



Le norme sulle autostrade: dai tempi del «bancomat» aggiusta Pef si passa al rigore del «rischio traffico» al privato

Sono poco innovative le norme che impongono i tempi delle gare per le concessioni autostradali scadute o in scadenza (salvo la precisazione che in prorogatio valgono ancora i contratti precedenti). Ma la norma (art. 178 c. 8) che impone di trasferire sempre al privato il rischio traffico è giuridicamente fragile e rischia di scoraggiare la partecipazione alle gare

DI CLAUDIO GUCCIONE E MARIA FERRANTE



Con la previsione dell'art. 178, il nuovo Codice, nonostante la sua veste di legge generale o, per il recepimento di direttive comunitarie, detta disposizioni specifiche in materia di concessioni autostradali ed una disciplina transitoria delle stesse dopo la scadenza.

La disposizione in commento, oltre a disciplinare in via generale la scadenza delle concessioni autostradali in vigore del nuovo Codice, contiene specifiche prescrizioni anche per le concessioni già scadute e di imminente scadenza, come si vedrà nel prosieguo.

L'articolo in esame costituisce attuazione dei punti III) e mmm) della legge delega n. 11/2016, secondo i quali il decreto legislativo di attuazione avrebbe dovuto disciplinare in dettaglio: (i) l'avvio delle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento delle nuove concessioni autostradali non meno di 24 mesi prima della scadenza di quelle in essere, con revisione del sistema delle concessioni stesse e con particolare riferimento all'introduzione di un divieto di clausole e disposizioni di proroga, nonché (ii) la previsione di una particolare disciplina transitoria per l'affidamento delle concessio-



ni medesime che, alla data di entrata in vigore del decreto di recepimento delle direttive, fossero scadute o prossime alla scadenza, onde assicurare il massimo rispetto del principio dell'evidenza pubblica o dei principi desumibili dall'art. 17 della direttiva 2014/23/UE nel caso di concessioni *in house*.

Entrando, dunque, nel merito dell'analisi della disposizione normativa in commento, si esamineranno di seguito i singoli profili disciplinati.

Scadenza delle concessioni autostradali e regime transitorio

La norma in commento prescrive che il Concedente debba avviare le procedure ad evidenza pubblica necessarie all'individuazione del nuovo Concessionario entro il termine di ventiquattro mesi antecedente alla scadenza della concessione in essere, ferma restando la possibilità di affidamento *in house* ai sensi dell'art. 5 del medesimo Codice.

Qualora la procedura di gara non si concluda entro il termine di scadenza della concessione, la disposizione in esame prescrive che il Concessionario uscente resti obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione fino al trasferimento della gestione. Per detto periodo, ai sensi del comma 2, i reciproci obblighi sono regolati sulla base delle condizioni contrattuali vigenti.

Tale disposizione appare priva di reale innovatività, riportando nella sostanza nel Codice l'assetto già definito dalla Direttiva Ministeriale n. 283 del 20 ottobre 1998 (meglio nota come Direttiva Costa – Ciampi) e conseguentemente previsto in tutte le convenzioni autostradali. L'unica vera novità è costituita dall'aver prestabilito un termine di 24 mesi antecedenti la scadenza per l'avvio della gara: tuttavia, tale prescrizione non risolve, invero, i problemi sinora emersi in sede di attuazione delle già esistenti previsioni contrattuali in materia, posto che non è prevista alcuna sanzione a carico del Concedente che non rispetti il termine prescritto dalla legge.

La disposizione in commento appare, invece, risolutiva di talune criticità interpretative emerse con riferimento alla disciplina applicabile alla concessione nel periodo intercorrente tra la scadenza e l'effettivo subentro del nuovo Concessionario. Difatti, in relazione a concessioni scadute in cui il Concessionario è stato costretto - per precipua richiesta del Concedente, in assenza di un nuovo aggiudicatario della concessione - a proseguire nella gestione dell'autostrada assentita, il Concedente medesimo, supportato da parte della giurisprudenza amministrativa, ha, ad esempio, negato gli aumenti tariffari a dispetto dell'assenza di previsioni convenzionali che potessero supportare tale diniego; per l'appunto motivandolo con l'avvenuta scadenza della concessione. Ebbene, l'art 178 in commento, da considerarsi norma di interpretazione autentica, espres-

samente chiarisce la perduranza, nelle more del procedimento di affidamento della nuova concessione, dei reciproci obblighi previsti contrattualmente, ivi incluso, dunque, l'obbligo del Concedente di consentire l'adeguamento annuale delle tariffe di pedaggio.

Con riferimento alla legge delega, invece, non appare adeguatamente disciplinato il profilo relativo all'inserimento di un divieto di clausole e disposizioni di proroga. Come, infatti, sottolineato dal Consiglio di Stato nel proprio parere sullo schema di decreto, tali profili non sono affrontati dalla norma e non possono quindi essere oggetto di successivi decreti correttivi. Tuttavia, non può non evidenziarsi che una tale previsione potrebbe, comunque, apparire ultronea, posto che sul punto non può non applicarsi la disciplina generale delle concessioni di lavori pubblici.

Le concessioni autostradali scadute e prossime alla scadenza alla data di entrata in vigore del decreto

Per quanto concerne le concessioni autostradali già scadute alla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 50/2016 e per le quali il Concedente non abbia ancora provveduto all'indizione della gara, la norma in esame prescrive che questi debba procedere alla predisposizione del bando di gara, secondo le regole dell'evidenza pubblica, entro il termine perentorio di sei mesi dall'entrata in vigore del Codice.

Inoltre, per questa fattispecie, la norma specificamente sancisce il divieto di proroga delle concessioni autostradali: tale prescrizione, peraltro, come sopra accennato, appare pleonastica.

Il Codice, poi, fa espressamente salva la possibilità di affidamento *in house* delle medesime concessioni ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 50/2016.

Per quanto concerne le concessioni prossime alla scadenza, ovverosia quelle la cui scadenza avviene nei ventiquattro mesi successivi alla data di entrata in vigore del Codice, l'art. 178 prescrive che la procedura per l'individuazione del nuovo concessionario mediante procedura ad evidenza pubblica avvenga nel più breve tempo possibile, in modo da evitare soluzioni di continuità tra i due regimi concessori. Viene fatta salva, anche in questo caso, la possibilità di procedere mediante affidamento *in house*.

Operazioni preliminari alla scadenza della Concessione ed indennizzo da subentro

Il comma 6 dell'articolo in esame prevede che il concedente, almeno un anno prima della data di scadenza della concessione, debba effettuare, in contraddittorio con il Concessionario, tutte le verifiche necessarie a valutare lo stato tecnico complessivo dell'infrastruttura ed ordinare, se del caso, i necessari ripristini e le occorrenti modificazioni dello stato dei luoghi in



conformità degli impegni assunti convenzionalmente.

Tale previsione, volta a garantire che l'opera assestita in concessione sia consegnata al subentrante in perfetto stato, appare, in realtà, anch'essa una trasposizione normativa di previsioni già contenute nelle convenzioni autostradali, per cui non si ravvisano particolari elementi di novità rispetto al sistema oggi vigente.

Per quanto riguarda l'indennizzo da subentro, da sempre considerato nelle convenzioni e sinora disciplinato dalla summenzionata Direttiva Costa - Ciampi, l'art. 178 del Codice prevede che questo sia dovuto al Concessionario uscente per le opere già eseguite e non ancora ammortizzate alla scadenza della concessione e che sia pari pari al costo effettivamente sostenuto, al netto degli ammortamenti, dei beni reversibili non ancora ammortizzati come risultante dal bilancio di esercizio alla data dell'anno in cui termina la concessione, e delle variazioni eseguite ai fini regolatori. Come già previsto, la norma in commento specifica anche che l'importo del valore di subentro sia a carico del concessionario subentrante, il quale, chiaramente, ne terrà conto ai fini della predisposizione del nuovo piano economico - finanziario.

Il rischio del Concessionario

Infine, l'ultimo comma dell'art. 178 prescrive che, per le concessioni autostradali, il rischio operativo (di cui all'articolo 3, comma 1, lettera zz), si intende comprensivo del rischio traffico e che l'amministrazione possa richiedere sullo schema delle convenzioni da sottoscrivere un parere preventivo all'Autorità di regolazione dei trasporti.

Tale disposizione, che comunque deve intendersi applicabile solo alle nuove concessioni alla luce della disciplina transitoria prevista sia dalla direttiva 2014/23/UE che dallo stesso Codice, suscita non poche perplessità, sia a livello formale che sostanziale.

In primo luogo, infatti, non si può non evidenziare

che la previsione appare viziata da eccesso di delega, posto che non viene in alcun modo contemplata dalla legge delega illustrata in premessa né appare in qualche maniera collegata ai contenuti richiesti dalla medesima legge delega.

In via ulteriore, una disposizione di tal genere appare quantomeno peculiare, nel contesto di una legge generale sui contratti pubblici, in quanto non sembra ragionevole disciplinare un singolo profilo di rischio in ambito autostradale, visto che la materia dei rischi gravanti sugli operatori economici è già in via generale disciplinata dal Codice per le concessioni di lavori e per quelle di servizi.

Infine, tale disposizione non risulta neppure conforme alla nozione di rischio operativo come delineata dalla normativa comunitaria e riportata nel Codice: infatti, quello che dovrebbe rilevare non è tanto il riferimento al rischio traffico sic et simpliciter, ma le cause che portano ad una fluttuazione rilevante dei dati di traffico. Se, infatti, ad esempio, tali significative variazioni dipendono da un'erronea valutazione dell'utilizzo dell'arteria autostradale effettuata dal Concedente nella documentazione di gara oppure da un eccessivo prolungamento dei tempi necessari alla messa in esercizio dovuti ai ritardi nell'approvazione dei progetti da parte delle Amministrazioni interessate od ancora dalla pianificazione da parte dell'Amministrazione di una strada concorrente inizialmente non prevista, non si vede come le relative conseguenze dovrebbero ricadere sul Concessionario.

Una disposizione di questo tipo, quindi, se non adeguatamente limitata, anche in via interpretativa, nella sua portata, rischia di essere controproducente e scoraggiare la partecipazione alle gare per l'affidamento delle concessioni autostradali, posto che non appare conforme al diritto comunitario addossare al privato un rischio inteso in un'accezione così generica. ■



Lavori, servizi e forniture in gara all'80% per i concessionari (tutti) già affidatari (senza gara) al 18 aprile 2016

La norma non vale solo per le autostrade, e obbliga a mettere in gara sia lavori che servizi e forniture, ma solo se superiori a 150mila euro. Ci saranno tuttavia due anni di tempo per adeguarsi alle disposizioni. Niente obbligo per le concessioni affidate con gara o «con la formula della finanza di progetto». Le esclusioni per i settori speciali

DI CLAUDIO GUCCIONE



Il nuovo Codice ha radicalmente modificato il regime degli affidamenti a terzi da parte dei concessionari, prevedendo una disciplina unitaria per tutte le tipologie di concessioni (che siano di lavori o di servizi) e distinguendo le norme applicabili sulla base delle modalità di affidamento della concessione.

Sulla base del nuovo *corpus* normativo, infatti, sono individuabili quattro differenti fattispecie, soggette ciascuna ad una diversa disciplina:

a) concessionari titolari di concessioni esistenti affidate senza gara: tale fattispecie è regolata dall'art.

177 del Codice, il quale essenzialmente prevede un obbligo di affidamento a terzi con gara della maggior parte delle prestazioni oggetto del contratto;

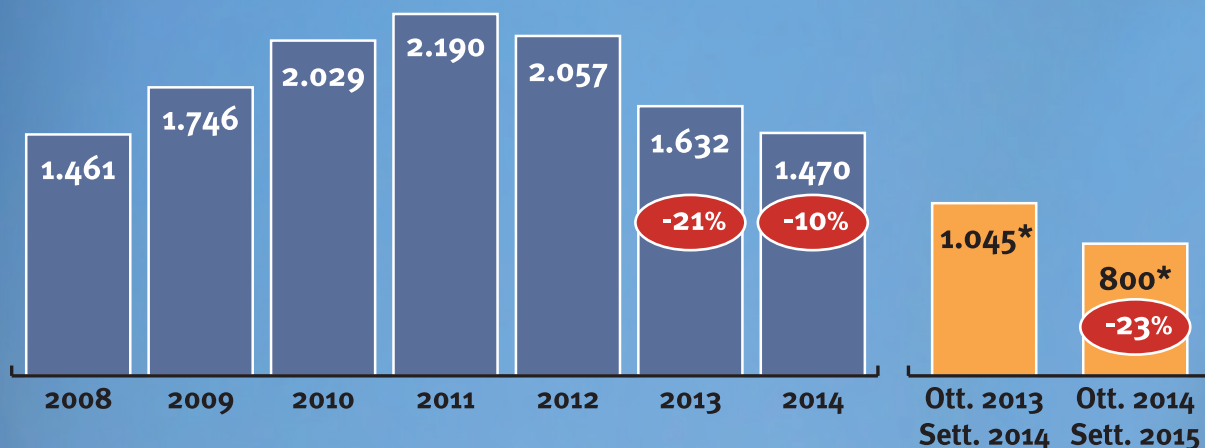
b) concessionari titolari di concessioni esistenti affidate con gara: tale fattispecie non è disciplinata dal Codice, ma deve ritenersi applicabile la previgente disciplina dettata dal d.lgs. 163/2006 (artt. 142 e ss.) nonché le specifiche previsioni contenute nella *lex specialis* di gara e nei conseguenti atti convenzionali;

c) concessionari affidatari di nuove concessioni affidate con gara: in relazione a tale tipologia trovano



AUTOSTRADE, LAVORI IN FRENATA

Spesa effettiva dei concessionari autostradali (in milioni di euro)



* Esclusi investimenti (una minoranza) che non impattano sulle tariffe

Fonte: Ministero delle Infrastrutture



applicazione in ordine al regime degli affidamenti due norme. L'art. 174 del Codice ("Subappalto") ed i commi 4 e 5 dell'art 164 sugli affidamenti di appalti di lavori pubblici a terzi.

d) concessionari affidatari di nuove concessioni

affidate senza gara: tale fattispecie non ha ricevuto alcuna disciplina. Peraltro, come rilevato anche dal Consiglio di Stato nel proprio parere, tale lacuna costituisce un'evidente difformità anche rispetto alla legge delega n. 11/2016, la quale richiedeva una disciplina unica per



i concessionari affidatari di concessione senza procedura ad evidenza pubblica, che si trattasse di nuove concessioni o di contratti già esistenti (si veda punto iii) della legge delega). D'altra parte, non può non rilevarsi che le concessioni affidate senza gara dovrebbero costituire un'ipotesi effettivamente eccezionale.

Svolta tale premessa, si procederà ora con la disamina della disciplina contenuta nell'art. 177 del Codice, rubricato "*Affidamenti dei concessionari*", cui gli attuali concessionari sono tenuti ad adeguarsi entro 24 mesi dall'entrata in vigore del decreto legislativo, come espressamente previsto dal comma 2 della disposizione in esame.

Le "vecchie" concessioni affidate senza gara: gli appalti oggetto di procedure ad evidenza pubblica

Il primo comma - con una formulazione alquanto articolata - prevede che 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 d. lgs. 50/2016 e non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica, sono obbligati ad affidare mediante procedura ad evidenza pubblica una quota pari all'ottanta per cento dei contratti, relativi alle concessioni, di lavori, servizi e forniture, di importo pari o superiore a 150.000 euro, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. Per quanto concerne la parte restante, dunque il venti per cento, la disposizione prevede che possa essere realizzata da società *in house* 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.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione soggettivo della norma in esame, come già anticipato, questa si applica a tutti i concessionari titolari di contratti di concessione affidati in via diretta, dunque senza gara. Sono, invece, esclusi i concessionari affidatari di concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica. Con riguardo, in particolare, alle concessioni già affidate, deve ritenersi che per "procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto comunitario" si intendano tutte le procedure di scelta del contraente previste dal codice dei contratti pubblici (articoli da 60 a 65), ivi comprese, dunque, le procedure negoziate.

Dal punto di vista dell'ambito soggettivo di applicazione della disposizione, va evidenziato che il termine "concessione di forniture" non trova corrispondenza in alcun istituto contemplato dalla normativa comunitaria e nazionale. Difatti, la Direttiva 2014/23/UE descrive i contratti di concessione come

quelli aventi ad oggetto lavori o servizi (cfr. art. 5, comma 1, Direttiva 2014/23/UE). Conseguentemente, l'unica lettura possibile dell'utilizzo di tale espressione nella disposizione in esame appare essere quella di riferirla a concessioni che includano, oltre a lavori e servizi, anche la prestazione di forniture (si pensi, per esempio, alle concessioni di servizi ospedalieri con fornitura di apparecchiature elettromedicali).

Inoltre, con riguardo all'ambito oggettivo di applicazione della disciplina in esame, una **novità di rilievo** consiste nell'aver riguardo non solo agli appalti di lavori, come era nel previgente Codice, ma anche ad appalti di servizi e forniture. La norma, infatti, richiede le **procedure ad evidenza pubblica per tutti gli appalti di lavori, servizi e forniture relativi a qualunque tipologia di concessione**. Al contrario, il d. lgs. 163/06 (cfr. in particolare l'art. 32, l'art. 142, co. 4, e l'art. 253, comma 25), prescriveva, per i concessionari di lavori pubblici che non fossero amministrazioni aggiudicatrici, un obbligo di evidenza pubblica solo per i lavori, mentre l'affidamento di servizi e forniture da parte dei medesimi soggetti non era disciplinato in alcun modo. Lo stesso si dica per i concessionari di servizi, ai quali l'art. 32, comma 1 lettera f) del vecchio codice imponeva le procedure ad evidenza pubblica solo per l'affidamento dei lavori pubblici "quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice".

Inoltre, l'art. 177 modifica il precedente quadro normativo anche relativamente alla quota di lavori che il concessionario dovrà affidare con procedura ad evidenza pubblica: il precedente sessanta per cento, di cui alla previsione dell'art. 253, comma 25 del d. lgs. 163/06, è sostituito con l'ottanta per cento.

Sempre con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione della norma oggetto di analisi, infine, deve evidenziarsi che tale disposizione trova applicazione solo nel caso di contratti di importo pari o superiore a 150.000,00 euro. A tal proposito, si sottolinea che l'art. 31, comma 11, del Codice, in continuità rispetto alla previgente normativa, conferma il divieto di frazionamento artificioso delle prestazioni allo scopo di sottrarre alle disposizioni del presente codice.

Le "vecchie" concessioni affidate senza gara: gli appalti non soggetti alle procedure ad evidenza pubblica ordinarie

La norma in esame, inoltre, stabilisce che il residuo 20% degli appalti relativi alle concessioni soggette a tale previsione può essere eseguita da società *in house* 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 semplifi-



cato.

In relazione a tale ipotesi, dunque, l'art. 177 opera un distinguo fra i soggetti pubblici e i soggetti privati, destando, tuttavia, talune perplessità sia con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione che con riguardo alle modalità di affidamento.

In primo luogo, infatti, non è definito in alcun modo cosa debba intendersi per concessionari "soggetti pubblici". Sul punto, l'interpretazione che appare preferibile, anche in continuità con il previgente sistema, è che si debba far riferimento ai concessionari qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici, e, quindi, anche i soggetti formalmente privati qualificabili come organismi di diritto pubblico. Tali soggetti, secondo la nuova disciplina, possono affidare la residua parte dei contratti non assoggettati ad evidenza pubblica solamente a società *in-house*, ovvero a persone giuridiche che abbiano le caratteristiche prescritte dall'art. 5 del Codice. A tal proposito, deve evidenziarsi che il Consiglio di Stato nel Parere n. 855/2016 ha ritenuto non corretto l'uso del termine "società", in quanto il soggetto *in house* non deve necessariamente rivestire la veste societaria.

In maniera conforme, dunque, per "soggetti privati" ai sensi della disposizione in esame dovrebbero intendersi i concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, i quali, dunque, potrebbero affidare tale parte di contratti a società controllate o collegate, direttamente od indirettamente. **Con tale espressione, si fa riferimento non soltanto alla nozione civilistica di controllo di diritto o di fatto, ma a qualsiasi tipologia di rapporto infragruppo, sottolineando, in particolare, il concetto di collegamento comunitario, fondato sull'influenza dominante. Tale conclusione è sostenuta altresì dalla lettura sistematica del d. lgs. 50/2016 e in particolare dalla definizione di impresa collegata (art 3, comma 1, lettera z), la quale, dopo essersi focalizzata sull'istituto del bilancio consolidato, vi ricomprende qualsiasi impresa soggetta, direttamente o indirettamente, a un'influenza dominante da parte dell'ente aggiudicatore. Peraltro, in relazione a tale previsione, non può non sottolinearsi la novità rispetto al previgente sistema indicato dall'art. 149 del d.lgs. 163/2006, secondo cui la deroga ai principi dell'evidenza pubblica era ammessa solo nel caso di affidamento di lavori a società controllate o collegate in maniera diretta: al contrario, oggi, viene data rilevanza anche al collegamento e controllo societario indiretto, per il tramite, dunque, di società diverse e distinte rispetto a quella affidante ed a quella affidataria.**

Infine, il comma in esame si chiude consentendo ai concessionari, siano essi soggetti pubblici o privati, di affidare (in alternativa, rispettivamente, all'*in house* e all'affidamento alle società controllate e collegate) il

restante venti per cento dei contratti a operatori economici terzi mediante "procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato".

Il contenuto di tale espressione non è chiarito né dal d. lgs. 50/2016 né dalle direttive.

Si potrebbe ipotizzare, quindi, volgendo lo sguardo al "vecchio" codice dei contratti pubblici, che si faccia riferimento a quanto era previsto nell'art. 123 (procedura ristretta semplificata) del d.lgs. 163/2006, procedura senza preventiva pubblicazione di bando con inviti ad un numero limitato di concorrenti iscritti in un elenco che le stazioni appaltanti devono trasmettere all'Osservatorio dei contratti pubblici.

Altra possibilità interpretativa è che con tale espressione si sia voluto intendere le procedure negoziate senza preventiva pubblicazione di un bando: procedure, dunque, svolte sulla base di un'indagine di mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione con cui si individuano almeno cinque operatori economici che vengono invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione.

Una ulteriore ipotesi potrebbe consistere nell'interpretare le procedure semplificate come quelle che consentono di applicare i soli principi comunitari - pubblicità, trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità - come era previsto dall'art. 30 del d. lgs. 163/2006 per l'affidamento delle concessioni di servizi e dall'art. 27 per i contratti esclusi.

Le esclusioni dall'obbligo di affidamento degli appalti con evidenza pubblica per i settori speciali

Il richiamo all'art. 7 del medesimo Codice operato nell'incipit dell'art 177 introduce la deroga alla regola generale: essa non si applica alle concessioni e agli appalti nei settori speciali aggiudicati da un ente aggiudicatore a un'impresa collegata o da una joint venture, composta esclusivamente da più enti aggiudicatori per svolgere le attività descritte agli articoli da 115 a 121, nonché di cui all'allegato II a un'impresa collegata a uno di tali enti aggiudicatori (art. 7, comma 1, d. lgs. 50/2016), ma solamente se almeno l'80 per cento del fatturato totale realizzato in media dall'impresa collegata negli ultimi tre anni provenga dalle prestazioni rese all'ente aggiudicatore o alle altre imprese cui è collegata (art. 7, comma 2).

Ciò vale altresì se con l'ente aggiudicatore vi sono più imprese collegate con il quale formano un gruppo economico e forniscono gli stessi o simili servizi, forniture o lavori; in tal caso le percentuali sono calcolate tenendo conto del fatturato totale derivante dalla prestazione dei servizi o l'esecuzione dei lavori, per ciascuna di tali imprese collegate (art. 7, comma 4).

Il che significa, essenzialmente, che la disposizio-



ne di cui all'art. 177 in esame non si applica nei settori speciali, a condizione che siano rispettati i presupposti enucleati dal descritto art. 7 del Codice.

Come noto, infatti, – in linea con la tradizione comunitaria, prima ancora che nazionale – i **contratti di appalto** sono suddivisi in due categorie, quelli affidati nei settori ordinari e quelli assentiti nei cosiddetti i settori speciali, aventi discipline in parte differenti contenute in due diverse Direttive: la Direttiva **2014/24/UE sugli appalti pubblici** e la Direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali. Nel recepire le Direttive il d. lgs. 50/2016 ha operato la medesima distinzione, dedicando agli appalti nei settori speciali il Capo I, Titolo VI della Parte II e in particolare procedendo alla loro individuazione agli articoli da 115 a 121 (che fanno riferimento ad attività che attengono al gas, all'energia termica e all'elettricità, all'acqua, ai servizi di trasporto e postali, alla prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi, ai porti e agli aeroporti).

Scelta parzialmente diversa è stata invece compiuta per i **contratti di concessione**, disciplinati a livello comunitario in un unico testo, la **Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione**, all'interno del quale i settori considerati "speciali" sono indicati nell'allegato II e dispongono di una disciplina parzialmente difforme. Il legislatore nazionale ha, anche in questo caso, pedissequamente ricalcato l'approccio dell'Unione Europea, riservando alle concessioni in generale, dunque sia per i settori ordinari che per i settori speciali, la Parte III (art 164 e seguenti) del d. lgs. 50/2016 e rinviando all'Allegato II per l'elencazione delle attività "speciali" che in parte derogano la disciplina generale.

Dunque, con riferimento al profilo soggettivo, la deroga sussiste, nel contesto dei settori speciali, nei rapporti intercorrenti fra un ente aggiudicatore e un'impresa collegata o una joint venture: l'utilizzo di tali termini ha uno specifico significato giuridico, al quale corrispondono diversi ambiti regolatori, vincolanti anche con riferimento al diritto comunitario nel recepimento delle direttive.

Gli enti aggiudicatori sono gli enti che svolgono una delle attività "speciali" illustrate prima e aggiudicano una concessione per lo svolgimento di una di tali attività. Oltre alle amministrazioni dello Stato, agli enti pubblici territoriali, agli organismi di diritto pubblico e alle associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da uno o più di tali soggetti ne fanno parte altresì le imprese pubbliche e gli enti operanti sulla base di diritti speciali o esclusivi, a meno che tali diritti speciali o esclusivi non siano stati conferiti mediante una procedura con adeguata pubblicità basata su criteri obiettivi per la selezione

delle offerte (cfr. art. 3, comma 1, lett. e, d.lgs. 50/2016).

L'impresa collegata è qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli dell'ente aggiudicatore a norma degli articoli 25 e seguenti del d. lgs. 9 aprile 1991, n. 127 nonché – al di fuori di questa prima ipotesi – l'impresa sulla quale l'ente aggiudicatore possa esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante oppure, viceversa, che possa esercitare un'influenza dominante sull'ente aggiudicatore ovvero, alternativamente, che come l'ente aggiudicatore sia soggetta all'influenza dominante di un'altra impresa in virtù di rapporti di proprietà, di partecipazione finanziaria o di norme interne (art. 3, comma 1, lett. z, d. lgs. 50/2016).

La *joint venture*, infine, consiste nell'associazione tra due o più enti aggiudicatori, finalizzata all'attuazione di un progetto o di una serie di progetti o di determinate intese di natura commerciale o finanziaria (art. 3, comma 1, lett. h).

Le "nuove" concessioni affidate con gara

L'art 174 "subappalto" prevede in sostanza che gli aspiranti concessionari sono tenuti a dichiarare in gara le parti del contratto che intendono affidare a terzi nonché la terna di nominativi dei subappaltatori, con la specificazione che non sono considerati terzi le imprese raggruppate e consorziate per presentare l'offerta né le imprese alle stesse collegate né i soci della società di progetto. Tale disposizione, che sostituisce in toto il previgente regime degli affidamenti a terzi da parte dei concessionari, presenta una molteplicità di profili problematici e difficoltà interpretative ed operative, soprattutto in relazione alla rilevante durata dei contratti di concessione che rende difficoltosa una pianificazione così a lungo termine delle modalità esecutive sin dal momento dell'offerta.

Le altre disposizioni rilevanti sono rappresentate dai commi 4 e 5 dell'art 164, che prevedono – a dispetto della assoluta libertà volutamente lasciata dalla direttiva 23/2014 per gli appalti "a valle" all'operatore economico che risulterà concessionario ad esito di una procedura di gara – il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica per gli appalti di lavori pubblici da affidarsi a terzi. A ben vedere, tale ultima disposizione non prescrive alcuna percentuale minima obbligatoria di appalti di lavori pubblici da affidarsi a terzi, così come l'art 174 sul subappalto non contempla alcuna percentuale massima di affidamento in subappalto, né espressamente, né tramite richiami, difatti assenti, all'art 105. Il che, in sostanza, può tradursi nella plausibile ipotesi che il candidato concessionario si presenti alla gara dichiarando di gestire integralmente i lavori pubblici con l'affidamento alle associate dell'ati (o alle consorziate del consorzio), o alle collegate, o alle socie della socie-



tà di progetto o alla terna dei subappaltatori indicati, dunque senza dover ricorrere all'affidamento di appalti a terzi.

Il regime dei controlli

Il terzo comma dell'art. 177 del Codice rimanda alle linee guida dell'ANAC l'individuazione delle modalità di verifica del rispetto delle previsioni ivi contenute in relazione alla percentuale di contratti oggetto di affidamento a terzi.

Con riferimento alle emanande linee guida dell'ANAC, il Consiglio di Stato nel predetto Parere n. 855 ha affermato che a tali linee guida deve essere attribuita la natura di atti amministrativi generali. A ciò si aggiunga che – in forza della sua qualità di Autorità amministrativa indipendente – le linee guida dell'ANAC hanno altresì valore di atti di regolazione e, come tali, hanno efficacia vincolante nei confronti dei loro destinatari.

La legge si premura, però, conformemente a quanto richiesto dal Consiglio di Stato nel proprio parere n.

855/2016, di indicare che la verifica del rispetto di tale previsione sarà effettuato annualmente da parte dei soggetti preposti e dell'ANAC.

Inoltre, il medesimo decreto legislativo, fornendo all'ANAC specifici criteri direttivi per l'adozione delle proprie linee guida, espressamente prescrive che (i) eventuali situazioni di squilibrio rispetto al limite indicato devono essere riequilibrate entro l'anno successivo e che, (ii) nel caso di reiterate situazioni di squilibrio per due anni consecutivi, il Concedente debba applicare una penale in misura pari al 10% dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica e non lo sono stati.

Sul punto, sarebbe stato forse preferibile non determinare una periodicità annuale del controllo ma lasciare la discrezionalità alle stazioni appaltanti in conformità alle specifiche caratteristiche delle singole concessioni, che, d'altra parte, hanno natura di obbligazioni di risultato. ■



Incertezze e ambiguità da chiarire: quali rischi trasferiti in concessioni e Ppp, contenuti progettuali, requisiti, servizi

Comunque la si voglia interpretare, la parte del Codice sul coinvolgimento dei privati resta ambigua e mal scritta. La definizione dei rischi è formulata diversamente tra concessioni e Ppp, non c'è più una disciplina per i contenuti progettuali né sui requisiti di promotore e concessionario. La concessione di servizi resta ma senza disciplina. Urge intervento Anac

DI CLAUDIO GUCCIONE



Quello che risulta evidente dal raffronto della disciplina del precedente codice con il nuovo è la difficoltà di ricavare una disciplina univoca della concessione di lavori pubblici e della concessione di servizi pubblici, ciò in quanto il nuovo Legislatore, pur includendo le concessioni nel novero dei contratti di PPP (vedi art. 180, c. 8), ne ha poi dettagliato la disciplina in una parte *ad hoc* (la parte III, art. 164 e seguenti, per giunta dedicata alle sole concessioni “calde”, quelle in cui la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita

dei servizi resi al mercato), dunque distinta dalla parte (IV, art. 179 e seguenti) dedicata al PPP.

Le ambiguità sui rischi gravanti sull'operatore economico tra concessione e PPP

Per quanto concerne le nozioni di concessioni di lavori (vedi art 3, uu) e di servizi (art. 3, vv), queste sono focalizzate sul rischio operativo, coerentemente alla direttiva concessioni 23/2014. Tale rischio viene definito come quello legato alla gestione dei lavori o ai servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di en-



trambi, 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 nozione di rischio operativo si chiude specificando che *«la parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile»* (art 3, zz).

In ordine, invece, alla nozione di contratto di PPP (art 3, eee), la scelta è stata quella di fare riferimento alle modalità di assunzione dei rischi individuate nel contratto ed alle decisioni Eurostat.

Dunque, già dal raffronto tra le nozioni di concessione e PPP è emersa la differente terminologia utilizzata per quanto concerne il rischio: “operativo” nel primo caso, con riferimento alle decisioni Eurostat in relazione al PPP. Tale diversità è, poi, confermata nella disciplina di dettaglio, in cui, all’art 165 il riferimento è nuovamente al rischio operativo, mentre, per il PPP (art 180, c 3) si fa espressa menzione della necessità di allocare in capo all’operatore economico, oltre che il rischio di costruzione (art 3, aaa), anche il rischio di disponibilità (art 3, bbb) o, nei casi di attività redditizia verso l’esterno, il rischio di domanda dei servizi resi (art 3, ccc).

Tirando le fila del raffronto tra concessione e PPP ci si chiede, dunque, la ragione per la quale non sia stata adottata una terminologia uniforme: in entrambi i casi poteva parlarsi di rischio operativo oppure dei suddetti tre rischi di cui alle decisioni Eurostat. Ed è alla luce di tale approccio non univoco che sorge anche l’interrogativo del rapporto tra il rischio operativo ed i rischi di costruzione, di disponibilità e di domanda, che, ad una prima lettura, non sembrano in alcun modo contrapporsi bensì porsi in un rapporto di *species* di questi ultimi rispetto al *genus* del rischio operativo.

Del tutto opportuno, dunque, che talune ambiguità della direttiva 23/2014/UE sulle concessioni fredde e sul rischio di disponibilità, non risolte dal nuovo codice, vengano chiarite dall’ANAC. In particolare, come evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere n. 855/2016, non è chiaro, con riferimento alle concessioni “fredde” (quelle in cui, in presenza di utenti ma non paganti, grava sul concedente il pagamento di un canone e, dunque, il concessionario si assume il rischio di disponibilità), il contenuto del considerando 20 della direttiva secondo il quale *“un rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti”*, visto che in tali concessioni il rischio di disponibilità consiste proprio in una sorta di “rischio *performance*” del concessionario. Né, d’altra parte, può dubitarsi che la direttiva contempli anche le concessioni

fredde, prova ne sia, tra i vari contenuti, l’espressa menzione di *“accordi remunerati esclusivamente dall’amministrazione aggiudicatrice”* (considerando 18, ultimo periodo).

Altri profili riguardanti la disciplina dei rischi che il Codice non si è fatto carico di regolare sono quelli contenuti nei considerando della direttiva 2014/23/UE ed in particolare, il considerando 18, nel disporre il trasferimento di un rischio operativo sul concessionario, contestualmente prevede che una parte del rischio resta a carico dell’amministrazione aggiudicatrice ed il considerando 19, che chiarisce che il fatto che il rischio sia limitato sin dall’inizio non dovrebbe escludere che il contratto si configuri come concessione. La disposizione prosegue esemplificando che quest’ultima ipotesi può verificarsi nei settori con tariffe regolamentate o dove il rischio operativo sia limitato mediante accordi di natura contrattuale che prevedono una compensazione parziale.

Più in generale, le difficoltà operative della nuova disciplina potrebbero annidarsi nella mancanza di chiarezza sul cosa si intenda, nel contesto della nozione di rischio operativo, per “condizioni operative normali” e sulla previsione, per quanto concerne la concessione, della mera possibilità che fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull’equilibrio del PEF, comportino la sua revisione, mentre nel vecchio codice era previsto un vero e proprio diritto del concessionario alla revisione in tali circostanze. Assente anche il connesso profilo del diritto a recedere da parte del concessionario in mancanza della predetta revisione. A tal proposito, si ritiene che possa supplirsi alle carenze della disciplina sulla concessione facendo riferimento alle previsioni dedicate al PPP (art 182, c. 3) secondo le quali, in caso di mancato accordo sul riequilibrio del PEF, le parti possono recedere dal contratto. Tuttavia, la disposizione che riconosce all’operatore economico il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori (al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici) senza menzione alcuna delle penali e dei costi di risoluzione dei contratti rappresenterà, se non integrata, un disincentivo per gli Istituti di credito.

I contenuti progettuali dei contratti di concessione e di PPP

Altro elemento che non agevola la focalizzazione di una disciplina chiara è costituito dal fatto che nelle nozioni di concessione di lavori e di servizi, da una parte, e di contratto di PPP, dall’altra, tutte contenute nell’art 3, non vi è alcun riferimento ai contenuti progettuali dei suddetti contratti, mentre nel vecchio codice erano declinate nel dettaglio sin dall’articolo dedicato alle definizioni le possibili alternative in ordine ai contenuti progettuali della concessione di lavori pubblici (vedasi art 11, c. 3 del vecchio codice che, nell’og-



getto delle concessioni di lavori menzionava “l’esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l’esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l’esecuzione di lavori”... *omissis*). D’altra parte, per le concessioni non solo l’art 3 ma anche la disciplina della parte III nulla prevede in ordine ai contenuti progettuali, ciò che impone all’interprete di esaminare la disciplina della parte dedicata al PPP nella quale, come si è detto, rientrano le concessioni.

Dalla lettura coordinata degli articoli 180, 181 e 183 emerge che la regola generale per l’affidamento dei contratti di PPP dovrebbe essere quella di provvedere all’affidamento ponendo a base di gara il progetto definitivo, nonché uno schema di contratto e di piano economico-finanziario (art 181, c. 2). Dunque, il contratto di concessione dovrebbe avere ad oggetto il progetto esecutivo e l’esecuzione di lavori, salva la possibilità che, come previsto all’art 180, c. 1, il contratto abbia addirittura ad oggetto la progettazione di fattibilità tecnica ed economica e la progettazione definitiva. Nel primo caso, risulta certamente azzerata la flessibilità delle stazioni appaltanti rispetto alla vecchia disciplina, nonché appesantito il loro onere progettuale ed invece nell’ipotesi derogatoria le amministrazioni si spoglierebbero persino della predisposizione del documento in cui individuare, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività (in sostanza, il *Public Sector Comparator* che nel vecchio codice faceva parte dello studio di fattibilità), che fa parte del progetto di fattibilità tecnico ed economica. Tale ultima ipotesi derogatoria contribuisce a rendere più sfumati e confusi i confini tra concessione e finanza di progetto. Nel vecchio codice, difatti, le stazioni appaltanti si orientavano per l’affidamento in concessione laddove erano già in possesso di un progetto preliminare, mentre optavano per il *project financing* se volevano limitarsi alla predisposizione di uno studio di fattibilità. Oggi, invece, per l’affidamento delle concessioni potrebbe addirittura prevedersi che il contratto abbia ad oggetto la progettazione di fattibilità tecnica ed economica. Non è chiaro, però, in tal ultimo caso, sulla base di quali documenti si dovrebbe bandire la gara e come procedere con le voci da individuare tra quelle che fanno punteggio nel contesto dell’offerta economicamente più vantaggiosa, visto che il progetto di fattibilità, facendo parte del contratto, non viene offerto e, dunque, valutato, in sede di gara.

Per quanto concerne, invece, la disciplina della finanza di progetto (art 183) ad iniziativa della pubblica amministrazione, la regola è di affidare il contratto sulla base di un progetto di fattibilità e, dunque, si chiede ai concorrenti di offrire un progetto definitivo, una bozza di convenzione ed un piano economico-finanziario asseverato.

Infine, per le procedure di *project financing* di lavori ad iniziativa del privato (comma 15), il progetto di fattibilità deve far parte della proposta.

I requisiti del promotore e del concessionario

Il nuovo codice appare lacunoso sui requisiti necessari per promuovere le procedure di *project financing* (art 183, co 15 e 17) o per partecipare alle gare indette dalle amministrazioni, sia per l’affidamento di concessioni “ordinarie” (art 165 e seguenti, ma anche art 181) che di concessioni con la procedura del *project financing* (art 183). Il regolamento DPR 207/2010 prevedeva una disciplina di dettaglio ben distinta tra i requisiti sufficienti per il proponente (art 96) ed i requisiti necessari per i concessionari (art 95), necessari anche per i proponenti la cui proposta veniva riconosciuta di pubblico interesse e dunque proseguivano nella partecipazione per aggiudicarsi la concessione di cui si erano fatti promotori.

In particolare, per i concessionari era necessario dimostrare dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi non inferiori a determinati valori minimi per le voci del capitale sociale nonché, con riferimento agli ultimi cinque anni, per le voci del fatturato medio, dello svolgimento di servizi affini e di un singolo servizio affine a quelli previsti dal bando.

Oggi, invece, ferma la sussistenza dei requisiti generali/morali, manca una disciplina dettagliata dei requisiti speciali del concessionario. Difatti, l’art 172 si limita a prevedere genericamente l’utilizzo di certificazioni, autocertificazioni o attestati come strumenti di prova delle capacità tecniche e professionali e economico-finanziarie dei candidati e la necessità che le condizioni di partecipazione siano correlate e proporzionali a garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione, senza, però, specificare alcunché nel merito dei requisiti necessari. Ed anche per la finanza di progetto ad iniziativa della PA il comma 15 dell’art. 183 si limita a richiamare il comma 8 sui requisiti dei concessionari che, come si è visto, non risultano in alcun modo dettagliati. Infine, analogo richiamo ai requisiti dei concessionari viene operato nel contesto della procedura di *project* attivata dal privato (art. 183, commi 15 e 17), al momento in cui, dichiarata di pubblico interesse la propria proposta, partecipa alla gara con gli altri concorrenti.

In definitiva, se le linee guida dell’ANAC o una determina *ad hoc* nulla disporranno sul tema dei requisiti dei concessionari la materia resterà di esclusiva competenza delle stazioni appaltanti in sede di predisposizione della *lex specialis*, il che può anche conferire maggior flessibilità alle procedure di gara, ma si presta al contempo ad un eccesso di discrezionalità delle stazioni appaltanti a sua volta foriero di un possibile implemento del contenzioso sul punto del rispetto o meno del principio di proporzionalità.



Ulteriore difficoltà potrebbe presentarsi nel contesto delle procedure di *project* ad iniziativa dei privati, proprio in quanto, pur potendo questi, una volta presentata la proposta e dichiarata questa di pubblica utilità, associarsi o consorziarsi con altri soggetti per soddisfare i requisiti dei concessionari, in assenza di una disciplina codicistica di tali requisiti saranno costretti ad attendere la pubblicazione del bando per valutare le richieste della PA e, dunque, per decidere con chi eventualmente associarsi.

Il project financing di servizi

Altro tema a cavallo tra concessione e PPP è quello del *project financing* di servizi.

In assenza di una disciplina *ad hoc*, come prima prevista nell'art 278 del DPR 2017/2010, ci si interroga sulla sopravvivenza o meno del *project financing* di servizi, questione senz'altro risolta positivamente dalla previsione del comma 3 dell'art 179, secondo il quale le disposizioni della presente parte si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi, e da quella di cui al comma 6 dell'art 21 che, nell'ambito del programma biennale di forniture e servizi, prevede che le amministrazioni individuino i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati.

Tuttavia, la certezza della volontà del nuovo Legislatore di mettere a disposizione degli operatori la finanza di progetto in materia di servizi non fa venir meno le incertezze sul piano operativo di un istituto privo di disciplina. Difatti, il comma 8 dell'art 180 richiama tra i contratti di PPP anche la concessione di servizi senza poi, però, prevedere una disciplina *ad hoc* né di tale concessione né del *project* di servizi.

L'interprete deve dunque ricavare dalla disciplina generale dei contratti di PPP di cui agli articoli 180-182 e dalla disciplina specifica per la finanza di progetto nei lavori pubblici di cui all'art 183, quest'ultima ovviamente da adattare *mutatis mutandis*, i contenuti necessari per predisporre le procedure per l'affidamento ed i relativi contratti in materia di concessione e di *project* di servizi.

Per quanto concerne le modalità di affidamento delle concessioni di servizi, prima disciplinate dall'art 30 del d.lgs 163/06, che si richiamava alla mera necessità di rispettare i principi comunitari, oggi la disposizione di riferimento per tutti i contratti di PPP è l'art 181, comma 1 secondo il quale la scelta dell'operatore economico avviene con procedure di evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo. ■