specifico provvedimento cui è correlato. Di tal che, quando si impugni il parere e il provvedimento di ammissione o esclusione, si dovrebbe procedere secondo il nuovo rito speciale (quello, appunto, delle ammissioni o esclusioni).

Detto del parere, bisogna rammentare che l'art. 211 del nuovo codice, come si segnalava, introduce un ulteriore meccanismo di ADR, quello della raccomandazione³⁶⁷.

³⁶⁶ In tal senso E. FOLLIERI, op. cit.

³⁶⁷ Peraltro non contemplata specificamente nella legge di delega, che pur fa riferimento, all'art. 1, lett. t), all'attribuzione all'ANAC

Trattasi di un istituto di nuovo conio legislativo, che, diversamente dal parere or ora preso in analisi, è indirizzato alla sola stazione appaltante. Il comma 2 del richiamato articolo dunque dispone che “qualora l’ANAC, nell’esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la Stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della Stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell’Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000,00, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all’art. 36 del presente Decreto. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell’art. 120 del Codice del processo amministrativo”.

Deve premettersi che l’*input* della raccomandazione in parola è genericamente individuato nell’espletamento delle funzioni dell’Autorità, da ciò arguendosi che può (si noti, non già deve) originare tanto da un’attività di monitoraggio *ex officio*, quanto da verifiche connesse ai cosiddetti protocolli di vigilanza, quanto ancora da sollecitazioni (esposti) di terzi interessati.

L’ambito oggettivo è parimenti esteso, riguardando qualsivoglia atto della procedura di gara che, qualora a

della funzione di “vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio”.

giudizio dell'ANAC si profili affetto da vizio di legittimità³⁶⁸, determina l'adozione della raccomandazione.

La raccomandazione in parola si sostanzia in una parte precettiva primaria, coincidente con il contenuto dell'obbligo di esecuzione intimato alla stazione appaltante ed in una parte precettiva secondaria, recante la sanzione correlata al mancato adempimento, volta a colpire non solo il dirigente responsabile, ma anche la stazione appaltante di appartenenza.

Quella primaria impone l'esercizio dell'autotutela e la rimozione degli effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Quella secondaria, invece, consiste sia nel pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria posta a carico del dirigente responsabile³⁶⁹, sia nella valutazione del sistema di qualificazione della stazione appaltante di cui all'art. 36 del nuovo codice.

Ciò detto, il primo problema che la norma pone è quello relativo alla natura giuridica della "raccomandazione".

Ci si domanda in altri termini se sia davvero compatibile con il *nomen iuris* della raccomandazione (la cui valenza è tipicamente connessa al grado di autorevolezza dell'organo

³⁶⁸ *Ex art. 21-octies*, comma 1, l. n. 241/1990, ivi compreso, teoricamente, l'eccesso di potere.

³⁶⁹ Viene qui alla mente l'istituto delle "sanzioni alternative" *ex art. 123 c.p.a.* Tali schemi "sanzionatori" hanno trovato un qualche sviluppo nell'attuale panorama legislativo (si pensi, a tutt'altro riguardo, all'istituto delle "sanzioni pecuniarie civili" di cui al recente provvedimento di depenalizzazione *ex d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7*) e risultano improntati alla logica dei *punitive damages*, tuttavia in qualche modo piegata alle esigenze dell'erario.

che la esprime e non a una cogenza in senso proprio)³⁷⁰ un istituto il quale fa derivare addirittura una sanzione pecuniaria a carico del soggetto che se ne sia motivatamente discostato³⁷¹.

Muovendo dal primario criterio ermeneutico, quello dell'interpretazione letterale della norma, si registra in effetti una discrasia tra il verbo che sostiene il potere di raccomandazione e l'aggettivo che accompagna quest'ultima. Il primo rimanda infatti all'invito ("invita mediante atto di raccomandazione"), mentre il secondo al vincolo ("il mancato adeguamento alla raccomandazione vincolante").

Tale distonia contorna di incertezza la questione della natura del provvedimento, tenendo vieppiù presente che la raccomandazione consiste nell'obbligare il dirigente responsabile all'esercizio del potere di autotutela ed alla rimozione degli effetti lesivi degli atti ritenuti illegittimi in un termine di sessanta giorni. È infatti noto che il potere di autotutela, proprio perché derivante da un ripensamento discrezionale dell'amministrazione, può essere sollecitato ma non coartato³⁷².

³⁷⁰ Sia consentito al proposito richiamare il concetto di *moral suasion*.

³⁷¹ P. QUINTO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici e le "raccomandazioni vincolanti" di Cantone*, in www.lexitalia.it, 4/2016.

³⁷² In effetti non sono sconosciuti casi di esercizio dell'annullamento in autotutela doveroso (v. il comma 136 dell'art. 1, l. 30 dicembre 2004, n. 311, recentemente abrogato), ma è ben difficile rinvenire ipotesi di adozione del *contrarius actus* imposta *ab extrinseco*. Si noti peraltro che l'art. 211, comma 2, in commento adotta uno schema differente e per certi versi opposto a quello seguito dall'art. 21-bis, l. 10 ottobre 1990, n. 287. Qui, infatti, si compulsa l'amministrazione ad adeguarsi all'atto consultivo dell'*Authority*, la quale ultima può, in difetto di

Se ne deve concludere che la raccomandazione *de qua* abbia portata obbligatoria e vincolante, di tal che potrebbe affacciarsi l'ipotesi che la stessa abbia la natura di vero e proprio ordine. La forza cogente, unita al precetto sanzionatorio di carattere personale gravante sul dirigente inadempiente indurrebbe in effetti a protendere per il *genus* dei provvedimenti ablatori³⁷³.

Tuttavia, un tale assunto potrebbe essere smentito dalla mancanza del fondamentale requisito del rapporto gerarchico tra i soggetti interessati, l'ordinante (superiore) e l'esecutore (sottoposto), qui peraltro impossibile a realizzarsi appartenendo gli enti coinvolti a differenti apparati amministrativi.

Ne consegue che la raccomandazione sarebbe meglio inquadrabile tra i provvedimenti di controllo sugli atti, ovvero, al limite, sui soggetti, trovando conforto tale ultima affermazione nella sanzione pecuniaria, personale, gravante sul singolo dirigente inadempiente e non sulla stazione appaltante complessivamente intesa, su cui grava l'effetto sanzionatorio secondario di dequalificazione.

In secondo luogo, ci si interroga in ordine all'effettiva accettabilità sistematica di una disposizione sanzionatoria che individua la condotta antidoverosa (non già nell'adozione di un atto contrastante con la disciplina di settore, bensì) in un atto il quale semplicemente si ponga

recepimento delle sue indicazioni, adire la via giurisdizionale. Con l'art. 211, invece, è l'amministrazione che per sottrarsi alla "raccomandazione" dell'Autorità di settore deve rivolgersi al giudice amministrativo. E. FOLLIERI, op. cit., conclude sul punto osservando come in realtà "si possa in via interpretativa affermare che chi esercita, effettivamente e nella sostanza, il potere di autotutela è l'ANAC, non la stazione appaltante che è vincolata ad annullare i suoi atti".

³⁷³ In tal senso G. VELTRI, op. cit.

in contrasto con il pur autorevole avviso dell’Autorità di settore. In buona sostanza, la disposizione genera perplessità sia alla luce dei principi dell’autonomia gestionale delle amministrazioni, attraverso il rispettivo apparato dirigenziale, sia alla luce dei principi di separazione dei poteri dello Stato se solo si considera che la natura ibrida delle Autorità amministrative indipendenti, della cui natura partecipa l’ANAC, in relazione ai poteri variegati ed ampi assegnati, si pone al limite tra un organo con funzioni giustiziali ed un organo di controllo. Tipi di organi, entrambi questi ultimi, cui per motivi diversi, è preclusa l’ingerenza nella sfera discrezionale dell’azione amministrativa: al primo alla luce della separazione dei poteri dello Stato; al secondo in ragione dei principi di autonomia e di legalità che presiedono alla sfera di competenza di ciascuna amministrazione. Le perplessità risultano peraltro accentuate dalla procedura, che non risulta assistita nemmeno dal principio basilare della contestazione e del contraddittorio³⁷⁴.

In terzo luogo, si evidenzia che l’istituto si risolve in un meccanismo che lungi dal poter essere realmente assimilato a quelli alternativi al contenzioso, potrebbe risolversi esso stesso in un “moltiplicatore” del contenzioso. Anche infatti se le stazioni appaltanti, sotto la “spada di Damocle” delle sanzioni, si dovessero supinamente piegare agli indirizzi dell’ANAC, il *contrarius actus* determinerebbe pur sempre la lesione del

³⁷⁴ Sarebbe pertanto auspicabile che l’ANAC, in sede di autoregolamentazione, introduca le opportune garanzie “difensive”, pur senza aggravare l’*iter* procedimentale.

soggetto che beneficiava dell'atto di primo grado, con ipotizzabile incremento dei ricorsi³⁷⁵.

Pure la previsione dell'impugnabilità della raccomandazione *ex art. 120 c.p.a.* è foriera di interrogativi.

In primo luogo, il soggetto "leso" potrebbe essere il privato che sconta l'adeguamento della stazione appaltante all'atto dell'ANAC. In tal caso, l'imputazione solo formale alla stazione appaltante dell'atto di autotutela comporta che debba essere impugnata (anche) la raccomandazione, vincolante ed esecutiva, nel termine di decadenza.

La impugnativa contro la raccomandazione potrebbe però anche essere promossa dalla stazione appaltante che non intenda procedere all'autoannullamento. Tale previsione pone l'ulteriore problema dell'individuazione del soggetto legittimato attivo. Una possibile soluzione è nel senso di attribuire la *legitimatio ad causam* sia al dirigente, in quanto destinatario della raccomandazione, sia alla stazione appaltante, sulla quale si riverberano gli effetti di arresto o di rimodulazione della procedura, nonché gli effetti sanzionatori secondari.

³⁷⁵ Osserva sarcasticamente E. FOLLIERI, *op. cit.*, che l'atto di raccomandazione in questione "può essere precontenzioso, solo in un altro senso: precede e prepara ... il contenzioso". Peraltro, il problema potrebbe essere aggravato dal disallineamento dei termini processuali. L'art. 211, comma 2, prevede infatti che l'adeguamento alla raccomandazione del dirigente avvenga entro sessanta giorni, mentre permane il termine di trenta giorni per l'impugnazione del provvedimento di primo grado, con un inevitabile accavallamento dei ricorsi avverso l'atto di primo e di secondo grado, cui possono aggiungersi (come si vedrà di qui a breve) quelli del dirigente e della stazione appaltante avverso le sanzioni comminate, ovvero avverso la raccomandazione medesima.

L'affermazione va meglio precisata. Il dirigente responsabile riveste una posizione particolare: egli deve adottare nel termine stabilito il provvedimento di autoannullamento e, in mancanza, subisce la sanzione amministrativa pecuniaria. Avverso il provvedimento sanzionatorio il dirigente potrà dunque senz'altro proporre ricorso ma, se non impugna anche la raccomandazione, potrà dedurre solo vizi propri del procedimento sanzionatorio e profili di proporzionalità e ragionevolezza della sanzione, in relazione al *quantum*. Di tal che se intenda contestare la legittimità anche dell'atto di raccomandazione deve impugnarlo. La questione è però se debba attendere la sanzione per proporre ricorso anche avverso la raccomandazione oppure se abbia legittimazione autonoma (rispetto a quella della stazione appaltante) e possa (ovvero debba) proporre tempestivo ricorso contro la raccomandazione. L'atto sicuramente lesivo per il dirigente è il provvedimento sanzionatorio, ma anche la raccomandazione che gli impone l'autoannullamento, vincolante ed esecutiva, è pregiudizievole nei suoi confronti e, pertanto, è da ritenere che il dirigente sia legittimato ad impugnare tempestivamente (anche) la raccomandazione.

2. Le novità in materia processuale.

Il processo amministrativo è, nel nostro ordinamento, la sede propria e tipica per le controversie in materia di procedure per l'assegnazione dei contratti pubblici e gli orientamenti giurisprudenziali hanno contribuito a plasmare la disciplina e, a volte, anche ad introdurre principi o regole poi ripresi dal legislatore.

Con il nuovo codice dei contratti pubblici il sindacato giurisdizionale si amplia ancora, perché esso si estende non solo a tutti gli atti di regolazione dell'ANAC, ma, come visto, anche ai pareri vincolanti resi dall'Autorità sulle questioni insorte in sede di gara e alle raccomandazioni vincolanti rivolte alle stazioni appaltanti per sollecitarne il potere di autotutela.

Non è tutto. Il d.lgs. n. 50/2016 introduce diverse altre novità in materia processuale, che vanno dal rinnovato parametro di giudizio che il giudice deve seguire nell'esercizio del potere cautelare, alle regole (piuttosto ricognitive) relative all'impugnativa della proposta di aggiudicazione e degli atti endo-procedimentali, ai termini di pubblicazione del dispositivo ed all'appello, sino ai ricorsi cumulativi nelle gare suddivise in lotti.

Ma la vera innovazione consiste senz'altro nella introduzione di un ulteriore rito accelerato in materia di appalti, attraverso la modificazione dell'articolo 120 c.p.a. Il motivo di interesse sta però non tanto nei tempi, pur molto ristretti, del giudizio, quanto nel suo carattere preliminare. Diviene obbligatoria, infatti, l'impugnazione dei provvedimenti di esclusione e di quelli di ammissione alla gara entro trenta giorni dalla loro adozione, con la precisazione che i relativi vizi non potranno più farsi valere in sede di contestazione dell'aggiudicazione.

2.1 L'applicabilità del rito appalti alle concessioni: Consiglio di Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 22.

Non si deve pensare che l'applicabilità alle concessioni delle regole processuali (ma anche delle ADR sopra esaminate) in tema di appalti sia argomento scontato. Al contrario, sino ad un passato recentissimo, la questione è stata vivacemente dibattuta, come dimostra emblematicamente la vicenda che ha portato alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 22 del 2016³⁷⁶.

Il caso di specie afferiva ad una procedura per l'affidamento in concessione, da parte di una pubblica amministrazione, del servizio di ristoro tramite distributori automatici di alimenti e bevande. Un concorrente impugnava gli atti di gara, ma il ricorso veniva dichiarato in primo grado irricevibile siccome proposto oltre il termine decadenziale di trenta giorni previsto dall'art. 120, comma 5, c.p.a. L'originaria ricorrente proponeva tuttavia appello, criticando la gravata statuizione di irricevibilità dell'impugnativa di primo grado, sulla base dell'assunto dell'estraneità delle procedure di concessione dei servizi pubblici all'ambito applicativo degli artt. 119 e 120 c.p.a.

Con ordinanza n. 1927 del 12 maggio 2016 la terza sezione del Consiglio di Stato rimetteva così all'Adunanza Plenaria la soluzione della questione relativa all'applicabilità del combinato disposto degli artt. 119, comma 1, lett. a), e 120 del c.p.a. alle concessioni di servizi pubblici. Si rilevava infatti sul punto un contrasto interpretativo tra una lettura restrittiva del perimetro di

³⁷⁶ Consiglio di Stato Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 22, in *Guida al dir.*, 2016, 37, 42.

operatività dell'art. 119, comma 1, lett. a), tendente cioè ad escludere la sua applicazione anche alle concessioni di servizi pubblici³⁷⁷ e un'esegesi più ampia, che vi comprendeva anche le controversie aventi ad oggetto le concessioni³⁷⁸.

La disamina del Supremo Consesso si è concentrata sull'ermeneusi dell'art. 119, comma 1, lett. a), c.p.a. e, segnatamente, della locuzione “provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture”. Si è trattato, in altri termini, di verificare se, nella predetta espressione lessicale, fossero o meno compresi anche i provvedimenti concernenti le procedure aventi ad oggetto le concessioni.

Premessa la natura derogatoria e dunque eccezionale delle disposizioni in merito al rito processuale “accelerato”, con conseguente necessità di aderire ad un'interpretazione “*stricta*”, l'attenzione del giudice nomofilattico si è appuntata sull'espressione “procedura di affidamento”. L'espressione in parola aveva invero ricevuto una definizione puntuale all'art. 3, comma 36, del d.lgs. n. 163/2006 (poi ripetuta, con le medesime parole, dall'art. 3, lett. rrr), del nuovo codice) nei termini che seguono: “le «procedure di affidamento» e

³⁷⁷ Per il primo orientamento, v. Cons. St., sez. VI, 28 maggio 2015, n. 2679, in Foro amm., 2015, 5, 1447; Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5065, *ibid.*, 2014, 10, 2547; Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2620, in www.giustizia-amministrativa.it; Id., 16 gennaio 2014, n. 152, *ibid.*

³⁷⁸ Cfr. Cons. St., sez. V, 1° agosto 2015, n. 3775, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. III, 29 maggio 2015, n. 2704, *ibid.*; Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2015, n. 416, in Foro amm., 2015, 1, 121; Cons. St., sez. V, 28 luglio 2014, n. 3989, in *Dir. & giust.*, 2014, 15 settembre; Id., 12 febbraio 2013, n. 811, in www.giustizia-amministrativa.it.

l'«affidamento» comprendono sia l'affidamento di lavori, servizi, o forniture, o incarichi di progettazione, mediante appalto, sia l'affidamento di lavori o servizi mediante concessione, sia l'affidamento di concorsi di progettazione e di concorsi di idee”.

Ebbene, ha ritenuto l'Adunanza Plenaria che “a fronte di una definizione così chiara del significato dell'espressione contenuta nell'art. 119, comma 1, lett. a) c.p.a., non residua spazio per esegesi difformi da essa, alla quale l'interprete deve intendersi, infatti, vincolato”. E infatti, “declinando alla fattispecie esaminata i canoni ermeneutici appena enunciati, deve riconoscersi, per un verso, l'insussistenza di qualsivoglia elemento che indichi la volontà del legislatore del processo amministrativo di assegnare all'espressione «procedure di affidamento» un significato diverso da quello fatto palese dall'art. 3, comma 36, del d.lgs. n. 163 del 2006 e, per un altro, in coerenza con la suddetta definizione, l'ascrivibilità delle procedure di affidamento di servizi mediante concessione alla categoria delle «procedure di affidamento di servizi» (di cui all'art. 119, comma 1, lett. a, c.p.a.) e, quindi, nel novero delle controversie disciplinate dagli artt. 119 e 120 c.p.a.”.

Anche a livello di scopo della norma (e dunque di interpretazione teleologica o finalistica), comunque, si sarebbe dovuti pervenire, ad avviso del collegio giudicante, ad identica conclusione. Infatti, “la *ratio* del rito speciale in questione, agevolmente identificabile nell'esigenza della sollecita definizione dei giudizi aventi a oggetto provvedimenti amministrativi riferibili all'esercizio di funzioni pubbliche che implicano la cura di interessi generali particolarmente rilevanti (e che, come tali, non tollerano una prolungata situazione giudiziaria di incertezza), risulta riferibile nella stessa misura alle

controversie relative agli appalti e a quelle concernenti le concessioni [...] Anche gli atti che incidono su quest'ultima formula contrattuale, infatti, necessitano di una cognizione giurisdizionale rapida, al pari di (o, comunque, non inferiore a) quelli che riguardano gli appalti, con il duplice corollario che un'esegesi che li escludesse dall'ambito applicativo del rito speciale finirebbe per vanificare la predetta (palese) finalità e che, viceversa, una compiuta soddisfazione dell'anzidetto interesse pubblico impone una lettura degli artt. 119 e 120 c.p.a. che vi comprenda anche le controversie relative alle concessioni”.

2.2 Il nuovo rito sulle impugnazioni di ammissioni ed esclusioni.

Una volta attestata *per tabulas* l'applicabilità delle disposizioni del c.p.a. in tema di appalti anche alle procedure concorrenziali relative alle concessioni, si può passare all'esame del già menzionato rito speciale "anticipato" in tema di ammissioni ed esclusioni dalle gare³⁷⁹.

Si segnala anzitutto sul punto che il nuovo comma *2-bis* dell'art. 120 c.p.a. ha ripreso in modo sostanzialmente fedele una previsione contenuta nella legge di delega³⁸⁰.

³⁷⁹ Ai sensi del comma *2-bis* dell'art. 120 c.p.a., introdotto dall'art. 204, comma 1, lett. b), del nuovo codice, "il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante [...] L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale". Al di là del termine breve di impugnativa, particolarmente contratti sono i termini per il deposito delle memorie e dei documenti. A mente del neo-introdotto art. 120, comma *6-bis*, infatti, "le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima".

³⁸⁰ Ci si riferisce, in particolare, al criterio di cui all'art. 1, lett. bbb), l. n. 11/2016, il quale ha previsto "l'introduzione di un rito speciale in camera di consiglio che consente l'immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione; previsione della preclusione della contestazione di vizi attinenti alla fase di

I primi commentatori della disposizione non hanno mancato di osservare che essa miri a fronteggiare una triplice patologia che ha caratterizzato negli anni più recenti l'evoluzione in tema di contenzioso sugli appalti.

In particolare, il primo fenomeno distorsivo concerne la spasmodica attenzione ai vizi inerenti la fase genetica della partecipazione. Il secondo riguarda l'abbassamento del livello generale di certezza quale effetto di un approccio eccessivamente attento alle precondizioni della partecipazione alle gare. Il terzo afferisce all'instaurazione di un modello processuale di carattere "retrospettivo", che comporta spesso la caducazione *ex post* dell'intera procedura per vizi afferenti una fase preliminare, con evidente dispendio di risorse economiche e temporali³⁸¹.

Ci si domanda, tuttavia, se il rimedio processuale da ultimo individuato risulti il più adeguato ad arginare le rilevate criticità senza introdurne di nuove, in ipotesi anche più nocive per il sistema giustizia.

Ed infatti, l'imposizione *ex lege* dell'immediata proposizione di un'impugnazione nell'ambito di una fase del tutto preliminare della gara potrebbe determinare alcune ripercussioni, che si vanno qui sinteticamente ad individuare.

In primo luogo, l'imposizione dell'onere di pronta impugnativa risulta del tutto congruo (in linea con le più

esclusione dalla gara o ammissione alla gara nel successivo svolgimento della procedura di gara e in sede di impugnazione dei successivi provvedimenti di valutazione delle offerte e di aggiudicazione, provvisoria e definitiva".

³⁸¹ V. G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it. Sul nuovo rito in materia di appalti v. anche, diffusamente L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 605.

consolidate acquisizioni in materia) per il caso dei provvedimenti di esclusione, mentre per l'ipotesi dei provvedimenti di ammissione è assai più difficoltoso individuare il canone della concretezza e dell'attualità dell'interesse al ricorso³⁸².

La giurisprudenza ha invero ritenuto che le esclusioni dalla gara debbano essere tempestivamente impugnate, senza attendere la conclusione del procedimento, perché lesive dell'interesse del concorrente che non può più divenire aggiudicatario, a prescindere dallo svolgimento e completamento della procedura ad evidenza pubblica³⁸³.

L'immediata lesione dell'interesse ad ottenere successo nella gara, non più conseguibile per l'esclusione, circoscrive la legittimazione al concorrente estromesso che è a conoscenza di tutti gli elementi che riguardano la sua posizione e l'esito positivo del giudizio gli consente di proseguire nella gara per ottenere il bene della vita cui aspira: l'aggiudicazione. È una soluzione appagante perché il possibile intervento cautelare, normalmente domandato dal ricorrente in questi casi, permette la partecipazione dell'escluso alla procedura (eventualmente "con riserva") e soddisfa l'interesse allo svolgimento della gara senza che il procedimento regredisca con la riedizione delle relative valutazioni. Inoltre è conforme ai principi che caratterizzano l'interesse a ricorrere e, *in primis*, alla verifica dell'interesse ad un'utilità concreta che la sentenza

³⁸² Si pensi, in particolare, al caso di una gara con decine di partecipanti e in relazione alla quale sia del tutto incerto individuare effettive *chances* di vittoria in capo all'impresa che si sospetta essere stata illegittimamente ammessa.

³⁸³ Tanto che si opera una equiparazione del concorrente definitivamente escluso all'operatore che mai abbia preso parte alla gara, risultando rispetto alla procedura un *quisque de populo*.

favorevole può recare alla situazione giuridica soggettiva di cui si affermi la lesione personale, diretta ed attuale.

La previsione di impugnare (anche) gli atti di ammissione non pare, invece, analogamente condivisibile per più ordini di ragioni. Grava ogni concorrente di un onere eccessivo; rischia inoltre di diventare un “moltiplicatore” del contenzioso, che potrebbe essere di nessuna utilità per chi è costretto al ricorso; infine, non tutela un apprezzabile interesse a ricorrere, difettando, quantomeno, la lesione attuale della situazione giuridica soggettiva.

Procedendo con ordine nell’esame delle perplessità esposte, si deve dare atto che l’onere per i concorrenti se non è particolarmente gravoso quando vi è un numero limitato di operatori economici che hanno presentato l’offerta, è senz’altro eccessivo allorché aumenti la quantità dei partecipanti, come già non si è mancato di rilevare³⁸⁴.

Sotto il profilo dell’incremento del contenzioso, poi, l’impugnazione degli atti di ammissione potrebbe “segmentare” il procedimento amministrativo, aumentando il numero dei ricorsi in modo finanche del tutto inutile, se si contesta l’ammissione di un concorrente che, poi, non si colloca utilmente nella graduatoria.

Da ultimo, sotto il profilo dell’interesse a ricorrere, è da chiedersi quale utilità concreta consegua il partecipante che impugni l’ammissione degli altri concorrenti. Il ricorso, in ipotesi diretto ad escludere tutti gli altri partecipanti, pur se coronato da successo, non attribuisce al ricorrente vittorioso l’aggiudicazione perché la stazione

³⁸⁴ Cfr. R. DE NICTOLIS, op. cit. V. anche M. A. SANDULLI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 20 aprile 2016.

appaltante può decidere di non procedere all'aggiudicazione se l'offerta non risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. E, soprattutto, la lesione non è diretta, non derivando immediatamente dal provvedimento di ammissione, e non è attuale, poiché non è ancora intervenuta la lesione dell'interesse ad ottenere l'aggiudicazione, esso presupponendo l'emanazione di provvedimenti "futuri e incerti" (aggiudicazione a favore del concorrente di cui si contesta la legittima ammissione).

Ed allora, se è vero che l'interesse deve essere concreto ed attuale³⁸⁵, la necessità dell'impugnazione contro le ammissioni degli altri partecipanti alla gara costituisce al più una "presunzione di interesse a ricorrere", che potrebbe ravvisarsi nella "giusta formazione della platea dei concorrenti alla gara, bene che ora diviene tutelabile autonomamente"³⁸⁶. Ma un tale "interesse" è destinato a venire meno, rendendo improcedibile il ricorso, in caso di aggiudicazione della gara allo stesso ricorrente o a concorrente diverso da quello nei cui confronti si è contestata l'ammissione.

In altri termini, l'"interesse" per il quale la legge consente, anzi richiede, di impugnare le ammissioni è destinato a recedere a cagione di un evento successivo – l'aggiudicazione – che elide l'indispensabile utilità dell'azione promossa, rendendolo inattuale.

In definitiva, il modello da ultimo delineato introduce una sorta di *fictio iuris* volta ad individuare l'interesse all'impugnativa (*rectius*: l'onere di impugnativa, da soddisfare a pena di decadenza) in un momento in cui è

³⁸⁵ Come confermato da ultimo da Cons. St., Ad. Plen., 3 febbraio 2014, n. 8, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 329.

³⁸⁶ G. SEVERINI, op. cit.

davvero arduo individuare i richiamati caratteri della concretezza e dell'attualità³⁸⁷.

Ciò detto, bisogna soggiungere che il nuovo obbligo di immediata impugnativa potrebbe porre ulteriori problematiche di ordine pratico per ciò che riguarda la piena e tempestiva conoscibilità degli atti relativi all'ammissione alla gara dei concorrenti, la cui disciplina che non sembra essere stata adeguatamente modificata in relazione alle nuove disposizioni processuali.

Basti pensare all'art. 53 del nuovo codice il quale – nel riprendere le previsioni già contenute nel d.lgs. n. 163/2006 – stabilisce che il diritto di accesso è differito “in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione”, laddove la nozione di “offerta” si presta ad un'interpretazione quanto mai ampia e onnicomprensiva.

In altre parole, sul piano applicativo l'impugnazione immediata delle esclusioni come delle ammissioni richiede la disponibilità concreta e altrettanto immediata delle informazioni necessarie per far valere gli eventuali vizi. La necessaria connessione con le norme in materia di trasparenza, comunicazioni della stazione appaltante e diritto di accesso agli atti della procedura è evidente, ma è stata disciplinata e risolta solo parzialmente all'interno del codice, nonostante gli espressi suggerimenti in questa direzione contenuti nel già citato parere del Consiglio di Stato. Il legislatore delegato ha comunque accolto alcuni di quei suggerimenti (negli articoli 29 e 76) per quanto riguarda la tempestiva pubblicità e accessibilità degli atti

³⁸⁷ È appena il caso di osservare che, fino ad alcuni mesi fa, gli stessi ricorsi che il nuovo codice impone di proporre in via anticipata – e a pena di improponibilità successiva – sarebbero stati dichiarati plausibilmente inammissibili, non sussistendo neppure la mera facoltà di proporli.

di gara inerenti ammissioni ed esclusioni, prevedendo così una vera e propria sotto-fase di gara che dovrebbe culminare in un provvedimento di determinazione delle ammissioni e delle esclusioni, con connessi obblighi di pubblicità e di comunicazione³⁸⁸.

In ultima analisi, spetterà ai giudici (ivi compresi il Giudice delle leggi e la Corte di Giustizia) stabilire se la disposizione in esame – potenzialmente, ma, come visto, non certamente, deflattiva del contenzioso – costituisca o meno un adeguato punto di bilanciamento fra l'esigenza di introdurre misure ragionevolmente limitative di una litigiosità spesso ingiustificata e l'esigenza di non comprimere oltre misura concomitanti valori di rango primario, quali quelli della pienezza ed effettività della tutela in sede giurisdizionale.

³⁸⁸ Dovendosi escludere, a rigore, che il provvedimento *de quo* possa rivestire carattere implicito.

PROBLEMI APERTI E PROSPETTIVE

Si è cercato nelle pagine che precedono di dare un inquadramento sistematico ad una materia variegata, ed in evoluzione, come è quella dei contratti di concessione.

Per lungo tempo, la tematica delle concessioni – assolutamente “classica” nel diritto amministrativo – è stata relegata ad un ambito essenzialmente teorico o comunque speculativo. In sostanza, se ne è trattato nell’ambito dei provvedimenti ampliativi, quale categoria fondamentale distinta, ed in un certo senso contrapposta, rispetto alle autorizzazioni. Con il contorno di distinzioni, care alla manualistica tradizionale, rispetto alle sovvenzioni, alle ammissioni e figure affini. Un momento di sussulto a livello dottrinario si è avuto con l’introduzione, ad opera della legge sul procedimento amministrativo, della figura degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento. Tale novità ha risvegliato, o meglio arricchito, il dibattito circa la natura dell’istituto concessorio. Anche se, a dire il vero, la posizione di quanti propugnavano la sussunzione della concessione sotto la specie dei “contratti di diritto pubblico” non era certo una novità assoluta a livello di trattazione scientifica.

Il vero punto di rottura è invece provenuto dall’ordinamento sovranazionale. Con le direttive “appalti” degli anni duemila, infatti, si è definitivamente chiarito che il diritto comunitario, notoriamente incline ad un approccio sostanzialistico, qualifica le concessioni economicamente rilevanti a livello transnazionale – siano esse di lavori o di servizi – come contratti. Non si è trattato, beninteso, di una rivoluzione copernicana; tuttavia, come si è cercato di dimostrare, da tale acquisizione derivano corollari in tema

di giurisdizione, di autotutela, piuttosto che di applicazione dei canoni civilistici, di non scarso momento.

In ambito europeo, peraltro, non si è giunti a tali conclusioni per effetto di un'improvvisa virata legislativa. Al contrario, il processo interpretativo ha avuto una lunga maturazione ed è stato lungo ed accidentato. Tra la Comunicazione della Commissione, che ha in un certo senso segnato l'avvio, o comunque l'intensificazione, del dibattito sul punto, e la direttiva n. 23 del 2014, recante la regolamentazione organica della materia, sono passati ben quattordici anni.

Sino ad un passato recente, in particolare, la disciplina sulle concessioni era sostanzialmente limitata al "ramo" dei lavori, mentre, per ciò che concerneva i servizi, vi era, di massima, un arretramento legislativo, anche in ragione della particolare cautela con cui l'ordinamento europeo si è storicamente approcciato alla sfera dei servizi pubblici, o, per meglio dire, dei servizi di interesse economico generale. Tale atteggiamento si è naturalmente riflesso in ambito nazionale, ove il settore dei servizi è rimasto per lungo tempo privo di una regolazione di dettaglio e, dunque, esclusivamente affidato ai principi discendenti dai Trattati. Come visto, tale "vuoto normativo" è stato foriero di incertezze applicative e di dubbi esegetici, ai quali la giurisprudenza ha potuto solo in parte porre riparo.

Con la direttiva concessioni, finalmente, questa differenziazione di disciplina, piuttosto immotivata, è venuta meno. Si è provveduto infatti ad introdurre un regime comune alle tipologie concessorie, sebbene con la conferma dell'esclusione "eccellente" delle concessioni demaniali. L'opera di legificazione, pur improntata ad un approccio cauto, ovvero particolarmente rispettoso dell'autonomia delle amministrazioni nazionali, ha interessato *funditus* la materia, dirigendosi tanto in

direzione della fase di affidamento, segnandone le relative garanzie procedurali, quanto alla fase di esecuzione del rapporto, distinguendone i vari profili (subappalto, “varianti”, cessazione anticipata).

La direttiva ha rappresentato un punto di approdo significativo. Certo – è stato osservato – sarebbe stato possibile fare di più o meglio, ad esempio evitando di importare in certi ambiti *sic et simpliciter* la disciplina degli appalti. Cionondimeno, bisogna tenere presente che l’atto normativo comunitario in argomento è – come si suole dire – di primo livello, di tal che esso potrebbe rappresentare, prima che un arrivo, un momento di partenza, rispetto a una regolamentazione in futuro migliorabile ed implementabile.

La direttiva europea è stata recepita nei termini dal legislatore nazionale. La circostanza non è da sottovalutare, dato che il tempo a disposizione era molto limitato, tenuto oltretutto conto che l’opzione è stata nel senso di incorporare nel diritto interno *uno tempore* anche le direttive appalti. È stato quindi varata, a distanza di un decennio dall’entrata in vigore del precedente codice “De Lise”, la nuova “testunificazione” in tema di contratti pubblici, la quale dedica un’apposita parte ai contratti di concessione.

Chiaramente, è presto per dire se la nuova disciplina abbia realizzato l’ambizioso intento delle regole poche e chiare, particolarmente difficile da raggiungere in un ambito così tecnico e specialistico come è quello della contrattualistica pubblica.

Quantomeno, sembrerebbe certo che il legislatore delegato abbia recepito in modo sostanzialmente corretto ed esaustivo, quanto alle concessioni, i principi e criteri direttivi della legge delega e le regole poste dalla direttiva europea.

Il pregio di tale nuova opera di normazione è senz'altro quello di aver dato una organica sistemazione alla materia delle concessioni di lavori e di servizi. Dando così prova di comprendere come l'istituto oggetto del presente lavoro sia, in un'ottica strategica, uno dei più importanti per consentire il rilancio della competitività economica nazionale, in quanto capace di aprire effettivamente il settore delle infrastrutture e dei pubblici servizi, assai oneroso per le finanze statali, agli investimenti privati.

Pur dando atto della ormai innegabile essenza contrattuale delle concessioni, non si è poi incorsi, se non in piccola parte, nell'errore di appiattare la disciplina di quelle ultime su quella degli appalti³⁸⁹. La differenza ineliminabile tra le due *species* di un (idealmente) unico ceppo contrattuale rimane infatti quella del rischio operativo specifico proprio delle concessioni.

Elemento distintivo, questo del rischio, che dovrebbe indurre nell'operatore economico un comportamento massimamente efficientistico, permettendo una maggiore discrezionalità dell'amministrazione e un certo tasso di "malleabilità" delle procedure di assegnazione, evitando al contempo di cadere in fenomeni di selezione avversa³⁹⁰.

In tale senso, sono senz'altro da accogliere con favore le aperture in direzione di meccanismi di affidamento

³⁸⁹ Questo a livello sostanziale, dal momento che, come visto, a livello rimediabile si è ormai raggiunta una apprezzabile equiparazione degli strumenti di tutela valevoli per gli appalti, come per le concessioni.

³⁹⁰ Il rischio cioè che una inadeguata o non ben gestita procedura competitiva, nella quale la pubblica amministrazione sia carente da un punto di vista informativo, causi una scelta sbagliata del *partner* privato ovvero aggiudichi un contratto a condizioni svantaggiose per la parte pubblica.

orientati a una forte flessibilità, quali il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione.

Tali nuove forme implicano tuttavia la necessità di una reale collaborazione tra parte pubblica e privata, anche al fine di evitare la proliferazione di fenomeni di asimmetria informativa, particolarmente nocivi in tale contesto.

La nuova sfida sembrerebbe allora questa: stimolare l'effettiva osmosi tra i contraenti³⁹¹ in vista di un traguardo comune (logica *win-win*³⁹²), senza incappare nel rischio di cattura del regolatore³⁹³ o, peggio, in fenomeni di clientelismo piuttosto che di corruzione.

Accanto alle luci vi sono naturalmente anche dei profili in chiaroscuro. Innanzitutto, non pare convincere sino in fondo non tanto la decisione di regolare separatamente i contratti di PPP, quanto piuttosto quella di ingenerare una scarsa chiarezza, con specifico riferimento ai confini tra tale ultima figura e la concessione. In particolare, non è apparsa perspicua la scelta di porre l'accento, nell'ambito delle concessioni, sull'elemento della remunerazione per il tramite del mercato, senza però escludere affatto la configurabilità di concessioni "fredde". Anche perché,

³⁹¹ Si pensi alle necessarie concertazioni e ai rapporti di collaborazione implicati dalla questione dell'equilibrio economico-finanziario del progetto e del suo mantenimento, dalla gestione delle sopravvenienze e, non da ultimo, dall'attività di monitoraggio e controllo rimessa alla parte pubblica.

³⁹² Cioè quella in cui tutte le parti del rapporto vincono, ovvero raggiungono gli obiettivi inizialmente prefissati.

³⁹³ Espressione utilizzata con riferimento a situazioni in cui il depositario della *governance* agisce, anziché per il perseguimento dell'interesse pubblico, in favore degli interessi commerciali o speciali dominanti nell'industria o nel settore oggetto della regolamentazione, con la conseguenza di una perdita di neutralità, terzietà e oggettività delle attività regolatorie.

contemporaneamente, nel PPP si è fatto grossomodo l'inverso, ammettendo cioè che accanto a operazioni "fredde", il *partner* privato possa essere ripagato tramite lo sfruttamento diretto dell'opera o del servizio.

In secondo luogo, sarebbe stato probabilmente possibile delineare meglio, con riferimento alla fase di esecuzione del contratto, gli aspetti inerenti all'esercizio dei poteri di autotutela. In tale ottica, il problema maggiore sembrerebbe riguardare l'incidenza dell'esercizio delle potestà "esorbitanti" dell'autorità pubblica in ordine al vincolo, sulle sorti del rapporto. Ciò anche alla luce degli arresti ormai consolidati della giurisprudenza, tendenti ad escludere che, attraverso il dispiegamento dei poteri pubblicistici, l'amministrazione possa sciogliersi dal negozio, evitando di sottoporsi ai più onerosi meccanismi riconnessi all'esercizio del diritto di recesso. Non solo. Anche una volta accantonata questa problematica più generale, la disciplina non appare del tutto appagante soprattutto per quanto riguarda l'aspetto della retroattività, o meno, della cessazione degli effetti dell'accordo, anche in ordine alla regolazione delle reciproche spettanze. Nonché per la questione del recesso del committente pubblico e della salvaguardia del legittimo (e quindi incolpevole) affidamento del contraente privato.

Da ultimo, un cenno alla questione degli strumenti di tutela. Bisogna certamente salutare con favore l'assimilazione "processuale", peraltro come visto già acquisita in via pretoria, tra concessioni ed appalti. Se l'esigenza deve essere quella di accelerare la definizione delle liti in materia di procedure di affidamento, onde evitare il protrarsi di un'antieconomica incertezza *in subiecta materia*, non avrebbe senso distinguere a seconda dell'oggetto della gara. Tanto premesso, permangono le perplessità sopra esposte, e condivise dalla più parte della

dottrina, circa il nuovo rito “anticipato” su ammissioni ed esclusioni, nonché in punto di ADR, con particolare riferimento alle plurime questioni sollevate dall’art. 211, d.lgs. n. 50/2016. A ciò sia consentito soltanto aggiungere i dubbi derivanti dall’estensione alle concessioni dei rimedi non contenziosi relativi alla fase esecutiva. Solo la prassi dirà infatti se i momenti autoritativi rinvenibili nel rapporto concessorio, fatti palesi dalle previsioni in tema di giurisdizione esclusiva (in particolare *ex* art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a.) siano pienamente compatibili con la disponibilità degli interessi in gioco, tipica degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie.

INDICE BIBLIOGRAFICO E DELLE RIVISTE

- AA. VV., *Codice degli appalti pubblici*, a cura di A. Cancrini, C. Franchini, S. Vinti, Torino, 2014;
- BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001;
- BENVENUTI F., *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in G. Marongiu - G. C. De Martin (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992;
- BERTONAZZI L. - VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, in M. P. Chiti - G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, Milano, 2007;
- BOBBIO N., voce «principi generali del diritto (I)», in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966;
- BORSI U., voce «Concessione amministrativa», in *Enc. it.*, Roma, 1931;
- BOSCOLO E., *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime – il commento*, in *Urb. e app.*, 2016, 11, 1211;
- BOTTO A. - IANNOTTA L., *La concessione dei lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno*, in M. Cafagno - A. Botto - G. Fidone - G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013;
- BRUTI LIBERATI E., voce «Accordi pubblici», in *Enc. Dir.*, V aggiornamento, Milano, 2001;
- CAIANELLO V., voce «Concessioni (diritto amministrativo)», in *Noviss. dig. it.*, Appendice, Torino, 1981, II;

CALLERI C., *Diritto di insistenza e interpretazione dell'art. 37 cod. nav.*, in *Dir. trasporti*, 2008, 467;

CALVETTI S., *Condizioni per la proroga del servizio di distribuzione del gas. Il commento*, in *Urb. e app.*, 2014, 4, 445;

CAMMEO F., *I monopoli comunali*, in *Arch. giur.*, 1896, 524 ss.;

CAMMEO F., *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico*, in *Giur. it.*, 1900, IV, 8 ss.;

CAMMEO F., *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giur. it.*, 1903, I, 473 ss.;

CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1904;

CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, 2004;

CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, 2012;

CARTEI G., *Il contratto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal codice De Lise*, in *Urb. e app.*, 2016, 8-9, 939;

CASAVOLA H. C., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, XII, 2014, 1135;

CASSESE S., *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 355;

CATTANEO S., voce «Servizi pubblici», in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990;

CERUTI M., *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in *Urb. e app.*, VI, 2016, 637;

CHIRULLI P. - STELLA RICHTER P., voce «Transazione (dir. amm.)», in *Enc. dir.*, Milano, 1992, XLIV;

CHITI M. P., *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in G. Cartei - M. Ricchi (a cura di),

Finanza di progetto e Partenariato pubblico-privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività, Napoli, 2015;

CHITI M. P., *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, 436;

CIPPITANI R., *Concessioni di servizi e applicazione dei principi in materia di appalti*, in *Urb. e app.*, I, 2016, 69;

CIVITARESE MATTEUCCI S., *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997;

CLARICH M. - ZANETTINI L., *Servizi pubblici*, in G. Corso - V. Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Milano, 2006;

COMBA M. E., *Aggregazioni di contratti e centrali di committenza: la disciplina europea ed il modello italiano*, in *Urb. e app.*, 2016, 10, 1053;

CONTESSA C., *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Le forme di tutela nel nuovo codice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, 436;

CONTESSA C., *Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni*, in *Urb. e app.*, 2016, 8-9, 933;

COSMAI P., *La nuova governance degli appalti pubblici: partono le linee guida ANAC*, in *Azienditalia*, 2016, 6, II;

COSMAI P., *I pareri di pre-contenzioso e le raccomandazioni ANAC nel nuovo codice degli appalti*, in *Azienditalia*, 2016, 11, 1024;

COSMAI P., *Il nuovo accordo bonario secondo il codice degli appalti: iter e accorgimenti operativi*, in *Azienditalia*, 2016, 12, 1093;

COZZIO M., *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, in M. Cafagno - A. Botto - G. Fidone - G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013;

CRISAFULLI V., *A proposito dei principî generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940, 193 ss.;

CRISAFULLI V., *Per la determinazione del concetto di principî generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 42 ss., 157 ss., 230 ss.;

CROCI E. - PERICU G., voce «Sovvenzioni (diritto amministrativo)», in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLIII;

CROSA E., *Osservazioni sui principî generali come fonte di diritto pubblico*, Torino, 1926;

CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008;

D'ALBERTI M., *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981;

D'ALBERTI M., voce «Concessioni amministrative», in *Enc. giur.*, Roma, 1988, VII;

D'ALBERTI M., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012;

D'ANCONA S., *La revoca e il recesso nelle concessioni amministrative*, in M. Cafagno - A. Botto - G. Fidone - G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013;

DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, V, 2016, 503;

DE PRETIS D., *L'attività contrattuale della p.a. e l'articolo 1 «bis» della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in F. Mastragostino (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007;

DI CRISTINA F., *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il partenariato pubblico privato quale "archetipo generale"*, in *Giorn. dir. amm.*, IV, 2016, 436;

DI LASCIO F., *Concessione di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. - TAR*, 2009, 787;

FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche – Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984;

FERRANTE G. - MARASCO P., *Equilibrio economico finanziario e valutazione di congruità del contributo pubblico*, in G. Cartei - M. Ricchi, *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010;

FIDONE G., *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, I, 2015, 101;

FIorentino L., *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, 436;

FOLLIERI E., *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 8-9, 873;

FORLENZA O., *Con il parere di precontenzioso si evita la lite*, in *Guida dir., Dossier sugli appalti, ultimo appuntamento*, n. 29 del 9 luglio 2016, XXIV;

FORTI U., *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, 369 ss.;

FRACCHIA F., voce «Concessioni amministrative», in *Enc. dir.*, I, Milano, 2007;

GALLO D., *I servizi di interesse economico generale*, Milano, 2010;

GIANNINI M. S., *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm. rep.*, Roma, 1953, 611;

GIANNINI M. S., *L'attività amministrativa*, Roma, 1962;

GIANNINI M. S., *I beni pubblici*, Roma, 1963;

GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970;

GIANNINI M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1989;

GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993;

GIGLIONI F., *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di “servizio pubblico”*, in *Foro amm.*, 1998, 2282;

GILIBERTI B., *Le concessioni di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 2011, 186;

GIOVAGNOLI R., *Sistemi di realizzazione delle opere pubbliche e strumenti di finanziamento: dall'appalto pubblico al partenariato pubblico privato*, in www.giustamm.it;

GRECO G., *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto comune e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986;

GRECO G., *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 382;

GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003;

GRECO G., *La direttiva in materia di “concessioni”*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, V, 2015, 1095;

GUCCIONE C., *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, XII, 2000, 1253;

IACOVONE G., *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, Bari, 2004;

LEDDA F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965;

LEGGIADRO F., *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb. e app.*, X, 2000, 1061;

LEVSTIK S., *Proposta di direttiva sulle concessioni: una prima analisi ricognitiva*, in M. Cafagno - A. Botto - G. Fidone - G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013;

LICATA G. F., *La scadenza delle concessioni per il servizio di distribuzione di gas naturale tra legislazione interna e giustizia comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2011, 523;

LONGO F., *Brevi note sulla giurisprudenza amministrativa in materia di diniego di rinnovo di concessione di utilizzo di beni pubblici*, in *TAR*, 1993, II, 157;

LOSTORTO V., *I servizi pubblici*, Milano, 2007;

LUMINOSO A., *Codice dell'appalto privato*, Milano, 2010;

MACCHIA M., *Il nuovo codice dei contratti pubblici. I contratti di concessione*, in *Giorn. dir. amm.*, IV, 2016, 436;

MAMELI B., *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998;

MAMELI B., *Concessioni e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2001, 63;

MANGANARO F., *Soglie di rilevanza comunitaria nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 8-9, 948;

MARASCO P. - TRANQUILLI M., *Concessioni e Ppp: per trasferire il rischio operativo la legge non basta, serve un Pef congruo*, in *Edil. e terr.*, 30 marzo 2016;

MARESCA D., *La modificazione sostanziale dei contratti di concessione di lunga durata durante l'esecuzione: commento alla direttiva europea 2014/23/UE*, in *Dir. comm. internaz.*, 3, 2014, 749;

MARZUOLI C., *Principio di legalità ed attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982;

MASSERA A., *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2005, 1201;

MENSI M., *Appalti, servizi pubblici e concessioni*, Padova, 1999;

MERUSI F., voce «Servizio pubblico», in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970;

MIELE G., *Ente pubblico e concessione di servizi pubblici*, in *Foro amm.*, 1942, I, II, 235 ss.;

MOLITERNI A., *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 4, 2012, 567;

MONTEFERRANTE L., *Il diritto dei contratti conquista gli accordi*, in *Urb. e app.*, VIII, 2006, 955;

MONZANI S., *Il trasferimento al privato del rischio economico di gestione quale tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi e le conseguenze in tema di normativa applicabile*, in *Foro amm. - CDS*, I, 2013, 243;

MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in *Aa. Vv., Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, II;

MUSOLINO G., *L'appalto pubblico e privato*, I, Torino, 2002;

NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001;

PALLOTTINO M., *I nuovi problemi della concessione di opera pubblica*, in *Arch. giur. opp. pubb.*, 1991, 2413;

PAOLANTONIO N., *Articolo 1, comma 1 bis. Principi generali dell'attività amministrativa*, in N. Paolantonio - A. Police - A. Zito, (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005;

PELLIZZER F., *Le concessioni di opera pubblica*, Padova, 1990;

PELLIZZER F., *L'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e gli appalti dei concessionari*, in M. A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, IV, Milano, 2008;

PERFETTI L. R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001;

PERFETTI L. R., “*Diritto di insistenza*” e rinnovo della concessione di pubblici servizi, in *Foro amm. - CDS*, 2003, 621;

PIACENZA P., *Rischio operativo al privato e domanda di mercato per la concessione di servizi*, in *Edil. e terr.*, 30 marzo 2016;

PICOZZA E., *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006;

PICOZZA E., *Le concessioni nel diritto dell’Unione Europea. Profili e prospettive*, in M. Cafagno - A. Botto - G. Fidone - G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013;

PORTALURI P. L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998;

POTOTSCHNIG U., *Pubblici servizi*, Padova, 1964;

PRESUTTI E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Roma, 1917;

PROIETTI R., *Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche*, in *Corr. giur.*, 2016, 8-9, 1041;

QUINTO P., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici e le “raccomandazioni vincolanti” di Cantone*, in *www.lexitalia.it*, 4/2016;

RAGANELLI B., *Pubblico, Privato e Concessioni in Europa*, in M. Cafagno - A. Botto - G. Fidone - G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013;

RAGGI L., *Sull’amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1, 1918, 109 ss.;

RAGGI L., *Gli atti amministrativi delle autorità non amministrative e la competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2, 1918, 232 ss.;

RAMAJOLI M., *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporto concessorio*, in G. Pericu - A. Romano - V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995;

RAMAJOLI M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 1 ss.;

RAMAJOLI M., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 481 ss.

RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Roma-Firenze, 1894-1897;

RANELLETTI O., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1984, IV, 7;

RENNA M., *Il regime giuridico delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, 52 ss.;

RICCHI M., *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, VII, 2014, 741;

RICCHI M., *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici D.Lgs. 50/2016*, relazione tenuta il 15 marzo 2016, in occasione del Seminario SVIMEZ su *La nuova legge sugli Appalti. Aperture al diritto della concorrenza e opportunità per il Mezzogiorno*, in www.infoparlamento.it;

RIZZO G., *La concessione di servizi*, Torino, 2012;

ROMANO A., *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 459 ss.;

ROMANO A., *La concessione di pubblico servizio*, in G. Pericu - A. Romano - V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995;

ROMANO S., *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988;

SANDULLI M. A. - DE NICTOLIS R. - GAROFOLI R., *Trattato sui contratti pubblici*, IV, Milano, 2008;

SANDULLI M. A., *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 20 aprile 2016;

SCOCA F. G., *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. Roversi Monaco (a cura di), *Le concessioni di servizi*, Rimini, 1988;

SCOCA F. G., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2008;

SCOTTI E., *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003;

SEVERINI G., *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it;

SILVESTRI E., voce «Concessione amministrativa», in *Enc. dir.*, Milano, 1961, VIII;

SORACE D. - MARZUOLI C., voce «Concessioni amministrative», in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, III;

SPAMPINATO V. B., *Accordi amministrativi, concessioni-contratto e giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dir. amm.*, II, 1996, 517;

TORCHIA L., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 605;

TRIMARCHI BANFI F., *Organizzazione economica ad iniziativa privata e ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 Cost.*, in *Pol. dir.*, 1992, 1, 3 ss.;

TRIMARCHI BANFI F., *L'art. 1, comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. - CDS*, 2005, 947 ss.;

VARONE S., *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004;

VELTRI G., *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in: www.giustizia-amministrativa.it;

VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008;

VITTA C., voce «Concessioni amministrative (diritto amministrativo)», in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959, III;
ZANOBINI G., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V. E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, Parte III, Milano, 1935.