

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXVII – Nuova serie

N.3/2018 (?-?)

INDICE

DOTTRINA

SIMONE PAJNO

Aspetti problematici delle norme di attuazione degli statuti speciali XX

CRISTIANO CELONE

L'ampia funzione di regolazione dell'Autorità indipendente dei trasporti nel settore ferroviario XX

ALESSANDRO CIOFFI

Il conflitto d'interessi negli appalti pubblici. A proposito dell'art. 42 del Codice XX

RAFFAELE PICARO

Questioni di ermeneutica contrattuale poste dalla modellazione informativa per l'edilizia e le infrastrutture XX

VANESSA MANZETTI

La spending review immobiliare e la compensazione giudiziale. Riflessioni a margine dell'orientamento assunto dalla Corte dei conti XX

CATERINA VENTIMIGLIA		
	<i>Il diritto alla salute alla prova della regionalizzazione e dell'aziendalizzazione dei servizi sanitari</i>	XX
CLARA NAPOLITANO		
	<i>Il Social Impact Bond: uno strumento innovativo alla ricerca del suo diritto</i>	XX
GIACOMO DELLEDONNE		
	<i>Riforme elettorali e partiti politici europei</i>	XX
ALESSANDRO DI MARTINO		
	<i>Le concessioni nel Codice dei contratti pubblici: profili di apertura al mercato e novità in tema di esecuzione del contratto</i>	XX

Le concessioni nel Codice dei contratti pubblici: profili di apertura al mercato e novità in tema di esecuzione del contratto

di Alessandro Di Martino

SOMMARIO: 1. Dall'autoritatività alla negoziazione: brevi cenni sul nuovo volto delle concessioni amministrative. – 2. Discrezionalità della stazione appaltante ed apertura al confronto concorrenziale nell'*iter* procedurale per l'affidamento delle concessioni. – 3. Novità e conferme in tema di esecuzione del contratto di concessione: l'affidamento dei concessionari a terzi. – 4. Considerazioni conclusive e prospettive di riforma: un bilancio di sintesi sulle concessioni nel Codice dei contratti pubblici

1. *Dall'autoritatività alla negoziazione: brevi cenni sul nuovo volto delle concessioni amministrative*

L'esame della normativa nazionale in materia di concessioni nel Codice dei contratti pubblici non può prescindere dall'analisi delle Direttive europee e, nel caso oggetto della presente indagine, della Direttiva 2014/23/UE¹. Nonostante il non elevato grado di dettaglio in fase redazionale della Direttiva, finalizzato ad evitare eccessivi vincoli in capo agli Stati membri, non sono mancate difficoltà di recepimento nell'ordinamento interno, con particolare riferimento al trasferimento del rischio operativo, alla libertà di organizzare le procedure di scelta del concessionario, nonché alla discrezionalità riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici².

Nella logica sovranazionale a venire in rilievo è il nuovo archetipo interpretativo in virtù del quale le concessioni devono spogliarsi del loro radicamento pubblicistico³ ed essere considerate contratti a tutti gli effetti⁴. Invero, secondo

¹ Per un'analisi della direttiva "concessioni" del 26 febbraio 2014, e per una valutazione dell'incidenza spiegata dalla medesima sulla legge delega e sul Codice dei contratti pubblici, cfr. M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2014, 741 ss.; M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, in *Riv. Trim. dir. Pubblica*, 2016, 4, 476 ss.; H. CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, in *Urb. App.*, XII, 2014, 1135 ss.; M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, in G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), Napoli, 2015, 3 ss.; G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2015, 101 ss.; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 291 ss.; G.D. COMPORI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in www.federalismi.it, 2015.

² Si veda l'art. 2 della Direttiva 2014/23 UE.

³ Densa è la letteratura che ha definito le concessioni come atti di esclusiva natura autoritativa; su tutti, cfr. O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7-83, che da subito non nasconde la volontà di proporre una distinzione generale degli atti amministrativi in base alla loro funzione, e in questa prospettiva le concessioni rappresentano quegli atti in cui "lo Stato viene a lui [al cittadino] ad aprire" una nuova sfera di utilità; "si ha in altre parole, un vero nuovo diritto (*sensu lato*), che dallo Stato è conferito al privato, senza che questi ne abbia neppure il germe".

⁴ Tra i vari, cfr. G. PERICU, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in A. ROMANO, V. SPA-

la lettura fornita in sede europea, emerge un evidente mutamento della *ratio* originaria sottesa all'istituto delle concessioni amministrative. Storicamente, infatti, la concessione era considerata una figura giuridica saldamente ancorata alla presenza di un potere pubblicistico unilaterale, accrescitivo della sfera di utilità del privato di una nuova situazione giuridica soggettiva, figura elevata a paradigma del provvedimento amministrativo discrezionale, soggetta ai poteri di autotutela⁵ decisoria ed esecutoria da parte della p.a.⁶

Nel panorama contemporaneo, a seguito delle numerose oscillazioni sul punto della dottrina e della giurisprudenza⁷, le concessioni, disciplinate dagli

GNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995; C. FRANCHINI, *I contratti con la pubblica amministrazione*, in E. GABRIELLI, P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2007; N. BONTEMPO, *L'istituto della concessione nell'ambito dei sistemi di esecuzione di opere pubbliche*, in *Riv. Trim. Appalti*, 1995, 267 ss.; F. G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. A. ROVERSI MONACO (a cura di) *Le concessioni di servizi*, Rimini, 1988, 25; M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, VII, Roma, 1998, ad vocem, 2 ss.; V. CAIANELLO, *Concessioni (diritto amministrativo)*, in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice*, II, Torino, 1980, ad vocem, 234 ss.; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. II, parte III, Milano, 1935; O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Roma – Firenze, 1894; E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, ad vocem, 370 ss.; B. RAGANELLI, *Le concessioni di lavori e servizi*, in C. FRANCHINI (a cura di) *I contratti con la pubblica amministrazione*, 985 ss.; U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, 369 ss.

⁵ Sul punto, si veda su tutti S. TUCILLO, *Autotutela: potere doveroso?* in www.federalismi.it, 2016.

⁶ B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000. La natura unilaterale delle concessioni viene criticata aspramente da U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., p. 396. In particolare, l'A. sostiene che “le concessioni di pubblico servizio, considerate genericamente come accordo di due volontà, e facendo astrazione da quanto vi ha di elemento pubblico in esse, presentano la fisionomia giuridica di una forma contrattuale”: precisa, tuttavia, che si sarebbe trattato di uno strumento contrattuale di diritto pubblico. Come è stato sottolineato da M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 138, la teoria contrattuale di Forti in punto di concessioni rimase assai isolata nel panorama dottrinario e giurisprudenziale del primo Novecento, fondando le proprie radici nel “contratto di diritto pubblico”, istituto giuridico in ordine al quale permanevano molteplici profili di perplessità nella scienza giuspubblicistica, non solo italiana.

⁷ Con una sentenza della Corte di Cassazione del 12 gennaio 1910 fu elaborata la tesi della “concessione-contratto”. Come sostenuto da A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, IV, 2012, 567 ss., si trattava di una ricostruzione a doppio binario che, facendo salva la natura costitutiva e accrescitiva del provvedimento, consentiva di legittimare l'esistenza di uno spazio contrattuale al fine di regolare il rapporto tra le parti: il provvedimento amministrativo, stante l'indisponibilità dell'oggetto pubblico da parte dell'autonomia negoziale delle parti, avrebbe garantito la costituzione del rapporto mediante la delega o il trasferimento di poteri pubblicistici, mentre il contratto avrebbe regolato i soli aspetti patrimoniali della vicenda. Il rapporto di concessione, dunque, veniva scisso in due fasi: la prima dominata dal provvedimento, e quindi a carattere autoritativo, nell'ambito della quale lo Stato si spogliava di un suo potere concedendolo al privato (la cui accettazione ne sarebbe solo condizione di efficacia);

artt. 164 a 178 del Codice dei contratti pubblici, risultano essere a tutti gli effetti contratti a titolo oneroso, mediante i quali le amministrazioni aggiudicatrici affidano l'esecuzione di lavori o la gestione (e/o prestazione) di servizi ad un operatore economico. Il contratto ha per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi, e il relativo corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi, con trasferimento dall'amministrazione aggiudicatrice al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei lavori e servizi stessi⁸.

Il concetto di "rischio operativo", il cui trasferimento costituisce l'elemento principale della fattispecie concessoria – nella declinazione che ne sostiene il diritto europeo in discontinuità con buona parte della tradizione giuridica interna⁹ – viene chiarito dall'articolo 5, comma 2, della Direttiva europea 2014/23. Il legislatore europeo articola la nozione di rischio operativo in relazione a due fronti, quello della domanda e quello dell'offerta, sottolineando come le tipologie di rischio richiamate non debbano ricorrere cumulativamente, attesa la possibilità di configurare il "rischio operativo" in presenza anche solo di una delle due dimensioni. Inoltre, continua la direttiva, "si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile".

Il trasferimento del rischio operativo al concessionario, e la conseguente assenza di garanzie economiche, tale da mettere in dubbio il recupero degli investimenti effettuati per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione, costituiscono l'effettivo *discrimen* che distingue il contratto di appalto dal contratto di concessione. Con riferimento al contratto d'appalto, il rischio operativo resta in capo alla stazione appaltante, mentre, come rilevato poc'anzi, nel contratto di concessione è il concessionario ad assumersi il rischio imprenditoriale.

È evidente, dunque, come lo scenario qui richiamato denunci l'esistenza di un processo di trasformazione della *ratio* sottesa all'istituto concessorio. Ad

l'altra a carattere contrattuale, attraverso la quale le parti regolavano il rapporto già instauratosi. Sul punto, *ex multis*, cfr. G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit.

⁸ Per una breve analisi circa l'importanza del trasferimento del rischio operativo dall'amministrazione aggiudicatrice al concessionario, da ultimo, cfr. G. F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico privato*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, II, 2018, 599 ss.; inoltre, si vedano M. CERUTI, *Le concessioni riscoprono le proprie origini nel rischio operativo: riflessioni su presente, passato e futuro dell'istituto in App. e contr.*, 2016, XI, 22-32; F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 2011, IV, 703.

⁹ In tal senso, cfr. F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016, 153 ss.

oggi la concessione risulta essere totalmente piegata alle esigenze del mercato, sconfessando l'originaria configurazione della natura giuridica della concessione amministrativa, basata sull'attribuzione al destinatario di diritti esclusivi, in virtù dei quali quest'ultimo si sostituiva all'amministrazione, svolgendo attività strategiche per l'interesse della collettività¹⁰. All'esito di tale percorso evolutivo, infatti, non solo il concessionario è scelto attraverso una procedura ad evidenza pubblica, ma lo stesso viene definito *partner*¹¹, il quale oltre a doversi confrontare con le logiche del mercato, deve conseguentemente sottostare a tutte le regole concorrenziali vigenti nel diritto sovranazionale recepite nell'ordinamento interno.

2. *Discrezionalità della stazione appaltante ed apertura al confronto concorrenziale nell'iter procedurale per l'affidamento delle concessioni*

È agevole verificare come la nuova disciplina sulle concessioni, nel recepire la direttiva 2014/23 UE, quanto ai principi ispiratori, si muova su un doppio binario: da un lato, la stessa intende concedere una maggiore discrezionalità alle amministrazioni aggiudicatrici; dall'altro lato, essa ancora le attività di esternalizzazione al principio di massima concorrenza tra gli operatori economici.

Con riferimento alla prima tendenza è opportuno prendere le mosse dalla lettura dell'articolo 166 del d.lgs. n. 50/2016¹². Il legislatore, coerentemente con il considerando 5 della Direttiva europea 2014/23¹³, riconosce la "libertà" delle

¹⁰ In questi termini, cfr. M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, cit., 477.

¹¹ Sembra utile sottolineare, sebbene il concessionario sia terminologicamente definito *partner*, come in sede di "definizioni" (cfr. art. 3 del Codice dei contratti pubblici), emerge la netta differenza tra contratto di concessione e Partenariato Pubblico Privato. Tuttavia è di avviso radicalmente opposto, secondo cui la concessione rientrerebbe nelle logiche del più ampio *genus* del PPP, B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, in *Amministrazione in cammino*, 27 febbraio 2017. In questa ottica, si veda altresì G. SANTI, *Il partenariato pubblico privato e il contratto di concessione. Il contraente generale*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, 2017.

¹² L'articolo 166 del d.lgs. n. 50/2016 dispone espressamente che "Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente Parte. Essi sono liberi di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici".

¹³ Il considerando (5) della Direttiva europea 2014/23 afferma che "La presente direttiva riconosce e riafferma il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi. Gli Stati membri o le autorità pubbliche dovrebbero rimanere liberi di definire e specificare le caratteristiche dei servizi da fornire, comprese le condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi, conformemente al diritto dell'Unione, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico".

amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori di scegliere come gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi, al fine di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale dei lavori e servizi. In tal senso, emerge un utilizzo alquanto disinvolto, sia in sede europea che in sede di recepimento nazionale, del termine "libertà", intesa come libera potestà valutativa nel merito, non essendo richiamato il termine senz'altro più appropriato, di discrezionalità¹⁴.

Il carattere equivoco della terminologia adoperata sia in sede sovranazionale sia in sede di recepimento interno trova conferma nella circostanza che la libertà evocata sia poi nella sostanza sconfessata dalle disposizioni che perimetrano l'ambito applicativo del Codice. Invero, l'articolo 164, comma 2, in materia di concessioni, impone all'amministrazione aggiudicatrice il rispetto delle parti I e II del d.lgs. n. 50/2016, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle procedure di affidamento e ai criteri di aggiudicazione¹⁵. Il richiamo alle norme della presente parte, dunque, costituisce *ictu oculi* il perimetro oltre il quale non può spingersi la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici, la quale raggiunge un maggior grado di intensità nel momento della scelta del tipo di procedura da utilizzare per la selezione del privato concessionario¹⁶.

¹⁴ Questa critica è altresì sposata da G. TAGLIANETTI, *Il divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori pubblici nel d.lgs. n. 50/2016*, in *Munus*, III, 2017, 498. In particolare, l'A. sostiene che "l'autonomia che il legislatore ha riconosciuto alle pubbliche amministrazioni nella organizzazione della procedura di gara per la scelta del concessionario non è propriamente espressione di libertà, ma di discrezionalità amministrativa. Secondo il ragionamento (e l'insegnamento) della dottrina tradizionale in tema di discrezionalità, invero, l'attività amministrativa non è mai libera nel fine, come si verifica generalmente nell'attività legislativa, dovendo, invece, perseguire un fine rispondente alla causa del potere esercitato".

¹⁵ In questo senso, cfr. C. VITOCOLONNA, *Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*, in G. FERRARI, R. GAROFOLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, II, Roma, 2017, 2477. Nel senso dell'attribuzione del carattere della discrezionalità alla "libertà" delle amministrazioni aggiudicatrici, U. REALFONSO, *I contratti di concessione*, in F. CARINGELLA, M. MANTINI, M. GIUSTINIANI (a cura di) *Il nuovo diritto dei contratti pubblici, Commento organico al D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Roma, 2016, 388, il quale sostiene che la libertà delle amministrazioni aggiudicatrici debba essere riferita all'"ampia sfera di discrezionalità tecnico-politica che è necessaria in sede di avvio della gara [...] per la determinazione dell'ottimale assetto gestionale, per l'individuazione degli interessi degli standard tecnici e dei livelli minimi dei servizi e per la valutazione degli interessi coinvolti; la libertà cui la norma fa riferimento è da intendersi sul piano teleologico ed organizzatorio, con la conseguenza che pur nel rispetto delle regole procedurali dell'evidenza pubblica, le stazioni appaltanti per l'affidamento delle concessioni possono utilizzare forme di negoziazione più flessibili con candidati ed offerenti".

¹⁶ Sostiene tale interpretazione M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, cit., 480. Sul punto, molto interessante è l'interpretazione fornita da F. GARELLA, *Parte III i contratti di concessione*, in F. GARELLA, M. MARIANI (a cura di), *Il Codice dei contratti pubblici, Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, Torino, 2016, 383, il quale afferma che la discrezionalità deve intendersi riferita all'*an* dell'affidamento e non al *quomodo*, con la conseguenza che una volta che il soggetto pubblico abbia deciso

Ulteriore profilo dal quale si evince come il legislatore abbia inteso attribuire un ampio margine di discrezionalità alle amministrazioni aggiudicatrici si rinviene nell'articolo 171, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, il quale dispone espressamente che “*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*”. Proprio in virtù dell'intenso grado di discrezionalità attribuito, ai sensi dell'articolo 166 del d.lgs. n. 50/2016, alle amministrazioni aggiudicatrici nell'organizzare la procedura di scelta del concessionario, tale ulteriore disposizione riconosce alle stazioni appaltanti la possibilità di condurre liberamente negoziazioni con i candidati e con gli offerenti, ferma restando l'incommerciabilità dell'oggetto della concessione, dei criteri di aggiudicazione e dei requisiti minimi¹⁷.

La negoziazione di cui all'articolo 171 del Codice può esplicarsi attraverso una duplice modalità applicativa. La negoziazione, infatti, può intercorrere sia tra l'amministrazione aggiudicatrice e i candidati nell'ambito di una procedura ristretta, in un momento dunque antecedente alla presentazione dell'offerta, sia, nel caso di procedura aperta, tra stazione appaltante ed offerenti, in seguito alla presentazione dell'offerta ma in un momento antecedente all'aggiudicazione. In tal senso, la modifica delle offerte potrebbe incidere in maniera rilevante sulla valutazione delle stesse effettuata dalla stazione appaltante, che comunque dovrà tenere conto dei criteri indicati in sede di *lex specialis*¹⁸.

Alla luce di quanto affermato, è evidente la *ratio* sottesa agli interventi del legislatore, sia europeo che nazionale, che – al di là dell'utilizzo dei termini, rivelatosi talvolta poco felice, come accaduto per esempio col riferimento alla libertà piuttosto che alla discrezionalità – ha inteso riservare alle stazioni appaltanti una

di affidare in concessione a terzi la gestione di un servizio o il compimento di un lavoro, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà seguire necessariamente le regole imposte per le concessioni dalla normativa codicistica.

¹⁷ La previsione di cui all'articolo 171, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, è assolutamente conforme al Considerando (68) della Direttiva 2014/23/UE, il quale dispone espressamente che “*Di norma le concessioni sono accordi complessi di lunga durata con i quali il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell'ambito di competenza di queste ultime. Per tale ragione, fatta salva l'osservanza della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario. Tuttavia, al fine di garantire parità di trattamento e trasparenza durante l'intera procedura di aggiudicazione, è opportuno prevedere garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, ivi comprese informazioni sulla natura e l'ambito di applicazione della concessione, la limitazione del numero di candidati, la diffusione delle informazioni ai candidati e agli offerenti e la disponibilità di registrazioni appropriate. È altresì necessario disporre che vengano rispettate le condizioni iniziali previste dal bando di concessione, per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati*”.

¹⁸ Sul punto, cfr. C. VITOCOLONNA, *Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*, cit., 2522.

significativa ed ampia discrezionalità valutativa in ordine alle scelte di organizzazione delle procedure per l'aggiudicazione delle concessioni.

Nondimeno l'attenzione del legislatore si è rivolta anche all'obiettivo di garantire l'aderenza dell'affidamento dei contratti di concessione di lavori e di servizi al principio del *favor participationis* e di massima concorrenza tra gli operatori economici.

Il primo dato dal quale si può desumere l'apertura al mercato nell'affidamento delle concessioni emerge dalla lettura dell'articolo 172, comma 2, del Codice dei contratti pubblici¹⁹, con il quale il legislatore dispone espressamente che, al fine di soddisfare le condizioni di partecipazione di cui al precedente comma, ove opportuno e nel caso di una particolare concessione, "l'operatore economico può affidarsi alle capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi rapporti con loro. Se un operatore economico intende fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore che disporrà delle risorse necessarie per l'intera durata della concessione". È evidente come il legislatore, al fine di favorire la partecipazione alla gara soprattutto per le piccole e medie imprese, abbia inteso riferirsi alla disciplina dell'avvalimento, in base alla quale si consente agli operatori economici, per soddisfare le condizioni di partecipazione relative alla capacità tecnico-professionali ed economico-finanziarie previste dall'amministrazione aggiudicatrice, nel caso in cui sia opportuno ed in presenza di una particolare concessione, di affidarsi alle capacità di altri soggetti per l'intera durata del contratto di concessione²⁰.

Inoltre, altro principio al quale sembra ispirarsi la materia delle concessioni, in una logica di esaltazione degli obiettivi concorrenziali, è quello di rotazione negli affidamenti. Tuttavia, a differenza di quanto espressamente disposto in materia di appalti – ove attraverso una lettura combinata dell'articolo 30, comma 2 (che obbliga le stazioni appaltanti a rispettare i principi di libera concorrenza e non discriminazione), e dell'articolo 36, comma 1 (in materia di affidamenti con valore inferiore alla soglia comunitaria) del Codice dei contratti pubblici, il legislatore dispone che l'affidamento deve muoversi nel rispetto del principio

¹⁹ La disposizione in esame risulta essere connotata da una portata significativamente innovativa in quanto nella normativa previgente mancava un espresso richiamo all'articolo 49 del d.lgs. n. 163/2006 e all'articolo 88 del d.P.R. n. 207/2010, nonostante il supremo consesso amministrativo avesse comunque sancito l'integrale applicazione dell'avvalimento alle procedure di affidamento delle concessioni. *Ex multis*, cfr. Cons. Stato, 9 novembre 2015, n. 5091, con la quale si chiarisce che "si devono intendere riconducibili ai principi tutte quelle norme che rappresentino la declinazione dei principi generali della materia e trovino la propria ratio immediata nei medesimi principi". L'istituto dell'avvalimento si doveva applicare anche alle procedure di affidamento delle concessioni di servizi, nonostante l'art. 30 del precedente Codice non lo prevedesse, in quanto istituito pro-concorrenziale.

²⁰ In questi termini, M. CALCAGNILE, *L'avvalimento nelle concessioni e la scelta delle amministrazioni aggiudicatrici*, in *www.federalismi.it*, 2017, 10.

di rotazione – nel capo relativo alle concessioni emerge la totale assenza del riferimento al principio in esame. Ci si domanda, dunque, se l'affidamento delle concessioni debba rispettare il principio di rotazione, funzionale a favorire la massima partecipazione, soprattutto delle piccole e medie imprese, ed a scoraggiare il consolidamento di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore, risultati in precedenza aggiudicatari del lavoro o del servizio.

Invero, attesa l'evidente svista del legislatore che, come sottolineato, sia in sede di prima redazione del Codice, sia a seguito del successivo intervento correttivo con il d.lgs. n. 56/2017, non ha inserito una simile previsione nel capo relativo alle concessioni, è la stessa giurisprudenza a fornire indicazioni nel senso dell'obbligatorietà di procedere all'affidamento delle concessioni in ossequio del principio di rotazione.

Invero, la più recente giurisprudenza amministrativa²¹ – tenuto conto della previsione di cui all'articolo 164 del Codice, che impone alle amministrazioni aggiudicatrici il rispetto delle Parti I e II del medesimo testo normativo – ha ritenuto, condivisibilmente, che il mancato richiamo espresso del principio di rotazione nei criteri di affidamento delle concessioni previsti dall'articolo 30, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, non sia *ex se* idoneo ad escludere l'applicabilità del principio anche a queste ultime, dovendo lo stesso, al contrario, ritenersi richiamato, sebbene implicitamente, attraverso il riferimento più generale al principio di "libera concorrenza"²². In particolare, si attestano in senso analogo ulteriori pronunce giurisprudenziali, che paiono condivisibili, secondo le quali il principio di rotazione risulta essere appunto espressione del principio di trasparenza²³ e di libera concorrenza, in quanto finalizzato a soddisfare *"l'esigenza della maggiore apertura al mercato senza comprimere, oltre i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente"*²⁴.

²¹ T.A.R. Puglia, Sez. II, 13 agosto 2018, n. 1196; T.A.R. Lombardia, Sez. II, 26 marzo 2018, n. 354.

²² T.A.R. Liguria, Sez. II, 1 agosto 2018, n. 671; T.A.R. Toscana, Sez. II, 12 luglio 2017, n. 816; T.A.R. Toscana, Sez. II, 23 marzo 2017, n. 454.

²³ T.A.R. Campania, Sez. II, 27 ottobre 2016, n. 4981. In particolare, la giurisprudenza amministrativa ora richiamata sostiene che "ove il procedimento per l'individuazione del contraente si sia svolto in maniera essenzialmente e realisticamente concorrenziale, con invito a partecipare alla gara rivolto a più imprese, ivi compresa l'affidataria uscente, e risultino rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità nella valutazione delle offerte, può dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione, che non ha una valenza precettiva assoluta, per le stazioni appaltanti, nel senso di vietare, sempre e comunque, l'aggiudicazione all'affidatario del servizio uscente. Se, infatti, questa fosse stata la volontà del legislatore, sarebbe stato espresso il divieto in tal senso in modo assoluto".

²⁴ T.A.R. Abruzzo, Sez. I, Sentenza del 9 giugno 2016, n. 372.

3. *Novità e conferme in tema di esecuzione del contratto di concessione: l'affidamento dei concessionari a terzi*

L'esecuzione del contratto di concessione è disciplinata dagli articoli 174 a 178 del Codice dei contratti pubblici, e la norma che desta maggiore interesse è dettata dall'articolo 177²⁵, che fa registrare una radicale inversione di tendenza rispetto al passato con riferimento al regime degli affidamenti a terzi da parte dei concessionari, nella misura in cui prevede una disciplina unitaria per tutte le tipologie di concessioni – di lavori e di servizi – e distingue le norme applicabili in base alle modalità di affidamento della concessione²⁶.

Con la norma in analisi il legislatore, nel dettare una disciplina per i concessionari titolari di concessioni esistenti affidate senza gara, ha dettato l'obbligo per i soggetti, pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori e servizi pubblici, di affidare una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi o forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro, e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, disponendo l'inserimento di clausole sociali per la stabilità del personale impiegato²⁷, sottraendo al raggio di operatività di tale obbligo le sole concessioni affidate con la formula della finanza di progetto²⁸.

Si è delineato, pertanto, un ulteriore obbligo di affidamento a terzi, per i titolari di concessioni non affidate con procedure di gara ad evidenza pubblica. Per quanto concerne la parte restante, dunque il 20%, la disposizione prevede che la medesima possa essere realizzata da società *in house*²⁹ per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato. La *ratio* della norma in analisi si rinviene

²⁵ Su cui, recentemente, un'interessante analisi viene svolta da M. MACCHIA, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, I, 2018, 153 ss.

²⁶ Tale obbligo di esternalizzazione, peraltro, si pone in continuità con le previsioni del previgente d.lgs. n. 163/2006 che, all'art. 253, c. 25, statuiva l'obbligo di affidare a terzi, mediante procedura ad evidenza pubblica, una percentuale minima del sessanta per cento dei lavori, per i titolari di concessioni già assentite alla data del 30.6.2002.

²⁷ Si veda, sul punto, l'avviso espresso dall'ANAC, con delibera n. 856 del 3 agosto 2016.

²⁸ Ai sensi dell'art. 177 del nuovo Codice, "fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7, i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità...".

²⁹ Si veda, tra gli altri, C. ACOCELLA, F. LIGUORI, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm.*, III, 2008, 740 ss.

nella volontà di adeguare le convenzioni affidate (senza il previo esperimento della procedura ad evidenza pubblica) al principio della libera concorrenza, attraverso l'apertura al mercato delle concessioni, seppure in una fase successiva all'affidamento delle stesse, lasciando all'amministrazione la facoltà di procedere ad affidamenti diretti per una residuale parte dei lavori o dei servizi da effettuare.

Con riferimento, invece, alla disciplina applicabile ai concessionari titolari di concessioni esistenti, affidate attraverso procedura ad evidenza pubblica, tale fattispecie non ha trovato puntuale disciplina nel nuovo Codice dei contratti pubblici, dovendosi tuttavia ritenere applicabile la previgente disciplina dettata dagli articoli 142 e seguenti del d.lgs. n. 163/2006.

L'articolo 177, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 ha inoltre previsto, per le concessioni già in essere, un adeguamento entro ventiquattro mesi dall'entrata in vigore del codice³⁰, mentre il comma 3 della stessa disposizione ha disposto un obbligo di riscontro annuale di tutte le concessioni rispetto all'osservanza dei predetti limiti da parte dei soggetti preposti e dell'ANAC, incaricata di effettuare verifiche attraverso linee guida (non ancora pubblicate)³¹.

Con riguardo ai concessionari di lavori pubblici, il Codice detta, oltre a disposizioni di portata generale, rintracciabili nell'articolo 1, comma 2, lett. c), una disciplina puntuale nell'articolo 164, il quale, ai commi 4 e 5, riprendendo in larga scala quanto previsto nella disciplina previgente³², prefigura una duplice possibilità.

³⁰ Sul punto, un fondamentale arresto pare potersi rinvenire nella sentenza del Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2017, con la quale il supremo consesso amministrativo, alla luce di un'interpretazione non univoca dell'articolo 177 del nuovo Codice dei contratti pubblici, afferma l'obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o servizi pubblici, di affidare una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro attraverso procedura ad evidenza pubblica. La sentenza ha senz'altro una portata creativa, nella misura in cui la norma in parola circoscrive attraverso il riferimento all'adeguamento nel termine dei ventiquattro mesi la portata degli obblighi di affidamento in esame, mentre, secondo la giurisprudenza *de qua*, la nuova regola di procedere all'individuazione dei soggetti affidatari a valle mediante procedura ad evidenza pubblica ha efficacia immediata a partire dall'entrata in vigore del Codice.

³¹ È doveroso segnalare come l'Autorità Nazionale Anticorruzione, con delibera n. 614 del 4 luglio 2018, abbia disposto con la Linea guida n. 11 "*Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea*", analizzando l'applicabilità dell'articolo 177 del d.lgs. n. 50/2016 alle concessioni di lavori e di servizi di importo pari o superiore a 150.000 euro individuate dall'articolo 164 del d.lgs. 50/2016, affidate in data antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 in difformità rispetto alle procedure di affidamento consentite.

³² La disciplina previgente sul punto trovava una propria collocazione all'interno dell'art. 142, comma 4, il quale statuiva espressamente che: "I concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza della sezione IV del presente capo. Si applicano, in tale ipotesi, in quanto compatibili, le disposi-

Nel primo caso (art. 1, comma 4) il legislatore disciplina l'affidamento di lavori pubblici da parte del concessionario nel caso in cui quest'ultimo presenti requisiti tali da essere qualificato come amministrazione aggiudicatrice³³. In tale circostanza, ove lo stesso intenda procedere all'affidamento di un appalto di lavori, sarà tenuto all'osservanza integrale delle disposizioni del Codice. In sostanza le regole della procedura ad evidenza pubblica vengono così estese ad una serie di affidamenti per i quali, in passato, era consentita un'elusione delle norme concorrenziali in materia³⁴.

Nel secondo caso, che ricorre nelle ipotesi in cui il concessionario non possa essere qualificato come amministrazione aggiudicatrice in virtù della sua natura privatistica non accompagnata alla presenza di requisiti tali da giustificare nondimeno l'attrazione nella categoria degli organismi di diritto pubblico, le prescrizioni cui lo stesso è assoggettato sono, ai sensi dell'articolo 164, comma 5, quelle contenute nella Parte III – relativa, appunto, alle concessioni – nonché alle disposizioni in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, che non siano espressamente derogate dal legislatore. accreditamento ed iscrizione della medesima in un elenco istituito presso l'ANAC³⁵.

Infine, con riferimento alla disciplina applicabile ai concessionari affidatari di nuove concessioni affidate senza gara, neppure tale fattispecie ha trovato puntuale disciplina nel nuovo corpo normativo in materia di contratti pubblici. Peraltro, come rilevato anche dal Consiglio di Stato nel parere n. 855/2016, profili di criticità emergono in relazione ad una incompiuta attuazione della delega di cui

zioni della parte I, parte IV, parte V, nonché le norme della parte II, titolo I e titolo II, in tema di pubblicità dei bandi, termini delle procedure, requisiti generali e qualificazione degli operatori economici, subappalto, progettazione, collaudo, piani di sicurezza, che non siano specificamente derogate dalla sezione IV del presente capo”.

³³ È evidente che in tal caso, come osserva C. ACOCELLA, *Amministrazioni aggiudicatrici ed altri enti aggiudicatori*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, 451, i concessionari siano qualificati come amministrazioni aggiudicatrici “in ragione della loro riconducibilità al novero della categoria degli organismi di diritto pubblico”.

³⁴ Sul punto, in senso analogo, cfr. U. REALFONZO, *Le concessioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2016, IV. In particolare, l'A. sostiene che la *ratio* sottesa all'intervento del legislatore è rinvenibile nella “traslazione dell'onere della procedura pubblica comunitaria e di riportare al mercato una serie di affidamenti che nel passato erano stati indebitamente sottratti ad esso in violazione dei principi del Trattato”.

³⁵ Par qui necessario sottolineare il raccordo tra la disposizione in esame e l'art. 213, c. 4, del Codice dei contratti pubblici, dal quale emerge che l'ANAC è altresì incaricata di gestire il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza. In tal senso, uno spunto interessante si rinviene in C. ACOCELLA, *Qualificazioni delle stazioni appaltanti e centrali di committenza*, cit., 417, la quale afferma che “l'ampia vocazione delle linee guida che l'ANAC è facoltizzata ad adottare ai sensi dell'art. 213, c. 2, del d.lgs. n. 50/2016, nella misura in cui questo finalizza l'esercizio di tale potere, tra l'altro, alla garanzia della promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, apre potenziali spazi di impiego dello strumento anche in punto di *rating* delle amministrazioni aggiudicatrici”.

alla legge n. 11/2016, atteso che quest'ultima richiedeva una disciplina unitaria per i destinatari di concessioni individuati in assenza di procedure ad evidenza pubblica, indipendentemente dal fatto che si trattasse di nuove concessioni o di contratti già esistenti³⁶.

4. *Considerazioni conclusive e prospettive di riforma: un bilancio di sintesi sulle concessioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*

All'esito di questa breve indagine è apparso evidente il tentativo del legislatore di risolvere molte delle questioni affiorate per il passato nel delicato comparto delle concessioni, in particolare dovute ad una frammentarietà del previgente quadro giuridico rilevante, e quindi lo sforzo di compiere un'opera di (ri)sistemazione organica della materia.

Provando a tracciare un bilancio della nuova disciplina delle concessioni, si accolgono con favore, come si è anticipato, sia l'enunciazione di un principio che attribuisce un ampio margine di discrezionalità alle amministrazioni aggiudicatrici, equiparando, attraverso il richiamo espresso alle Parti I e II del Codice, il contratto di concessione al contratto di appalto; sia la previsione di istituti – come, ad esempio, l'avvalimento – che consentano di aprire il mercato delle concessioni di lavori e di servizi ad un maggior numero di operatori economici, garantendo così l'effettività del principio del buon andamento delle pubbliche amministrazioni.

Tuttavia, il quadro normativo delle concessioni, così come delineato nel nuovo Codice dei contratti pubblici, presta il fianco ad alcuni rilievi critici, sia per le omissioni rilevabili nella Parte IV del Codice, sia a causa della presenza di disposizioni che, all'opposto, dovrebbero essere espunte.

Anzitutto con riferimento al principio del *favor participationis* alle commesse pubbliche, sebbene ad oggi sia condiviso l'avviso secondo cui si intende richiamato con il primo anche il rispetto del principio di rotazione per l'affidamento delle concessioni di lavori e di servizi, è doveroso auspicare un (ulteriore) intervento correttivo del legislatore volto ad introdurre espressamente anche per le concessioni la previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di rispettare il principio stesso negli inviti alle gare, fermo restando il potere discrezionale nella scelta sul tipo di procedura da utilizzare per la selezione del *partner*. Ciò, ovviamente, al fine di chiarire in maniera espressa l'operatività dell'obbligo e,

³⁶ Si ritiene di dover sostenere l'avviso di M. MACCHIA, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, op. cit., il quale afferma che “il regime diviene binario: il concessionario già esistente è obbligato ad esternalizzare; mentre per quello di nuova aggiudicazione vale la disciplina del subappalto affidato a terzi, in base ad una scelta autonoma e diretta del concessionario medesimo”.

conseguentemente, di evitare pericolosi *revirement* della giurisprudenza nel senso della non obbligatorietà del rispetto del principio in esame.

Al fine di perseguire una effettiva organicità regolativa in materia di concessioni, appare altresì necessario l'inserimento di una disposizione che disciplini l'affidamento dei concessionari titolari di concessioni esistenti esternalizzate con gara. In ordine a tale fattispecie, come si è detto, trovano infatti applicazione le norme di cui agli articoli 142 e seguenti del d.lgs. n. 163/2006. Il richiamo alla disciplina previgente, che non tiene conto di una serie di principi enucleati prima dal legislatore europeo, e successivamente recepiti dal legislatore nazionale, potrebbe incoraggiare in sede applicativa l'accoglimento di soluzioni interpretative inopportune. A titolo esemplificativo, con riguardo alla questione relativa alla portata del principio di rotazione, sulla quale si è già indugiato, potrebbe giungersi all'eventualità (da scongiurare) che le stazioni appaltanti si sottraggano al rispetto del medesimo, limitando per l'effetto la concorrenza nel mercato delle concessioni di lavori e di servizi.

Infine, si ritiene di non dover accogliere positivamente la formulazione dell'articolo 177, comma 3, del nuovo Codice dei contratti pubblici, il quale affida all'ANAC il compito di effettuare un controllo annuale sul rispetto del limite dell'80% delle quote da affidare a valle in concessione attraverso meccanismi concorsuali. In tale prospettiva, come afferma un recente contributo³⁷, la disposizione, e la conseguente applicazione della norma, rischia di "alterare un equilibrio geometrico" in relazione al singolo contratto, non tenendo conto delle esigenze eccezionali dello stesso non programmabili a monte dal concessionario.

³⁷ *Ivi*, 147.

Abstract

Concessions in Public Procurement Code. Market opening aspects and novelties with regard to contract execution

by Alessandro Di Martino

The purpose of this work is to examine concessions in the new Public Procurement Code, analysing, on the one hand, market opening aspects, and on the other hand, the novelties regarding contract execution. This analysis stems from a preliminary and fundamental observation, regarding the new understanding of concessions within the administrative system. Nowadays, we speak of “concessioni-contratto”, concluded with a partner, which allow to overcome the traditional idea of concessions as unilateral measures (expanding the legal sphere of individuals) by the public administration. After having analysed the specific features of concessions and procurement contracts, the focus then shifts on other elements from which it is possible to deduce, on the one hand, the wide margin of discretion of contracting authorities during the procedure for the awarding of concessions; on the other hand, the analysis focuses (above all) on two legal arrangements applicable to concessions, whose aim is to open up the awarding of works and services concessions to competition: the “avalimento” (reliance on the capacity of other entities) and the application (established in case-law) of the rotating principle are instrumental to a further market opening to small and medium enterprises. Finally, this work analyses art. 177 of Public Procurement Code, which deals with the contacting out to third-party contractors by the concessionaires, by highlighting the main novelties which are to be welcomed, by focusing on its implementation issues, and, if practicable, by recommending a *de jure condendo* perspective.