

Le nuove direttive appalti e concessioni. La disciplina di matrice europea alla luce dello schema di decreto legislativo di attuazione.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Chiarimenti sulla valenza semantica del cd. rischio operativo. – 2.1. Il rischio dal lato della domanda o dell’offerta. – 2.2. La clausola delle condizioni operative normali. – 3. Le concessioni nei settori regolamentati (con particolare riguardo al settore autostradale). – 4. Il profilo della durata del rapporto concessorio in relazione all’esigenza di garantire un mercato concorrenziale. – 5. Procedimento di evidenza pubblica e principio di concorrenza. Il delicato equilibrio tra l’evidenza pubblica e la semplificazione. – 6. L’offerta super innovativa.

1. Introduzione

Il recente intervento del legislatore europeo in tema di concessioni di lavori e servizi, avutosi con Direttiva 2014/23/UE, conferma l’ormai acquisito rilievo assunto, nel mercato interno nonché in quello sovranazionale, dallo strumento della concessione. Il frequente ricorso all’utilizzo dell’istituto in commento da parte delle pubbliche amministrazioni ha reso peraltro non più rinviabile un intervento normativo che, da un lato potesse colmare le lacune proprie della disciplina nazionale in materia, e dall’altro desse ragione della necessità di emancipare quanto più possibile la fattispecie concessoria da quella del contratto di appalto.

A quest’ultimo riguardo vale ricordare che il quadro normativo desumibile dalla precedente Direttiva 2004/18/CE, pur confermando l’esistenza di un *discrimen* tra concessioni ed appalti, dava adito ad incertezze interpretative per nulla trascurabili, posto che la definizione del contratto di concessione risultava palesemente ancorata al concetto del contratto di appalto.

Invero, tanto la “concessione di lavori pubblici” quanto la “concessione di servizi” venivano definite dalla predetta Direttiva (art. 1, commi 3 e 4) quali contratti recanti le stesse caratteristiche degli appalti pubblici di lavori ovvero di servizi, con la precisazione che il contratto di concessione avrebbe dovuto contemplare uno specifico corrispettivo in favore dell’operatore economico privato: corrispettivo

consistente nel diritto di gestire l'opera oggetto del lavoro ovvero il servizio interessato dal negozio di concessione. Si trattava, dunque, di un *quid pluris* che, almeno nelle intenzioni del legislatore comunitario del 2004, avrebbe dovuto rappresentare un sicuro elemento di distinzione tra l'una e l'altra fattispecie negoziale.

Da parte sua, il legislatore nazionale, all'atto di recepimento della Direttiva 2004/18/CE per mezzo del D.Lgs. 163/2006 (Codice dei Contratti pubblici), ha totalmente accolto le indicazioni provenienti dall'ordinamento comunitario, tant'è che l'art. 3, comma 12 del Codice dei contratti pubblici, ricalca pedissequamente la previsione della Direttiva (art. 1, par. 4), nella parte in cui si fa riferimento al cd. *diritto di gestione* quale *proprium* del contratto concessorio.

Ciò detto, è indubbio che il più recente intervento avutosi con Direttiva 2014/23/UE sia valso a completare l'iter di emancipazione del negozio concessorio dal contratto di appalto, tant'è che il Considerando n. 11 della Direttiva fornisce una definizione *ad hoc* per il contratto di concessione, certamente più puntuale di quella già desumibile a suo tempo dalla disciplina del 2004, senza peraltro rimandare in alcun modo alla fattispecie del contratto di appalto.¹

E d'altra parte, nonostante una definizione certo più rigorosa riservata allo strumento concessorio, è dato cogliere nella novellata disciplina una serie di elementi di sostanziale continuità con la previgente normativa comunitaria, posto che tanto la Direttiva del 2004, quanto quella di cui si va discorrendo in questa sede, elevano ad elemento tipizzante della concessione il peculiare corrispettivo dovuto dall'Amministrazione all'operatore economico privato, concretantesi «*nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo*» (così, per l'appunto, il Considerando n. 11).

¹ In tal senso, il Considerando n. 11 della Direttiva 2014/23/UE, prevede che «*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. Tali contratti hanno per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi attraverso una concessione il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Essi possono, ma non devono necessariamente, implicare un trasferimento di proprietà alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori, ma i vantaggi derivanti dai lavori o servizi in questione spettano sempre alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori.*».

L'altro elemento, intrinsecamente connesso al cd. diritto di gestione riconosciuto al privato, e che in maniera evidente conferma quanto già anticipato in sede comunitaria anni or sono, va ricercato nell'assunzione del cd. rischio operativo a carico del concessionario, nell'ambito della gestione dei lavori ovvero dei servizi resi al pubblico.

Prima di passare all'analisi del contenuto sostanziale di tale rischio, è opportuno ricordare, come sopra anticipato, che la sussistenza del rischio medesimo, quale elemento tipizzante la vicenda concessoria, non è nuova né all'ordinamento nazionale né all'ordinamento comunitario.

Quanto a quest'ultimo, già la Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 12 aprile 2000 aveva chiarito che «*si ha concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio (sua istituzione e gestione) rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone*» (par. 2.2.). E subito dopo la stessa Commissione proseguiva affermando che l'assunzione del rischio di gestione andava appunto desunta dalle modalità di remunerazione dell'operatore economico privato. Sicché, laddove vi fosse stato un trasferimento della responsabilità di gestione dei servizi ovvero dei lavori oggetto dell'atto concessorio, lì avrebbe potuto intravedersi un rischio operativo a carico del soggetto concessionario.

Va detto peraltro che la citata Comunicazione, sia pure assai rilevante perché costituisce uno dei primi documenti comunitari con valenza di ricostruzione dogmatica dell'istituto della concessione, si muoveva pur sempre in una logica definitoria che riduceva la concessione ad una sorta di variante dell'appalto

Orbene, il far perno su tali elementi, da un lato il rischio operativo e dall'altro il diritto di gestione, ai quali certo può guardarsi come a due facce della stessa medaglia, è indice di un particolare processo di trasformazione del quale è rimasto interessato, nel corso degli anni, lo strumento concessorio: un processo di trasformazione di tipo strettamente contrattuale, che ha finito col sovvertire il modo di intendere nella *communis opinio* la concessione amministrativa.

A tal proposito, è d'uopo ricordare che la più risalente tradizione giuridica del nostro ordinamento ha guardato, negli anni più risalenti, alla concessione amministrativa come ad un *quid* il cui vero elemento essenziale veniva a concretarsi

nella specifica natura e struttura dell'atto costitutivo: un atto di tipo autoritativo ed unilaterale, dal quale originava un ampliamento della sfera giuridica in favore del privato destinatario di quel provvedimento.²

Alla teoria provvedimentale venne poi a sostituirsi, com'è noto, una più articolata ricostruzione, elaborata in sede giurisprudenziale dalla Suprema Corte, con la quale si diede la stura alla tesi della cd. *concessione-contratto*, la quale ricostruzione riconduceva la costituzione del rapporto concessorio al provvedimento autoritativo della P.A., mentre guardava al contratto come ad uno strumento per mezzo del quale le parti (Amministrazione e privato-operatore economico) procedevano alla regolazione dei soli aspetti patrimoniali della vicenda.

In questo quadro, l'impulso dell'ordinamento comunitario ha determinato una sostanziale modifica del regime normativo in materia di concessioni amministrative, inaugurando un processo di contrattualizzazione dell'istituto, il quale è venuto dunque a disancorarsi dalle logiche autoritative ed unilaterali che a lungo lo hanno caratterizzato, quanto meno sotto il profilo costitutivo del rapporto giuridico tra privato e Pubblica Amministrazione. E quello stesso processo di contrattualizzazione è valso ad accentuare, come elemento tipico del rapporto concessorio, non tanto l'eventuale trasferimento o delega nell'esercizio di poteri pubblici all'interno di un certo settore dell'ordinamento, quanto piuttosto il trasferimento di un rischio operativo gravante sul concessionario.

Nella prospettiva accolta dal diritto comunitario, dunque, il principale elemento distintivo tra concessione ed appalto va ricercato nella modalità di remunerazione per il privato, posto che nella moderna declinazione della concessione, è il rischio della gestione economica, inteso come esposizione del privato all'alea del mercato, a rappresentare il vero elemento indefettibile del rapporto negoziale.³

² In tal senso, RANELLETTI O., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, pp. 16 ss.

³ In tal senso, già la Corte di Giustizia, in causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH, nel discernere la fattispecie del contratto di appalto dal *genus* delle concessioni, aveva affermato che «*un appalto pubblico di servizi...comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi*». Per contro, qualora «*la remunerazione del prestatore di servizi proviene non già dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli*

Quanto appena osservato trova conferma, del resto, nello schema di decreto legislativo di attuazione della direttiva 2014/23/UE, laddove all'art. 165, comma 1, si prevede che i contratti di concessione *«comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo [...] riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario»*.

Può dunque dirsi che l'influenza dell'ordinamento sovranazionale sulla materia in esame ha operato principalmente lungo due linee direttrici.

Da un lato è stata definitivamente superata la teorica della concessione-contratto, sicché ad oggi la costituzione del rapporto non origina da un provvedimento autoritativo dell'Amministrazione, bensì da un **contratto privatistico** che si fa strumento ordinario per l'affidamento dei lavori e dei servizi pubblici di rilevanza economica.

Dall'altro lato, il processo di contrattualizzazione ha operato in maniera tale da incidere altresì sullo specifico regolamento negoziale che deve connotare un rapporto giuridico di concessione, al quale è coesistente l'esposizione dell'impresa ai rischi derivanti dall'operare in un mercato concorrenziale.

Non sono tuttavia mancati, finanche recentemente, arresti giurisprudenziali che, sebbene isolati, hanno in qualche misura segnato un ritorno ad una lettura più tradizionale della figura del concessionario. È quanto si ricava, a tal proposito, dalla sent. della Cass., SS.UU., 16 luglio 2014, n. 16240, nella quale la Suprema Corte, pur distinguendo la figura del *contraente generale* da quella del *concessionario di committenza*, ha cionondimeno ravvisato la possibilità di intendere il contraente generale, al pari del concessionario, quale *“soggetto funzionalmente inserito nell'apparato dell'ente pubblico appaltante, così da rendersi compartecipe dell'operato di quest'ultimo, assumendo la veste di agente dell'amministrazione, con la conseguente instaurazione di un rapporto di servizio idoneo a radicare l'esercizio della giurisdizione contabile di responsabilità della Corte dei Conti in controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno erariale derivante dalla violazione di obblighi previsti dalla legge o dal contratto”*.

importi versati dai terzi (per la fruizione del servizio), tale forma di remunerazione implica che il prestatore assume il rischio della gestione dei servizi... delineando in tal modo una concessione di pubblici servizi».

Le Sezioni Unite hanno inoltre affermato, in ossequio ad una tradizione che pareva ai più superata, che *“in presenza di una concessione ad un soggetto privato della progettazione ed esecuzione di un’opera di pubblica utilità, si ha il trasferimento in tutto o in parte in capo al concessionario dell’esercizio di funzioni oggettivamente pubbliche proprie del concedente, necessarie per la realizzazione dell’opera, con la conseguenza che agli atti posti in essere dal concessionario può essere, all’occorrenza, riconosciuta natura di attività amministrativa e che l’accertamento di eventuali responsabilità nel compimento di quegli atti rientra nella giurisdizione della Corte dei conti.*

2. Chiarimenti sulla valenza semantica del cd. rischio operativo.

In questo contesto, la Direttiva 2014/23/UE è intervenuta, da parte sua, a suggellare un processo riformatore le cui tappe precedenti sono state segnate dalla Direttiva 2004/18/CE e dalle varie sentenze della Corte di Giustizia, la quale, nel corso degli anni, è stata più volte chiamata a pronunciarsi sul tema *de quo*.

Proprio la giurisprudenza comunitaria ha fornito, per prima, importanti indicazioni circa il significato con cui intendere il cd. *“rischio operativo”*, il quale sarebbe altrimenti rimasto espressione priva di un preciso contenuto precettivo e lettera morta abbandonata alla mercé del legislatore nazionale.

In tal senso, la Corte di Giustizia, sez. III, 10 marzo 2011, in C-274/09, con sentenza dunque antecedente alla Direttiva 2014/23/UE, ha chiarito che *«il rischio di gestione economica, che caratterizza la concessione di servizi, deve essere inteso come esposizione dell’impresa all’alea del mercato, che può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda ed 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».*

Sicché, ha aggiunto la Corte, *«quando la remunerazione dell’operatore economico selezionato è integralmente garantita da soggetti diversi dall’amministrazione aggiudicatrice [...] e tale operatore economico incorre in un rischio di gestione, per quanto molto ridotto, poiché, in particolare, l’importo dei corrispettivi d’uso dei servizi in questione dipende dall’esito di trattative*

annuali con soggetti terzi e non gli è garantita una copertura integrale dei costi sostenuti nell'ambito di una gestione delle sue attività conforme ai principi sanciti dal diritto nazionale, tale contratto deve essere qualificato come contratto di concessione di servizi»

Si aggiunga che in direzione analoga alle considerazioni appena riportate si è mossa altresì la giurisprudenza amministrativa nazionale, che ha fatto proprio il concetto di rischio operativo quale *discrimen* tra il rapporto concessorio e quello di appalto nell'accezione proposta dalla giurisprudenza comunitaria. Se ne trova conferma, ad esempio, nel Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377, nella cui pronuncia il giudice amministrativo ha affermato che *«le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimento dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, né per la loro natura autoritativa o provvedimento rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno della traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato»*.

E il trasferimento del rischio di cui si va qui discorrendo, viene realizzato non già per mezzo di un atto giuridico unilaterale (qual era, in passato, il provvedimento amministrativo), bensì **attraverso un contratto di diritto privato** avente struttura sinallagmatica.

Né può dubitarsi che di vero e proprio contratto sia dato a parlare, giacché se è vero che la prestazione erogata dal privato concessionario è rivolta in favore della collettività piuttosto che dell'Amministrazione, è vero altresì che una fattispecie del genere può dirsi pienamente ascrivibile al *genus* del contratto a favore di terzi, espressamente contemplato dall'ordinamento giuridico positivo.

Tornando invece al concetto del cd. *rischio operativo*, l'assunto che vede la Direttiva 2014/23/UE in linea di sostanziale continuità con la precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia è confermato già da una lettura *a prima facie* della novellata disciplina europea. Tant'è che nel Considerando n. 18 dell'anzidetta Direttiva si legge testualmente che *«la caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati*

in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore».

Come si nota, peraltro, la Direttiva europea ha lasciato aperta la possibilità di mantenere parte del rischio a carico dell'amministrazione, senza che ciò osti alla qualificazione di un rapporto in termini di concessione.

Tali indicazioni paiono recepite dal legislatore nazionale, tant'è che l'art. 165, comma 1, dello schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva 2014/23/UE, dispone che *«nei contratti di concessione come definiti dall'art. 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 è, dunque, indispensabile che il concessionario tragga i propri ricavi esclusivamente dallo svolgimento della propria attività resa ai terzi nell'ambito di un mercato concorrenziale. È però necessario che i ricavi derivanti da detta attività abbiano un peso prevalente negli introiti conseguiti dal concessionario.

In tal guisa, resta salva la possibilità che in un rapporto concessorio l'amministrazione continui a sopportare parte degli oneri finanziari nel rapporto con il privato concessionario.

Ciò che è peraltro confermato dall'art. 165, comma 2, del predetto schema di decreto legislativo, laddove si prevede che ai fini del raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario, *«in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili»*, precisandosi tuttavia, subito dopo, che *«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 cinquanta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari».* Viene, dunque, affermato il principio secondo cui è il privato concessionario a dover sopportare, in una misura almeno pari al 50%, i costi derivanti dall'investimento necessario a prestare l'attività oggetto di concessione.

Precisa inoltre la Direttiva 2014/23/UE, al Considerando n. 20, che *«il rischio operativo dovrebbe essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta».*

Anche tali indicazioni risultano recepite nello schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva, laddove all'art. 3, comma 1, lett. zz), si fornisce una definizione di rischio operativo coerente con la normativa europea, inteso come *«rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. 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 deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile»*.

In tal modo vengono fornite indicazioni anche in merito alla dimensione e al peso che il rischio operativo deve assumere nell'ambito di un rapporto concessorio, non essendo sufficiente, ai fini del configurarsi del rischio predetto, l'eventualità che il privato risenta di perdite puramente nominali o trascurabili. L'esposizione all'alea del mercato deve, invece, risultare tale da incidere significativamente sulla possibilità di recuperare gli investimenti effettuati inizialmente e di sopportare i costi derivanti dalla gestione dei lavori o dei servizi.

Su una serie di punti è utile, peraltro, un approfondimento.

2.1. Il rischio dal lato della domanda o dell'offerta.

Per quanto riguarda i connotati tipici del rischio derivante dal lato della domanda, la Direttiva ha precisato, al Considerando n. 20, che per tale *«si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto»*.

Formula pressoché ripresa in sede di recepimento, laddove all'art. 3, comma 1, lett. ccc), dello schema di decreto legislativo di attuazione, si definisce il rischio di domanda, come *«rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa»*.

Il rischio di domanda può dunque consistere nel fatto che la fruizione di un servizio, da parte dell'utenza, conosca una diminuzione in forza di un'offerta assai più competitiva derivante da altri operatori all'interno del mercato. Allo stesso

modo, una contrazione dei consumi avente causa in una crisi congiunturale del sistema economico può determinare una domanda minore del servizio gestito in concessione.

Quanto al rischio sul lato dell'offerta, questo, secondo la Direttiva, va inteso come *«il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda»*. La fattispecie si configura essenzialmente a fronte delle cd. concessioni fredde, in cui è proprio la Pubblica Amministrazione a pagare un canone per la realizzazione o la gestione dell'opera. Ciò che è confermato dallo schema di decreto legislativo di attuazione, il quale, all'art. 1, comma 1, lett. bbb), fa riferimento al c.d. rischio di disponibilità, quale *«rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti»*.

Pur trattandosi, in questo caso, di un'ipotesi affatto peculiare, è la stessa Direttiva, al Considerando n. 18, ad aver stabilito che può ben parlarsi di un contratto di concessione finanche laddove sussistano *«accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore»*, purché *«il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura»*.

Nel caso di specie, qualora la capacità dell'offerta, che l'operatore economico privato si è impegnato a garantire nei confronti dell'Amministrazione, venga meno per una qualsiasi ragione, si configura certamente un rischio di gestione a carico del concessionario, che potrebbe non riuscire ad ottenere un recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti.

2.2. La clausola delle condizioni operative normali

Altro particolare da dover considerare nella definizione del c.d. rischio operativo è quello legato alla necessità che, **in condizioni operative normali**, non sia garantito al concessionario il recupero degli investimenti o dei costi inerenti alla gestione. In proposito, infatti, ai sensi dell'art. 5, comma 1, Direttiva 2014/23/UE, *«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”.

Previsione che trova testuale riscontro in sede di recepimento, nell’art. 3, comma 1, lett. zz), nella parte in cui si fornisce la definizione di “rischio operativo”.

In tal modo, sembra sia stato escluso dal rischio operativo quello generato dal rischio finanziario sistemico, a fronte del quale nulla può l’operatore economico privato. Ne deriva che in presenza di straordinarie fluttuazioni dei tassi finanziari, quantificate di volta in volta dalle prassi nazionali ed internazionali, il privato è esonerato dall’assunzione del rischio corrispondente, laddove quest’ultimo non deriva da un’incapacità del concessionario di gestire proficuamente la propria attività, quanto piuttosto da ipotesi non prevedibili, che possono ricondursi al concetto di **forza maggiore**.

Di converso, in altre ipotesi, il sopraggiungere di maggiori costi a carico del concessionario nel corso dell’esecuzione del rapporto concessorio, grava in capo allo stesso concessionario, in quanto trattasi di costi riconducibili al concetto di rischio operativo. Si guardi, ad esempio, al rischio che i costi realizzativi dell’opera siano superiori a quelli previsti inizialmente, ovvero al rischio del rispetto dei tempi di costruzione, al rischio che l’operatore privato non possa accedere al mercato finanziario ai costi previsti in sede di offerta, e ancora, al rischio che il canone richiesto agli utenti per la fruizione dell’opera o del servizio non sia sufficiente per far fronte ad aggiornamenti tecnologici e, da ultimo, al rischio di un’usura tecnica dell’investimento più rapida di quanto era dato prevedere inizialmente.

3. Le concessioni nei settori regolamentati (con particolare riguardo al settore autostradale).

La Direttiva 2014/23/UE si caratterizza per una tecnica definitoria del contratto di concessione, in virtù della quale il legislatore comunitario oltre a dettare criteri generali validi per una qualsivoglia fattispecie negoziale, affronta con specifica attenzione un insieme di casi, sui quali si è dibattuto in passato circa la concreta possibilità di ricondurli o meno al *genus* del rapporto concessorio.

Nell'ambito della casistica di cui si va discorrendo, un rilievo particolare è riconosciuto ai settori caratterizzati da tariffe regolamentate (es. autostrade, trasporti pubblici locali, energia). La ragion d'essere di uno specifico riferimento al settore *de quo* si spiega sol che si consideri che la previsione delle tariffe di cui sopra, relative al servizio ovvero al lavoro oggetto del contratto di concessione, potrebbe (almeno potenzialmente) esser tale da garantire senz'altro all'operatore privato un sicuro ritorno economico a copertura dell'investimento posto in essere *ab initio*, talché verrebbe di conseguenza tradito l'elemento centrale e indefettibile del rapporto concessorio, costituito proprio dal trasferimento del rischio di gestione a carico del concessionario.⁴

Ai fini della qualificazione di un rapporto negoziale in termini di appalto o concessione, diviene dunque fondamentale prescindere dal *nomen iuris* del contratto. Lo svolgimento di talune attività private esercitate in settori, nei quali si è soliti ricorrere allo strumento della concessione (e qui ritorna, ancora una volta, il riferimento al settore autostradale), non può di per sé consistere in un elemento sufficiente a che sia dato discorrere di un negozio concessorio.

Segnatamente, laddove la gestione del servizio demandata al privato dalla Pubblica Amministrazione sia tale che alla fruizione del servizio stesso da parte dell'utenza corrisponda il pagamento di tariffe specificamente regolamentate, le quali, nel *quantum*, eliminano in buona sostanza il rischio operativo gravante sul privato, non potrà allora discorrersi di una vera e propria concessione, nella dimensione fatta propria dal diritto comunitario.

Ciò è stato confermato dalla stessa Direttiva 2014/23/UE, la quale, al Considerando n. 19 dispone che “*qualora la regolamentazione settoriale specifica elimini il rischio prevedendo una garanzia a favore del concessionario per il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti per l'esecuzione del contratto, il contratto stesso non dovrebbe configurarsi come una concessione ai sensi della presente direttiva*”.

La previsione appena riportata va letta congiuntamente al Considerando n. 18, nella parte in cui si dispone che “*l'applicazione di norme specifiche per la disciplina dell'aggiudicazione di concessioni non sarebbe giustificata se l'amministrazione aggiudicatrice o*

⁴ Sul punto, va ancora una volta ribadito che ex art. 5, comma 1, Direttiva 2014/23/UE, occorre a che possa trattarsi di un contratto di concessione, che «*non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione*».

l'ente aggiudicatore sollevasse l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto”.

Quid iuris tuttavia laddove proprio nella fattispecie di tariffe di settore regolamentate, il rischio di gestione del concessionario, più che totalmente eliminato, risulti solo in parte scemato? Possono, nel caso di specie, ricorrere gli estremi per ascrivere il contratto stipulato tra privato e Pubblica amministrazione al *genus* della concessione o, per contro, una qualsivoglia limitazione del rischio prevista *ab initio* è già di per sé incompatibile con il rapporto concessorio?

Alla Direttiva europea va dato, anche qui, il merito di aver colto l'importanza del quesito appena riportato, tant'è che nel Considerando n. 19 si legge ancora: *“Il fatto che il rischio sia limitato sin dall'inizio non dovrebbe escludere che il contratto si configuri come concessione. Può essere questo il caso, per esempio, di settori con tariffe regolamentate o dove il rischio operativo sia limitato mediante accordi di natura contrattuale che prevedono una compensazione parziale, inclusa una compensazione in caso di cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore ovvero per cause di forza maggiore”.*

Il problema, è opportuno ribadirlo, si pone nel momento in cui la limitazione del rischio operativo – limitazione avente causa nella previsione di tariffe regolamentate – sia tale che, pur residuando in capo all'operatore economico privato una qualche esposizione all'alea del mercato, questa non incida in misura effettiva sull'investimento iniziale, avendosi, al contrario, una celata forma di garanzia sugli introiti derivanti dalla gestione del servizio, che coprono il concessionario dal rischio di non riuscire a pareggiare i costi affrontati per conseguire l'aggiudicazione del contratto.

Nel caso di specie, il negozio concluso tra il privato e la Pubblica Amministrazione andrebbe piuttosto ricondotto nella fattispecie generale degli appalti, giusta la ragionevole certezza, per l'aggiudicatario, di conseguire un guadagno già determinato inizialmente o quanto meno di evitare un'effettiva perdita economica. La mancata allocazione del rischio di gestione, insomma, esorbita dal rapporto concessorio ai sensi della disciplina comunitaria.

È in questo senso che va letta la previsione di cui all'art. 165, comma 1, dello schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva, ai sensi del quale le variazioni relative ai costi e ricavi oggetto della concessione, devono incidere significativamente sull'equilibrio del piano economico finanziario.

Naturalmente, la fissazione di un *discrimen* tra la mera limitazione del rischio operativo e la sua sostanziale eliminazione non si presta ad un giudizio relegato ad una dimensione meramente astratta. Occorre, di converso, muovere da un'analisi ancorata al caso concreto che prenda in debita considerazione lo specifico regolamento negoziale e le condizioni contrattuali in materia, di volta in volta predisposte dalle parti.

In tale contesto, il legislatore nazionale sembra voglia limitarsi a riprendere testualmente, all'art. 3, comma 1, lett. zz), la disciplina di matrice sovranazionale, prevedendo che il concessionario sia esposto realmente alle fluttuazioni del mercato, *«tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile»*.

Dunque:

- da un lato si insiste sulla natura non trascurabile della potenziale perdita a carico del concessionario, che altrimenti quest'ultimo sarebbe sostanzialmente sollevato dal rischio di gestione;
- dall'altro, si richiede che la perdita non sia puramente nominale.

Non è del tutto chiaro se la perdita nominale vada assunta come sinonimo di perdita trascurabile o sottenda invece un diverso significato.

Una prima lettura finisce per avvicinare i due concetti, in una sorta di endiadi, talché per nominale andrebbe intesa una perdita economica di scarsa entità.

Una seconda ricostruzione, che potrebbe ritenersi preferibile, assegna alla perdita nominale il senso di “facilmente definibile e riscontrabile”, e come tale facilmente verificabile dalla P.A. senza implicare il ricorso ad accertamenti “macchinosi”.

Bisognerà vedere come tutto questo si adatterà alla realtà economica e finanziaria del nostro Paese, che conosce forme e clausole contrattuali le più varie, pavimenti che consentono di non abbassare il canone dovuto dall'Amministrazione al di sotto di un minimo garantito, generalmente corrispondente ai ratei di mutuo

contratti dal concessionario con istituti di credito, tetti massimi alle penali, garanzie fornite dalle SA: insomma vi è un mondo di meccanismi potenzialmente anticoncorrenziali possibilmente da regolare.

4. Il profilo della durata del rapporto concessorio in relazione all'esigenza di garantire un mercato concorrenziale.

Va altresì affrontato il tema della durata del rapporto concessorio, sul quale la Direttiva europea ha fornito preziose indicazioni, a conferma dell'ineludibile esigenza, nella prospettiva da sempre accolta dal diritto comunitario, di garantire un sufficiente grado di concorrenzialità nel mercato.

Bisogna dare atto al legislatore comunitario di essere stato sul tema opportunamente "energico" in una logica effettivamente concorrenziale, avendo positivizzato il principio per cui la durata della concessione è limitata. Ciò al fine di evitare preclusioni nell'accesso al mercato e restrizioni della concorrenza (Considerando n. 52, Direttiva 2014/23/UE).

Il legislatore europeo ha insomma introdotto una presunzione di diritto, in virtù della quale l'eccessiva durata del rapporto concessorio nel settore interessato dalla gestione del servizio ovvero del lavoro demandato al privato aggiudicatario, può precludere l'accesso al mercato di altri operatori economici, sostanziandosi in un ostacolo alla libera circolazione dei servizi e alla libertà di stabilimento.

Allo stesso tempo, non può però sottacersi come l'esigenza di garantire un sufficiente grado di concorrenzialità nel mercato, limitando all'uopo la durata del rapporto concessorio, possa riverberarsi a danno dello stesso privato aggiudicatario del contratto, tale da precludere a quest'ultimo un recupero degli investimenti previsti per eseguire la concessione ed un ritorno economico sul capitale investito.

Resta allora spiegato il perché della previsione contenuta nella Direttiva 2014/23/UE Considerando n. 52, nella parte in cui dispone che *"per le concessioni di durata superiore a cinque anni la durata dovrebbe essere limitata al periodo in cui si può ragionevolmente 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”.

La previsione appena richiamata trova ulteriore specificazione nell’art. 168, comma 1, dello schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva in esame, il quale, da un lato conferma il principio per cui *«la durata massima delle concessioni è limitata»*, e dall’altro individua i parametri sulla base dei quali dover determinare tale durata, da dover commisurare *«al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell’oggetto della stessa»*.

Il legislatore nazionale conferma peraltro che *«la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali come risultante dal piano economico-finanziario»*.

Una particolare disciplina è dettata, a riguardo, per il settore delle concessioni autostradali, rispetto al quale, l’art. 178, comma 6, prevede che laddove il concessionario abbia già eseguito opere assentite e non ancora ammortizzate alla scadenza della concessione, egli ha diritto ad un indennizzo di tali poste dell’investimento, che grava in capo al nuovo concessionario subentrante. In tal modo il legislatore sembra aver considerato l’ipotesi in cui la durata inizialmente prestabilita del rapporto concessorio, e che, per quanto detto finora, va determinata tenendo conto del tempo necessario al recupero degli investimenti, possa non essere sufficiente a tal fine.

In linea generale, il salto rispetto alla legislazione vigente è notevolissimo.

L’articolo 143 Cod. contr. pubbl., attualmente in vigore, prevede infatti che la concessione di lavori *“ha di regola durata non superiore ai trenta anni”* (comma 6) e che la S.A. può stabilire una durata superiore al fine di assicurare il perseguimento dell’equilibrio economico finanziario degli investimenti. È addirittura previsto, al comma 8 dell’art. 143 sopra richiamato, che in caso di concessioni il cui importo sia superiore al miliardo di euro, la durata può essere stabilita fino a 50 anni, sì da assicurare il rientro del capitale investito.

5. Procedimento di evidenza pubblica e principio di concorrenza.

Il delicato equilibrio tra l'evidenza pubblica e la semplificazione.

Infine, sempre con riferimento al principio di concorrenza, si impone un accenno alla previsione, in realtà risalente già al D.Lgs. 163/06, di una fase di evidenza pubblica quale momento necessario per addivenire all'affidamento della concessione e all'individuazione del contraente privato (Considerando n. 4, Direttiva 2014/23/UE). Sotto questo profilo, va ad oggi constatata l'esistenza di un elemento accomunante tra il contratto di appalto e quello di concessione. Al contrario, nella tradizione giuridica più risalente del nostro ordinamento, il rapporto concessorio ha sempre avuto, quale proprio connotato, il derivare da un provvedimento dell'amministrazione, espressione di un potere strettamente discrezionale, tale da fondare l'assunto per cui al rapporto concessorio fosse coesenziale un elemento fiduciario. Una concezione di tal fatta può attualmente ritenersi del tutto superata, giacché l'esigenza di *"garantire un accesso effettivo e non discriminatorio al mercato a tutti gli operatori economici dell'Unione"* (esigenza di cui discorre testualmente il Considerando n. 1, Direttiva 2014/23/UE) mal si concilia con una fase di affidamento del contratto, in cui l'individuazione dell'aggiudicatario sia rimessa a valutazioni prettamente discrezionali della P.A.

Importanti innovazioni si registrano, peraltro, anche sul versante in esame, concernente le procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione. È noto, in proposito, che l'attuale disciplina contenuta nel d.lgs. 163/06 (cod. contr. pubbl.), se da un lato accoglie il principio per cui la procedura di evidenza pubblica è parimenti necessaria tanto rispetto agli appalti quanto rispetto alle concessioni, dall'altro, con specifico riguardo al contratto di concessione di servizi, l'attuale art. 30, d.lgs. 163/05, prevede che le disposizioni del Codice dei contratti pubblici non si applicano al negozio di cui sopra, salvo quanto disposto dallo stesso articolo, ai sensi del quale *"la scelta del concessionario deve 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..."* (art. 30, comma 3, cod. contr. pubbl.).

Il tutto ha determinato un sostanziale *vulnus* normativo, giacché il solo riferimento ai principi del TFUE e ai principi generali propri dei contratti pubblici è, all'evidenza, insufficiente a garantire una dettagliata disciplina circa il procedimento di aggiudicazione che caratterizza e precede la scelta del gestore privato. Non possono, del resto, tacersi le rilevanti difficoltà palesatesi in sede interpretativa, allorché gli operatori giuridici sono stati chiamati ad appurare quali singole disposizioni del Codice dei contratti pubblici potessero intendersi come declinazione dei principi generali sulla materia in discorso.

La Direttiva 2014/23/UE ha preso atto di come l'assenza di una chiara normativa che disciplinasse, a livello dell'Unione, l'aggiudicazione dei contratti di concessione, è stata causa di incertezze giuridiche in materia (Considerando n. 1). E ciò in quanto:

- la concessione di lavori pubblici era stata, fino a quel momento, soggetta alla scarsa disciplina predisposta dalla Direttiva 2004/18/CE;

- e l'aggiudicazione delle concessioni di servizi aveva visto la sola applicazione dei principi del TFUE, con particolare riferimento ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, nonché ai principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità, la trasparenza (Considerando n. 4).

Ciò ha condotto il legislatore europeo a prender atto dell'esigenza di applicare in maniera uniforme, a livello dell'Unione, i principi del TFUE in tutti gli Stati membri ed eliminare le discrepanze nell'interpretazione di tali principi onde poter incidere sulle persistenti distorsioni del mercato interno (Considerando n. 4).

In questo contesto, la Direttiva ha pertanto sancito una serie di garanzie procedurali minime da dover rispettare nella fase di aggiudicazione del contratto, tra le quali spicca l'obbligo di pubblicazione del bando di concessione *ex art. 31*, comma 1. A riguardo, lo schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva riprende, testualmente, la disciplina di matrice europea, con una disposizione rubricata «*Garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione*» (art. 171), la quale fornisce un'indicazione abbastanza puntuale circa il contenuto tipico del bando di concessione, il quale deve contenere, tra l'altro:

- una descrizione della concessione e delle condizioni di partecipazione;
- una descrizione dei criteri di aggiudicazione e, se del caso, dei requisiti minimi da soddisfare.

Per quanto fin qui detto, dal testo dello schema di decreto di attuazione emerge, insomma, l'intenzione del legislatore di incrementare il tasso di competitività nei settori interessati dalle concessioni di servizi e di lavori. Il che resta confermato dall'art. 171, comma 4, laddove, pur potendo la stazione appaltante limitare il numero di candidati o di offerenti a un livello adeguato, si precisa che ciò deve comunque avvenire *«in modo trasparente»*, *«sulla base di criteri oggettivi»*, e tale che il numero di candidati o di offerenti invitati a partecipare sia *«sufficiente a garantire un'effettiva concorrenza»*.

Sotto un altro versante, tuttavia, il legislatore, secondo quanto consentito dalla Direttiva 2014/23/UE, sembra voler ribadire la libertà delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori *«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»* da parte dell'utenza nei servizi pubblici (art. 166 dello schema di decreto legislativo). Viene, in altri termini, ribadita la libertà degli Stati membri *“di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico”* (come pur consentito dal Considerando n. 5 della Direttiva), senza imporre a carico delle amministrazioni pubbliche l'obbligo incondizionato di esternalizzare le forniture delegandole ai terzi.

6. L'offerta super innovativa.

Il concetto di offerta “super innovativa”, cui fa riferimento l'art. 41 della Direttiva 2014/23/UE, è ripreso dall'art. 173, comma 3, dello schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva medesima, e rappresenta certamente una delle innovazioni più significative introdotte dal recente intervento del legislatore comunitario.

Il predetto art. 173, comma 3, prevede, a riguardo, che l'amministrazione aggiudicatrice possa arrestare la procedura di affidamento in presenza di un'offerta che proponga una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni

funzionali. In tal caso, la stessa amministrazione è legittimata a *«modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione [...] per tenere conto di tale soluzione innovativa»*.

Trattasi, all'evidenza, di un meccanismo eccezionale da dover applicare con le necessarie cautele, per evitare il rischio di indebite ed arbitrarie modificazioni dei criteri di aggiudicazione del contratto in pendenza della procedura di gara. Ciò che è confermato dalla previsione di principio contenuta nell'art. 171, comma 7, ai sensi del quale *«L'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non possono essere modificati nel corso delle negoziazioni»*.

In tal senso, si prevede pertanto che *«la modifica dell'ordine (dei criteri di aggiudicazione) non deve dar luogo a discriminazioni»* (art. 173, comma 3), e può essere disposta solo *«in via eccezionale»*. La sospensione del procedimento di aggiudicazione sarà inoltre praticabile a condizione che l'offerta innovativa non avrebbe potuto essere prevista dall'amministrazione. Ne discende dunque che l'arresto procedimentale è legittimo purché non imputabile alla stessa pubblica amministrazione.

Manca tuttavia nello schema di decreto legislativo di attuazione una precipua definizione del concetto di proposta innovativa.

Sul punto, sembra condivisibile la posizione prospettata da coloro secondo cui l'innovatività dovrebbe essere rapportata ai criteri di selezione delle offerte, dovendosi dunque trattare di una proposta che non sia adeguatamente valorizzabile sulla base dei punteggi attribuibili in base al bando.

Altro aspetto problematico attiene alla tipologia di innovazione che legittima l'amministrazione aggiudicatrice ad arrestare la procedura di aggiudicazione. A tal riguardo, l'innovazione dovrebbe dirsi riferibile al dato progettuale e non a quello dell'offerta economica, posto che il momento della sospensione va logicamente a collocarsi nella fase immediatamente precedente l'apertura delle offerte economiche. Tale lettura è inoltre avvalorata da ovvie ragioni di carattere logico-interpretativo, giacché la norma si riferisce ad *“un livello straordinario di prestazioni funzionali”*.

Il legislatore nazionale, in sede di recepimento, ha peraltro chiarito, più di quanto non facesse la Direttiva europea, che in presenza di un'offerta super innovativa, l'amministrazione aggiudicatrice non è senz'altro tenuta a sospendere il procedimento di aggiudicazione, ma è semplicemente facoltizzata in tal senso.

Problema delicato è invece quello concernente l'esigenza di tutelare la riservatezza dell'innovazione tecnologica proposta da uno dei concorrenti, che ben potrebbe essere frustrata da una totale rinnovazione della procedura. Problemi, tutti quelli sopra segnalati, che certamente impegneranno il legislatore nazionale in sede di recepimento.

Vincenzo Nunziata