

Ilaria Baisi - 2021-03-18

## L'influenza del diritto eurounitario sulla concessione: da contratto autonomo a modello di accordo partenariale

SOMMARIO: 1. [Premessa](#). 2. [Profili di disciplina sostanziale](#). 3. [La nuova disciplina procedurale](#); 4. [Osservazioni conclusive](#).

### 1. Premessa

Per quanto autonomamente disciplinati nella Parte III del Codice dei contratti pubblici, nell'elencazione di cui all'articolo 180, comma 8, il Legislatore ha inserito pure la concessione di costruzione e gestione (di seguito concessione di lavori) e la concessione di servizi quali ipotesi tipiche di contratti di PPP. A ben vedere, questo non è altro che il frutto di un processo di assimilazione, sicuramente non immediato, ma che è comunque andato via via intensificandosi col volgere degli anni: appartenenti alla categoria del PPP contrattuale secondo l'indirizzo comunitario, eppure degni di una regolamentazione distinta dal punto di vista del diritto interno, questi due istituti – rifacendosi prima di tutto all'articolo 3, comma 15 ter del D.lgs. 163/2006 – nel sistema amministrativo italiano figurano fin dal 2008 come manifestazioni paradigmatiche del ben più ampio fenomeno partenariale.

Peraltro, quando è venuto il momento di recepire la direttiva 2014/23/UE e, di conseguenza, la nozione eurounionale di rischio operativo, il nostro Legislatore non ha esitato a discostarsi da quanto deciso in sede europea<sup>[1]</sup>: effettivamente, se da un lato nel redigere la Parte III del Codice ha ricalcato pedissequamente l'impianto normativo della direttiva in questione, dall'altro l'ha decisamente innovata<sup>[2]</sup> predisponendo una sezione ulteriore, la Parte IV, specificatamente dedicata alla regolamentazione del partenariato pubblico privato<sup>[3]</sup>. Ebbene, secondo buona parte della dottrina ciò sarebbe da imputarsi proprio alla trasposizione nel nostro ordinamento del concetto di rischio operativo<sup>[4]</sup>; difatti, contemplando queste diverse tipologie di incognite, non potevano che prevedersi, come minimo, due figure contrattuali separate: i contratti di concessione,

contraddistinti dalla sussistenza del rischio dal lato della domanda, regolamentati in un modo; i contratti di partenariato pubblico privato, caratterizzati talvolta dal rischio sul lato dell'offerta, e talvolta anche da quello sul lato della domanda, regolamentati in un altro[5].

A riguardo, altri autori si sono invece dimostrati più titubanti, tenuto appunto conto del fatto che «è noto come lo stesso istituto della concessione di lavori o servizi costituisca la forma più rappresentativa di partenariato, tanto da essere stato assunto come modello rispetto al quale la Commissione europea, nel definire i contenuti del Libro Verde del 2004, aveva tracciato le caratteristiche fondamentali e gli elementi costitutivi del cd. "partenariato contrattuale"»[6]. Ciò nonostante, la maggior parte della dottrina sembra convergere quantomeno su di un punto: basandosi l'intero fenomeno di PPP sul concetto di "concessione europea", per poter dar vita ad un rapporto partenariale tra Pubblica Amministrazione e soggetti privati il contratto di concessione deve necessariamente contemplare un effettivo trasferimento del rischio in capo a questi ultimi[7].

Del resto, è ormai pacifico che gli elementi indefettibili della concessione, i quali inoltre costituiscono i giusti criteri per distinguerla da qualsiasi altro tipo di contratto (appalto in primis), sono il rischio di gestione[8] e le modalità di retribuzione del concessionario. A tal proposito, è interessante richiamare l'evoluzione normativa in senso contrattuale di tale istituto – inaugurata dalle direttive 17/2004/CE e 18/2004/CE in materia di appalti – che, da mero strumento deputato ad affidare compiti pubblicistici intuitu personae qual'era, mettendone in luce proprio l'aspetto della retribuzione, e conseguentemente del rischio economico, ne ha accentuato affinità e compatibilità con il PPP. Malgrado ciò, non sono mancate, nemmeno nei confronti di questo contratto, le critiche da parte della dottrina circa la dubbia ascrivibilità della concessione in tale categoria tipicamente collaborativa[9].

## Volume consigliato

### 2. Profili di disciplina sostanziale

Premesso tutto ciò, per comprendere quanto il diritto comunitario abbia

influenzato e di conseguenza innovato l'istituto concessorio anche nel contesto nazionale, è necessario analizzare, perlomeno sinteticamente, la minuziosa disciplina che gli è stata riservata agli articoli 164-178 del Codice dei contratti pubblici (in realtà, pure numerose disposizioni della Parte IV dedicata al partenariato pubblico-privato si rifanno, in un modo o nell'altro, alla concessione). Peraltro, dell'evoluzione normativa suesposta vi erano tracce già nel Codice previgente, il quale, di fatto, aveva attratto la concessione nell'orbita del PPP.

Se poi si considera la particolare attenzione che le è stata riservata nell'ultima direttiva 2014/23 da parte dell'ordinamento eurounitario, allora il Legislatore nazionale, al momento di attuarla promulgando un nuovo Codice dei contratti pubblici, non poteva che persistere nell'abbracciare la linea dettata dalle istituzioni EU. Dopotutto, questo lo si nota fin da subito, dal modo in cui la concessione di lavori e la concessione di servizi sono state definite nell'articolo 3, comma 1, rispettivamente alle lettere uu): "Ai fini del presente codice si intende per 'concessione di lavori' un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere" e vv): "Ai fini del presente codice si intende per 'concessione di servizi' un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi".

### 3. La nuova disciplina procedurale

Venendo agli aspetti procedurali, si è più volte sottolineato come la direttiva 23 si sia principalmente distinta per «la flessibilità della disciplina, che, una volta tipizzato il "contratto di concessione" e l'elemento che vale a qualificarlo e distinguerlo dall'appalto (la controprestazione consistente nel diritto di gestire

l'opera e il correlato trasferimento del "rischio operativo" in capo al concessionario), lascia ampio margine alla discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori di decidere quali procedure utilizzare per addivenire all'affidamento del contratto, senza dover necessariamente optare, rigidamente, per gli schemi procedurali definiti nelle direttive appalti»[\[10\]](#); pertanto, sarebbe stato legittimo aspettarsi una regolamentazione minima, composta perlopiù da garanzie procedurali, anche per quanto riguarda l'affidamento dei contratti di concessione nel nostro Paese.

Eppure, se da un lato il Codice del 2016 prevede effettivamente delle disposizioni, molto fedeli alla disciplina unionale, che attengono ai requisiti tecnici e funzionali (articolo 170), alle garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione (articolo 171), alla selezione e valutazione qualitativa dei candidati (articolo 172) e dai termini, principi e criteri di aggiudicazione (articolo 174), dall'altro lato il nostro ordinamento si è mostrato ancora legato a determinati formalismi, i quali hanno impedito, ad esempio, un pieno recepimento del "principio di libera amministrazione" di cui al considerando 68 ed all'articolo 30 della direttiva stessa. Ciò nondimeno, «pare in ogni caso non revocabile in dubbio, stante il tenore delle specifiche disposizioni di cui alla Parte III, come nel caso della concessione venga consentita la possibilità delle amministrazioni aggiudicatrici di decidere, volta per volta, se ricorrere ad una procedura di affidamento più o meno flessibile, basata o sulla sola assunzione e valutazione di offerte non negoziabili, oppure – come il sistema della direttiva 2014/23/2014 pare addirittura consigliare – a procedure meno rigide con momenti di vera e propria negoziazione su tutti i contenuti del contratto»[\[11\]](#). In sintesi, se nei percorsi di affidamento dei contratti di PPP sono previste diverse possibilità di negoziare modifiche del progetto con il privato, ma sono comunque tipizzate e non sono ammesse nemmeno contaminazioni, per le concessioni viene invece meno quel principio di tipicità delle procedure di scelta del contraente che da sempre caratterizza la normativa, tanto comunitaria quanto nazionale, della contrattualistica pubblica[\[12\]](#).

Per quanto concerne il rapporto tra il contratto di PPP ed il contratto di concessione, la maggior parte degli studiosi pongono al centro delle loro interpretazioni il diverso modo con cui è disciplinato l'obbligo di trasferire il rischio in capo all'operatore privato, considerandolo dunque il principale carattere distintivo tra le due fattispecie contrattuali. Allo stesso tempo, però, non è possibile negare che siffatte fattispecie contrattuali condividano altresì quelli che

nella pratica sono senza dubbio gli aspetti più ragguardevoli ai fini della buona riuscita del progetto: i principi di convenienza economica e di sostenibilità finanziaria.

In merito alla concessione, spiccano su tutte le previsioni, tra l'altro introdotte di recente per mezzo del correttivo D.lgs. 56/2017, circa l'obbligo che il contratto di concessione possa essere stipulato solo a seguito dell'approvazione del progetto definitivo e della presentazione da parte del concessionario di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera e l'obbligo che il bando di gara preveda che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento, nonché di mancato collocamento delle obbligazioni emesse dalla società di progetto, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a 18 mesi, decorsi dalla data di sottoscrizione del contratto di concessione. In aggiunta, alla direttiva "concessioni" va riconosciuto il merito di aver finalmente previsto specifiche norme in ordine ad una delle fasi indubbiamente più delicate dell'intera attività concessoria: quella esecutiva<sup>[13]</sup>; e ad un identico risultato, coerentemente, è da ultimo giunto altresì il Codice dei contratti pubblici del 2016.

In quest'ottica, spicca su tutto la rinnovata disciplina circa la durata del contratto: ispirato dall'avversione del diritto europeo per le concessioni di durata illimitata o sovradimensionata, l'articolo 168, comma 1 prevede infatti che: "La durata delle concessioni è limitata ed è determinata nel bando di gara dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. La stessa è commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della . Allo stesso tempo, però, sempre nell'ordinamento eurounitario, vi è la può essere dettata dall'esigenza del concessionario di recuperare quanto né la direttiva 2014/23 né tantomeno il nuovo Codice dei contratti pubblici – al 167stessa" consapevolezza che la durata più o meno lunga di un contratto di concessione investito, così come di avere un ritorno sul capitale investito: di conseguenza, contrario del previgente – hanno previsto un limite massimo di durata.

Per converso, hanno introdotto la possibilità di legarne la lunghezza oltre lo standard quinquennale agli obiettivi contrattuali risultanti dal piano economico-finanziario. Parimenti innovativa la regolamentazione di cui all'articolo 175 circa la modifica del contratto di concessione durante il periodo di efficacia: stimolato da

quanto affermato nei considerando 76 e 78, ed attenendosi fedelmente a quanto disposto dall'articolo 43 della direttiva 23, il Legislatore prevede «un'articolata serie di ipotesi in cui il contratto concessorio può essere modificato dalle parti senza che sia necessario il ricorso ad una nuova procedura di aggiudicazione. Occorre non di meno precisare che si tratta di ipotesi sovente conosciute dalla prassi e oggetto in passato di esame da parte della Commissione o della giurisprudenza».

Nello specifico, modifiche previste nei documenti di gara in clausole chiare, precise ed inequivocabili, le quali in ogni caso non possono né alterare la natura generale della concessione né prorogarne la durata; modifiche dovute a lavori o servizi supplementari che si sono resi necessari, a patto che un cambiamento di concessionario sia impraticabile per ragioni di tempo o di denaro; nel caso in cui l'esigenza di apportare modifiche a quanto pattuito inizialmente derivi da circostanze che l'amministrazione aggiudicatrice, pur impiegando l'ordinaria diligenza, non ha comunque potuto prevedere, sempre salvo che questo non vada ad alterare la natura generale della concessione; infine, quando a causa delle tre circostanze di cui alla lettera d) del comma 1, l'originario concessionario venga sostituito da uno nuovo. Oltre a ciò, è sempre possibile apportare modifiche al contratto che non siano sostanziali.

Del resto, premesso che quanto all'esecuzione del contratto di concessione la Pubblica Amministrazione gode della medesima libertà amministrativa di cui dispone nella fase di organizzazione della procedura di affidamento, semmai sia consentito ravvisare una qualche singolarità, pare proprio che per certi aspetti il diritto interno abbia disciplinato l'istituto in parola addirittura più minuziosamente. Proprio in forza di quest'ultimo dato, è interessante richiamare le previsioni in materia di subappalto e di scioglimento del contratto stesso. Infatti, riguardo ai sub-affidamenti, si è soliti ricordare anzitutto che l'articolo 174 del Codice rappresenta la prima normativa in assoluto circa il contratto con cui il concessionario affida ad un operatore terzo parte delle prestazioni già oggetto di concessione. Tuttavia, mentre la direttiva 2014/23/UE non ha previsto particolari obblighi in materia, vista la sottoposizione delle procedure di affidamento ai principi del Trattato, il Legislatore nazionale, contrariamente, ha mantenuto parecchi vincoli – similmente all'appalto del concessionario – sulla scelta del subcontraente.



Allo stesso tempo, però, si è innegabilmente distaccato dal regime proprio del contratto di appalto nel non aver previsto alcun limite di qualità o quantità alla possibilità di eseguire le prestazioni pattuite mediante subappalto, come pure nel non aver espressamente imposto un regime autorizzatorio per la stipula dei contratti di subappalto[14]. Con tutto ciò, a ben vedere, è all'articolo 176 circa le ipotesi di cessazione del contratto che si riscontra la maggior divergenza tra il dispositivo della direttiva UE e la normativa codicistica interna adottata in sua attuazione. «Se, infatti, il diritto europeo limita l'ambito di intervento alla risoluzione delle concessioni (da intendersi come possibilità di porre termine alla concessione in vigenza della stessa), ravvisandone l'operatività in tre casi[15], nell'ordinamento interno la cessazione della concessione viene disciplinata in modo assai più articolato»[16]. Invero, fatto salva la facoltà di entrambe le parti di recedere dal contratto qualora non si giunga ad accordarsi sul riequilibrio del PEF (articolo 165, comma 6), il D.lgs. 50/2016, oltre alle ipotesi risolutive tipizzate dalla disciplina eurounitaria – che quest'ultimo tra l'altro riconduce all'istituto dell'annullamento d'ufficio ma derogando ai termini ex articolo 21 nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241 – prevede espressamente quali cause di cessazione del rapporto concessorio pure la risoluzione per inadempimento dell'amministrazione aggiudicatrice, la revoca per motivi di pubblico interesse nonché la risoluzione per cause imputabili al concessionario[17].

Complessivamente, non è possibile negare che l'attenzione del nostro Legislatore si sia focalizzata principalmente su quest'ultima eventualità, ed in special modo sulla tutela dei soggetti finanziatori: a costoro viene difatti accordata la facoltà di indicare entro 90 giorni un altro operatore economico, adeguatamente qualificato in relazione alle prestazioni ancora da eseguire, che subentri nella concessione (salvo consenso dell'amministrazione aggiudicatrice) e ne assicuri così la ripresa dell'esecuzione. Per concludere, in tutti i casi di cessazione tranne quelli imputabili al soggetto privato, in favore del concessionario sono stati introdotti tanto il diritto di proseguire nella gestione dell'opera, quanto di ricevere un ristoro da determinare ai sensi dell'articolo 176, comma 4.

#### 4. Osservazioni conclusive

Orbene, come si è visto, della concessione di matrice eurounitaria – così come disciplinata dal Codice dei contratti pubblici – in dottrina ne sono state date

interpretazioni molto variegata, per non dire opposte: da un lato, la concessione come paradigma principale, il partenariato pubblico privato come una delle sue possibili declinazioni, soprattutto qualora si tratti di opere fredde; dall'altro, all'opposto, la concessione quale una delle tante species appartenenti al più ampio genus del PPP. D'altra parte il dibattito è a tutt'oggi in corso, anche perché pare difficile trovare una soluzione univoca; del resto, sono gli stessi Stati membri – chiamati ad attuare la direttiva 2014/23/UE ad avere idee divergenti in materia: mentre la Commissione UE ha optato per una nozione omnicomprensiva di PPP, in alcuni Paesi come la Grecia sono le concessioni a racchiudere in sé il fenomeno partenariale; in altri, quali ad esempio la Francia, al partenariato pubblico privato è stata invece riservata una disciplina ad hoc<sup>[18]</sup>.

## Volume consigliato

Note:

[1] Sul punto, M.P. Chiti, Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni, in Finanza di

Progetto e Ppp : temi europei, istituti nazionali e operatività, G.F. Cartei e M. Ricchi (a cura di),

Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 12.

[2] «Dando peraltro continuità, in questo secondo caso, e seppur con rettifiche ed aggiornamenti, alla pregressa regolamentazione delle forme di PPP già previste nel D.lgs. 163/2006» [M. Viggiani, Le forme di partenariato, in Appalti Pubblici, 10 voll., Cabiddu M.A., Colombo M.C. (a cura di), Milano, Il Sole 24 Ore Editore, 2018, VII, Partenariato pubblico e privato/1. Forme, profili finanziari e internazionali, p. 56].

[3] «La distinzione tra Parte III (Concessioni) e Parte IV (PPP) rivela una forte presa di posizione del Legislatore in termini di commitment pubblico nella materia, distaccandosi dalla nomenclatura indicata dalla direttiva sulle concessioni 2014/23/UE, che non contempla i contratti di PPP come fattispecie autonoma dai contratti di concessione» [M. Ricchi, Le scelte del Legislatore per rilanciare i PPP nel decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici, Riv. trim.



app., p. 749].

[4] Cfr. R. Dalla Longa, *Edilizia, rischio di mercato o di disponibilità, ecco la differenza tra concessioni e PPP, Edilizia e territorio*, 2016.

[5] «In altre parole, la disciplina nazionale distingue tra i contratti di concessione e quelli di PPP, prevedendo stringenti differenze per questi ultimi, per quanto riguarda ad esempio le procedure di affidamento, il livello progettuale minimo in fase di gara, il monitoraggio dei rischi e, soprattutto, l'obbligo di adeguata istruttoria a carico della PA» [M. Ricchi, op. cit., p. 749].

[6] Nemmeno «la Commissione ed il Parlamento hanno ritenuto di non tipizzare la figura contrattuale del partenariato, come categoria generale all'interno della quale far rientrare tutte le possibili declinazioni delle forme di collaborazione tra soggetti pubblici e privati per la realizzazione di opere o la prestazione di servizi, preferendo affidarsi a un modello contrattuale che, sia pure in termini di mera armonizzazione, aveva già trovato un proprio preciso spazio all'interno della disciplina comunitaria» [M. Viggiani, op. cit., p. 56].

[7] Su questo, si veda C. Malinconico, *I contratti di concessione nella dimensione europea*, in *I contratti pubblici*, M. Corradino, D. Galli, D. Gentile, M.C. Lenoci, C. Malinconico (a cura di), Milano, Ipsoa, 2017, pp. 303-306.

[8] «Il criterio discriminante per collocare un contratto nella Parte III (Concessioni) o nella Parte IV (PPP) risiede nella tipologia di rischio operativo assunto dall'operatore economico e non più dal concessionario. Questo cambio di denominazione, operatore economico invece di concessionario, è stato introdotto dal Correttivo nella definizione di rischio operativo, con la consapevolezza che l'affidatario avrebbe potuto non essere esclusivamente il sottoscrittore di un contratto di concessione ma anche di un contratto di PPP» [M. Ricchi, op. cit., p. 749].

[9] Sul punto si veda, A. Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 93 ss.

[10] M. Viggiani, op. cit., p. 57.

[11] G. Santi, Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione nella normativa europea e nazionale. Gli interventi di sussidiarietà orizzontale ed il baratto amministrativo. Il contraente generale, in *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo Codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Mastragostino F. (a cura di), ediz. 2019, p. 176.

[12] Cfr. M. Ricchi, L'architettura dei contratti di concessione e di partenariato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.lgs.50/2016), *Riv. giur. Mezz.*, 3, 2016, p. 823.

[13] «Nella Dir. 2004/17/CE la disciplina sulla esecuzione del contratto di concessione non aveva ricevuto un autonomo riconoscimento e ciò malgrado la lunga durata che caratterizza il rapporto concessorio sia spesso foriera di implicazioni sull'originario assetto contrattuale. Il quadro normativo appare profondamente mutato a seguito della direttiva del 2014 e del nuovo Codice» [G.F. Cartei, *Il contratto di concessione di lavori e servizi novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise, Urbanistica e appalti*, 8-9, p. 942].

[14] Cfr. G. Santi, op. cit., pp. 178-180.

[15] 1) Quando la concessione abbia subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione; 2) nel caso in cui il concessionario si sia trovato, al momento dell'aggiudicazione della concessione, in una delle situazioni di cui all'articolo 38, paragrafo 4, dovendo dunque essere escluso dalla procedura; 3) nell'ipotesi in cui la Corte di Giustizia accerti che lo Stato membro abbia mancato agli obblighi che gli incombono ai sensi del Trattato qualora un'amministrazione aggiudicatrice abbia affidato una concessione in violazione del diritto europeo.

[16] M. Viggiani, op. cit., p. 59.

[17] Ivi, p. 60.

[18] Per una panoramica completa sull'argomento si vedano E. Picozza, *Le proposte nazionali all'UE di direttive in materia di appalti e concessioni e l'attuale progetto europeo*, atti del seminario "Il diritto degli appalti pubblici all'alba delle nuove direttive comunitarie", (organizzato da AEQUA, Roma il 15 novembre 2013);

Raganelli, Pubblico, Privato e Concessioni in Europa: alcuni limiti della disciplina, in *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, M. Cafagno, A. Boito, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), Milano, Giuffrè, 2013, pp. 210 ss.