

Università degli studi dell'Insubria

Sede di Como

Dipartimento di Diritto, Economie e Culture (DEC)

***L'allocazione del rischio nel
partenariato pubblico-privato (PPP)
tra appalti e concessioni***

Tesi di dottorato in

“Storia e Dottrina delle Istituzioni”
(XXVII ciclo)

Tutor

Chiar.mo Prof. Maurizio Cafagno

Candidato

Dott. Marco Ceruti

Anno Accademico 2014-2015

A Lidia,

un bellissimo sogno.

Indice

Introduzione	I
Parte I: L’allocazione del rischio tra appalti e concessioni	2
Capitolo I (premessa). Appalti vs. Concessioni	2
§1.1. In principio erano gli appalti, poi le concessioni ed infine il PPP	5
§1.2. La Comunicazione sulle concessioni ed il parere del CESE	8
§1.3. L’approdo finale (per ora): la direttiva 2014/23/UE	13
§1.3.1. La nozione di rischio operativo.....	15
Capitolo II. Le pronunce della Corte di Giustizia	21
§2.1. Il <i>quomodo</i> del rischio: la modalità di remunerazione del concessionario	23
§2.2. Il <i>quantum</i> del rischio: la regolazione giuspubblicistica del mercato	33
Capitolo III. Il retaggio italiano	50
§3.1. Il rapporto trilaterale implicito ed esplicito	62
Capitolo IV. Cadenze procedurali	78
La fase competitiva	79
§4.1.1. Concessioni: la direttiva 2014/23/UE ed il contesto nazionale.....	79
<i>La flessibilità procedurale europea e la rigidità italiana</i>	79
§4.1.2. Appalti: le direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE ed il quadro interno	90
<i>La semplificazione e la standardizzazione degli appalti semplici</i>	90
La fase contrattuale	95
§4.2.1. Il rischio di gestione nelle concessioni: la direttiva 2014/23/UE.....	96
<i>La durata e il valore delle concessioni</i>	96
<i>La modifica delle concessioni</i>	99
(segue): il contesto nazionale	104
<i>La durata, il valore ed il contributo pubblico</i>	105
<i>La revisione di prezzi e tariffe</i>	112
<i>Le modifiche in corso d’ esecuzione</i>	116
§4.2.2. Il rischio di gestione negli appalti	123
Le modifiche in corso d’ esecuzione: le direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE	123
(segue): il quadro interno	126
<i>L’ adeguamento dei prezzi e le penali</i>	127
<i>Le varianti in corso d’ opera</i>	131
Alcune rilevazioni empiriche: il raffronto fra l’Eurotunnel ed il caso lombardo (BreBeMi, Pedemontana, TEEM)	135
Capitolo V. Questioni interpretative	158
§5.1. Aleatorietà o commutatività delle concessioni?	165
§5.2. Rischio operativo e alea normale	172
§5.2.1. Offerta	174
§5.2.2. Domanda	181
§5.2.3. Offerta e/o domanda.....	184
§5.3. La natura giuridica delle concessioni	187
Osservazioni conclusive	201

Parte II: L'allocazione del rischio nel PPP	225
Capitolo I. Il PPP tra appalti e concessioni nel diritto sovranazionale e nazionale	225
§1.1. Il PPP tra appalti e concessioni nel diritto sovranazionale.....	225
§1.2. Il PPP tra appalti e concessioni nel diritto nazionale	229
§1.3. Il PPP: caratteri dell'istituto	230
§1.4. PPP e rischio: la <i>ratio</i>	232
§1.4.1. L'esigenza di fondo del PPP: Economicità.....	233
§1.4.2. L'eliminazione degli ostacoli al PPP: Efficienza.....	236
§1.4.3. Il rafforzamento del PPP: Efficacia	239
Capitolo II. Il PPP sostenibile	242
§2.1. L'uso strategico dei contratti pubblici.....	244
§2.2. Innovazione e <i>Total life cycle cost</i> (TLCC)	251
Capitolo III. PPP come zona comune di concessioni e appalti (complessi)	257
§3.1. Le varie tipologie di rischio: il <i>quid</i> del rischio	263
Capitolo IV. Dall'allocazione alla gestione e mitigazione del rischio	271
Capitolo V. Il rischio nel PPP: paradosso o panacea?	280
Riflessioni finali	286
Bibliografia	299
<i>Riferimenti dottrinali</i>	299
<i>Dossier</i>	310
<i>Giurisprudenza citata</i>	311

Un ringraziamento preliminare va a tutte le persone che hanno contribuito in maniera più o meno faticosa, talvolta persino inconsapevolmente, alla stesura della presente tesi di dottorato.

Una menzione speciale, per avermi supportato – e soprattutto sopportato – in questi anni, meritano il Chiar.mo Prof. Maurizio Cafagno, anzitutto, e l'Ufficio legale provinciale di Como, il collega Avv. Mariano Fazio, il sig. Paolo Folcio, oltre a famiglia ed amici.

A loro la mia stima ed il mio affetto.

Giugno 2015

Introduzione

Prima di entrare nel merito della specifica questione, a cui si riferisce il titolo dell'elaborato, occorre preliminarmente fare dei brevi cenni alla tematica del rischio, quale componente ineluttabile di qualsiasi attività economica, specialmente in regime di libero mercato.

Non si ha alcuna pretesa di voler definire in questa sede la nozione di rischio, semmai obiettivo utile è quello di far emergere la polisemia di un concetto usato molto spesso in maniera scorretta.

Ciò avviene soprattutto in ambito giuridico, laddove la preparazione prettamente positivistica e normativa condiziona ineluttabilmente l'atteggiamento del giurista di fronte a fenomeni a lui sconosciuti o, comunque, poco comprensibili.

La scienza economica è solita distinguere fra rischio sistematico e rischio idiosincratico per evidenziare come il primo non sia mai eliminabile, mentre il secondo è attenuato dalla diversificazione degli investimenti.

In economia aziendale, inoltre, il rischio complessivo dell'impresa può essere scomposto in rischio economico (legato all'equilibrio tra costi e ricavi), rischio finanziario (legato all'equilibrio tra flussi monetari in entrata e in uscita), rischio patrimoniale (quando incide direttamente sulle attività e sul patrimonio dell'impresa) e rischio reputazionale.

All'interno di una impresa i rischi possono quindi riguardare: il risultato reddituale, la liquidità aziendale, il patrimonio, oppure la reputazione dell'ente.

Secondo Frank Knight, nel mirabile *Risk, Uncertainty and Profit*, il rischio corrisponde a quella parte dell'incertezza che risulta misurabile e quindi governabile attraverso determinati metodi oggettivi.

Knight critica perciò la diffusa tendenza a considerare il rischio in modo sfavorevole, come sinonimo di perdita (*downside risk*).¹

In ogni caso, nonostante la percezione in chiave negativa, il rischio è a tutti gli effetti una *vox media* risultante dalla formula matematica che esprime il prodotto della frequenza di un accadimento e della gravità delle conseguenze (cd. "magnitudo").

¹ Knight F.H., *Risk, Uncertainty, and Profit*, Hart, Schaffner & Marx; Houghton Mifflin Company, 1921, *passim*, in particolare p. 233.

Il che significa che il rischio può anche avere un'accezione positiva, ovverosia quale sinonimo di opportunità (*upside risk*).

In aggiunta allo scarso nitore in ordine al proteiforme *quid* rischio, è da registrare una certa ambiguità anche sul *quomodo* governare il rischio.^{II}

La patente conseguenza è l'inquadramento del rischio all'interno del problema della *governance*.^{III}

Entrando *in medias res*, nella contrattualistica pubblica, ciò equivale a dire che bisogna individuare lo strumento più adatto, fra quelli offerti dall'ordinamento, per allocare il rischio fra pubblico e privato.

Allo stato esistono essenzialmente due macro-modelli: l'appalto e la concessione.^{IV}

Come vedremo in seguito, il partenariato pubblico-privato (PPP) appare di difficile lettura e comunque, pur incidendo rispetto alla dicotomia appalti-concessioni, non è in grado di obliterarla.^V

^{II} Alla corrente incentrata sull'utilità attesa (*expected utility*), emersa in teoria dei giochi con lo studio di Von Neumann J.; Morgenstern O., *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, NJ. Princeton University Press, 1953, si è contrapposta la teoria del prospetto (*prospect theory*) di Kahneman D.; Tversky A., *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, *Econometrica*, 47(2): 263-291, 1979.

^{III} Secondo la teoria economica dell'organizzazione esistono essenzialmente due spiegazioni alla presenza di diversi modelli organizzativi: l'una incentrata sui costi di transazione che variano a seconda della specificità, frequenza, e complessità delle transazioni; l'altra focalizzata sull'asimmetria dei flussi informativi (selezione avversa ed azzardo morale).

In sintesi, non esiste un modello valido per ogni evenienza.

Su queste tematiche si rinvia a Moe T.M., "La nuova economia dell'organizzazione", in Brosio G., *La teoria economica dell'organizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 25 ss, e, più in generale, a Nacamulli R.C.D.; Rugiadini A., *Organizzazione e mercato*, Il Mulino, Bologna, 1985.

^{IV} Ad onor del vero, ce ne sarebbe anche un terzo, la privatizzazione, ma, esorbitando dalla presente trattazione, non sarà oggetto di analisi.

^V Mastragostino F., "I profili processuali comuni ai vari istituti", in *id.*, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli Editore, Torino 2011, p. 73, sottolinea come esistano in Italia essenzialmente due correnti di pensiero sul PPP.

L'una, facente capo a Chiti – *I Partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in "Il Partenariato pubblico-privato", Edizioni Scientifiche, Napoli, 2009, p. 5 – conclude che: "Il PPP non rappresenta una categoria giuridica, comprensiva di istituti che, pur nella loro peculiarità, hanno tratti comuni; ma una nozione descrittiva con cui ci si riferisce, senza particolari conseguenze giuridiche, ad ogni tipo di situazioni – contrattuali o istituzionalizzate – che siano segnate dalla compresenza di soggetti pubblici e privati".

L'altra, sostenuta da Cortese – "Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato", in Mastragostino F., *op. cit.*, p. 44 –, intende il PPP come schema ricostruttivo "che riproduce la *ratio* del partenariato europeo in senso stretto in contesti in cui appare sempre più frequente il perseguimento, da parte del pubblico e del privato, di obiettivi materialmente coincidenti, soprattutto dal punto di vista, per così dire, del buon andamento dell'amministrazione e dell'efficienza economica". In questa seconda accezione il PPP finisce col ricomprendere anche istituti quali l'amministrazione per accordi, l'accreditamento o convenzionamento di soggetti privati, la sussidiarietà orizzontale, ed enti di vario genere (fondazioni e società miste) finalizzate all'interesse collettivo (e.g. fondazioni di partecipazione, società di trasformazione urbana o per la valorizzazione di beni culturali, società di sperimentazione gestionale).

Così come non esiste una definizione precisa di cosa sia il rischio, non esiste neppure una metodologia unica e risolutiva per farvi fronte.

La *golden rule* vuole solamente che il rischio sia posto in capo alla parte che meglio sappia gestirlo in virtù della propria competenza ed esperienza, nonché della propria attitudine verso il rischio.

Sono dunque queste le premesse in base alle quali si deve cercare di comprendere le differenti interazioni fra rischio e *public procurement*.^{VI}

Esistono diverse scuole di pensiero circa la pretesa maggior o minor funzionalità dell'investimento pubblico rispetto a quello privato: secondo il cd. "*principio di Arrow-Lind*", ad esempio, l'apparato pubblico sarebbe neutrale al rischio in quanto in grado di porre in essere una diversificazione degli investimenti su base amplissima.^{VII}

L'inconveniente è dato dal fatto che, a fronte delle limitate risorse e capacità pubbliche, il settore privato si è rivelato dotato di maggiori risorse e di un migliore *know how* che assicurano un superiore tasso di efficienza.

A seguito della rivoluzione tecnologica occorsa nella parte conclusiva dello scorso millennio e dei fenomeni di europeizzazione (in parte anche di globalizzazione) del mercato e del diritto, le esigenze del plesso amministrativo hanno pertanto dovuto confrontarsi – per non dire scontrarsi – con un problema di non poco conto: la crescente complessità degli affidamenti pubblici a fronte della sempre più esigua disponibilità di risorse e di mezzi.

L'obiettivo diviene dunque quello di coinvolgere il mondo dell'impresa privata sia dal punto di vista tecnico-operativo sia da quello economico-finanziario al fine di sfruttarne il *know how* e l'avviamento, riducendo gli sprechi e massimizzando l'efficienza-efficacia dell'azione amministrativa.

^{VI} È fondamentale sin da ora utilizzare l'espressione inglese, traducibile in italiano come "approvvigionamento pubblico", per non cadere nell'equivoco di considerare solamente gli appalti pubblici anziché ogni forma contrattuale esperibile dalla p.a. (concessioni, anzitutto, e contratti vari: associativi...).

E ciò non per una mera formula di stile, ma per le rilevanti implicazioni sottese al cattivo uso delle traduzioni: si pensi, ad esempio, al cd. "*green public procurement*" che viene generalmente tradotto come "appalti verdi" e che quindi lascia erroneamente intendere che il campo di applicazione sia esteso letteralmente ai soli appalti pubblici (v. *infra*).

^{VII} Il "Teorema di Arrow-Lind" (in Arrow K.J.; Lind R.C., *Uncertainty and the evaluation of public investment decisions*, American Economic Review 60: 364-78, 1970) afferma che, poste certe condizioni, il costo sociale del rischio tende a zero quando la popolazione tende all'infinito, talché i progetti pubblici non risulterebbero mai inferiori al valore di mercato che avrebbero se condotti da soggetti privati.

Questo teorema è stato criticato da Foldes L.P.; Rees R., *A Note on the Arrow-Lind Theorem*, American Economic Review, American Economic Association, vol. 67(2), 1977.

Su questi argomenti si rinvia a Tirelli M., *The evaluation of public investments under uncertainty*, Research in Economics 60: 188-198, 2006.

Ne consegue, pertanto, che l'ambito d'analisi maggiormente interessante investe non soltanto lo studio di quanto codificato ed attuato in Italia, in Europa e nel Mondo (a dimostrazione di come la tendenza evolutiva *de qua* all'interno del sistema delle commesse pubbliche ricade in un solco ben tracciato ed assolutamente universale, che va ben al di là dei confini di singoli Stati e Continenti), ma soprattutto l'elaborazione concettuale, per certi versi astratta e preconizzante, del *quomodo* ottenere la miglior allocazione delle utilità fra pubblico e privato in vista del *value for money*.^{VIII}

Problema di nient'affatto facile soluzione se si riflette sulla contrapposizione delle due sfere: l'una al servizio della collettività e quindi tutrice di interessi superindividuali (*i.e.* obiettivi sociali comuni quali la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale ed infine la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi sociali di elevata qualità), l'altra animata principalmente dall'egoistica ideologia capitalista finalizzata al massimo profitto individuale.

A voler essere sincero, tuttavia, questa tesi di dottorato prende le mosse non da questioni teoretiche (quali possono essere quelle che hanno visto protagonisti Knight, Neumann & Morgenstern, Kahneman & Tversky, Arrow & Lind, Foldes & Rees, e Nash), bensì da una questione pratica che mi capitò di affrontare quando ancora ero tirocinante presso il Servizio Legale della Provincia di Como.

Si tratta dell'affidamento del servizio locale d'ispezione degli impianti termici: servizio pubblico di competenza comunale (per gli enti con più di 40.000 abitanti) e provinciale, sottoposto a coordinamento regionale, e solitamente esternalizzato ad operatori privati remunerati dall'ente pubblico. La particolarità risiede nel fatto che i privati vengono remunerati dall'ente tramite fondi provenienti dai soggetti privati sottoposti alle ispezioni (assimilabili a tariffe, stabilite in sede regionale); vi è poi tutta una regolamentazione circa il numero di controlli, le relative documentazioni e le modalità di comunicazione all'ente.^{IX}

Esistono insomma aspetti dell'appalto, della concessione e del servizio pubblico.

^{VIII} Si rinvia a Burger P.; Hawkesworth I., *How To Attain Value for Money: Comparing PPP and Traditional Infrastructure Public Procurement*, OECD Journal on Budgeting Volume 2011/1, OECD, 2011.

^{IX} La normativa nazionale e regionale a cui si fa riferimento è la seguente: legge 9 gennaio 1991 n. 10; D.P.R. 26 agosto 1993 n. 412 (come modificato dal D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 551); D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 112; D.Lgs. 19 agosto 2005, n. 192 (come modificato dal D.Lgs. 29 dicembre 2006, n. 311); L.R. Lombardia 26 dicembre 2003, n. 26; L.R. 21 dicembre 2004, n. 39; L.R. 11 dicembre 2006, n. 24; Delib.G.R. 26-10-2006 n. 8/3393; Delib.G.R. 5 dicembre 2007, n. 8/6033; Delib.G.R. 30 novembre 2011, n. 9/2601.

Ad un tavolo tecnico, organizzato in sede di Regione Lombardia per chiarire la natura del servizio, i rappresentanti degli enti locali s'erano divisi fra appalto e concessione, pur senza una logica ben precisa e senza argomentazioni valide (se non l'abitudine).^X

Di lì è sorta l'esigenza di comprendere meglio la distinzione fra questi istituti, anche alla luce del fenomeno del momento: il mantra delle *public-private partnerships* (PPPs).

L'aneddoto narrato serve pertanto a porre in luce la questione del distinguo fra appalti e concessioni. Il tema non è nuovo né elementare.^{XI}

L'importanza della distinzione tra appalti e concessioni ha trovato sinora – cioè sino alla recente approvazione della direttiva europea sulle concessioni 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 – la propria ragion d'essere nella continua ricerca di *escamotage* con finalità elusive della disciplina sui primi attraverso le seconde (emblematico in tal senso il caso della concessione *intuitu personae* di sola costruzione).

Non è pienamente servita allo scopo l'applicazione alle concessioni dei principi del TFUE (principalmente per i servizi, essendo quelle di lavori state equiparati agli appalti).^{XII}

Ora che è sancito un obbligo di gara anche per tutte le concessioni, però, l'interesse si sposta su un altro profilo: la maggior flessibilità procedurale destinata alle concessioni.

Come si giustifica? E, soprattutto alla luce del PPP, è un'esclusiva delle concessioni o riguarda anche gli appalti?

Applicando le teorie economiche istituzionalistiche e di scienza dell'organizzazione alle due principali forme di *public procurement* conosciute dalla contrattualistica pubblica nell'ordinamento unionale, si vedrà come esse ricalcano abbastanza pedissequamente, perlomeno negli estremi, il funzionamento del mercato (appalto semplice) e dell'organizzazione (concessione).

^X Dal canto suo, seppur rifiutando l'affidamento di prestazioni specialistiche ex d.lgs. 165/2001, la giurisprudenza non concordava sulla qualificazione tassonomica del servizio ispettivo.

Una pronuncia del T.A.R. Lazio (Roma, Sez. II-*quater*, 27 ottobre 2010, n. 33046) aveva escluso il carattere di servizio pubblico locale, ma restava dubbia la natura di appalto o concessione.

^{XI} Una pietra miliare sul punto è stato "Il faro nell'economia" di R. Coase (in *Impresa, mercato e diritto*, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 291-317), ove viene sfatato il mito della gestione pubblica a tutti i costi di servizi produttivi potenzialmente appetibili per gli operatori privati, in capo ai quali ricade quindi il rischio economico dell'attività.

Ma, una volta che si sia optato per la gestione privata, occorre rammentare che esistono diverse forme organizzative possibili, i cui capi estremi sono rappresentati dalla concessione e dall'appalto.

In Italia il tema è stato affrontato per la prima volta da Pototschnig U., *Concessione e appalto nell'esercizio dei pubblici servizi*, in Jus, 1953, 393 ss..

^{XII} Anzi, nel Paese dell'Azzecagarbugli di manzoniana memoria, ciò ha peggiorato la situazione poiché, come vedremo, ha avviato una moltiplicazione di interpretazioni differenti su quali norme rivestano carattere generale, quindi applicabili alle concessioni, e quali no (v. *infra*).

Appalti (semplici) e concessioni (complesse) si configurano infatti come poli del sistema contrattualistico pubblico, integrando l'uno il Mercato (la nota "mano invisibile" di Adam Smith) e l'altra l'Organizzazione (la famosa "mano visibile" di Alfred J. Chandler).

Ne deriva una diversità strutturale, quasi ontologica, fra i due concetti.^{XIII}

Si deve in gran parte a Oliver E. Williamson il merito di aver approfondito lo studio dei differenti meccanismi interni a quelle istituzioni che lo stesso autore ha denominato "mercato" (*market*) e "organizzazioni" (*hierarchies*).^{XIV}

In breve sintesi, le disuguaglianze si sostanziano nel miglior adattamento, da parte delle organizzazioni, ai fattori umani (razionalità limitata e opportunismo) ed ambientali (incertezza/complessità delle transazioni ed esiguità degli operatori) che portano alla crisi del mercato. In aggiunta, Williamson contempla il concetto di "atmosfera" che racchiude in sé aspetti riguardanti il coinvolgimento etico-morale degli individui in un dato contesto.

È quanto mai scontato notare una certa somiglianza, anzitutto, fra l'appalto ed il mercato, se non altro per la medesima ed intrinseca componente concorrenziale che li accomuna, nonché fra la concessione e l'organizzazione (il cd. "*management*"), ove l'elemento preponderante diviene quello gestionale.

Di conseguenza, le forme organizzative dell'appalto e della concessione sono tradizionalmente contrapposte: da una parte il mercato degli appalti, con le sue soluzioni "*off-the-shelf*" a prezzi concorrenziali; dall'altro, l'organizzazione della concessione, con il piano economico-finanziario (PEF) e le stime *pro futuro* di costi/ricavi.

Tuttavia, allorché si abbia a che fare con contratti non banali, come nel PPP, l'appalto sembra subire una metamorfosi assumendo alcuni tratti propri della concessione.

Appalti e concessioni, antipodi del sistema, finiscono con l'avvicinarsi fino quasi a sovrapporsi. Parimenti, accade l'inverso ogniqualvolta sia la concessione a prendere taluni aspetti dell'appalto classico in ragione della semplicità della commessa di turno.^{XV}

^{XIII} Sulla dicotomia enucleata in dottrina fra il mercato, da un lato, e l'organizzazione, dall'altro, si rinvia ad Arrow K.J., *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation*, in *Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PPP System*, 1: 47-64, Washington, D.C., Government Printing Office, Washington, 1969.

^{XIV} Cfr. Williamson O.E., *The Economics of Internal Organization: Exit and Voice in Relation to Markets and Hierarchies*, *The American Economic Review* 66 (2): 369-377, Papers and Proceedings of the Eighty-eighth Annual Meeting of the American Economic Association, 1976; *id.*, "Mercati e gerarchie", in Nacamulli R.C.D.; Rugiadini A., *Organizzazione e mercato*, Il Mulino, Bologna, 1985, pp. 161-186.

^{XV} Si veda Consiglio di Stato, Sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600 per un caso di concessione di servizi in cui viene sancita la legittimità della mancata esclusione di un concorrente dalla gara per non aver allegato all'offerta il piano economico finanziario e della *lex* di gara per non averne previsto l'obbligatoria produzione.

L'applicazione della cd. "teoria dell'organizzazione" alle fattispecie contrattuali pubbliche porta a delineare un assetto che *prima facie* risulta insospettabile.

Il PPP diviene allora una utile lente d'ingrandimento per esaminare il rapporto intercorrente fra appalti e concessioni.

Nella prima Parte – "L'allocazione del rischio tra appalti e concessioni" – l'intento è quello di far chiarezza sull'annosa questione della distinzione fra appalti e concessioni (tradizionalmente considerati agli antipodi del *public procurement*), distinzione che si fonda sulla diversa allocazione del rischio operativo di gestione.

Nonostante le statuizioni della Corte di Giustizia abbiano fissato alcuni capisaldi in materia, poi recepiti nelle nuove direttive UE, si devono rilevare notevoli criticità a livello definitorio (soprattutto in Italia, a causa dei retaggi del passato e per le strette connessioni che le fattispecie dell'appalto e della concessione presentano con altri istituti).^{XVI}

Il criterio di distinzione scelto a livello unionale non appare dunque risolutivo.^{XVII}

A conclusione della sezione è tratteggiata, a grandi linee e con l'ausilio di casi pratici, la differente disciplina applicabile agli appalti e alle concessioni per dimostrare come il divario, se è ragionevole individuarne uno, sembra riferirsi non tanto al *genus* (appalto o concessione) ma alla *species* (appalto/concessione semplici o complessi).

E ciò in ragione dei rischi presenti nella commessa pubblica.

In sostanza, è l'allocazione oggettiva e soggettiva dei rischi a fare la differenza.

Il criterio del rischio di gestione non sembra peraltro rispondere alla finalità di ovviare alle scarse risorse pubbliche incentivando l'investimento privato: da un lato, per le carenze strutturali del sistema e, dall'altro, per le ambiguità del sistema medesimo.^{XVIII}

Il Collegio ha rilevato che il PEF è giustificato solo ove la concessione importi consistenti investimenti soggetti ad ammortamento, tali da richiedere la verifica dell'equilibrio economico-finanziario di base e consentire l'eventuale modifica del piano stesso nel corso della concessione per effetto del mutamento di determinate condizioni (il tema, assolutamente nevralgico, verrà approfondito più avanti: v. *infra*).

^{XVI} Non ha certamente aiutato la genesi delle concessioni dall'appalto, di cui restano comunque numerose tracce.

^{XVII} Già il Comitato economico e sociale (CESE), nel suo parere sul tema «Rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico-privato (PPP)» (2001/C 14/19), aveva bollato come semplicistica la scelta della Commissione di identificare nel rischio di gestione il *discrimen* fra appalti e concessioni nella nota Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, 29 aprile 2000, (2000/C 121/02).

Il rischio operativo difatti coinvolge, in aggiunta alle varie forme di finanziamento e/o di remunerazione, la durata del contratto e l'equilibrio economico-finanziario complessivo dell'operazione, oltre ad eventuali imprevisti legati alla eterogeneità degli interessi tutelati.

^{XVIII} Un chiaroscuro riguarda segnatamente il caso dei progetti finanziati da privati con un corrispettivo "a rischio zero", salva la normale alea d'impresa: si pensi ai servizi a rete, alla PFI britannica, o alle svariate forme di garanzia pubblica esistenti nel panorama contemporaneo.

Nella seconda ed ultima parte – “L’allocazione del rischio nel PPP” – si tenterà di dimostrare che il PPP assurge a “chiave di volta” dell’intero *public procurement* inquadrandolo quale zona comune fra concessioni ed appalti (complessi).

La complessità dipende dalle prestazioni incluse nel contratto e dagli interessi, anche superindividuali, tutelati, nonché dall’apporto – lavoro (PPP *soft*) e/o capitale (PPP *hard*) – privato, talché questi elementi arricchiscono di contenuto il rischio operativo.

Lo scopo prefisso è dimostrare che esistono differenti tipi di rischio operativo e che il sintagma “rischio di gestione” appare estremamente limitato rispetto alla realtà che in teoria vorrebbe e dovrebbe rappresentare.

Dopo una parte introduttiva incentrata sulla genesi del partenariato pubblico privato (PPP) e sull’uso strategico della contrattualistica pubblica, in cui vengono delineati brevemente i passaggi che hanno portato all’emersione del PPP in veste di strumento politico di gestione della complessità a livello europeo e, di riflesso, nell’ordinamento nazionale (seppur con qualche perplessità), l’attenzione viene poi posta sull’allocazione del rischio quale chiave di lettura dell’intero scritto e, a tal fine, si effettua un rapido *excursus* sulle istanze – dapprima soltanto economiche, in seguito anche sociali e ambientali (i ben noti 3 pilastri del TFUE e della “Strategia Europa 2020”: ambiente, economia, società) – sottese al *public procurement* (riguardo al quale si evidenziano alcuni problemi di traduttologia, almeno in Italia).

Inoltre, si accenna all’importante funzione riconosciuta all’innovazione ed al TLCC (“*Total life cycle cost*”) quali nuovi modi di concepire gli acquisti pubblici e, dunque, di affrontare i rischi insiti negli stessi. In particolare, viene dato risalto all’importanza della condivisione dei benefici e dei rischi all’interno della *partnership* fra apparato pubblico e soggetti privati, senza dimenticare l’interesse della collettività.

La questione della decisione Eurostat dell’11 febbraio 2004 verrà brevemente considerata al solo fine di chiarirne la portata, vale a dire se un PPP sia *off-balance* oppure *on-balance*, senza influire sulla qualificazione sostanziale (ma solo su quella statistico-contabile) dell’istituto PPP.

Da tutto quanto premesso discende, invero, l’adozione di uno statuto del tutto caratteristico allorché ci si trovi di fronte ad una commessa particolarmente complessa, appalto o concessione che sia.

In ordine al PPP si deve ravvisare il progressivo passaggio dall'allocazione del rischio alla gestione e mitigazione del rischio (non solo per le concessioni, ma anche per gli appalti complessi e rischiosi).

In primo luogo, vengono in rilievo gli strumenti di gestione del rischio previsti dalle nuove direttive europee su appalti e concessioni: esistono così tratti comuni nella disciplina di quegli istituti che, come sopra ricordato, sono solitamente ritenuti agli antipodi del *public procurement*.^{XIX}

I tratti comuni derivano dall'allontanamento dal modello tipico dell'appalto per quanto riguarda sia la fase preliminare, che quelle di scelta del contraente e contrattuale, nelle quali si riscontrano momenti di dialogo e (ri)negoziazione all'insegna della massima flessibilità e collaborazione.

In prospettiva comparatistica sono poi offerti alcuni spunti ricavabili dal diritto straniero, esaminati in relazione alla conciliabilità o meno con il contesto nazionale italiano (che presenta talune criticità: *influence costs* e corruzione elevata, sfiducia nella p.a., scarsità di grandi imprese specializzate).

Al termine dell'elaborato saranno formulate delle osservazioni conclusive sul nucleo centrale della tesi di dottorato, *i.e.* l'allocazione del rischio nel *public procurement*, per verificare a quali risultati ha condotto la disamina esposta.

Il *public procurement*, in generale, ed il PPP, in particolare, dovrebbero perseguire le cd. "3E" (economicità, efficienza, efficacia) avendo sempre ben presente l'interesse collettivo, specialmente nel caso di infrastrutture di servizio pubblico.

^{XIX} Sebbene in Italia siano talvolta riscontrabili casi di giurisprudenza, per così dire, "creativa".

Per l'inclusione di un appalto entro una concessione leggasi, ad esempio, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 6 agosto 2013, n. 19: "*I servizi di assistenza al pubblico e di biglietteria integrano, l'uno, una concessione di servizio pubblico e, l'altro, un appalto di servizio pubblico. Ciò non è di ostacolo a che un determinato rapporto sia considerato, a determinati fini, in modo unitario, se è la legge ad indicare la forma giuridica, e quindi il regime, cui il rapporto deve soggiacere*".

Se è vero che esistono contratti ad oggetto misto (lavori, servizi, forniture più tutte le combinazioni e/o varianti delle tre categorie), pare alquanto improbabile poter accettare la coesistenza di un appalto e di una concessione in un'unica soluzione, a meno che non si tratti del PPP inteso nei termini sopra esplicitati.

Ferma restando la palese artificiosità sul piano logico di un siffatto "*monstrum*" giuridico, l'introduzione di un appalto in una concessione ricalcherebbe per filo e per segno l'epica vicenda omerica del "cavallo di Troia" con le medesime conseguenze nefaste (di cui si colgono gli effetti già in sede di definizione *per differentiam* e di disciplina).

Per poter proliferare, vista anche la nuova direttiva, le concessioni devono mantenere le proprie caratteristiche, avuto riguardo alle procedure di affidamento, alle modalità con le quali il servizio è reso, al sistema di remunerazione, all'assunzione dei rischi in capo all'impresa.

Semmai si assiste al processo inverso allorquando, di fronte ad una commessa non standardizzata, gli appalti abbandonano la loro rigida veste di procedure meccaniche e asettiche per dare ingresso a momenti di flessibilità, collaborazione, dialogo e (ri)negoziazione.

Da ciò discende, per certi versi, la metamorfosi dell'appalto classico verso la deriva delle modalità considerate eccezionali (contratti pre-commerciali e partenariati per l'innovazione, dialogo tecnico e competitivo, procedura negoziata con e senza bando) dando luogo ad un *trade-off* tra competizione e collaborazione.

Circostanza che non appare smentita, ma anzi rafforzata dall'evoluzione segnata dalle nuove direttive europee in tema di appalti e concessioni.

Se davvero si vogliono attrarre i privati, l'unica soluzione è approntare le migliori condizioni per poterlo fare: si passa dal "*risk transfer*" al "*risk and benefit sharing*".

Ne segue la valenza del PPP quale strumento eminentemente politico (e per certi versi economico) di gestione della complessità non solo da parte dell'Unione Europea che punta, tramite esso, alla piena realizzazione del mercato unico – più che di quello interno^{XX} – al fine di poter competere con i grandi colossi mondiali, ma anche del plesso nazionale, che da sempre adotta il PPP nei più svariati frangenti, tanto da rendere necessaria la distinzione fra PPP *stricto sensu* (appalti, concessioni, società miste) e *lato sensu* (partecipazione, sussidiarietà, *munera*).

Come ben dimostra la scienza economico-giuridica, dietro alle varie forme organizzative e/o di mercato si cela il problema della *governance*, ossia la funzionalità teleologica dell'istituzione in vista della più efficiente allocazione delle risorse – *id est* l'ottimo paretiano – alla luce dei possibili costi di transazione.

Dal momento che quest'ultimi aumentano al crescere dell'incertezza e della complessità, occorre studiare gli espedienti ricavabili dal diritto attuale per addivenire ad una soluzione adeguata.

Senz'altro non sarà l'unica soluzione, ma allo stato il PPP – se inteso nei termini di *fair risk sharing* fra soggetti pubblici e privati – pare essere un abile rimedio nei confronti delle "*clouds of vagueness*" tanto care ad Arrow.^{XXI}

^{XX} Al riguardo è importante sottolineare l'intervenuta trasformazione del plesso comunitario dall'originaria Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA), limitata agli scambi del carbone e dell'acciaio fra 6 Paesi, all'odierna Unione Europea a 28 Stati, in vista della realizzazione della agognata "Europa dei cittadini" (cfr. Comunicazione della Commissione presentata al Parlamento europeo il 24 giugno 1988 COM(88) 331 def., Bollettino delle Comunità europee, Supplemento 2/88).

^{XXI} Arrow K.J., "I know a Hawk from a Handsaw", in *Eminent Economists: Their Life Philosophies*, edited by Michael Szenberg. Cambridge University Press, New York, p. 46, 1992.

“It is a world of change in which we live, and a world of uncertainty. We live only by knowing something about the future; while the problems of life, or of conduct at least, arise from the fact that we know so little”.

(Knight F.H., *Risk, Uncertainty, and Profit*,
Hart, Schaffner & Marx; Houghton Mifflin Company, 1921, p. 199)

Parte I: L'allocazione del rischio tra appalti e concessioni

Capitolo I (premessa). Appalti vs. Concessioni

Le ragioni che *funditus* si celano dietro alla necessità di distinguere fra appalti e concessioni sono molte e varie; di esse si cercherà di dar conto, senza pretesa di esaustività, nelle pagine che seguono.

Storicamente, il fondamento principale della distinzione è coinciso con l'esclusione delle concessioni dall'applicazione dell'evidenza pubblica relativa agli appalti – stabilita dapprima dalle norme interne e in seguito dalle direttive europee sul *public procurement* –, con conseguente affidamento *intuitu personae* o comunque meno vincolato.¹

E questo, almeno in Italia, ha scaturito una strumentalizzazione della dicotomia in funzione della capziosa elusione delle regole di evidenza pubblica previste per gli appalti.²

Lasciare alla discrezionalità amministrativa la scelta *ad libitum* fra le fattispecie, senza prendere in considerazione la funzionalizzazione dell'attività al perseguimento dell'interesse pubblico, si è così rivelato foriero di abusi ed inefficienze.

¹ In realtà il testo unico per la finanza locale (R.D. 14 settembre 1931, n. 1175), agli artt. 265-267, disponeva nel senso della necessità del procedimento di aggiudicazione ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario: le concessioni dovevano, di regola, essere precedute da asta pubblica, salvo che circostanze speciali in rapporto alla natura dei servizi consigliassero la licitazione o la trattativa privata.

Nello stesso senso era l'art. 42 del regio decreto 9 maggio 1912, n. 1447 sulle concessioni ferroviarie (cfr. anche artt. 14 e 24 del regio decreto 2 agosto 1929, n. 2150).

² Una puntuale ricognizione della progressione cronologica della concessione in Italia è svolta da Martinelli F.; Santini M., *La scelta del concessionario di pubblico servizio tra affidamento "intuitu personae" e procedura ad evidenza pubblica*, Urbanistica e appalti 9: 1016, 2001, i quali mostrano come la concessione in Italia è stata prima considerata un provvedimento amministrativo, da affidare *intuitu personae* nel perseguimento del miglior interesse pubblico, perdendo poi i connotati pubblicistici (v. *infra*).

Sull'annosa problematica della distinzione fra appalti e concessioni, per via della loro matrice comune, si rinvia inoltre a Picozza E., "Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi pubblici", in *Gli appalti pubblici di servizi: con il commento articolo per articolo del D.lg.vo 17 marzo 1995, n. 157*, a cura di Picozza E., Maggioli, Rimini, 1995, p. 47 ss.; Tucci M., *Appalto e concessione di pubblici servizi. Profili di costituzionalità e di diritto comunitario*, Cedam, Padova, 1997; Picozza E., "I contratti della pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale", in *I contratti con la pubblica amministrazione*, Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, a cura di C. Franchini, vol. I, Utet, Torino, 2007, p. 6 ss.. In particolare, nell'ultimo contributo emerge un quadro poco edificante da cui l'Italia esce raffigurata come un Paese retrivo e misoneista, governato da corporazioni e classi conservatrici, che non riesce a cogliere l'essenza del *public procurement* quale strumento per raggiungere un risultato efficiente ed efficace piuttosto che come mero complesso di regole da (non) seguire in quanto tali. L'autore, a fronte di una consolidata tendenza elusiva da parte dell'Italia (si pensi alla concessione di sola costruzione o ai contratti sottosoglia, alla compravendita di cosa futura, financo al *leasing* immobiliare qualificato come servizio), conclude a p. 34 che "ogni tentativo di elusione o di applicazione ed interpretazione "restrittiva" degli obblighi comunitari sia destinato prima o poi a fallire".

A riprova di ciò è opportuno rammentare che la concessione di sola costruzione è stata equiparata all'appalto, i contratti sottosoglia sono stati regolati analogamente a quelli soprastoglia (nonostante alcune deroghe), il *leasing* immobiliare è considerato un appalto di lavori; per quanto riguarda, infine, le concessioni si vedrà tra breve.

Come verrà mostrato più avanti, le istanze – cui corrispondono altrettanti rischi – sottese ad un intervento di carattere pubblico sono assai numerose e per certi versi confliggenti, talché si rende necessaria un’attenta valutazione dei costi/benefici nella fase preliminare di scelta dello strumento più idoneo.³

Si è trattato, e si tratta tuttora, di un problema di armonizzazione sostanziale e procedurale in ordine ai diversi strumenti a disposizione dell’amministrazione.

Se infatti gli appalti di lavori, servizi, forniture e le concessioni di lavori sono stati da tempo fatti oggetto di apposita regolamentazione a livello europeo, le concessioni di servizi (pubblici e non) hanno ricevuto lo stesso trattamento solo di recente, a dispetto dei vari tentativi in passato di renderle parte del diritto positivo.⁴

Viepiù, in Italia, gli appalti (e le concessioni di lavori) sono stati regolamentati in maniera dettagliata e stringente per evitare possibili fenomeni di malcostume e malaffare, in tal modo dando prevalenza all’esigenza di controllo del funzionario pubblico rispetto a quella che dovrebbe essere la funzione economico-allocativa del contratto.⁵

Se, per un verso, siffatta iper-regolamentazione sembra frustrare le potenzialità del *public procurement* quale veicolo di informazione ed innovazione, per l’altro, si manifesta del tutto incompatibile con l’istituto concessorio, scontrandosi con la relativa vocazione commerciale. Non è chi non veda come la concessione, già per la peculiare presenza del piano economico-finanziario, mal si concilia con un regime disciplinare di controllo sulla p.a. dovendo invece essere sorretta da un afflato proattivo di *learning by doing* volto all’apprendimento reciproco.⁶

³ Anche grazie allo sviluppo del cd. “*Public Sector Comparator*” (PSC) nell’ambito del PPP, esistono strumenti di prognosi sulla convenienza attuale e futura degli interventi pubblici: sul punto si rinvia a Coltellacci M.; Smeriglio M., “Il «Value For Money Assessment»: un metodo per paragonare la convenienza della concessione di costruzione e gestione rispetto all’appalto tradizionale”, in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013, ove viene sottolineato che il fattore determinante per la valutazione è l’allocazione dei rischi associati all’intervento.

⁴ Per una retrospettiva sul tema si rinvia alle conclusioni dell’Avv. Gen. Fennelly, pt. 21 ss., nella Causa C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*.

⁵ Si rinvia a Ledda F., “Per una nuova normativa sulla contabilità pubblica”, in *Studi in onore di Antonio Amorth. Scritti di diritto amministrativo*, Vol. 1, Giuffrè, Milano, 1982.

⁶ In argomento si rinvia a Cafagno M., *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*. Giuffrè, Milano, 2001; *id.*, “Vincoli di gara ed affidamenti concessori nel diritto europeo”, in *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Editoriale scientifica, Napoli, 2010; *id.*, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull’affidamento dei contratti complessi*, relazione al convegno “Il diritto degli appalti pubblici all’alba delle nuove direttive comunitarie” presso la Camera dei deputati, Roma, 15 novembre 2013, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 2: 991-1019, 2013.

Le restrizioni interne all'uso della discrezionalità amministrativa si frappongono in teoria all'implementazione delle concessioni, nelle quali il nucleo essenziale è dato dal rischio economico dell'operazione, che, ricadendo pure sul soggetto privato, richiede la massima flessibilità operativa in sede di analisi e gestione; in caso contrario, difficilmente il privato si presterà a sopportare quel rischio, se non previa idonea garanzia ed a costi eccessivi. Tanto più se si considera che i rischi insiti in un contratto complesso e di lunga durata sono solamente prevedibili *ex ante* e, dunque, passibili di errore *ex post*.

Le ragioni del dibattito vanno ora reinterpretate alla luce delle nuove disposizioni di cui alla direttiva 2014/23/UE che ha finalmente approntato un'apposita codificazione sulle concessioni, da poter confrontare con quella dedicata agli appalti (dalle direttive UE 2014/24 e 2014/25 e dal quadro interno) al fine di poter comprendere se effettivamente la distinzione tra le fattispecie sia degna di rilievo ed in che cosa consista realmente.⁷

La questione è interessante sotto molteplici profili:

- in primo luogo, per l'approdo finale cui è giunta la disciplina europea mediante la direttiva che recepisce il portato giurisprudenziale delle decisioni della Corte di Giustizia in materia concessoria;
- in secondo luogo, per le ripercussioni che giocoforza si riverberano sull'ordinamento italiano, dimostratosi troppo succube dell'*opinio juris* tralatizia e perciò intriso di elementi che stonano con l'*acquis communautaire* e lo sviluppo unionale;
- in terzo ed ultimo luogo, per la disciplina applicabile alle diverse fattispecie che servirà a chiarire meglio la sistematica del *public procurement*, anche in considerazione del fenomeno globale dei PPP, il quale si pone in stretta connessione con la distinzione fra appalti e concessioni.

⁷ Berionni L., *I contratti pubblici di rilevanza europea: il discrimen tra appalto e concessione, tra incertezze normative ed oscillazioni giurisprudenziali*, Diritto del Commercio Internazionale 3: 731, 2013, sottolinea giustamente che negli ultimi anni, attraverso l'affermarsi di concetti di matrice europea, in Italia si è affermata una nuova *ratio* alla base dell'istituto della concessione: non più metodo elettivo per preservare attività di particolare interesse pubblico dal libero gioco della concorrenza e attribuire, *intuitu personae*, diritti speciali o esclusivi a soggetti che abbiano il compito precipuo di sostituire l'amministrazione nel presidiare determinate attività ritenute strategiche per il benessere della collettività, bensì "insostituibile mezzo di cooperazione tra pubblico e privato, finalizzato più che alla sostituzione dell'amministrazione nell'esercizio di attività intimamente pubbliche, al coinvolgimento di capitali privati e di capacità imprenditoriali nella messa a disposizione di nuovi o migliori servizi alla collettività. In tale mutato contesto, se da un lato emerge l'esigenza di assicurare l'apertura della concorrenza tra gli operatori economici, emerge anche la necessità di tracciare chiaramente la distinzione tra la figura della concessione e l'altro strumento tipico di affidamento a terzi: l'appalto" (cfr. Pavesi A., *Concessioni: aspetti problematici*, Laboratorio dei contratti pubblici, www.contratti-appalti.it, 2009).

Ovviamente, essendo già stato scritto molto sugli appalti in quanto istituti ormai consolidati nel tempo, la prospettiva utilizzata nel presente elaborato sarà prioritariamente incentrata sulle concessioni, non solo per la novità della direttiva europea ad esse dedicata, ma per verificare gli effetti di questa sugli appalti, invertendo così la tradizionale prassi che ha sempre visto le concessioni come “generate da una costola” degli appalti.

§1.1. In principio erano gli appalti, poi le concessioni ed infine il PPP

Occorre ora dar conto di come le istanze appena delineate circa la necessità di aggiornare e modellare diversamente la contrattualistica pubblica siano emerse in concreto.

Prima di arrivare alla comunicazione, dapprima, ed alla direttiva, poi, in materia di concessioni, occorre ripercorrere brevemente l'evoluzione del *public procurement* a livello europeo per registrare un *trend* non sempre lineare ed alquanto conservativo in cui, a partire dagli appalti, si è via via proceduto a foggare concessioni e PPP.

Circostanza, questa, da tenere bene a mente in quanto foriera di numerosi strascichi.

Se è vero che la direttiva sulle concessioni, insieme alle altre due direttive sugli appalti, rappresenta il punto d'arrivo di un percorso evolutivo della contrattualistica pubblica durato quasi cinquant'anni, è certamente vero che le fondamenta su cui si regge l'intero sistema sono da identificare nell'appalto, con tutta una serie di ripercussioni.

Per riprendere l'intitolazione del paragrafo: in principio erano gli appalti.⁸

⁸ Per i settori ordinari: direttiva 71/305/CEE del Consiglio, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, modificata dalla direttiva 89/440/CEE e sostituita dalla direttiva 93/37/CEE del Consiglio, modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; direttiva 77/62/CEE del Consiglio, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, modificata dalla direttiva 88/295/CEE e sostituita dalla direttiva 93/36/CEE del Consiglio, modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; direttiva 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; tutte confluite nella direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, ed infine nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE.

Per i settori esclusi (speciali): direttiva 90/531/CEE del Consiglio in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, sostituita dalla direttiva 93/38/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, modificata dalla direttiva 98/04/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dalla direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, ed infine dalla nuova direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, che abroga la direttiva 2004/17/CE.

La direttiva 71/305/CEE del 26 luglio 1971, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, prevedeva sì le concessioni, ma al solo fine di escluderle dal proprio ambito d'applicazione.⁹

Non esisteva nemmeno una disciplina *in nuce* delle concessioni di lavori, la quale comparirà solamente all'interno della direttiva 93/37/CEE del 14 giugno 1993, coordinante le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori e preceduta da un considerando statuento che “è opportuno includere nella presente direttiva norme sulla pubblicità relative alle concessioni nel settore dei lavori pubblici data la crescente importanza e la natura specifica di tali concessioni”.

Per i servizi occorrerà attendere addirittura la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.¹⁰

Sia nella definizione sia nella disciplina delle concessioni entro le direttive, dunque, permane sempre la presenza ingombrante dell'appalto.

Anche quando si è giunti alla tanto agognata direttiva sulle concessioni, allo scopo precipuo di far chiarezza sulle norme dell'Unione Europea che disciplinano le concessioni, ci si è dovuti scontrare con il medesimo preconetto.

Se si dà lettura ai documenti di lavoro della Commissione circa la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione – SEC(2011) 1588 def. e SEC(2011) 1589 def., Bruxelles, 20.12.2011 –¹¹, si noterà che, tralasciando le opzioni non legislative (nessun cambiamento di politica, politica mirata in materia di infrazioni, strumenti non vincolanti), le alternative possibili erano tre:

Solo di recente, con la direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, è stato adottato un *corpus ad hoc* sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

⁹ Cfr. art. 3, par. 1, della direttiva 71/305/CEE, ove già figurava la definizione *per differentiam* delle concessioni rispetto agli appalti, indicando quale *discrimen* il fatto che la controprestazione dei lavori consistesse “unicamente nel diritto di gestire l'opera, oppure in questo accompagnato da un prezzo”.

¹⁰ Segnatamente l'art. 1, par. 4, per la definizione; l'art. 3 per l'applicazione del principio di non discriminazione negli affidamenti “a valle” da parte dei concessionari titolari di diritti speciali o esclusivi; e l'art. 17 per l'esclusione dall'applicazione delle altre norme della direttiva.

¹¹ Cfr. i documenti di lavoro della Commissione che accompagnano la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione di contratti di concessione COM(2011) 897 def. – SEC(2011) 1588 def. e SEC(2011) 1589 def., Bruxelles, 20.12.2011 – nei quali sono considerati i potenziali impatti delle varie opzioni non solo sotto il piano giuridico, ma anche sotto quello politico (economico, sociale e ambientale). Nel raccomandare l'opzione delle norme miste, la Commissione mirava ad una migliore realizzazione di una serie di obiettivi, in particolare quelli di migliorare l'accesso al mercato, aumentare le opportunità di investimento e, quindi, accrescere il numero e la qualità dei servizi. Secondo la Commissione le norme miste avrebbero anche avuto un impatto positivo sui partenariati pubblico-privati.

due opzioni legislative “estreme” (rispettivamente, l’adozione di norme di base corrispondenti alle disposizioni in materia di concessioni di lavori di cui alla direttiva 2004/18/CE oppure l’adozione di norme dettagliate fondate sulla disciplina degli appalti pubblici); la terza, le norme miste, rappresentava un compromesso tra le altre due.

Com’è noto, la soluzione scelta in seno alla nuova direttiva è stata quest’ultima, ovverosia una versione *soft* delle disposizioni sui criteri di selezione ed aggiudicazione e sullo svolgimento delle procedure riguardanti gli appalti (obbligo di pubblicare in anticipo criteri di selezione e aggiudicazione coerenti con l’oggetto della concessione, di rispettare termini di tempo minimi per la presentazione delle offerte, norme sulle specifiche tecniche, sull’obbligo di fornire le stesse informazioni a tutti gli offerenti durante le negoziazioni, sulle modifiche alle concessioni in corso d’esecuzione e, infine, sulla pubblicazione obbligatoria dell’avviso di aggiudicazione).¹²

Questa annotazione assume rilievo perché evidenzia in maniera lapalissiana come le concessioni siano inizialmente state generate dagli appalti, prima quale fattispecie esclusa – quasi a mo’ di nemesi – e poi come una sorta di innesto, ma successivamente ne abbiano preso le distanze e sviluppato un proprio *status*.

Anzi, volendo scorgere un nuovo indirizzo interpretativo, è possibile affermare l’inversione dei ruoli: come si vedrà più avanti, ora è la concessione che produce influenze sull’appalto.

L’avvento del cambiamento di prospettiva si è avuto, su impulso della Corte di Giustizia, con l’inizio del nuovo millennio, più precisamente con la nota Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario del 29 aprile 2000 (2000/C 121/02) e col parere d’iniziativa del Comitato Economico e Sociale sul rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico-privato (PPP) come strumenti di rilancio della crescita europea al servizio dei cittadini europei e dell’integrazione dei mercati (2001/C 14/19).

¹² In dottrina si veda Sanchez Graells A., *The continuing relevance of the general principles of EU public procurement law after the adoption of the 2014 Concessions Directive*, University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-12, il quale osserva: “most of the general provisions of the Concessions Directive are a copy (or a ‘Frankenstein copy’) of provisions already available in other procurement Directives and, mainly, in Directive 2014/24 on public sector procurement. Such duplication makes me think that the EU legislator would indeed have been better off by just including a limited set of specific provisions dealing with concession contracts within Directive 2014/24. By not doing so, it has created unnecessary duplication and complication”.

§1.2. La Comunicazione sulle concessioni ed il parere del CESE

Per quanto riguarda gli atti di cd. *soft law*, tenendo fede all'impegno preso nel 1998, il 29 aprile 2000 la Commissione ha emanato la Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02).¹³

La finalità principale della Comunicazione interpretativa in parola è stata quella di porre rimedio all'incertezza del diritto e soprattutto alla “fuga dal diritto” – per usare un'espressione ricorrente – in campo concessorio.¹⁴

Sono essenzialmente due gli aspetti passati in rassegna nella Comunicazione¹⁵:

- la definizione di concessione di lavori e servizi;
- la disciplina ad esse applicabile.

Una volta ricordato che il legislatore comunitario ha inteso definire la nozione di concessione partendo da quella di appalto pubblico, la Commissione ha individuato nel “diritto di gestione” l'elemento distintivo determinante per distinguerli.¹⁶

¹³ Con nota di Leggiadro F., *Urbanistica e appalti* 10: 1061–1075, 2000, ove si legge a pag. 1074: “La comunicazione si prefigge l'obiettivo di delimitare il concetto di concessione. In realtà, anche questa volta, l'operazione ermeneutica che viene svolta porta, di fatto, non ad una restrizione del concetto di concessione ma ad un'estensione di quello di appalto”.

¹⁴ Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02), Bruxelles, 29 aprile 2000: “Alcuni Stati membri talvolta hanno ritenuto che l'attribuzione di una concessione non fosse soggetta alle disposizioni del Trattato, consistendo questa nella delega di un servizio al pubblico che poteva essere attribuita soltanto sulla base di una fiducia reciproca (*intuitu personae*). Discende dal trattato e da una giurisprudenza costante della Corte che le sole giustificazioni in base alle quali atti dello Stato, adottati in violazione degli articoli 43 e 49 (ex articoli 52 e 59) del trattato CE, sfuggono al divieto previsto da detti articoli, sono quelle contemplate dagli articoli 45 e 55 (ex articoli 55 e 66), le cui condizioni d'applicazione, precisate dalla Corte e peraltro molto restrittive, sono esplicitate qui appresso. Nulla nel trattato o nella giurisprudenza della Corte permette di prospettare una situazione diversa per le concessioni”.

¹⁵ Costituiscono oggetto della Comunicazione “gli atti riconducibili allo Stato per mezzo dei quali un'autorità pubblica affida a un soggetto – vuoi con un atto contrattuale, vuoi con un atto unilaterale che abbia ricevuto il consenso di tale soggetto – la gestione totale o parziale di servizi che di norma ricadono nell'ambito di prerogative dello Stato, e per i quali il soggetto in questione assume il rischio di gestione. Siffatti servizi rientrano nell'ambito della presente comunicazione se configurabili quali prestazioni di attività economiche ai sensi degli articoli da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del trattato. Gli atti dello Stato così definiti saranno designati nel prosieguo della presente comunicazione con il termine «concessioni», indipendentemente dalla qualifica giuridica che essi ricevono negli ordinamenti giuridici nazionali”.

Questa annotazione è importante perché dà conto della discrasia esistente circa le concessioni, talvolta considerate contratti, talaltra provvedimenti amministrativi. La circostanza verrà analizzata più avanti per mostrare come la differente configurazione della concessione nell'ordinamento nazionale comporti notevoli ricadute sulla disciplina ritenuta applicabile all'istituto (v. *infra*).

¹⁶ Cfr. la medesima Comunicazione citata, pt. 2.1.2: “In conclusione, il diritto di gestione comporta il trasferimento al concessionario dell'alea derivante da tale gestione; la ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario avviene caso per caso in base alle rispettive capacità di gestire al meglio i rischi in questione. Se i poteri pubblici sopportano la maggior parte dell'alea legata alla gestione dell'opera, garantendo, per esempio, il rimborso dei finanziamenti, l'elemento «rischio» viene a mancare. In tal caso la Commissione ritiene che si tratti di un appalto pubblico di lavori e non di una concessione”.

Tale elemento rappresenta la peculiarità di un contratto di concessione in genere, indipendentemente dall'oggetto (lavori o servizi).

Infatti, come per le concessioni di lavori, il criterio della gestione è una caratteristica essenziale per stabilire se si è in presenza di una concessione di servizi.

Applicando tale criterio, secondo la Comunicazione, si ha una concessione quando l'operatore si assume i rischi legati all'operazione economica posta in essere, dal momento che il diritto di gestione implica anche il trasferimento della responsabilità di gestione che investe al tempo stesso gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali.¹⁷

Per distinguere la concessione dall'appalto, in questa fase iniziale, viene attribuita grande rilevanza non solo al rischio, specialmente economico, ma anche, quale figura sintomatica del primo, alla fonte della remunerazione per il concessionario.¹⁸

L'incombenza prevalente, in una fase storica in cui solo le concessioni di lavori erano cristallizzate nel diritto positivo, sembra dunque essere distinguere appalti e concessioni allo scopo di segnare una linea di confine fra le diverse fattispecie.¹⁹

E questo per via delle discipline applicabili assai differenti, soprattutto in relazione alle concessioni di servizi.

Eccettuate quelle di lavori contemplate dalle direttive sugli appalti, le concessioni erano assoggettate come regola generale "*de minimis*" alle norme e ai principi del Trattato (si tratta, in particolare, dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità), nella misura in cui fossero riconducibili ad atti dello Stato ed avessero per oggetto la prestazione di attività economiche di interesse transfrontaliero.

¹⁷ La Commissione è consapevole che anche negli appalti pubblici una parte dei rischi sia a carico del contraente (per esempio, il rischio di modifiche al contesto normativo durante l'esecuzione del contratto tali da sconvolgere l'equilibrio finanziario del contratto) o il rischio di obsolescenza tecnica. Tale tipo di rischi, peraltro, esiste in misura maggiore nel quadro di una concessione, tenuto conto del fatto che essa si estende per un periodo di tempo relativamente lungo e che l'alea legata all'aspetto finanziario dell'operazione – cd. "rischio economico" – è propria unicamente delle concessioni.

¹⁸ Secondo la Comunicazione, ai sensi del diritto comunitario, si è in presenza di appalti pubblici quando il costo dell'operazione grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti. Non muta la situazione la circostanza che il diritto di gestione possa essere accompagnato da un prezzo, purché esso non elimini il rischio inerente alla gestione.

Tuttavia, la Commissione non manca di chiosare che sebbene, in genere, l'origine del compenso – prelevato direttamente dall'utente – sia un elemento significativo, quello determinante è la presenza del rischio di gestione, legato all'investimento effettuato o ai capitali investiti, in particolare nel caso in cui l'autorità concedente paga un prezzo.

¹⁹ Cfr. la medesima Comunicazione citata, pt. 2.1.2: "La Commissione constata l'esistenza di fattispecie sempre più numerose di appalti pubblici frutto di complesse operazioni giuridiche. Ecco perché il confine tra queste operazioni e la concessione di lavori pubblici può essere talvolta difficile da tracciare".

Di conseguenza, la scelta dei concessionari doveva essere operata in base a criteri obiettivi e la procedura doveva svolgersi nel rispetto delle regole procedurali e dei requisiti fondamentali così come inizialmente stabiliti; qualora tali regole non fossero state prefissate, la scelta dei candidati doveva comunque avvenire in maniera imparziale.

In definitiva, l'azione della Commissione si è per lo più concretata nel chiarimento della nozione di concessione e della sua disciplina, *sub specie* dei limiti relativi alla estensione dei principi generali del Trattato e delle norme regolanti gli appalti.

Per giungere ad un intervento più consistente si è dovuto attendere l'anno seguente, quando il Comitato Economico e Sociale ha deciso di elaborare un parere d'iniziativa sul rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico-privato (PPP) come strumenti di rilancio della crescita europea al servizio dei cittadini europei e dell'integrazione dei mercati (2001/C 14/19).²⁰

Il movente del Comitato – lo si può leggere già nel titolo del parere: “*rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico-privato (PPP)*” – è dato dalla consapevolezza che il quadro giuridico degli appalti è stato in gran parte consolidato dal progressivo sviluppo nel tempo, mentre le concessioni e i PPP abbisognano ancora di essere implementati.²¹

²⁰ La questione che l'abito dell'appalto andasse stretto alla figura del PPP era già stata sollevata ai tempi del Libro Verde del 1996 “Gli appalti pubblici nell'Unione europea - Spunti di riflessione per il futuro” COM(96) 583 (v. *infra*).

²¹ Cfr. Parere del Comitato economico e sociale sul tema «Rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico-privato (PPP)» (2001/C 14/19), Bruxelles, 19.10.2000, ove si osserva che: “la Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, il precedente Libro verde del gennaio 1997 sugli appalti pubblici e la nota orientativa del marzo 1998 costituiscono altrettante riflessioni che sollevano diverse questioni fondamentali. La Commissione ha riconosciuto la varietà delle relazioni contrattuali che rientrano nel PPP e ha concentrato la sua analisi sulle sole concessioni”.

In particolare, ai ptt. 2.1.3.2-2.1.3.3, prosegue il CESE: “La comunicazione non risolve con questo tutti i problemi né per quanto riguarda il contenuto dei contratti di concessione né per quanto concerne il diritto ad essi applicabile. La Commissione utilizza “il diritto di gestire l'opera o tale diritto accompagnato da un prezzo” come criterio distintivo ed esclusivo che caratterizza la concessione rispetto all'appalto precisando: “Il diritto di gestione consente di percepire proventi dall'utente”; a suo avviso la remunerazione ottenuta direttamente presso gli utenti dell'opera distingue le concessioni dagli appalti e la “gestione” è assimilata al “rischio di fruizione”, il che non corrisponde né alla realtà di tutti i contratti di concessione, né alla direttiva sui lavori e ancor meno alla direttiva sui servizi.

A seconda della natura del servizio da erogare, i rischi sono molto vari e non si limitano al solo rischio di traffico (ospedale, parcheggio, rete idrica...). Prima della gestione il concessionario deve realizzare la concezione, il finanziamento, l'esecuzione dei lavori e il servizio di manutenzione per molti anni. La concessione non potrebbe pertanto essere ricondotta ad un solo criterio, il rischio sulla sola fonte del pagamento; è un concetto molto più vasto ed è necessario fornire tutti gli elementi e stabilire una gerarchia fra di essi se si vuole realmente chiarire la nozione. D'altro canto è mediante un negoziato caso per caso che vengono fissati i trasferimenti di rischi in ogni contratto” (enfasi aggiunta).

Il Comitato affronta due macro-ambiti di interesse: le questioni giuridiche, economiche, sociali e strategiche, da un lato, e le questioni di armonizzazione e di chiarimento del diritto europeo, dall'altro lato.

Nella prima categoria rientrano sostanzialmente gli ostacoli giuridici, economici, politici e sociali di cui si parlerà più avanti nel testo²², mentre appartengono alla seconda tutte le considerazioni che, per forza di cose, esulano in gran parte dalla disciplina comunitaria esistente.

Il riferimento è naturalmente al lacunoso diritto delle concessioni ed all'assente diritto dei PPP, dai quali discende una situazione di incertezza e disorganicità nelle prassi adottate dagli operatori.

Il CESE non può che ravvisare l'estrema problematicità della fondazione del concetto di concessione sul sostrato dell'appalto.²³

E, a tal fine, esamina una serie di aspetti confliggenti con detta ispirazione di fondo: non è sufficiente una procedura di aggiudicazione armonizzata e trasparente per i contratti di concessione e di PPP, poiché per questo tipo di contratti entrano in gioco profili del tutto particolari che meritano puntuale attenzione.

Per il CESE, in sostanza, il PPP consiste in un *quid pluris* rispetto alle concessioni e rappresenta un insieme di contratti, originati dall'esigenza di costruire le reti transeuropee (RTE), che posseggono interesse strategico per il loro aspetto specifico connesso con le prestazioni di servizi d'interesse generale (sociale, ambientale) e per la formazione, consolidamento e crescita di un vero mercato dei capitali privati destinati alle infrastrutture, ma che al momento risultano ostacolati dalle incertezze che regnano sull'attuale diritto contrattuale europeo. Emblematico il caso della PFI nel Regno Unito: "i contratti di Private Finance Initiative (PFI) in Gran Bretagna sono di lunghissima durata, sono interamente negoziati e comportano un pagamento pubblico totale dopo un trasferimento di rischi più o meno importanti al settore privato: tali contratti possono essere considerati o appalti pubblici o concessioni in base alla comunicazione interpretativa".

Il Comitato ritiene infine che le procedure dovrebbero essere utilizzate per tener conto dei tre pilastri (economia, ambiente e aspetti sociali) e indica la via futura (pt. 2.2.8.3): "Occorre che la Commissione adotti una visione strategica: o l'Europa sale opportunamente sul treno della gestione pubblica del nuovo millennio, in linea con la sua tradizione, o resta imprigionata in una gabbia normativa che comporta una maggiorazione dei costi sia per i consumatori sia per gli investitori privati che sostengono costi di finanziamento più elevati".

²² Esposti nel Capitolo I, paragrafo §1.4.2, della Parte II (v. *infra*).

²³ Cfr. Parere del CESE, ptt. 2.1.2-2.1.2.1: "La nozione di concessione di lavori pubblici nel diritto europeo è alquanto criticabile. Tale critica verte, da un lato, essenzialmente sulla connessione tra le concessioni e gli appalti di lavori, che è un controsenso e, dall'altro, sulla mancata considerazione nella maggior parte degli Stati membri delle proposte autonome di concessioni offerte dal settore privato.

Una concessione di lavori pubblici è un contratto complesso tramite cui un'autorità pubblica delega ad un'organizzazione privata il compito di creare un'opera finanziandola, poi di mantenerla e di gestirla per un lungo periodo di tempo che consenta di ammortizzare gli investimenti. Ciò richiede pertanto un trasferimento di responsabilità dal concedente al concessionario e una nozione di globalità del contratto che comprende numerose funzioni (costruzione, finanziamento, gestione) indipendentemente dalla modalità di pagamento del concessionario. La remunerazione del capitale e dei rischi dell'investitore deve equilibrare equamente il servizio reso al consumatore o all'utente" (corsivi aggiunti).

È il caso della previa consultazione delle parti sociali, della scelta finale del concessionario (l'autorità pubblica deve definire preventivamente gli obiettivi e le finalità del progetto, pur lasciando alla parte privata le responsabilità tecniche ed economiche della soluzione proposta), dei criteri di selezione (una selezione degli offerenti fondata unicamente su criteri quantitativi non è adatta a progetti tanto ampi e complessi), del rimborso di una parte significativa dei costi di preparazione delle offerte, della tutela della proprietà intellettuale, dell'incentivazione delle innovazioni rilevanti e essenziali (su tutti gli aspetti tecnici, finanziari o commerciali), dello sviluppo sostenibile (considerata l'importanza di tali progetti, è necessario che le autorità pubbliche tengano conto degli aspetti sociali e ambientali), del dialogo e della negoziazione (dopo la presentazione delle proposte da parte di uno o più candidati, può instaurarsi un dialogo con i potenziali concessionari nel corso del quale il concedente deve dar prova di elasticità e di flessibilità nel mettere a punto definitivamente il contratto di concessione nel rispetto dei suoi bisogni), dell'elasticità e della flessibilità (il concessionario deve godere di tutte le libertà nel modo di raggiungere l'obiettivo di servizio definito dal concedente: concezione dell'opera, fasi dei lavori, assunzione dei rischi tecnici, etc.).

L'auspicio è allora quello di addivenire, se non alla introduzione di uno statuto *ad hoc* per concessioni e PPP, almeno al chiarimento delle regole esistenti ad essi applicabili e all'adeguamento delle medesime in una prospettiva teleologico-funzionale.²⁴

²⁴ Cfr. pt. 4.3 del medesimo parere: “La direttiva dovrà definire le concessioni e le altre forme di contratti di PPP in funzione del loro carattere di lunga durata e dei loro elementi costitutivi fondamentali (concezione, realizzazione, finanziamento, manutenzione e gestione delle opere). [...]”

4.3.2. Un quadro giuridico ben appropriato alle concessioni è essenziale nella questione dell'esecuzione del contratto di concessione o di PPP. La possibilità di stipulare dei contratti di partenariato dipende sostanzialmente dalla possibilità di raggiungere e di rispettare l'equilibrio contrattuale senza il quale nessun operatore stipulerebbe un contratto di concessione. Occorre pertanto creare dei principi che permettano una ripartizione equilibrata dei rischi fra concedente e concessionario sia nella concessione di lavori che nella concessione di servizi. I seguenti principi dovrebbero figurare nel diritto europeo:

4.3.2.1. I rischi di una concessione di infrastrutture devono essere identificati, quantificati e chiaramente assegnati alla parte che è maggiormente in grado di assumerli.

4.3.2.2. Il concessionario e i suoi finanziatori devono avere la garanzia che il contratto verrà concluso senza modifiche. Invece la modifica del quadro economico previsto nel contratto determinerà un nuovo negoziato. Si devono prevedere il caso fortuito e la forza maggiore (principio di stabilità del contratto).

4.3.2.3. Occorre che il concedente prenda disposizioni in caso di rischio eccezionale: avvenimento imprevedibile, improvviso e tale da aumentare il costo del contratto. È ad esempio il caso di modifica dei vincoli amministrativi.

4.3.2.4. Il concessionario deve poter beneficiare di una flessibilità sufficiente per assolvere il compito che gli è stato delegato dal concedente. Il concedente non deve interferire indebitamente nell'esecuzione del contratto. Il suo ruolo riguarda questioni di sovranità, di sicurezza e di ordine pubblico, anche per quanto riguarda le sue competenze politiche e la sua responsabilità sociale e nel rispetto delle medesime”.

E proprio questi sono i temi centrali del presente elaborato poiché presentano molte criticità.

Auspicio che si è tradotto nella promozione di una specifica direttiva in materia di concessioni, attuale punto d'arrivo del travagliato percorso evolutivo del *public procurement* in ambito comunitario.²⁵

§1.3. L'approdo finale (per ora): la direttiva 2014/23/UE

Come apertamente riconosciuto dal considerando 18 della direttiva n. 23 del 2014, *“Le difficoltà legate all'interpretazione dei concetti di “contratto di concessione” e di “appalto pubblico” hanno generato una costante incertezza giuridica tra i soggetti interessati e sono state oggetto di numerose sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea”*.²⁶

Ne consegue evidentemente la necessità di meglio precisare la definizione di concessione, in particolare facendo riferimento al concetto di *“rischio operativo”*.²⁷

L'art. 5, par. 1, lett. a) e b) definisce:

- *“concessione di lavori”* un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo;

²⁵ Cfr. pt. 4.3.4. del medesimo parere: *“La Commissione deve imperativamente proporre un testo legislativo chiaro che consenta di realizzare il partenariato del settore privato e del settore pubblico per sviluppare le infrastrutture e i servizi di cui l'Europa ha bisogno, e che venga adottato il più rapidamente possibile a livello europeo”*: v. ora la direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 sui contratti di concessione.

Come esplicitamente confermato dai conss. 1 e 2 della direttiva, l'assenza di una chiara normativa che disciplinasse l'aggiudicazione delle concessioni a livello dell'Unione Europea, oltre ad aver dato luogo ad incertezza giuridica, ha ostacolato la circolazione dei servizi e provocato distorsioni nel mercato unico.

Di conseguenza, se gli operatori economici, in particolare le piccole e medie imprese (PMI), hanno mancato importanti opportunità commerciali, le autorità non sono riuscite ad utilizzare il denaro pubblico nella maniera migliore, in modo da offrire ai cittadini servizi di qualità ai prezzi migliori.

La soluzione viene così individuata nella definizione di un quadro giuridico idoneo, equilibrato e flessibile per l'aggiudicazione delle concessioni che garantisca un accesso effettivo e non discriminatorio al mercato a tutti gli operatori economici dell'Unione assicurando altresì la certezza giuridica e favorendo quindi investimenti pubblici e privati nelle infrastrutture e servizi strategici per i cittadini.

Tale quadro giuridico potrebbe inoltre costituire una base ed uno strumento per aprire maggiormente i mercati internazionali dei contratti pubblici e rafforzare gli scambi commerciali mondiali e globali.

Le norme del quadro legislativo applicabile all'aggiudicazione delle concessioni dovrebbero essere chiare e semplici, tenendo in debito conto della specificità delle concessioni rispetto agli appalti pubblici.

²⁶ Infatti, la moltiplicazione delle sentenze della Corte di Giustizia sulle concessioni (26 dal 2000), dove, chiarendo alcuni aspetti legati all'aggiudicazione delle concessioni, la Corte ha cercato di affrontare il vuoto giuridico in questo settore, dimostra che la situazione attuale è lungi dall'essere soddisfacente e che i problemi non possono essere adeguatamente affrontati soltanto caso per caso (cfr. European Commission - MEMO/14/19 del 15.01.2014).

²⁷ Con la scomparsa dell'attributo *“sostanziale”* che invece compariva nella proposta di direttiva.

- e “concessione di servizi” un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi diversi dall’esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Ergo si tratta di un quadro normativo unitario²⁸, applicabile a concessioni sia di lavori sia di servizi, ma la novità più interessante risulta senza ombra di dubbio essere rappresentata dall’espressa inclusione e connotazione del diritto di gestione quale rischio operativo.²⁹

Ai sensi dell’art. 5, infatti, l’aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell’offerta, o entrambi.

²⁸ Contrariamente a quanto accaduto in passato, ossia alla definizione *per differentiam* delle concessioni rispetto agli appalti, la nuova direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull’aggiudicazione dei contratti di concessione (GUUE L 94 del 28 marzo 2014) ha per la prima volta introdotto l’autonoma definizione delle concessioni cancellando ogni riferimento agli appalti.

²⁹ È questa un’assoluta *new entry* per quanto riguarda il diritto unionale vincolante, dal momento che l’unico precedente che si era fattivamente occupato di rischio era stata la comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni del 2000 (2000/C 121/02), notoriamente atto di *soft law*, la quale non soltanto riteneva che il criterio del diritto di gestione, implicante il trasferimento della responsabilità riguardante gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell’opera o del servizio, permettesse di individuare alcuni elementi caratteristici per distinguere le concessioni dall’appalto pubblico, ma concludeva anche che il concessionario assumesse i rischi inerenti all’operazione economica, essendogli trasferita l’alea relativa alla gestione.

Constatata l’esistenza di fattispecie sempre più numerose di appalti pubblici frutto di complesse operazioni giuridiche, secondo la Commissione si era in presenza di appalti pubblici quando il costo dell’opera o del servizio gravava sostanzialmente sull’autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunerava attraverso i proventi riscossi dagli utenti. Per converso, rientravano nella nozione di concessione le ipotesi in cui il diritto di gestire l’opera o il servizio fosse accompagnato da un prezzo, purché quest’ultimo non eliminasse il rischio inerente alla gestione, con la precisazione che, sebbene in genere l’origine del compenso prelevato direttamente dall’utente fosse un elemento significativo, quello determinante era la presenza del rischio di gestione legato all’investimento effettuato o ai capitali investiti.

“È vero che anche negli appalti pubblici accade che una parte dei rischi sia a carico del contraente. Tuttavia, l’alea legata all’aspetto finanziario dell’operazione, che si potrebbe definire «rischio economico», è propria del fenomeno delle concessioni. Questo tipo di rischio, infatti, che dipende strettamente dai proventi che il concessionario può trarre dalla fruizione, costituisce un importante elemento per distinguere le concessioni dagli appalti pubblici. In conclusione, il diritto di gestione comporta il trasferimento al concessionario dell’alea derivante da tale gestione; la ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario avviene caso per caso in base alle rispettive capacità di gestire al meglio i rischi in questione. Se i poteri pubblici sopportano la maggior parte dell’alea legata alla gestione dell’opera, garantendo, per esempio, il rimborso dei finanziamenti, l’elemento «rischio» viene a mancare. In tal caso la Commissione ritiene che si tratti di un appalto pubblico di lavori e non di una concessione” (cfr. pt. 2.1.2 – Delimitazione delle nozioni di «appalto pubblico di lavori» e di «concessione di lavori», COM 2000/C 121/02 cit.).

§1.3.1. La nozione di rischio operativo

La direttiva 2014/23/UE 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/servizi oggetto della concessione.

Di conseguenza, la parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile.

Secondo il considerando 18, 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 *in toto* i capitali investiti, sebbene una parte del rischio possa restare a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore.

L'applicazione delle specifiche norme che disciplinano l'aggiudicazione delle concessioni (*v. infra*) non sarebbe quindi giustificata se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore tenesse indenne 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.

Parimenti, la direttiva precisa che alcuni accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore dovrebbero configurarsi come concessioni qualora 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 e disponibilità.

È questa la fattispecie in cui più problematica diventa la distinzione dagli appalti, non solo perché costituisce un cambiamento di vedute rispetto al recente passato, ma anche per il persistere di radicati orientamenti contrastanti (è il caso dell'ordinamento italiano).

Insomma, ciò che connota la concessione è il trasferimento della responsabilità riguardante gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera o servizio al concessionario.

Avendo il considerando 18 identificato *expressis verbis* l'allocatione del rischio quale *discrimen* tra appalti e concessioni, il successivo considerando 19 deve affrontare la questione della misura e dimensione del rischio, vale a dire il *quantum* di rischio operativo necessario per passare da una fattispecie all'altra.

Come si vedrà a breve, si è scelto di seguire la via delineata dalla Corte di Giustizia, la quale ha ammesso la sufficienza di un rischio ridotto – purché significativo ed almeno parzialmente corrispondente a quello che sarebbe posto in capo alla p.a. – a qualificare un contratto come concessione.³⁰

Da ultimo, il considerando 20 si occupa dell'origine del rischio affermandone la natura esogena rispetto alla parti contrattuali e la stretta connessione con l'andamento del mercato, con riferimento in particolare all'incontro fra domanda e offerta.³¹

La remunerazione del concessionario, oltre che derivare dai pagamenti degli utenti, può pertanto scaturire anche dai versamenti dell'amministrazione a condizione che questi siano legati alla prestazione resa dal concessionario medesimo (canone di disponibilità, *shadow tolls*...) e non ai costi sostenuti da quest'ultimo.

Tutte le previsioni appena enucleate, le quali verranno riprese ed approfondite nel prosieguo, presentano alcuni profili di notevole criticità.

In primis, si pone il problema della estrema volatilità della nozione di rischio operativo in quanto, più che costruire una tipologia ben definita, sembra semplicemente voler emarginare la possibilità che il plesso pubblico sollevi il privato concessionario da perdite e *default*.

In secundis, a fronte di una simile finalità, sembra potersi rimarcare una certa contraddizione nella possibilità di attenuare il rischio mediante un prezzo a carico della p.a.,

³⁰ Cfr. considerando 19 della direttiva 2014/23/UE: “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. 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”.

³¹ Cfr. considerando 20 della direttiva 2014/23/UE: “Un rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti. Rischi come quelli legati a una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o a cause di forza maggiore non sono determinanti ai fini della qualificazione come concessione, dal momento che rischi del genere sono insiti in ogni contratto, indipendentemente dal fatto che si tratti di un appalto pubblico o di una concessione. 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. Per rischio sul lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio sul lato dell'offerta si intende 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. Ai fini della valutazione del rischio operativo, dovrebbe essere preso in considerazione in maniera coerente ed uniforme il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario”.

attraverso clausole contrattuali, o tramite la peculiare disciplina di settore (basti pensare ai servizi a rete, nei quali è difficile immaginare il rischio di fallimento³²).

In tertius, se è vero che il rischio, non potendo essere la mera alea imprenditoriale, deve dipendere da fattori esterni alle parti, specialmente dall'imprevedibile incontro fra domanda e offerta, con possibilità di perdite reali e consistenti per il concessionario, la concessione si trasformerebbe per ciò solo in un contratto aleatorio, e non commutativo, a dispetto del rapporto sinallagmatico fra le prestazioni.³³

In aggiunta a tutto ciò, occorre dire che le possibili cause del mancato recupero degli investimenti e dei costi sostenuti, ad opera del mercato, sono ben più numerose e variabili rispetto alla sola esclusione della totale garanzia pubblica di un guadagno minimo o della parità di bilancio.³⁴

Di conseguenza, se non bisogna dimenticare che la ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario avviene caso per caso in base alle rispettive capacità di prevenire, gestire e riparare al meglio i rischi, deve altresì rammentarsi che i soggetti agenti sono tendenzialmente caratterizzati da una forte avversione al rischio.

³² Prendiamo l'esempio delle reti: è pressoché irrealistico che alla concessione di questi servizi sottostia un rischio assolutamente rilevante paragonabile al caso di decisione collettiva, di massa, di staccarsi dalle reti e produrre i servizi autonomamente (bombole a gas, pozzi in giardino, impianti elettrici domestici *off-grid*).

Anzi, si tratta di monopoli naturali che di solito assicurano un certo lucro in quanto la p.a. concede – è bene ricordarlo – un “pacchetto” di clienti e di attività dal sicuro rendimento (discorso parzialmente diverso per il trasporto pubblico, in particolare su strada, per il quale sarebbe necessaria una vera e propria riforma, anche dei consumi e delle abitudini).

Cionondimeno si tratta tradizionalmente di concessioni e nessuno oserebbe negarlo, a maggior ragione alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia (ed anche se la nuova direttiva sulle concessioni n. 23 del 2014 crea qualche dubbio: v. cons. 17).

³³ Sul punto Iaione C., *La nozione codicistica di contratto pubblico*, in giustamm.it (pubblicato il 24.5.2007) osserva che occorre “stabilire se, sotto il profilo gius-civilistico, l'aleatorietà penetri la causa del negozio giuridico concessorio ovvero rimanga confinata entro il livello dell'operazione economica sottostante al negozio. La caratterizzazione in termini di aleatorietà del profilo causale della concessione comporterebbe conseguenze di non poco conto sul piano del regime giuridico. Infatti, il concessionario si vedrebbe privato di una serie di strumenti di tutela – come i meccanismi riequilibratori previsti per i contratti commutativi (art. 1467 e 1664 c.c.) – che conferiscono all'operazione economica sottostante una cornice di certezze giuridiche. E ciò potrebbe compromettere la finalità che l'istituto concessorio si prefigge e cioè quella di incoraggiare il coinvolgimento del capitale (economico e conoscitivo) privato nella realizzazione di infrastrutture o nella erogazione di servizi al cittadino”.

Per la aleatorietà funzionale (e non meramente economica) della concessione cfr. Tullio A., *La finanza di progetto: profili civilistici*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 186 e ss.; di contrario avviso è Ricchi M., *La regolazione di una operazione di partenariato pubblico-privato*, Rivista amministrativa, 169, 2007 (www.osservatorioappalti.unitn.it).

³⁴ A titolo esemplificativo possono essere riportati i casi dell'errata previsione della futura domanda, della durata contrattuale, dell'oggetto della concessione a cui occorre apportare delle modifiche *in fieri*.

Questi temi sono peraltro trattati nella nuova direttiva sulle concessioni, ma non vengono collegati adeguatamente alla problematica del rischio di mancato equilibrio economico contrattuale (v. *infra*).

Il che può significare: o la grande onerosità delle concessioni (per la presenza di un elevato *risk premium* o di polizze assicurative) o la loro svalutazione in favore degli appalti.

Entrambi effetti, questi, che si scontrano con la realtà attuale afflitta da depressione economica e scarsa circolazione di capitali, nonché da limitata disponibilità di risorse pubbliche per realizzare gli interventi.

Considerazioni personali a parte, resta la problematica distinzione fra appalti e concessioni, soprattutto sotto il profilo procedurale, poiché in via di principio alle due fattispecie si applicano statuti regolamentari differenti (fatto salvo quanto si dirà sui PPP nella Parte II).

Inoltre, sono ravvisabili diverse e problematiche interazioni con altri istituti dell'ordinamento sovranazionale e nazionale (Sieg e servizi pubblici su tutti).

Cominciamo allora dall'esame delle pronunce della Corte di Giustizia che si sono occupate del tema per ricavare elementi utili a risolvere i dubbi interpretativi sopra esposti e comprendere maggiormente la distinzione fra appalti e concessioni.³⁵

Non bisogna invero dimenticare che la definizione di concessione è materia riservata al diritto unionale³⁶ e, per via del principio di *primauté*, opera pertanto un effetto

³⁵ Come opportunamente evidenziato da Levstik S., "Proposta di direttiva sulle concessioni: una prima analisi ricognitiva", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013, la disciplina delle concessioni si conforma agli arresti giurisprudenziali della Corte di Giustizia secondo cui l'elemento che caratterizza la concessione (distinguendola dall'appalto) consiste nella presenza del "rischio operativo sostanziale" (cfr. cons. 7 e art. 2 par. 2 prop. dir. conc. COM(2011) 897 def., Bruxelles, 20.12.2011). Tuttavia, nella proposta di direttiva si leggeva all'art. 2, par. 2, che "Tale rischio economico può assumere una delle due forme seguenti: a) il rischio relativo all'uso dei lavori o alla domanda di prestazione del servizio; oppure b) il rischio relativo alla disponibilità delle infrastrutture fornite dal concessionario o utilizzate per la fornitura dei servizi agli utenti".

Dette specificazioni sul rischio concessorio sono state infatti eliminate in sede di approvazione della direttiva 2014/23/UE poiché ritenute non pienamente in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Ad un osservatore attento non sarà invero sfuggito che tali tipi di rischio, depennati dalla direttiva, corrispondono a quelli che si trovano elencati nella decisione di Eurostat dell'11 Febbraio 2004 – "*Treatment of public-private partnerships*", ovvero sia al rischio di domanda e a quello di disponibilità (con ovvia esclusione di quello di costruzione in quanto di norma non presente nelle concessioni di servizi). Dunque, sarebbe stato inopportuno limitare le tipologie di rischi a quelli appena menzionati non solo perché non sono il portato della Corte del Lussemburgo, ma anche perché, come si vedrà più avanti, costituiscono solamente generalizzazioni di una parte dei rischi che possono emergere nella gestione di una concessione.

³⁶ La Corte di Giustizia ha affermato a più riprese che la questione se un'operazione debba o meno essere qualificata come concessione o come appalto pubblico deve essere valutata esclusivamente alla luce del diritto dell'Unione, non rilevando la qualificazione operata all'interno degli ordinamenti nazionali (cfr. Corte Giust. UE, Sez. II, 18 luglio 2007, C-382/05, *Commissione/Italia*, ptt. 30-31; Corte Giust. UE, Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset*, pt. 38; Corte Giust. UE, Sez. III, 10 marzo 2011, C-274/09, *Stadler*, pt. 23; Corte Giust. UE, Sez. II, 10 novembre 2011, C-348/10, *Norma-A*, pt. 40).

Detta premessa si rivela particolarmente opportuna in relazione al contesto giuridico italiano, dove l'attività ermeneutica degli interpreti è fortemente influenzata dalla tradizione domestica.

Come vedremo, neppure il legislatore è risultato esente dai medesimi preconcetti.

di integrazione diretta nell'ordinamento nazionale con conseguente obbligo di conformazione da parte degli operatori.

A tal proposito è utile indagare lo *status quo* del diritto interno per verificare se esso sia allineato agli orientamenti scaturiti nell'Unione Europea; in caso di esito negativo, si tratterà di capire le ragioni del mancato adeguamento e di indicare la via per porvi rimedio.

Non bisogna peraltro dimenticare che le concessioni amministrative sono un istituto plurisecolare che, affondando le proprie radici addirittura nel diritto romano³⁷, ha conosciuto una evoluzione del tutto autonoma rispetto ai recenti sviluppi guidati dal plesso europeo e si trova ora a doversi adeguare alla nuova epoca ed ai dettami dell'Unione.³⁸

In particolare, essendo l'Italia una nazione parecchio affezionata alla tradizione e ormai inesorabilmente incardinata sulla burocrazia amministrativa (cd. "*red tape*"), le difficoltà d'adattamento al nuovo corso delle concessioni sono piuttosto accentuate e ancor più sentite in confronto al resto del Continente (ne sono l'emblema più lampante le argomentazioni propugnate dai nostri rappresentanti innanzi alla Corte di Giustizia nelle cause che si esamineranno a breve).

³⁷ Sul punto si rinvia a Lepore P., "A proposito del fenomeno delle "concessioni amministrative" nell'esperienza romana", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013.

³⁸ Sebbene nel periodo post-unificazione abbia conosciuto in Italia una impostazione simile all'attuale, quale contratto di realizzazione e gestione di infrastrutture di pubblica utilità.

Per un esempio di tale stato di cose si vedano gli artt. 242-300 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 (All. F), abolitiva del contenzioso amministrativo, sulle concessioni ferroviarie.

Con riferimento alle concessioni di ferrovie si vedano anche il regio decreto 17 giugno 1900, n. 306, la legge 7 luglio 1907, n. 429, ed in seguito i regi decreti 9 maggio 1912, n. 1447, e 2 agosto 1929, n. 2150.

Oltre che per la costruzione di ferrovie, l'istituto fu utilizzato per la realizzazione di opere di bonifica dai regi decreti 30 dicembre 1923, n. 3256, e 13 febbraio 1933, n. 215, mentre il decreto legislativo luogotenenziale 6 febbraio 1919, n. 107, prevedeva la possibilità di concedere a privati l'esecuzione e la gestione di opere per conto dello Stato (analoghe disposizioni si rinvengono nel regio decreto 8 febbraio 1923, n. 422, come modificato dai regi decreti 2 dicembre 1923, n. 2847, e 28 agosto 1924, n. 1396, e nel regio decreto-legge 6 agosto 1926, n. 1657).

La prima codificazione di carattere generale dell'istituto si deve alla legge 24 giugno 1929, n. 1137, il cui art. 1 prevedeva la possibilità di concedere "in esecuzione a province, comuni, consorzi e privati, opere pubbliche di qualunque natura, anche indipendentemente dall'esercizio delle opere stesse". Per l'esecuzione dell'opera in concessione era stabilito che la spesa a carico dello Stato venisse ripartita "in non più di 30 rate annuali costanti, comprensive di capitale e di interesse" (oppure che fosse "corrisposta in unica soluzione al momento della liquidazione dei lavori", a seguito della legge 15 gennaio 1951, n. 34), con la precisazione che "Qualora occorra, per i lavori suppletivi ed imprevisi, di fissare nuovi prezzi, si provvederà con atto aggiuntivo, da approvare con le forme usate per la concessione. Tuttavia l'importo complessivo dei contributi non potrà superare di oltre un quinto quello prima previsto, rimanendo a totale carico del concessionario la eventuale maggiore spesa occorrente per l'opera".

Nonostante qualche ambiguità nominalistica, per lo più legata alla "concessione" di suolo pubblico e alla convenzione accessoria a decreto, si intravede quella che sarà la peculiarità della concessione europea, ovvero il rischio assunto dal concessionario, il quale diviene responsabile della concezione e realizzazione dell'operazione economica.

Capitolo II. Le pronunce della Corte di Giustizia

Come già anticipato *supra*, sin dalla Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario del 29 aprile 2000 (2000/C 121/02), il *proprium* che contraddistingue le concessioni quale *genus*³⁹ è stato individuato nel trasferimento del rischio economico di gestione al concessionario.⁴⁰

³⁹ Resta infatti ferma la premessa metodologica, già fatta propria dalla Comunicazione interpretativa 2000/C 121/02, in forza della quale il criterio distintivo delle concessioni vale a prescindere dalle singole *species* (lavori e servizi).

⁴⁰ Ad onor del vero, siffatto criterio distintivo, cristallizzato *in nuce* nella definizione di concessione, era già apparso nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (*i.e.* Causa C-272/91, *Lottomatica*, 26 aprile 1994; Causa C-360/96, *BFI Holding*, 10 novembre 1998), ma si ritiene opportuno fissare il punto di partenza della trattazione in concomitanza con la Comunicazione interpretativa sulle concessioni 2000/C 121/02 e l'apertura del nuovo millennio, se non altro per la maggior rilevanza acquisita dal tema.

Nel primo caso (*Lottomatica*), relativo al sistema di automazione del gioco del lotto in Italia, la Corte ha dovuto stabilire, per un verso, se si trattasse di una concessione del potere di esercitare il gioco del lotto, per l'altro, se avvenisse un trasferimento della competenza ad esercitare pubblici poteri (cfr. ptt. 21-33).

Il governo italiano, sul presupposto della deroga alla concorrenza per le attività che partecipano all'esercizio dei pubblici poteri negli Stati membri, sosteneva infatti che l'appalto-concorso controverso costituisse una concessione con la quale l'amministrazione trasferiva ad un terzo attività di competenza dei pubblici poteri, vale a dire parte dei poteri organizzativi, ispettivi e di certificazione relativi al gioco del lotto, il cui esercizio, in forza della normativa italiana, spettava esclusivamente allo Stato.

Come dimostrato dall'Avv. Gen. Gulman (ptt. 1-25 delle conclusioni presentate il 14 luglio 1993), l'introduzione del sistema d'automazione controverso – che, secondo il bando di appalto-concorso, comprendeva i locali, la fornitura, l'impianto, la manutenzione, il funzionamento, la trasmissione dei dati e quant'altro occorresse per il completo esercizio del gioco del lotto – non implicava alcun trasferimento di poteri al concessionario per quel che riguardava le diverse operazioni inerenti al gioco del lotto.

La pronuncia *de qua*, pur non arrivando a decretare che un rapporto di concessione non comportasse necessariamente un trasferimento di pubblici poteri, sanciva che l'elemento determinante per una concessione di servizio pubblico consisteva nell'accertare se si trasferisse al concessionario il diritto di sfruttare il sistema d'automazione nella gestione del gioco del lotto e di ottenere in tal modo la remunerazione.

Nel secondo caso (*BFI Holding*), riguardante l'aggiudicazione di contratti di servizi relativi alla raccolta di rifiuti, la Corte si è limitata a smentire che quelli conclusi potessero essere considerati contratti di concessione di servizio pubblico in quanto il corrispettivo versato al concessionario consisteva unicamente in un *pretium* e non nel diritto di svolgere il servizio (ptt. 24-25).

Le conclusioni dell'Avv. Gen. La Pergola, presentate il 19 febbraio 1998, approfondiscono la questione ai ptt. 25 ss.: “la distinzione tra appalti e concessioni di servizi in diritto comunitario, per *communis opinio* ed in mancanza di una specifica definizione comunitaria che abbia valore normativo, si fonda su un complesso di criteri. Il primo indice è quello del destinatario o beneficiario del servizio prestato. Nel caso degli appalti il beneficiario del servizio reso è ritenuto essere lo stesso ente appaltante, mentre, nel caso della concessione, il beneficiario del servizio è un terzo estraneo al rapporto contrattuale, di norma la collettività, che riceve la prestazione e che paga, in relazione al servizio ricevuto, un corrispettivo. La concessione di servizi in diritto comunitario esige altresì che il servizio in questione rivesta interesse generale di modo che la relativa erogazione competerebbe istituzionalmente ad una pubblica autorità. La circostanza che ad espletare il servizio sia un terzo opera, quindi, una sostituzione soggettiva del concessionario al concedente negli obblighi che a quest'ultimo sono imposti per assicurare la fornitura del servizio alla collettività. Altro elemento che denota la concessione è quello relativo alla remunerazione, la quale è, in tutto o in parte, ricavata dalla stessa prestazione del servizio che il concessionario effettua in favore dei beneficiari. Ancora un altro aspetto saliente della concessione di servizi in ambito comunitario si ricollega al profilo immediatamente prima evocato, ed è quello che vede il concessionario assumere su di sé il rischio economico derivante dalla fornitura e dalla gestione dei servizi oggetto della concessione” (pt. 26).

In detto atto di *soft law* era tuttavia presente un inciso sulla modalità di remunerazione che lasciava presagire una certa consapevolezza da parte della Commissione in ordine alla estrema volatilità del concetto di diritto di gestione, e rischio annesso, ragioni per cui occorreva individuare degli elementi sintomatici che aiutassero a meglio distinguere la concessione dagli appalti.⁴¹

Sicuramente meritevole l'intento, meno gli effetti concreti.

La modalità di remunerazione del concessionario è stata a lungo intesa in maniera molto restrittiva e unicamente come sinonimo di origine del compenso dall'utenza terza – non in senso sostanziale, ma in senso meramente formale – rispetto alla p.a. concedente.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, seppur oramai pacificamente incentrata sul rischio di gestione, è risultata anch'essa afflitta dal pregiudizio appena indicato.

Occorre quindi ripercorrere l'evoluzione del pensiero della Corte per evidenziare come sia stato non sempre lineare ed univoco, dando adito a dubbi interpretativi in relazione ad un concetto alquanto sfuggente qual è il rischio operativo.⁴²

Dopo aver fatto questa corposa elencazione, in ogni caso, l'Avv. Gen. concludeva al pt. 33 che, difettando l'elemento cardine dell'assunzione del rischio legato alla gestione del servizio, non era possibile ricondurre il rapporto allo schema della concessione.

Inizia, insomma, a delinearsi una gerarchia fra i vari criteri formulati dalla scienza giuridica circa il distinguo appalti-concessioni e l'importanza attribuita al rischio operativo è dimostrata dall'attenta analisi riservata alla modalità di remunerazione del concessionario (nella specie era stato previsto il pagamento di un corrispettivo, la cui concreta determinazione non dipendeva però da indici predeterminati né era stata stabilita in maniera forfettaria, di modo che la responsabilità economica della gestione ricadesse sul concessionario; il compenso era invece diretta conseguenza del costo complessivo di fatto sostenuto da quest'ultimo per assicurare il servizio e derivava sia dagli stanziamenti comunali, per far chiudere in sostanziale pareggio il bilancio al concessionario, che dalle tariffe pagate dalla collettività per il servizio, adattate, secondo necessità, al fine di consentire un sostanziale equilibrio tra costi e ricavi).

⁴¹ Conviene riportare nuovamente tale inciso: “Anche se, in genere, l'origine del compenso — prelevato direttamente dall'utente dell'opera — è un elemento *significativo*, quello *determinante* è la presenza del rischio di gestione, legato all'investimento effettuato o ai capitali investiti, in particolare se l'autorità concedente paga un prezzo”, talché “*anche nell'ipotesi di un pedaggio fittizio, a carico cioè del concedente, il rischio resta se la remunerazione dipende dal tasso di fruizione*” (v. COM 2000/C121/02, §2.1.2 e nota 13; corsivi aggiunti).

⁴² Cfr. Mauro E., *La giurisprudenza di Lussemburgo sul rischio gestionale quale criterio discrezionale tra concessioni e appalti*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 5: 1183, 2011, il quale osserva che “I criteri per stimare l'effettività del rischio gestionale sono innumerevoli, dipendono dalla fisionomia economico-finanziaria della singola operazione” e suddivide il percorso evolutivo della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tre fasi: nella prima si riscontra l'assenza di riferimenti al rischio gestionale; nella seconda il rischio gestionale affianca la provenienza della remunerazione; nella terza ed ultima si assiste al sopravvento del rischio gestionale sull'origine della controprestazione, declassata a semplice indicatore del rischio.

In termini analoghi si veda Berionni L., *I contratti pubblici di rilevanza europea: il discrimen tra appalto e concessione, tra incertezze normative ed oscillazioni giurisprudenziali*, Diritto del Commercio Internazionale 3: 731, 2013.

Le pronunce della Corte che hanno portato alla disciplina contenuta nella direttiva 2014/23/UE possono essere sostanzialmente raggruppate in due filoni successivi:

- il primo, cronologicamente pregresso, si concreta in ragionamenti piuttosto *naïf* condizionati dalla novità della materia e dall'assenza di riferimenti di diritto positivo (se si eccettuano le norme definitorie e la citata Comunicazione sulle concessioni del 2000): in questa fase assume rilievo preminente la modalità di remunerazione del concessionario in una versione acerba, pressoché limitata al pagamento da parte degli utenti diversi dalla p.a.;
- l'altro, più recente, facendo tesoro delle statuizioni precedenti, raggiunge un maggior grado di maturità di ragionamento, che si annida nella correzione delle aporie e nella focalizzazione della distinzione appalti-concessioni sul rischio, specialmente sul profilo quantitativo di quest'ultimo.

Giova premettere che in ambo i filoni sono presenti elementi che li rendono spuri, ossia vertenti anche su profili ulteriori rispetto a quello principale indicato nell'elaborato (modalità di remunerazione del concessionario e particolare configurazione del mercato).

Il profilo più problematico resta quello legato alla convivenza di elementi essenziali, sempre necessari, ed accessori, qualificanti l'istituto solo accidentalmente, nonché alle zone d'ombra che la Corte di Giustizia non affronta nello specifico (anzitutto, i tipi di rischio rientranti nella nozione di diritto di gestione), aspetti che avrebbero consentito di chiarire il contenuto, il *quid* del rischio concessorio. La Corte ha preferito concentrarsi sul *quomodo* e sul *quantum* del rischio operativo, delineando i confini dell'istituto ma al contempo lasciando agli interpreti il difficile compito di dare ad esso una consistenza concreta.⁴³

§2.1. Il *quomodo* del rischio: la modalità di remunerazione del concessionario

Con riferimento alla modalità di remunerazione del concessionario si vuole intendere ciò che la definizione stessa di concessione, ai fini della distinzione dall'appalto, descrive come corrispettivo consistente unicamente nel diritto di gestire i lavori e/o servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

⁴³ Giova precisare, onde evitare equivoci, che non spetta alla Corte qualificare concretamente le operazioni controverse nelle cause oggetto di rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*. Infatti, questa competenza spetta al solo giudice nazionale. Il ruolo della Corte si limita a fornire a quest'ultimo un'interpretazione del diritto unionale utile per la decisione da adottare nella controversia che gli è sottoposta.

In ogni caso, per dovere di cronaca, si deve segnalare che quasi tutte le questioni pregiudiziali di cui si darà conto nel presente elaborato ricadevano sotto il *nomen* di concessione, pur se con diversi oggetti.

La ragione, come si è spiegato, se non nell'intento elusivo nei confronti della disciplina sugli appalti, si cela dietro alla maggior libertà consentita alle amministrazioni.

È evidente che a siffatta perifrasi possono essere attribuiti vari significati.

Il grosso inconveniente sta nella complessità del concetto.

In proposito, la prima pronuncia della Corte di Giustizia che ha affrontato il tema, per la verità solo *incidenter tantum*, è stato il caso *Telaustria*⁴⁴, ove si è escluso dal campo di applicazione delle direttive europee sul *public procurement* (sebbene fosse comunque sottoposto ai principi fondamentali del Trattato, in generale, ed, in particolare, a quello di non discriminazione in base alla nazionalità, implicante un obbligo di trasparenza al fine di garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità per consentire l'apertura alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione) un contratto il cui corrispettivo consisteva in un diritto di sfruttamento economico della prestazione da parte del prestatore medesimo.

La statuizione della Corte si limita così ad escludere l'estensione delle direttive alle concessioni di servizi, in quanto non rientranti nel relativo ambito d'applicazione.⁴⁵

Segue poi l'ordinanza *Buchhändler-Vereinigung*⁴⁶, relativa alla riproduzione ed alla distribuzione della bibliografia nazionale tedesca su supporto cartaceo e su CD-ROM, che

⁴⁴ Corte Giust. UE, Sez. VI, 7 dicembre 2000, C-324/98, *Telaustria*, ptt. 42-58.

⁴⁵ Molto di più si desume dalle conclusioni dell'Avv. Gen. Fennelly, presentate il 18 maggio 2000. Al pt. 37 l'Avv. Gen. ha concluso che "occorrerebbe adottare un approccio caso per caso alla questione se un contratto costituisca una concessione ovvero un appalto di servizi, tenendo conto di tutti gli elementi idonei a fornire indicazioni, il più importante dei quali è se la presunta concessione consista nel conferimento del diritto di sfruttare un determinato servizio e nel simultaneo trasferimento al concessionario di una parte significativa del rischio correlato a tale conferimento".

Nella fattispecie, relativa alla produzione e pubblicazione di elenchi telefonici stampati e utilizzabili elettronicamente, le ricorrenti sostenevano, da un lato, che l'essenza di una concessione risiedesse nel fatto che l'ente concedente non versasse alcun corrispettivo al concessionario, ma soltanto il diritto di sfruttare economicamente la concessione, anche se associato all'obbligo di versare un corrispettivo al concedente; dall'altro, che l'oggetto della concessione riguardasse un servizio d'interesse pubblico correlato all'esercizio di un potere pubblico. Secondo le altre parti intervenute, una concessione aveva tre caratteristiche essenziali: il servizio doveva essere fornito a vantaggio di terzi, piuttosto che a vantaggio dell'ente aggiudicatore; il servizio oggetto della concessione doveva riguardare una materia d'interesse pubblico; il concessionario doveva assumersi il rischio economico correlato alla prestazione del servizio.

Sulla scorta della premessa che il legislatore europeo ha determinato l'essenza della concessione nella mancanza di un'integrale remunerazione corrisposta al concessionario dall'ente concedente, l'Avv. Gen. ha quindi affermato che la peculiarità della concessione si manifesta nel fatto che il concessionario deve sopportare il rischio economico principale, o quanto meno sostanziale, correlato alla prestazione e ha respinto gli altri argomenti, ossia quello secondo cui, nel caso della concessione, il beneficiario del servizio è un terzo estraneo al rapporto contrattuale e quello che il servizio oggetto della concessione riveste sempre interesse generale.

Queste considerazioni anticipano quello che sarà il pensiero della Corte nei successivi giudizi e torneranno utili quando si esaminerà il contesto italiano (v. *infra*).

⁴⁶ Corte Giust. UE, Sez. II, 30 maggio 2002, C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung*, ptt. 13, 21, 23-29.

La Corte si limita a ribadire il significato di diritto di sfruttamento da parte del concessionario sulla base dell'assenza di esborsi pubblici diretti.

Siffatta visione si dimostrerà poco adatta dinanzi a casi più complicati.

richiama la precedente confermando che la controprestazione del concessionario consiste nel diritto di sfruttare, ai fini della remunerazione, la propria prestazione.

In queste prime decisioni viene dato risalto alla esenzione dall'applicazione delle direttive sugli appalti, sul presupposto che la distinzione da questi si fondi sulla circostanza che l'ente concedente non remunera il concessionario.

Suggerimento ingenerata dalle prestazioni dei servizi al pubblico.

Altra pronuncia di sicuro interesse sul punto è la celeberrima *Parking Brixen*⁴⁷, in ordine all'aggiudicazione della gestione di due parcheggi situati sul territorio del comune di Bressanone.

Il diritto di gestione inizia a prendere corpo e assume le vesti della remunerazione del concessionario presso gli utenti terzi della prestazione.

Irrompe sulla scena un fattore – il rapporto trilatero – che non compariva nelle precedenti decisioni della Corte, nonostante fosse stato inserito nel dibattito in materia.⁴⁸

Pressoché coeva alla decisione appena esaminata è quella sul caso *Contse*⁴⁹, inerente a servizi di terapia respiratoria a domicilio e altre tecniche di ventilazione assistita,

Per il giudice *a quo* il contratto costituiva una concessione di servizi pubblici poiché comportava il trasferimento del diritto di sfruttare una particolare prestazione all'impresa privata, la quale sosteneva il rischio insito in tale sfruttamento. Inoltre, la prestazione non era remunerata dalla p.a. con il pagamento di un prezzo determinato, ma, viceversa, a quest'ultima era versato un compenso da parte dell'impresa.

Il giudice del rinvio non risultava però esente dal menzionato pregiudizio che voleva il servizio concesso nell'interesse generale, nell'ambito della delega ad un'impresa privata di un'attività di responsabilità dello Stato, fermo restando il diritto di ispezione e di controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

⁴⁷ Corte Giust. UE, Sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, pt. 40 ss. (“la remunerazione del prestatore di servizi proviene non già dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli importi versati dai terzi per l'utilizzo del parcheggio di cui si tratta. Tale forma di remunerazione implica che il prestatore assume il rischio della gestione dei servizi in questione, delineando in tal modo una concessione di pubblici servizi. Conseguentemente, in una situazione come quella della causa principale, non si è di fronte ad un appalto pubblico di servizi, ma ad una concessione di pubblici servizi”).

Dalle conclusioni dell'Avv. Gen. Kokott, presentate il 1° marzo 2005, ptt. 27-33, emerge parimenti che qualora un'amministrazione aggiudicatrice incarichi una società della gestione di un parcheggio pubblico, in cambio della cui utilizzazione tale società sia autorizzata a riscuotere un corrispettivo, obbligandosi, a sua volta, a versare all'amministrazione un indennizzo annuale, non si tratta di un pubblico appalto di servizi, bensì di una concessione di servizi. A differenza del pubblico appalto di servizi, la concessione di servizi è caratterizzata dal fatto che la controprestazione che il gestore del servizio ottiene dall'amministrazione aggiudicatrice consiste nel diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione: nel caso di una concessione di servizi infatti la società sopporta i rischi collegati alla prestazione del servizio ed ottiene la sua controprestazione – almeno in parte – dagli utenti del servizio, attraverso la riscossione di un prezzo. Secondo l'Avv. Gen. “Esiste quindi un rapporto giuridico trilaterale tra affidante, affidatario ed utente del servizio. Al contrario, un pubblico appalto di servizi dà luogo esclusivamente ad un rapporto giuridico bilaterale, all'interno del quale il compenso per la prestazione eseguita viene pagato dall'amministrazione aggiudicatrice medesima, che, tra l'altro, sopporta il rischio collegato alla fornitura del servizio”.

Come vedremo, quella della trilateralità concessoria è un'accezione che ritorna spesso nella prassi, specie in Italia.

⁴⁸ Cfr. nota 40 *supra*.

ove il mancato trasferimento dei rischi legati alla prestazione dei servizi, unitamente alla remunerazione degli stessi da parte dell'amministrazione, hanno indotto la Corte a non ravvisare gli estremi di una concessione, bensì di un appalto.

Dalla remunerazione presso l'utenza si passa dunque alla responsabilità di gestione del concessionario, su cui devono necessariamente ricadere dei rischi operativi.

Il rischio concessorio, nella prospettiva modale, ritrova le fattezze della remunerazione presso l'utenza nella decisione *ANAV*⁴⁹, concernente l'attribuzione diretta di un servizio di trasporto pubblico locale ad un'impresa detenuta e controllata dall'ente pubblico aggiudicatore.

È importante far notare sin d'ora che la provenienza della remunerazione dall'utenza della concessione non esaurisce il quadro delle modalità di remunerazione, le quali possono coinvolgere non solo la tipologia di utenza (terzi, p.a., ambedue) ma anche il meccanismo in forza del quale è prevista la remunerazione (prestazione, domanda, disponibilità).

Malgrado la Corte non affronti direttamente le questioni appena menzionate, dagli *obiter dicta* sarà possibile estrapolare spunti ed indicazioni utili.

Per quanto riguarda le principali caratteristiche di una concessione, in contrapposizione all'appalto, diviene imprescindibile la lettura della pronuncia *Auroux*⁵¹, afferente ad una convenzione per la realizzazione di un centro ricreativo francese.

⁴⁹ Corte Giust. UE, Sez. III, 27 ottobre 2005, C-234/03, *Contse*, in particolare pt. 22: "In via preliminare occorre rilevare che la causa principale, contrariamente a quanto sostiene il governo spagnolo, pare vertere su un appalto pubblico di servizi e non su un contratto di gestione di un servizio, qualificato come un contratto di concessione. Infatti, come affermato dall'Insalud in udienza, l'amministrazione spagnola resta responsabile per qualsiasi danno subito a causa di un inadempimento di tale servizio. Questa circostanza, che implica un mancato trasferimento dei rischi legati alla prestazione del servizio in questione, e il fatto che il servizio sia remunerato dall'amministrazione sanitaria spagnola avallano tale conclusione. Spetta però al giudice del rinvio verificare che ciò avvenga nella presente fattispecie".

⁵⁰ Corte Giust. UE, Sez. I, 6 aprile 2006, C-410/04, *ANAV*, in particolare al pt. 16 che richiama *Parking Brixen*: "Risulta dagli atti della causa principale che il servizio di trasporto pubblico sul territorio del Comune di Bari è finanziato, almeno in parte, attraverso l'acquisto di titoli di trasporto da parte degli utenti. Tale sistema di finanziamento caratterizza la concessione di servizi pubblici".

⁵¹ Corte Giust. UE, Sez. I, 18 gennaio 2007, C-220/05, *Auroux*, ove si discute se una convenzione, con la quale una prima amministrazione aggiudicatrice affida ad una seconda amministrazione aggiudicatrice la realizzazione, per fini di interesse generale, di un'operazione di sistemazione urbanistica, nell'ambito della quale la seconda amministrazione aggiudicatrice rimetta alla prima opere destinate a soddisfare sue esigenze, e allo scadere della quale la prima amministrazione aggiudicatrice diventi automaticamente proprietaria dei terreni e delle opere che non siano stati ceduti a terzi, costituisca un appalto pubblico di lavori.

Il giudice *a quo* rifletteva anche sulle modalità di remunerazione di tale convenzione, chiedendo se occorresse tener conto esclusivamente del prezzo versato a titolo di corrispettivo per la cessione delle opere rimesse all'amministrazione aggiudicatrice, ovvero della somma di tale prezzo e delle partecipazioni versate, ancorché queste ultime fossero solo parzialmente destinate alla realizzazione delle dette opere, o, infine,

La Corte chiarisce che, potendo gli altri elementi riguardare entrambe le fattispecie (trasferimento di funzioni pubblicistiche, finalità d'interesse generale, rapporto trilatero), l'unico fattore realmente discriminante fra appalti e concessioni è rappresentato dal rischio operativo ricadente sul concessionario.

dell'importo complessivo dei lavori, ove i beni non ceduti allo scadere del contratto divenissero automaticamente di proprietà della prima amministrazione aggiudicatrice, che proseguiva, in tal caso, l'esecuzione dei contratti in corso e si accollava i debiti contratti dalla seconda amministrazione aggiudicatrice.

Come si nota, la questione è assai complicata perché coinvolge diversi profili sottesi alla distinzione fra appalti e concessioni.

Non solo viene considerato il rischio operativo, *sub specie* della modalità di remunerazione, ma anche la destinazione delle prestazioni ed il loro carattere d'interesse generale.

La convenzione, attraverso la quale il comune di Roanne intendeva riqualificare un settore urbano poco valorizzato e favorire lo sviluppo delle attività ricreative e del turismo, prevedeva la realizzazione di un centro ricreativo in fasi successive. La prima fase comportava la costruzione di un cinema multisala e di spazi commerciali destinati ad essere ceduti a terzi, nonché di opere destinate ad essere riconsegnate all'amministrazione aggiudicatrice, cioè un parcheggio pubblico e talune strade di accesso ed aree pubbliche. Le fasi ulteriori contemplavano la costruzione di ulteriori spazi commerciali e di un albergo.

La remunerazione del contraente derivava dal finanziamento comunale per l'insieme dei lavori, dal corrispettivo della cessione del parcheggio automobilistico al comune, e dagli introiti della cessione di opere destinate a terzi. Alla scadenza della convenzione, ogni eventuale eccedenza figurante sul bilancio di fine esercizio doveva essere versata al comune e quest'ultimo subentrava nei debiti e diveniva proprietario dell'insieme dei terreni e delle opere destinati ad essere ceduti a terzi ma rimasti invenduti.

Alla luce di quanto precede, la Corte ha risolto la questione dichiarando che, al fine di determinare il valore di un appalto, "occorre prendere in considerazione il valore totale dell'appalto di lavori dal punto di vista di un potenziale offerente, il che include non soltanto l'insieme degli importi che l'amministrazione aggiudicatrice dovrà pagare, ma anche tutti gli introiti che proverranno da terzi" (pt. 57).

Di conseguenza, se anche negli appalti è possibile includere introiti provenienti da terzi, sembra tramontare la distinzione fra appalti e concessioni fondata sulla origine della remunerazione e sulla morfologia del rapporto (bilaterale o trilaterale).

Ciò trova conferma nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Kokott, presentate il 15 giugno 2006, ptt. 46-47, ove viene esplicitamente affermato che il fatto che il contraente abbia facoltà di cedere direttamente a terzi gran parte del centro ricreativo non è "motivo sufficiente per qualificare la convenzione come «concessione di lavori pubblici»". Sebbene la triangolazione tra il comune di Roanne, il concessionario e i terzi acquirenti, che con i loro pagamenti concorrevano sostanzialmente alla remunerazione della concessione, ricordasse una concessione, l'Avv. Gen. sottolineava – richiamando *Parking Brixen* – che una concessione pubblica si contraddistingue anche per il fatto che la controparte dell'amministrazione aggiudicatrice sopporta il rischio economico dell'impresa.

Cosa che mancava nel caso di specie, essendosi il comune di Roanne obbligato contrattualmente a rilevare le parti del centro ricreativo non cedute allo scadere della convenzione e a sopportare altresì il rischio finanziario della convenzione, la quale era perciò da qualificarsi come appalto.

Non rilevavano nemmeno il trasferimento di funzioni pubblicistiche al contraente (la convenzione affidava, *inter alia*, l'incarico di procedere alle acquisizioni fondiari e di reperire fondi, di presentare taluni documenti contabili, di far svolgere talune progettazioni, di organizzare una procedura di selezione degli studi di progettazione, di far eseguire i lavori di costruzione e di garantire il coordinamento dell'operazione, nonché l'informazione nei confronti del comune) né la finalità d'interesse generale (la nozione di appalto pubblico di lavori non dipende dall'uso a cui l'opera da realizzare viene destinata; altrettanto irrilevante è l'intenzione dell'amministrazione aggiudicatrice di adibire l'opera realizzanda ad uso proprio ovvero di renderla accessibile alla collettività o a singoli terzi interessati).

Dunque, l'unico fattore su cui incentrare la dicotomia appalti-concessioni resta il rischio operativo.

Gli altri elementi – *i.e.* trasferimento di funzioni pubblicistiche, finalità d'interesse generale, rapporto trilatero – rappresentano semplicemente degli indizi relativi alle concessioni: condizioni talvolta sufficienti, giammai necessarie, perché si abbia una concessione e non un appalto.

Viene poi in rilievo la pronuncia *Commissione/Italia*⁵², inerente alle convenzioni per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani, al netto della raccolta differenziata,

⁵² Corte Giust. UE, Sez. II, 18 luglio 2007, C-382/05, *Commissione/Italia*, con note di Di Martino M., *La Corte censura la qualificazione di una procedura di affidamento di servizi secondo l'ordinamento nazionale*, Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo 4: 1907-1911, 2007; di Coduti C.F., *Appalto pubblico o concessione di servizi? La Corte enfatizza il criterio del rischio*, Rassegna dell'Avvocatura dello Stato 2: 81, 2007; e di Maserà S.R., *Appalto pubblico di servizi e concessione di servizi nella giurisprudenza comunitaria*, Urbanistica e appalti, 5: 579 – 585, 2008.

Proprio come nel caso precedente, la diatriba riguarda la qualificazione di un contratto in termini di concessione o di appalto; la novità risiede nella serie di argomentazioni presentate dal governo italiano che la Corte di Lussemburgo ha smontato, una dopo l'altra, ai ptt. 32-44 della sentenza.

Secondo la Commissione le convenzioni controverse non potevano essere qualificate come concessioni di servizi in quanto la remunerazione degli operatori non consisteva nel loro diritto di sfruttare la propria prestazione riscuotendo proventi presso l'utente e assumendosi tutti i rischi legati a detta attività.

Da un lato, la remunerazione dell'operatore consisteva in una tariffa – in euro per tonnellata di rifiuti, trasferita all'operatore dai comuni – versatagli direttamente dal Commissario delegato; dall'altro lato, l'operatore non sopportava il rischio inerente a tale attività poiché le convenzioni controverse gli garantivano il conferimento di un quantitativo annuo minimo di rifiuti, prevedendo l'adeguamento annuo dell'importo della tariffa al fine di tener conto dell'evoluzione dei costi da esso sostenuti.

Per converso, il governo italiano sosteneva, sorreggendosi sulla giurisprudenza nazionale, che le convenzioni controverse configurassero concessioni di servizi. A tal fine proponeva i seguenti argomenti:

- in primo luogo, le convenzioni avevano ad oggetto la delega di un servizio di interesse generale la cui continuità doveva essere garantita dall'operatore, mentre il Commissario faceva solo da intermediario;
- in secondo luogo, i servizi erano erogati direttamente agli utenti, ossia alla collettività degli abitanti dei comuni sui quali sarebbe gravato il costo della tariffa versata all'operatore;
- in terzo luogo, l'obbligo di smaltire i rifiuti si accompagnava alla produzione di energia e pertanto la vendita di quest'ultima rientrava nell'oggetto delle convenzioni controverse a titolo di remunerazione;
- in quarto luogo, tenuto conto dell'importanza finanziaria degli investimenti effettuati dall'operatore (vicini ad un miliardo di euro), nonché alla lunga durata delle convenzioni controverse (20 anni), i proventi da realizzare da parte dell'operatore presentavano carattere aleatorio;
- in quinto luogo, la responsabilità dell'organizzazione e della gestione dei servizi delegati gravava esclusivamente sull'operatore, visto che l'amministrazione si limitava ad un mero ruolo di vigilanza.

Nessuno degli argomenti addotti dal governo italiano è stato accolto dalla Corte.

Anzitutto, per quanto riguarda la circostanza che gli operatori fossero in grado, oltre alla riscossione della tariffa pattuita, di beneficiare di proventi finanziari derivanti dalla rivendita dell'energia elettrica prodotta a seguito della termovalorizzazione dei rifiuti, la Corte ha osservato che la controprestazione ottenuta dall'operatore a fronte della prestazione di servizi consisteva essenzialmente nel pagamento, da parte del Commissario delegato, dell'importo della tariffa, mentre il prodotto della vendita di energia elettrica era soltanto accessorio. Neppure la lunga durata delle convenzioni e il fatto che la loro esecuzione fosse accompagnata da rilevanti investimenti iniziali a carico dell'operatore costituivano circostanze determinanti ai fini della loro qualificazione, giacché tali caratteristiche possono riscontrarsi tanto negli appalti pubblici quanto nelle concessioni di servizi; lo stesso vale per il fatto che il trattamento di rifiuti rientrasse nell'interesse generale. Infine, neppure la circostanza che le prestazioni erogate dall'operatore richiedessero una notevole autonomia esecutiva risultava determinante per la qualificazione del contratto come appalto ovvero come concessione.

Il giudizio della Corte si focalizza quindi sulle modalità di remunerazione previste dalle convenzioni e contiene spunti utili a dipanare la questione relativa all'inquadramento dogmatico delle medesime.

Prendendo le mosse dai già citati casi *Telaustria*, *Buchhändler-Vereinigung* e *Parking Brixen*, e rammentando che si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi, la Corte ha constatato che le modalità di remunerazione previste dalle convenzioni controverse non rientravano nel diritto di gestire i servizi né implicavano l'assunzione, da parte dell'operatore, del rischio legato a tale gestione.

prodotta nei comuni della Regione Siciliana, dove la Corte ha occasione di addentrarsi in profondità nel merito della distinzione fra appalti e concessioni.

In particolare, continua ad affermarsi l'idea dell'assenza di corrispettivo pubblico – salvo l'eventuale prezzo – quale *proprium* delle concessioni rispetto agli appalti.

La contraddittorietà dell'asserzione si riscontra già nella possibilità di prevedere un *pretium* a compensazione delle prestazioni affidate in concessione. Il che rende equivoco, se non impraticabile, il discernimento delle medesime dagli appalti.

Anche a voler circoscrivere la condizione in parola all'assenza di un corrispettivo pubblico che garantisca completamente, non solo in parte, il concessionario, occorrerebbe analizzare le modalità della remunerazione per capire se la garanzia *ex ante* sia tale *ex post*, ovvero se i pagamenti siano o meno legati al livello quali-quantitativo delle prestazioni.

Il rischio del concessionario deve essere reale, dovendosi escludere la relativa assunzione in caso di garanzia dell'equilibrio economico contrattuale a posteriori tramite clausole e rinegoziazioni *ad hoc* (come l'aggiustamento e la rivalutazione delle tariffe).

La pronuncia *Coditel Brabant*⁵³, relativa all'assegnazione della gestione di una rete di teledistribuzione comunale, rimane allineata con le precedenti nel senso della remunerazione del concessionario attraverso i pagamenti effettuati dagli utenti (terzi).

Il cuore della decisione è dato dai ptt. 36-37, ove è stabilito che le convenzioni controverse dovevano essere considerate come appalti pubblici di servizi e non come concessioni di servizi dato che “non solo l'operatore risulta, in sostanza, remunerato dal Commissario delegato mediante una tariffa fissa conferitagli per tonnellata di rifiuti, ma risulta assodato che, in forza delle convenzioni controverse, il Commissario delegato s'impegna, da una parte, a far sì che tutti i comuni interessati conferiscano all'operatore l'integralità della loro frazione residua di rifiuti e, dall'altra, a far sì che un quantitativo annuo minimo di rifiuti sia conferito a quest'ultimo. Tali convenzioni prevedono inoltre l'adeguamento dell'importo della tariffa nell'ipotesi in cui la quantità annua effettiva di rifiuti conferiti sia minore del 95% o maggiore del 115% rispetto alla suddetta quantità minima garantita, ciò al fine di garantire l'equilibrio finanziario ed economico dell'operatore. Esse prevedono altresì che l'importo della tariffa sia annualmente rivalutato in relazione all'andamento dei costi relativi al personale, ai materiali di consumo e alle manutenzioni, nonché in relazione ad un indicatore finanziario. Queste stesse convenzioni prevedono, inoltre, che la tariffa sia rinegoziata qualora, per conformarsi ad un mutamento del quadro normativo, l'operatore debba affrontare investimenti eccedenti un certo livello”.

In definitiva, scartate le varie connotazioni suggerite dal governo italiano in quanto comuni anche agli appalti, secondo la Corte le concessioni risultano essere peculiarmente caratterizzate dal rischio operativo che si concreta, *a contrario*, nell'assenza di una copertura totale degli investimenti del concessionario da parte del plesso pubblico.

Questa peculiarità delle concessioni diverrà assai rilevante nelle decisioni successive.

⁵³ Corte Giust. UE, Sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, in particolare pt. 24.

Per inquadrare la problematica, le conclusioni dell'Avv. Gen. Trstenjak presentate il 4 giugno 2008 si rifanno alla costante giurisprudenza della Corte (*Parking Brixen* e *Telaustria*) e riconducono il contratto nell'ambito della concessione di servizio pubblico, anziché in quello dell'appalto pubblico di servizi, giacché l'ente locale non paga il controvalore della prestazione resa, ma il corrispettivo del contraente consiste nel diritto di sfruttare la propria prestazione, fatto che implica l'assunzione del rischio di gestione (pt. 48).

Laddove a remunerare il prestatore sia invece la sola amministrazione, senza l'ausilio di utenti terzi, la Corte di Giustizia – in questa prima fase – tende dunque ad escludere che si tratti di una concessione per l'assenza di un vero rischio di gestione.

Detta interpretazione può forse spiegarsi con la prevalente delibazione della Corte su contratti aventi per oggetto la prestazione di servizi al pubblico, ove ricorre abitualmente la presenza di utenti che pagano il prezzo del servizio in luogo della committenza.

Tale rischio di gestione, tuttavia, equivale essenzialmente solo a quello di domanda, ossia alla risposta del mercato nei confronti delle prestazioni offerte dal contraente.

Il Bel Paese torna protagonista nella causa *Commissione/Italia*⁵⁴, relativa ai lavori per la realizzazione di una tramvia su gomma per il trasporto pubblico di massa nel Comune di L'Aquila, che potremmo denominare "*Commissione/Italia-bis*" per distinguerla dall'altra già esaminata vertente sull'emergenza rifiuti siciliana (anche se il risultato finale è stato il medesimo, ossia la condanna dell'Italia per violazione del diritto europeo).

Quando il contraente non si assume i rischi legati alla gestione dell'opera o servizio, il contratto deve essere qualificato come appalto.

La recidiva nazionale in ordine alla errata distinzione fra appalti e concessioni porta alla mente una riflessione di fondo: è difficile comprendere tale distinzione poiché frutto di formazione giudiziale e poco sorretta dal diritto positivo, oppure dietro all'incomprensione si celano finalità elusive surrettizie? Per quanto può valere, il dubbio resta.

Ciò non toglie che la presente disamina può rivelarsi d'aiuto a chi invece desidera maggiore chiarezza circa il discrimine fra le fattispecie d'appalto e di concessione.

⁵⁴ Corte Giust. UE, Sez. III, 13 novembre 2008, C-437/07, *Commissione/Italia*, ptt. 27-35.

Riacciandosi ai propri precedenti, la Corte ribadisce preliminarmente che "si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assume il rischio legato alla gestione dei servizi" (pt. 29), che "il mancato trasferimento al prestatario dei rischi legati alla prestazione dei servizi indica che l'operazione in oggetto costituisce un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi pubblici" (pt. 30), e che "Tali considerazioni, affermate in relazione agli appalti e alle concessioni di servizi, valgono per gli appalti e le concessioni di lavori" (pt. 31).

Nel caso di specie, la remunerazione del contraente era suddivisa in due *tranche*: una quota (60%) proveniva dal comune concedente; la parte restante (40%) doveva invece essere corrisposta dal futuro gestore della tramvia, ossia il concessionario del servizio.

Si assiste alla proverbiale creatività italiana che, in memoria dei tempi della concessione di sola costruzione, ha tentato di qualificare come concessione una fattispecie in cui il contraente realizza l'opera avendo come corrispettivo un rimborso totalitario garantito, solamente scaglionato fra due soggetti differenti: da un lato, il comune; dall'altro, il gestore del servizio (il vero concessionario).

In una situazione del genere, conclude la Corte, il contraente "non si assume i rischi legati alla gestione dell'opera in questione. Ne consegue che occorre qualificare l'operazione in questione come appalto pubblico di lavori e non come concessione di lavori pubblici" (ptt. 34-35).

Tornando alle pronunce della Corte, è il turno della *Hans & Christophorus Oymanns*⁵⁵, avente ad oggetto la messa a disposizione, da parte di tecnici specializzati, in seguito ad un accordo concluso con una cassa pubblica di assicurazione-malattia, di calzature ortopediche confezionate e adattate alle esigenze dei pazienti, in combinazione con consulenze dettagliate offerte a questi prima e dopo la messa a disposizione.

Questa pronuncia segna il confine fra le due fasi della giurisprudenza della Corte.

⁵⁵ Corte Giust. UE, Sez. IV, 11 giugno 2009, C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns*, ove il giudice del rinvio si chiedeva se un contratto andasse considerato appalto di servizi o concessione di servizi per il fatto che, nonostante fosse una p.a. a dover versare la retribuzione al fornitore, doveva al contempo tenersi conto del criterio relativo all'attribuzione del rischio: da un lato, il rischio connesso alla riscossione dei crediti e all'insolvibilità dei debitori non gravava sul fornitore, visto che era la cassa pubblica di assicurazione malattia, e non il paziente, a remunerarlo; dall'altro, il fornitore sopportava però il rischio che i suoi prodotti ed i suoi servizi non fossero richiesti dai pazienti. Secondo il giudice *a quo*, richiamando la causa *Telaustria*, il fattore decisivo ai fini della qualifica o meno come concessione era inoltre rappresentato dall'assenza di onerosi investimenti iniziali (edificazione di locali, spese di personale o di apparecchiature), da ammortizzare in seguito mediante il diritto di sfruttare la prestazione ai fini della remunerazione.

Come osservato dall'Avv. Gen. Mazák, nel ritenere che non si trattasse di una concessione di servizi, il contratto integrato di assistenza *de quo* non poteva essere classificato come concessione di servizi dal momento che quest'ultima comporta *naturaliter* un trasferimento del diritto di sfruttare un determinato servizio e il concessionario assume tutti o gran parte dei rischi economici collegati allo sfruttamento.

Rifacendosi alle decisioni *Parking Brixen* (dal momento che sulla cassa mutua, e non sul paziente, salvi modesti contributi, gravava la remunerazione) e *Telaustria* (laddove la Corte ha definito il diritto di gestire un servizio quale "diritto di sfruttare la propria prestazione"), l'Avv. Gen. rilevava che:

- al fornitore non veniva richiesto di fornire alcun servizio prima di stipulare un contratto individuale con un assicurato e non doveva creare né mantenere infrastrutture dispendiose (uffici, personale, macchinari), il cui costo dovesse essere ammortizzato grazie alla remunerazione percepita per i singoli contratti;
- il fornitore era tenuto a prestare il servizio su richiesta dell'assicurato, senza tuttavia alcuna possibilità di negoziare il prezzo, né la propria remunerazione, che era concordata con la cassa mutua e corrispostagli da quest'ultima.

Di conseguenza, l'accordo tra la cassa mutua e il fornitore doveva essere inquadrato come accordo quadro poiché il fornitore non sopportava alcun rischio economico ai sensi della giurisprudenza comunitaria.

La decisione della Corte, richiamando la sentenza Commissione/Italia e non discostandosi dalle conclusioni presentate il 16 dicembre 2008 dall'Avv. Gen. Mazák, sancisce così che, non gravando sull'operatore economico il principale rischio legato alla gestione delle attività, difetta l'elemento che caratterizza la situazione di un concessionario nell'ambito di una concessione di servizi.

Il ragionamento della Corte si dimostra interessante allorché si addentra nell'analisi del rischio.

Constatato dapprima che l'operatore economico non disponeva del margine di libertà economica che caratterizza *funditus* la concessione di servizi, ad alta vocazione commerciale, la Corte sembra poi cadere in contraddizione quando afferma che l'operatore economico non era esposto ad un notevole rischio connesso alla gestione delle proprie prestazioni, salvo poi ammettere che esso era esposto ad un certo rischio dal momento che i suoi prodotti e servizi potevano non essere richiesti dagli assicurati.

"Tale rischio – prosegue la Corte – tuttavia è limitato. L'operatore economico è, infatti, liberato dal rischio legato alla riscossione della propria remunerazione ed all'insolvibilità della propria controparte contrattuale individuale, dato che la cassa pubblica di assicurazione malattia è legalmente il solo debitore della sua retribuzione. Inoltre, pur dovendo essere dotato dei mezzi sufficienti per poter prestare i propri servizi, esso non deve previamente esporsi a spese rilevanti prima di concludere un contratto individuale con un assicurato. Infine, il numero di assicurati che soffrono della sindrome denominata del «piede diabetico», i quali potrebbero far ricorso ai servizi di tale operatore economico, è noto in anticipo, di modo che questi può operare una previsione ragionevole in ordine alla richiesta dei suoi servizi" (pt. 74).

Questo è un aspetto che troverà approfondimento nelle successive pronunce della Corte di Giustizia e che qui viene solo abbozzato in forma embrionale: il *quantum* del rischio affianca infatti le modalità di remunerazione del concessionario nella difficile missione di decifrare il *discrimen* concessorio.

Dalla connotazione del rischio operativo insita nelle modalità di remunerazione del concessionario si passa allo studio della dimensione quantitativa del medesimo.

Non basta che la remunerazione sia in astratto sottoposta all'alea dell'utenza: occorre stabilire se in concreto vi sia il pericolo di non recuperare gli investimenti e quale sia il livello accettabile di rischio per potersi avere una concessione.

La classificazione giuridica di un contratto dipende perciò dai concreti elementi che compongono la singola fattispecie negoziale.

In ogni caso, dalle summenzionate decisioni della Corte di Giustizia emerge una definizione delle concessioni caratterizzata da una situazione in cui il diritto di gestione di un determinato servizio (tratto comune sia alle concessioni di servizi che a quelle di lavori) viene trasferito da un'autorità aggiudicatrice ad un concessionario, il quale dispone, nell'ambito del contratto concluso, di una certa libertà economica per determinare le condizioni di gestione, restando così esposto ai rischi connessi a detta gestione.

Da questa prima parte della retrospettiva sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di rischio operativo si può ricavare il progressivo affinarsi del concetto che, a partire dalla pronuncia *Parking Brixen* (ove era considerato pressoché sinonimo di remunerazione presso l'utenza, sottintendendo peraltro l'alterità di quest'ultima rispetto all'amministrazione aggiudicatrice), ha conosciuto un percorso evolutivo che ha man mano risolto importanti aporie e sfatato alcuni falsi miti.

In primo luogo, è necessario chiarire, nonostante qualche oscillazione della Corte, che l'utenza della prestazione attraverso cui si remunera il concessionario è cangiante e può essere composita (p.a., soggetti terzi rispetto alla p.a., o combinazioni di entrambi).

Ne deriva, oltre a quella generale fra appalti e concessioni, una ulteriore distinzione interna a quest'ultime fra concessioni pubbliche di servizi e concessioni di servizi pubblici.

Le prime aventi ad oggetto prestazioni rese direttamente alla p.a. – *rectius*: prestazioni il cui corrispettivo è pagato direttamente dalla p.a. (v. cons. 18, ultimo periodo, della direttiva 2014/23/UE, cui corrisponde l'art. 143, comma IX, del d.lgs. 163/2006) – e le seconde aventi ad oggetto prestazioni rese al pubblico, cioè un insieme di soggetti indeterminato, cui spetta la remunerazione del concessionario.⁵⁶

⁵⁶ In tali termini si pone anche Ricchi M., *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, Urbanistica e appalti 7: 741-757, 2014, in particolare pp. 749-750.

Ovviamente, il confine fra le due fattispecie non è netto né statico, bensì deriva dal caso concreto, giacché è possibile che vi sia un prezzo pagato dalla p.a. concedente, a parziale compensazione del concessionario, oppure che la p.a. paghi “indirettamente” il concessionario tramite gli esborsi degli utenti da essa stessa incamerati e all’uopo trasferiti al concessionario.

La circostanza tornerà comunque utile, in particolare quando si affronterà il retaggio italiano (v. *infra*), per smentire definitivamente la teoria secondo cui il pagamento diretto⁵⁷ dell’amministrazione aggiudicatrice al prestatore esclude che possa parlarsi di concessione.

In secondo luogo, se il diritto di sfruttamento economico della prestazione concessa si contrappone al classico corrispettivo d’appalto, non si può ignorare la comunanza di altri elementi fra le due fattispecie: le finalità d’interesse generale e la delega di funzioni pubblicistiche *in primis*.

Infine, giova ripetere che il rischio operativo dipende dalle modalità di remunerazione del concessionario ma non coincide con queste (meno che mai con la provenienza della remunerazione).

Il fatto che la remunerazione del concessionario non sia garantita *in toto* dalla p.a. non esaurisce la sostanza del diritto di gestione.

Per tale ragione, quindi, non è sufficiente che la redditività del servizio concesso sia astrattamente aleatoria, essendo collegata alla futura remunerazione presso l’utenza.

Occorre anche un’indagine sulla dimensione quantitativa della responsabilità di gestione del concessionario per determinare se effettivamente il rischio operativo sia posto in capo al contraente privato in maniera significativa.

§2.2. Il *quantum* del rischio: la regolazione giuspubblicistica del mercato

Il secondo filone giurisprudenziale della Corte di Giustizia, che concentra la propria attenzione sul *quantum* del rischio concessorio, si apre con la causa *WazvGotha* (meglio nota come *Eurawasser*)⁵⁸, in merito all’assegnazione di un servizio pubblico di distribuzione dell’acqua potabile e di smaltimento delle acque reflue in territorio tedesco.⁵⁹

⁵⁷ Non si sta facendo riferimento all’ipotesi, espressamente prevista, di contributo pubblico parziale (che può essere versato a titolo di compensazione di servizio nel caso di prezzi calmierati oppure per garantire l’equilibrio economico-finanziario dell’operazione in rapporto alla qualità e/o durata dell’affidamento), bensì all’integrale corresponsione pubblica parametrata a determinate variabili (non stabilita in misura fissa).

⁵⁸ Corte Giust. UE, Sez. III, 10 settembre 2009, C-206/08, *WazvGotha*, con note di Alesio M., *Anche se la controparte riscuote un corrispettivo da terzi quel contratto si configura come «concessione di servizi»*,

Diritto & Giustizia, 147, 2009; e di Bianchi T.; Ponzone L., *La Corte di giustizia torna sulla distinzione tra concessione di servizi e appalto di servizi*, Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 279, 2010 (www.osservatorioappalti.unitn.it).

La pronuncia è fondamentale per integrare, dal punto di vista quantitativo del rischio, le considerazioni già esposte in relazione alle modalità di remunerazione del concessionario.

Dal raffronto delle definizioni di appalto e concessione ai sensi delle direttive europee e dalla giurisprudenza anteriore della Corte risultava ancora che la differenza tra un appalto e una concessione risiedesse nel corrispettivo: l'appalto comportava un corrispettivo versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore, mentre, nel caso di una concessione, il corrispettivo della prestazione consisteva nel diritto di gestione, da solo o accompagnato da un prezzo.

La Corte ha però affermato che "il fatto che il prestatore di servizi sia remunerato attraverso pagamenti da parte di terzi, nella fattispecie gli utenti del servizio in oggetto, è una delle forme che può assumere l'esercizio del diritto, riconosciuto al prestatore, di gestire il servizio" (pt. 53) e che, quando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione, esse implicano che il prestatore si assume il rischio legato alla gestione: "A tale riguardo, occorre rilevare che il rischio è insito nella gestione economica del servizio" (pt. 66).

In caso di totale assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione di servizi, l'operazione rappresenta un appalto.

⁵⁹ Il bando di gara ed i relativi progetti di contratto prevedevano che il concessionario avrebbe fornito i servizi menzionati agli utenti residenti nell'ambito territoriale sulla base di contratti di diritto privato stipulati in nome e per conto propri ed avrebbe percepito in contropartita un corrispettivo da tali utenti.

Era previsto che il concessionario avrebbe dovuto calcolare esso stesso, *ex aequo et bono*, l'importo dei corrispettivi per i servizi forniti e fissarne l'ammontare in offerta (anche se avrebbe dovuto praticare tariffe regolamentate). Inoltre, gli impianti di distribuzione dell'acqua e di smaltimento delle acque reflue sarebbero rimasti di proprietà pubblica e dati in locazione al concessionario, il quale avrebbe avuto il diritto di conteggiare il relativo canone nel corrispettivo richiesto agli utenti per i servizi forniti; la manutenzione di tali impianti sarebbe spettata al concessionario, al quale erano destinate sovvenzioni pubbliche nei limiti di legge; da ultimo, l'allacciamento alle reti pubbliche di distribuzione dell'acqua e di smaltimento delle acque reflue ed il loro utilizzo sarebbe stato dichiarato obbligatorio con regolamento *ad hoc*, ma il concessionario non avrebbe potuto esigere il rispetto di tale obbligo nei singoli casi individuali.

In tale contesto, il giudice *a quo* decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- se un contratto di servizi dovesse essere considerato una concessione di servizi – e non, invece, un appalto di servizi – per il solo fatto che la controparte contrattuale non fosse direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, bensì mediante un corrispettivo di diritto privato che quest'ultima l'autorizzava a riscuotere presso terzi;
- se tale contratto costituisse una concessione di servizi in quanto il rischio di gestione legato al servizio in oggetto – pur se *ab origine*, cioè anche nel caso di gestione pubblica, ridotto in conseguenza della configurazione giuridica dell'organizzazione del servizio (l'allacciamento e l'uso erano obbligatori, e i prezzi richiesti dovevano osservare il principio di copertura dei costi) – veniva assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo;
- se il rischio d'impresa legato alla prestazione, in special modo il rischio commerciale, dovesse essere quasi equivalente, dal punto di vista qualitativo, al normale rischio presente in un libero mercato aperto a più fornitori concorrenti.

Alla Corte veniva dunque chiesto di chiarire se la modalità di remunerazione del concessionario sia condizione sufficiente per qualificare le concessioni, o se occorra anche l'elemento rischio ed in quale misura:

"Le questioni sottoposte muovono dal presupposto che la fornitura del servizio oggetto della causa principale comporti rischi economici molto limitati, anche nel caso in cui detto servizio sia fornito dall'amministrazione aggiudicatrice, e ciò sulla base dell'applicazione della normativa propria del settore di attività in esame.

Orbene, stando a talune tesi sottoposte alla Corte, in simili circostanze, affinché l'operazione *de qua* costituisca una concessione, occorrerebbe che il rischio trasferito dal concedente al concessionario fosse un rischio rilevante.

In assoluto, queste tesi devono essere respinte.

La Corte afferma che il fatto che il prestatore sia remunerato attraverso pagamenti da parte di terzi, gli utenti del servizio, è soltanto una delle forme che può assumere il diritto di gestione riconosciuto al concessionario.

Il che significa ammettere varie forme di remunerazione, essendo irrilevante, a tale proposito, che la remunerazione sia disciplinata dal diritto privato o dal diritto pubblico, ma soprattutto smentire definitivamente la immanenza dell'assimilazione fra rischio operativo e rapporto trilaterale.

Tale conclusione impone tuttavia di chiarire la nozione di diritto di gestione come corrispettivo della prestazione del concessionario.

È noto che taluni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità, come la distribuzione dell'acqua e lo smaltimento delle acque reflue, sono disciplinati da normative che possono avere per effetto di limitare i rischi economici che si corrono.

Da un lato, la configurazione giuspubblicistica alla quale è soggetta la gestione economica e finanziaria del servizio facilita il controllo di tale gestione e riduce i fattori che possono pregiudicare la trasparenza e falsare la concorrenza.

Dall'altro, le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità di assicurare la fornitura dei servizi attraverso una concessione, agendo in buona fede, qualora esse reputino che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio pubblico in oggetto, anche a prescindere dal fatto che il rischio legato alla gestione sia molto ridotto.

Inoltre, sarebbe irragionevole pretendere che un'amministrazione concedente creasse condizioni di concorrenza e di rischio economico più elevate rispetto a quelle esistenti nel settore in oggetto per effetto della disciplina ad esso applicabile.

Dato che, in questi casi, l'amministrazione aggiudicatrice non ha alcuna influenza sulla configurazione di diritto pubblico applicabile all'organizzazione del servizio, non le è possibile introdurre né, pertanto, trasferire fattori di rischio che siano esclusi da una simile configurazione.

In ogni caso, anche se il rischio nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice è molto ridotto, per poter ritenere sussistente una concessione di servizi è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca, integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio di gestione nel quale essa incorre" (ptt. 69-77).

La Corte aggiunge poi che spetta al giudice nazionale valutare se si sia verificato un trasferimento integrale o in misura significativa del rischio in cui incorre l'amministrazione aggiudicatrice e che, a tal fine, non devono essere presi in considerazione i rischi generali risultanti dalle modifiche normative intervenute nel corso dell'esecuzione del contratto.

Ed infine conclude che, nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come concessione di servizi *"allorché il rischio di gestione nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto integralmente o in misura significativa dalla controparte contrattuale"* (pt. 80; cors. agg.).

In sostanza, le modalità di remunerazione del concessionario non sono da sole sufficienti a caratterizzare le concessioni se non si compenetrano con il rischio di gestione, sebbene talvolta ridotto dalle regolazioni di settore.

Siffatta conclusione, a voler ben vedere, era già presente nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Fennelly, presentate il 18 maggio 2000 nella causa *Telaustria*, il *leading case* in materia (almeno cronologicamente), ove al pt. 40 si leggeva: "la semplice probabilità che il concessionario possa sfruttare a proprio vantaggio la concessione non è sufficiente per consentire ai giudici nazionali di concludere che non esiste rischio economico. Secondo me, il giudice nazionale dev'essere convinto, in base ad un elevato grado di probabilità, che il rischio di perdite sia minimo o addirittura inesistente".

A distanza di quasi un decennio, la concessione riscopre le proprie origini nel rischio operativo.

Dalla giurisprudenza della Corte risulta che il diritto del concessionario di sfruttare la propria prestazione racchiude il trasferimento al prestatore del rischio legato alla gestione economica del servizio; altrimenti l'operazione rappresenta un appalto.

Il binomio diritto di gestione-remunerazione presso utenti terzi, che aveva originato una visione dello sfruttamento della prestazione concessa in termini di normale esclusione di corrispettivi pubblici diretti (salvo eventuale prezzo: cosa che già confuta la teoria), deve fare i conti con la circostanza che il rischio concessorio non equivale a quello di domanda, legato ai *cash flows*, ma rappresenta qualcosa di diverso e più ampio.

Ancorché il rischio in cui incorre l'amministrazione aggiudicatrice sia molto ridotto, essa deve comunque essere libera di scegliere se aggiudicare una concessione, a condizione di trasferire, integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio di gestione nel quale essa incorrerebbe in caso di svolgimento in prima persona.

L'accettazione di un rischio quantitativamente ridotto ad opera della configurazione normativa e/o amministrativa del mercato conduce a riflettere sui contenuti del rischio.

Se, come a più riprese affermato dalle pronunce della Corte, il *discrimen* delle concessioni è da individuare nel diritto di gestione e sfruttamento economico delle prestazioni, allora potrà essere considerato anche il rischio di disponibilità, anzitutto, e tutti gli altri rischi che possono occorrere durante l'esecuzione di una concessione. Altrimenti si avrebbe una concessione "monca", che include solamente i rischi già elencati dalla nota decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004 ma esclude tutta una serie di ulteriori evenienze su cui bisogna riflettere e che influenzano, ancor prima, la scelta dello strumento più idoneo, fra appalto e concessione, a realizzare lo scopo prefissato e come ripartire i rischi in sede di *contract design*. Sul punto si tornerà più avanti (v. *infra*).

La sentenza *Acoset*⁶⁰, in merito alla selezione del socio privato di minoranza nella società mista pubblico-privata direttamente affidataria del servizio idrico integrato nella

⁶⁰ Corte Giust. UE, Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset*, in particolare ptt. 37-43.

In via preliminare, la Corte osserva che l'attribuzione di un servizio pubblico locale consistente nella gestione del servizio idrico integrato può rientrare, stando alla natura del corrispettivo di tale servizio, nella definizione di appalti pubblici di servizi o in quella di concessione di servizi ai sensi delle direttive europee.

La differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi: nell'appalto è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, nella concessione le modalità di remunerazione consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione e implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi.

Il giudice del rinvio, essendo la durata dell'operazione fissata in trent'anni, faceva riferimento alla costituenda società mista pubblico-privata quale "concessionaria" della gestione del servizio idrico integrato.

provincia di Ragusa, non presenta grandi novità in materia se non la *new entry* di una riflessione sul partenariato pubblico-privato (PPP).⁶¹

Parimenti, il governo italiano osservava che si trattava in modo del tutto evidente dell'affidamento di un pubblico servizio attraverso una concessione trentennale, il cui principale corrispettivo consisteva nella possibilità di richiedere agli utenti la tariffa idrica a compensazione del servizio reso.

La Corte presuppone quindi che si tratti di una concessione senza ulteriori accertamenti e conferma, secondo lo *stare decisis*, il portato dei suoi precedenti arresti giurisprudenziali sulla remunerazione del concessionario presso utenti terzi. Si tratta, com'è evidente, di un passo indietro rispetto al caso *Eurawasser* (del mese precedente), ove si era sminuita la trilateralità concessoria in favore del rischio.

Anche l'Avv. Gen. Ruiz-Jarabo Colomer, nelle conclusioni presentate il 2 giugno 2009, concordava nel qualificare la fattispecie come concessione ma sul presupposto che il rischio era assunto dal socio privato.

Risultava del tutto evidente "l'importanza di precisare i criteri destinati a definire le confuse linee di demarcazione tra appalto e concessione, il che, in mancanza dei riferimenti necessari, spetta in ultima istanza al giudice nazionale, in funzione del «rischio di gestione» e del «corrispettivo della prestazione», come interpretati dalla Corte. [...] Inoltre, il trasferimento del «rischio di gestione» è uno dei sintomi privilegiati per mettere a fuoco tale distinzione, in quanto rappresenta un elemento essenziale della concessione mentre l'appalto non lo prevede" (ptt. 74-77).

⁶¹ Le conclusioni presentate il 2 giugno 2009 dall'Avv. Gen. Ruiz-Jarabo Colomer affrontano per la prima volta il problematico rapporto della distinzione fra appalti e concessioni all'interno dell'orbita del PPP.

La trattazione dell'Avv. Gen. si snoda in tre sottosezioni rispettivamente rubricate: "Verso una nozione autonoma di «partenariato pubblico-privato»", "Una catalogazione dei PPP" e "Delimitazione tra appalto e concessione".

Nella prima sono esaminate le tendenze evolutive delle attività economiche e di gestione del potere pubblico che hanno subito una profonda trasformazione nel corso dell'ultimo secolo (da un liberismo astensionista iniziale, con l'unico obiettivo di mantenere l'ordine pubblico con mezzi tradizionali di polizia, come ordini e divieti, si è passati ad offrire prestazioni ai cittadini, per giungere, infine, ad un modello assistenziale di Stato nato dalla solidarietà). In tale prospettiva, è aumentato il grado di permeabilità tra pubblica amministrazione e cittadini, impedendo di isolare le reciproche funzioni in compartimenti stagni:

"Sebbene lo zelo dell'amministrazione sia diretto all'interesse generale, i modi di soddisfarlo proliferano e spiccano quelli in cui, i privati essendo stati autorizzati a svolgere attività di natura pubblica, si constata evidenti elementi di cooperazione.

Come esempi di tale convergenza, rivestono un ruolo particolarmente significativo la cosiddetta gestione indiretta dei servizi pubblici o gli appalti, formule che affondano le loro radici nella storia del diritto.

Così, quando un'impresa privata assume la responsabilità di una fornitura e, motivata da un corrispettivo, rischia il proprio patrimonio per assicurare la regolarità e il buon andamento della prestazione, si instaura una stretta relazione con la finanza pubblica. Parimenti accade quando l'amministrazione, consapevole dei propri limiti tecnici o economici, individua nell'appaltatore il referente per l'esecuzione di un'opera o di un servizio.

Il capitale privato funge da intermediario tra l'organo titolare dell'attività o del servizio e i suoi beneficiari, per cui, nei vari casi di specie, ferme restando le sfumature derivanti dalle diverse tipologie, il modello di uno sforzo condiviso informa ogni cosa e caratterizza ogni aspetto dell'attività o del servizio.

Inoltre, al di là delle ipotesi dell'appalto e della concessione, non è estranea né inconsueta per la pubblica amministrazione l'attribuzione dell'esercizio di funzioni pubbliche a soggetti privati i quali, tuttavia, non vengono integrati nella sua struttura.

Pertanto, per definire il «partenariato pubblico-privato» come categoria autonoma è necessario tener conto di tutte le reciproche influenze che caratterizzano taluni istituti giuridici" (ptt. 44-49).

Dall'analisi del "*New Public Management*", all'origine dei PPP, che apre le porte della p.a. a modelli di gestione imprenditoriale che richiedono l'apporto economico privato (cd. "*Private Finance Initiative*"), l'Avv. Gen. si concentra poi sulla frammentazione del panorama comunitario, nonostante l'aspirazione di arrivare all'armonizzazione degli ordinamenti nazionali nel settore dei contratti pubblici, viepiù dei PPP.

Si assiste infatti alla crescente presenza di PPP nel settore pubblico, poiché oltre a fungere da rimedio per i vincoli al bilancio pubblico, detti strumenti favoriscono il finanziamento privato e lo sfruttamento delle competenze di imprese, a fronte della trasformazione dello Stato da operatore diretto in regolatore dei comportamenti, di cui è il garante ultimo quando questi possono pregiudicare l'interesse generale.

Forse sarebbe stato più giusto farla rientrare nel primo filone giurisprudenziale, afferente alle modalità di remunerazione del concessionario, ma il ragionamento sul PPP pare avere un contenuto di più ampio respiro, comprendendo sia il *quomodo* sia il *quantum* del rischio, oltre alla filosofia di fondo dell'istituto che ricomprende appalti e concessioni.

Anche nella causa *Helmut Müller*⁶², vertente sulla vendita di un terreno pubblico su cui l'acquirente avrebbe successivamente dovuto eseguire lavori tesi a perseguire obiettivi di sviluppo urbanistico definiti da un ente pubblico territoriale, si allarga l'orizzonte.

La Corte si trova, per un verso, a dover determinare il contenuto minimo dei contratti pubblici ai fini dell'applicazione delle direttive europee⁶³, per l'altro, ad

Secondo l'Avv. Gen. l'assenza di un'armonizzazione comunitaria impedisce ai PPP di emanciparsi come veri e propri contratti, soprattutto perché il legislatore comunitario ha armonizzato gli appalti pubblici, ma non le concessioni né i servizi pubblici.

Nella seconda sezione, viene introdotto il Libro verde sui PPP e la diversa classificazione a seconda che la collaborazione si basi su vincoli esclusivamente convenzionali (PPP contrattuali) o prenda la forma di un organismo (PPP istituzionalizzati), potendo entrambi riguardare un appalto o una concessione (v. *infra*).

Nella terza ed ultima sezione, come già detto nella nota precedente, l'Avv. Gen. si occupa quindi della fondamentale distinzione fra appalti e concessioni in funzione del rischio di gestione e del corrispettivo della prestazione, così come interpretati dalla Corte di Giustizia.

⁶² Corte Giust. UE, Sez. III, 25 marzo 2010, C-451/08, *Helmut Müller*.

La questione sorgeva dalla necessità di inquadrare la fattispecie come appalto (contratto, stipulato in forma scritta e a titolo oneroso, in cui alla prestazione dell'appaltatore corrisponde una controprestazione della pubblica amministrazione, non necessariamente in denaro, ma economicamente valutabile) o come concessione (alternativa rispetto al modello dell'appalto, in cui il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo).

Secondo il giudice del rinvio si sarebbe trattato di una concessione di lavori pubblici, dal momento che la pubblica amministrazione si limitava a permettere al soggetto che intendeva svolgere i lavori edilizi di profittare pienamente, secondo le norme del diritto di proprietà, dei risultati della sua attività costruttiva e che la nozione di concessione non escluderebbe né la durata indeterminata della stessa né il riconoscimento, a favore del concessionario, di un diritto di proprietà sui beni oggetto della concessione.

⁶³ Nelle conclusioni presentate dall'Avv. Gen. Mengozzi il 17 novembre 2009 viene apertamente affermato che, ai fini dell'applicabilità delle norme delle direttive sul *public procurement*, è irrilevante la finalità che i pubblici poteri perseguono mediante i servizi, le opere e/o i lavori che intendono realizzare.

Ciò che rileva è esclusivamente la sussistenza dei presupposti oggettivi delineati dal testo normativo in quanto l'obiettivo principale della predetta disciplina europea è quello di eliminare le restrizioni alle libertà fondamentali e di favorire una concorrenza effettiva tra le imprese e di aprire i mercati ai soggetti che potrebbero essere interessati ad eseguire le prestazioni.

E per tali soggetti il fine che la pubblica amministrazione intende perseguire è irrilevante.

Di conseguenza, come già emerso in precedenza, sembra definitivamente svanire la possibilità di distinguere appalti e concessioni sulla base delle finalità di interesse generale attribuite a quest'ultime.

La Corte non concorda però con l'Avv. Gen. sul fatto che, ai fini della sussistenza di un appalto pubblico di lavori o di una concessione di lavori pubblici ai sensi delle direttive UE, sia necessario un legame diretto tra l'amministrazione aggiudicatrice e le commesse che può consistere, in particolare, nel fatto che l'opera sia destinata ad essere acquisita dalla pubblica amministrazione (in regime di proprietà), o che fornisca alla stessa un vantaggio economico diretto (godimento a vario titolo), oppure ancora nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice abbia assunto l'iniziativa della realizzazione o sostenga almeno in parte i costi della stessa mediante risorse pubbliche (pecuniarie o in natura).

Per la Corte occorre un interesse economico diretto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice che può essere riscontrato qualora sia previsto che essa divenga proprietaria ovvero disponga di un titolo giuridico che le garantisca la disponibilità delle opere oggetto dell'appalto, in vista della loro destinazione pubblica;

interpretare il rischio concessorio in una prospettiva invertita rispetto al precitato caso *Eurawasser* (i.e. non più la riduzione del rischio, ma la sua illimitata estensione in ragione del diritto di proprietà attribuito al concessionario⁶⁴).

l'interesse economico può inoltre risiedere nei vantaggi economici che l'amministrazione aggiudicatrice potrà trarre dal futuro utilizzo o dalla futura cessione dell'opera, nel fatto che essa abbia partecipato finanziariamente alla realizzazione dell'opera o nei rischi che essa assume in caso di fallimento economico dell'opera, senza che sia necessaria, tuttavia, la forma dell'acquisizione di un oggetto materiale o fisico.

⁶⁴ Sul punto, la Corte di Giustizia conclude che una concessione di lavori pubblici non può mai prevedere il riconoscimento al concessionario di un diritto illimitato nel tempo sul bene oggetto di concessione (ptt. 70-80).

La conclusione, nonostante la fermezza, desta qualche perplessità.

Affinché un'amministrazione aggiudicatrice possa trasferire alla sua controparte il diritto di gestire un'opera, secondo la Corte "è necessario che tale amministrazione possa disporre della gestione dell'opera stessa. Ciò non avviene, di norma, qualora il diritto di gestione abbia come unica origine il diritto di proprietà dell'operatore interessato. Infatti, il proprietario di un terreno ha il diritto di gestirlo nel rispetto delle norme giuridiche vigenti. Fintantoché un operatore disponga del diritto di gestire il terreno di cui è il proprietario, risulta essere esclusa, in linea di principio, la possibilità che un'autorità pubblica attribuisca una concessione avente ad oggetto la gestione stessa" (ptt. 72-74).

Sembra palesarsi una certa confusione fra il contenuto della concessione e quello della sfera giuridica del concessionario, risultante forse dall'eccessiva importanza posta sul concetto di "trasferimento".

La concessione presenta *naturaliter* una durata limitata nel tempo per non annullare *ad aeternam* gli effetti benefici della concorrenza (pt. 79; ora cfr. cons. 52 e art. 18 della direttiva 2014/23/UE), tale situazione rimanendo immutata anche laddove il concessionario sia proprietario dell'infrastruttura realizzata.

Non a caso il diritto europeo (art 345 TFUE) si proclama indifferente rispetto alla proprietà pubblica o privata in materia di *public procurement*: ne è prova l'inclusione di organismi privati – imprese pubbliche e soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi – quali enti aggiudicatori nei settori speciali, ma altri possono essere gli esempi. Uno è sicuramente dato dalla possibilità di ricorrere liberamente all'autoproduzione (gestione diretta ed *in house providing*) o all'*outsourcing*; un altro è rappresentato dai contratti incentrati sul rischio di disponibilità, i quali presuppongono normalmente la proprietà privata dell'*asset*; nello stesso modo, i contratti legati alla domanda di mercato non escludono a priori la proprietà privata del bene.

Sorge quindi il dubbio che la Corte, così come l'Avv. Gen. Mengozzi (ptt. 86-98 delle conclusioni presentate il 17 novembre 2009; in particolare si veda il pt. 88: "Sulla base della stessa etimologia del termine, una concessione è la possibilità, riconosciuta ad un soggetto, di godere di un bene sul quale, altrimenti, egli non potrebbe vantare alcun diritto"), abbiano fatto un po' di confusione al riguardo.

La concessione non esclude affatto la proprietà privata del bene in capo al concessionario, comprendendo anzi fattispecie che la prevedono (*leasing* e disponibilità in Italia, ma in generale, sotto la sigla "O", la concessione conosce varie versioni fondate sulla prestazione "*Own*": cfr. cons. 11 dir. 2014/23/UE).

La dimostrazione di quanto appena detto è data dalla stessa Corte quando – richiamando *Eurawasser* – ricorda che "l'elemento essenziale della concessione risiede nel fatto che il concessionario sopporta esso stesso il rischio economico principale o, in ogni caso, sostanziale, collegato alla gestione" (pt. 75).

Replicando alla Commissione, la quale sosteneva che tale rischio può consistere nell'incertezza dell'imprenditore circa l'approvazione o meno dei progetti da parte dell'ente territoriale, la Corte dichiara che "In una situazione quale quella evocata dalla Commissione, il rischio sarebbe collegato alle competenze di regolamentazione dell'amministrazione aggiudicatrice in materia urbanistica e non al rapporto contrattuale derivante dalla concessione. Di conseguenza, il rischio non sarebbe collegato alla gestione" (pt. 78).

Il ragionamento della Corte è stavolta inappuntabile sotto il profilo del metodo (cercando di delimitare il confine fra il contenuto del diritto di gestione e ciò che ne fuoriesce) ma pecca di scarsa lungimiranza: se è vero che il rischio concessorio attiene alla gestione delle prestazioni contrattualizzate, è innegabile che include anche tutte le fasi propedeutiche all'esecuzione del contratto stesso e, proprio per tale ragione, diviene assolutamente irrinunciabile l'allocazione dei rischi in capo a coloro che meglio possono fronteggiarli (prevenzione, gestione, riparazione).

Nel caso del cd. "rischio amministrativo" è ovvio che sarebbe opportuna l'attribuzione alla p.a.; qualora questa non volesse sopportarlo, detto rischio finirebbe col gravare sul concessionario e costituirebbe certamente parte del rischio di gestione (in tal senso vedasi l'art. 160-ter, comma II, del d.lgs. 163/2006).

Sotto il primo profilo, a prescindere che si tratti di un appalto o di una concessione, a parere della Corte è necessario che l'amministrazione abbia un interesse economico diretto a divenire proprietaria o a disporre di un titolo giuridico di godimento sull'oggetto del contratto pubblico, oppure possa trarre dei vantaggi economici dal futuro utilizzo o dalla futura cessione, o che essa abbia contribuito finanziariamente alla realizzazione dell'operazione o assunto dei rischi in caso di suo fallimento economico.

La nozione di appalto pubblico e quella di concessione ai sensi delle direttive presuppongono altresì che l'operatore sia contrattualmente obbligato, nei confronti della p.a., alla prestazione convenuta: in una parola, il sinallagma.

Le prestazioni derivanti dai contratti pubblici sono giuridicamente vincolanti e devono essere esigibili in sede giudiziale.

Ne discende, pertanto, la sinallagmaticità sia degli appalti sia delle concessioni, che non risolve però la fondamentale questione della natura giuridica, commutativa o aleatoria, delle concessioni (v. *infra*).

Per quanto riguarda l'altro aspetto, ossia la massima estensione della concessione, dando per scontata la durata non illimitata della medesima, deve potersi ammettere anche la proprietà da parte del concessionario sui beni oggetto del contratto.

Infatti il diritto di godimento concessorio, cui si ricollega il rischio operativo, non attiene al bene in quanto tale, bensì alla gestione, ossia all'uso specifico del bene che viene convenuto fra p.a. e concessionario (eventualmente proprietario) per la durata necessaria ad ammortizzare gli investimenti e consentire un utile.

Una volta terminata la concessione (per scadenza, risoluzione o *default*), e quindi la gestione condizionata alle esigenze della p.a., il bene può ritornare nella piena disponibilità del privato che ha rivestito il ruolo di concessionario, a meno che non sia stato stabilito l'esercizio del diritto di riscatto pubblico.

La sentenza *Stadler*⁶⁵, in ordine all'aggiudicazione di contratti di prestazione di servizi di soccorso, riporta alla ribalta il tema del problematico rapporto intercorrente fra i criteri distintivi riguardanti appalti e concessioni.

Si tratta evidentemente di un caso limite, relativo per di più ad una fattispecie a sua volta *border-line* (né appalto né concessione), che serve soltanto a trarre spunti ed a fare chiarezza sui medesimi.

Nella normalità dei casi, la procedura di scelta del contraente include la valutazione e approvazione dei progetti, nonché una serie di rimedi contro il rischio amministrativo (ritardi, varianti, etc.) a garanzia del concessionario, il quale si troverebbe altrimenti in totale balia dell'amministrazione.

⁶⁵ Corte Giust. UE, Sez. III, 10 marzo 2011, C-274/09, *Stadler*.

In Germania, per quanto riguarda la remunerazione dei prestatori dei servizi pubblici di soccorso, esistono due modelli diversi: in quello “appaltizio” (*Submissionsmodell*) la remunerazione dei prestatori è effettuata direttamente dall’ente locale; in quello “concessorio” (*Konzessionsmodell*) la remunerazione implica la riscossione, da parte dei concessionari, di corrispettivi a carico dei pazienti o delle casse malattia.

In tale contesto, il giudice *a quo* ha deciso di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- se un contratto di prestazione di servizi di soccorso debba essere considerato come una concessione di servizi, e non come un appalto di servizi, per il fatto che il prestatore non è retribuito direttamente dall’amministrazione aggiudicatrice, che il corrispettivo d’uso delle prestazioni da fornire è determinato attraverso trattative tra il prestatore e terzi che, a loro volta, sono amministrazioni aggiudicatrici (enti previdenziali), che in caso di mancato accordo è previsto che un collegio arbitrale costituito a tale scopo risolva la controversia e che la sua decisione sia sottoposta al riesame dei giudici nazionali, e che il corrispettivo non è pagato direttamente dagli utenti, ma da un ufficio liquidatore, al quale il prestatore deve per legge rivolgersi e che versa anticipi a cadenza regolare a favore del prestatore;

- se si sia in presenza di una concessione di servizi quando il prestatore assume integralmente il rischio di gestione intrinseco alla prestazione di servizi pubblici, rischio che è ridotto in quanto è assicurata una certa esclusiva nella gestione nell’area contrattualmente definita ed i corrispettivi d’uso del servizio, ai sensi di una norma di legge, devono essere calcolati sulla base dei costi previsionali stimati secondo i principi di economia aziendale, corrispondenti ad una corretta esecuzione della prestazione, ad una gestione economica e razionale nonché ad una organizzazione efficiente, e sono dovuti da enti previdenziali solvibili.

Come osservato dall’Avv. Gen. Mazák, nelle conclusioni presentate il 9 settembre 2010, le questioni pregiudiziali della presente causa ricalcano quelle sollevate nella precitata causa *Eurawasser*.

In entrambi i casi ricorre il duplice criterio, da un lato, dell’assenza di remunerazione pubblica diretta del prestatore di servizi (ossia la remunerazione non proviene dall’amministrazione che aggiudica il servizio, ma da terzi) e, dall’altro, dell’assunzione del rischio collegato al servizio, pur se limitato fin dall’inizio (cioè anche nel caso di prestazione di servizi da parte dell’autorità pubblica interessata).

Come sempre, la Corte prende le mosse dalla propria giurisprudenza e dalle definizioni contenute nelle direttive UE, sostenendo che, nel caso di un contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi, la circostanza che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall’amministrazione, ma abbia il diritto di riscuotere la remunerazione presso terzi, è sufficiente per aversi una concessione.

Poi aggiunge che, se la modalità di remunerazione è uno degli elementi determinanti per la qualificazione come concessione di servizi, questa implica che il concessionario si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi e che il mancato trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione dei servizi indica che l’operazione rappresenta un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi.

Nella fattispecie, non essendo la remunerazione del prestatore di servizi di soccorso garantita dall’amministrazione che ha aggiudicato il contratto, ma dai corrispettivi d’uso che esso è autorizzato ad esigere *ex lege* presso gli enti previdenziali (i cui assicurati hanno usufruito dei servizi di soccorso) o presso le persone assicurate privatamente e quelle non assicurate che hanno fruito di tali servizi, si tratta di una concessione: secondo la Corte ciò che conta è che “tutte le remunerazioni del prestatore di servizi provengono da persone diverse dall’amministrazione che ha aggiudicato il contratto” (pt. 28).

La direzione percorsa dalla Corte di Lussemburgo era stata in quel senso tracciata dall’Avv. Gen., a detta del quale l’assenza di remunerazione diretta del prestatore di servizi implica che il contratto deve essere qualificato come una concessione di servizi (sebbene l’esistenza di una remunerazione diretta del prestatore da parte dell’amministrazione pubblica interessata non implichi necessariamente un appalto di servizi), rappresentando “un criterio sufficiente ai fini della qualificazione del contratto come concessione di servizi. A questo riguardo, non importa sapere, in primo luogo, chi versi la remunerazione dovuta a fronte dei servizi prestati, ammesso che si tratti di un ente sufficientemente distinto ed indipendente dall’amministrazione che ha attribuito il servizio in questione, e, in secondo luogo, quali siano le modalità di pagamento della remunerazione” (pt. 39).

E qui pare lecito porsi l’interrogativo se effettivamente all’assenza di remunerazione ad opera della p.a. committente consegua sempre una concessione o possa configurarsi anche un appalto.

La questione concerne anzitutto i servizi al pubblico, per i quali dunque non si avrebbe mai l’appalto. Come più volte ribadito, la qualificazione di un contratto pubblico dipende invero dall’incrocio di due criteri: la modalità di remunerazione ed il rischio operativo, con il primo che costituisce solamente una figura sintomatica del secondo. Sarebbe quindi più corretto dire che il criterio è uno, cioè il rischio operativo.

Invertire la prospettiva può creare disordine e incertezza del diritto.

Al riguardo l’Avv. Gen. dedica solo poche righe limitandosi a richiamare il caso *Eurawasser*.

Maggior attenzione è invece riservata dalla Corte, la quale ricorda ai ptt. 37-38 della decisione che il rischio di gestione economica del servizio deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato, il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio; al contrario, rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico o come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere, in realtà, sono insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico ovvero a quella della concessione.

Entrando nel merito della causa principale, la Corte osserva "in primo luogo, che i corrispettivi d'uso non sono determinati unilateralmente dal prestatore di servizi di soccorso, bensì mediante accordi con gli enti previdenziali sulla base di trattative che devono avvenire con cadenza annuale. Tali trattative, i cui risultati sono prevedibili solo in parte, comportano il rischio che il prestatore di servizi debba far fronte ai vincoli imposti durante la durata del contratto. Tali vincoli possono risultare, in particolare, dalla necessità di giungere a compromessi in sede di trattative o di procedura arbitrale relativa al livello dei corrispettivi d'uso.

Tenuto conto del fatto, sottolineato dallo stesso giudice del rinvio, che gli enti previdenziali con cui il prestatore selezionato deve condurre tali trattative attribuiscono importanza, alla luce dei loro obblighi di legge, alla fissazione dei corrispettivi d'uso al livello più basso possibile, detto prestatore incorre quindi nel rischio che tali corrispettivi non siano sufficienti a coprire la totalità delle spese di gestione.

Il prestatore di servizi non può premunirsi contro siffatte eventualità rinunciando alla prosecuzione della propria attività, poiché, da un lato, gli investimenti che egli ha effettuato non sarebbero ammortizzati e, dall'altro, potrebbe dover affrontare le conseguenze giuridiche della sua decisione di recedere in anticipo dal contratto. In ogni caso, un'impresa che si sia specializzata nei servizi di soccorso ha soltanto una flessibilità limitata nel mercato dei trasporti.

In secondo luogo, dalla legge bavarese risulta che essa non garantisce la copertura completa dei costi dell'operatore.

Se i costi effettivi dell'operatore superano, nel corso di un determinato periodo, i costi previsionali utilizzati come base per il calcolo dei corrispettivi d'uso, tale operatore può trovarsi in una situazione di deficit e dover garantire un prefinanziamento con mezzi propri. È un dato di fatto che la domanda di servizi di soccorso può essere soggetta ad oscillazioni.

Inoltre, se sussiste una differenza tra i costi effettivi e quelli previsionali ammessi dagli enti previdenziali, il risultato del rendiconto è messo all'ordine del giorno soltanto in occasione delle trattative successive, il che non obbliga gli enti previdenziali a compensare un eventuale deficit nel corso dell'anno successivo e non comporta quindi la garanzia di una compensazione completa.

Occorre aggiungere che, se i costi sono previsti a titolo di bilancio, non è possibile riportare all'esercizio successivo gli utili o le perdite dell'impresa.

In terzo luogo, il prestatore selezionato è esposto, in una certa misura, al rischio di inadempienza dei debitori dei corrispettivi d'uso. È vero che la grande maggioranza degli utenti dei servizi è assicurata presso gli enti previdenziali, ma una parte non trascurabile degli utenti è costituita da persone non assicurate o assicurate privatamente. Se è pur vero che l'ufficio liquidatore centrale è tecnicamente responsabile della riscossione dei crediti presso questi ultimi, tuttavia esso né si assume i debiti delle persone non assicurate o assicurate privatamente né garantisce l'effettivo pagamento dei corrispettivi d'uso da parte di tali persone. Dalle informazioni fornite alla Corte risulta che tale ufficio centrale non dispone delle prerogative di un'amministrazione pubblica.

Infine, va osservato che, secondo le indicazioni fornite dal giudice del rinvio, la legge bavarese non esclude che più operatori siano ammessi a fornire i propri servizi nella medesima zona" (ptt. 39-47).

La Corte risolve così le questioni sollevate dichiarando che "quando la remunerazione dell'operatore economico selezionato è integralmente garantita da soggetti diversi dall'amministrazione aggiudicatrice che ha attribuito il contratto di prestazione di servizi di soccorso 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 delle 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»" (pt. 48).

Qualora, a prescindere dalla modalità di remunerazione, un contratto preveda il diritto di gestione da parte del contraente, sul quale ricadono i rischi operativi annessi, allora si ha concessione e non appalto.

È importante sottolineare come la Corte, dopo aver inizialmente seguito la strada della provenienza della remunerazione, abbia cambiato rotta finendo per individuare il peculiare *discrimen* della concessione nel rischio di gestione, il quale può assumere – normalmente è così – le sembianze della remunerazione presso terzi diversi dalla p.a. concedente, ma può anche possedere le fattezze di un compenso da parte della stessa p.a. concedente sottoposto a parametri predeterminati (e.g. canone di disponibilità, *shadow tolls*, etc.).

Specularmente, non è assiomatico che l'assenza di una remunerazione diretta del prestatore da parte della p.a. escluda *tout court* l'appalto: ad esempio, nel caso dei servizi pubblici è possibile che il contratto stipulato fra p.a. e contraente preveda la garanzia della remunerazione totale di quest'ultimo attraverso pagamenti di terzi (o con successiva compensazione per mano della p.a.), con conseguente esclusione del rischio operativo.

In definitiva, l'unico criterio necessario e sufficiente di distinzione fra appalti e concessioni è il rischio operativo, rispetto al quale tutti gli altri criteri secondari fungono solamente da accessori complementari.

Nella causa *Norma-A*⁶⁶, relativa a servizi di trasporto pubblico mediante autobus, viene ulteriormente chiarito il rapporto fra remunerazione del concessionario e diritto di gestione, con il consolidamento gerarchico del rischio quale unico elemento decisivo.

⁶⁶ Corte Giust. UE, Sez. II, 10 novembre 2011, C-348/10, *Norma-A*, con nota di Caranta R., *La Corte di giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*, Urbanistica e appalti 3: 287–298, 2012.

Il giudice del rinvio chiedeva alla Corte se debba considerarsi una concessione di servizi pubblici il contratto con cui si attribuisce all'aggiudicatario il diritto di fornire servizi di trasporto pubblico mediante autobus, nel caso in cui una parte del corrispettivo consista nel diritto di gestire i servizi di trasporto pubblico, ma al contempo l'amministrazione aggiudicatrice compensi il prestatore di servizi per le perdite subite a causa della prestazione di tali servizi e, inoltre, le disposizioni di diritto pubblico che disciplinano la prestazione del servizio, nonché le clausole contrattuali, limitino il rischio di gestione del servizio.

Il dubbio del giudice nazionale sorgeva dalla constatazione che il rischio legato alla gestione del servizio non veniva sopportato dall'aggiudicatario, il quale non ne assumeva neppure una parte significativa.

Difatti all'aggiudicatario veniva garantita la compensazione delle perdite connesse alla prestazione del servizio: costi indispensabili all'esecuzione superiori agli introiti ottenuti; costi generati dall'applicazione delle tariffe fissate dal committente; costi derivanti dalla riduzione del prezzo di trasporto a determinate categorie di passeggeri; costi connessi all'osservanza dei requisiti minimi di qualità imposti dopo l'inizio della prestazione del servizio. Inoltre, era prevista una compensazione per gli utili, determinata moltiplicando gli introiti per una percentuale di utile (calcolato aumentando del 2,5% il tasso medio d'interesse del mercato interbancario europeo (Euribor) nei dodici mesi dell'anno di riferimento).

Qualora, in forza delle norme di diritto pubblico e delle clausole contrattuali, l'aggiudicatario non assuma in misura significativa il rischio nel quale incorrerebbe l'amministrazione aggiudicatrice e gli venga garantita la compensazione delle perdite connesse alla prestazione del servizio, non si può parlare di concessione.

Si assiste alla definitiva inversione dei ruoli fra l'origine della remunerazione ed il rischio operativo.

Nel caso in cui parte del corrispettivo del prestatore consista nel diritto di gestione, ossia nella remunerazione da ricavare presso gli utenti, ma al contempo l'amministrazione compensi le perdite subite a causa della prestazione, è la mancanza di rischio a prevalere sulla trilateralità del rapporto.

Pertanto nell'ipotesi che le disposizioni di diritto pubblico o le clausole contrattuali limitino il rischio di gestione, riducendolo rispetto a quello che sopporterebbe la p.a. stessa, ma comunque mantenendolo ad un livello di effettività e significatività, il contratto deve essere classificato come concessione.

Ciò che conta è che il concessionario si occupi in prima persona della gestione e ne subisca gli effetti, senza garanzie di esonero da parte della controparte pubblica.

Ciononostante, il governo lettone opponeva una serie di ragioni per escludere che i rischi fossero assunti dall'amministrazione aggiudicatrice e, quindi, che si trattasse di un appalto: la possibile riduzione delle voci di bilancio dello Stato destinate alla copertura delle perdite, i costi degli investimenti non recuperabili, l'ampliamento o la riduzione degli itinerari, o, ancora, l'incertezza rispetto alla domanda degli utenti, aumentavano il rischio in modo tale che questo sarebbe stato in realtà assunto in misura significativa dall'aggiudicatario, tanto più in quanto la durata del contratto era di otto anni.

Pertanto si sarebbe trattato di una concessione di servizi.

L'Avv. Gen. Cruz Villalón, nelle conclusioni presentate il 7 luglio 2011, riteneva invece che il negozio giuridico controverso nel procedimento *a quo* costituisse un vero e proprio appalto di servizi.

Riprendendo quanto detto dall'Avv. Gen. Mazák nelle conclusioni relative alla citata causa *Stadler*, ma evitando di incorrere negli stessi inciampi, l'Avv. Gen. Cruz Villalón osservava che la remunerazione della prestazione da parte di terzi rappresenta un criterio decisivo ai fini della qualificazione di un negozio giuridico come concessione di servizi solamente nei limiti in cui implica che il rischio associato alla gestione del servizio venga assunto dal prestatore.

L'elemento realmente decisivo è costituito dall'assunzione del rischio.

L'Avv. Gen. proseguiva affermando che "per poter constatare l'esistenza di una concessione, il rischio assunto dal prestatore del servizio non deve essere necessariamente un rischio «considerabile in termini assoluti», ma basta che costituisca almeno una «parte significativa» del rischio che, in ogni caso, verrebbe assunto dalla stessa amministrazione aggiudicatrice se prestasse direttamente il servizio in questione" (pt. 50).

Nel caso di specie, essendo prevista la compensazione sia delle perdite di utili sia delle perdite connesse alla prestazione del servizio, il rischio del concessionario era praticamente nullo.

La Corte di Giustizia, pur non spettando ad essa qualificare concretamente l'operazione controversa nella causa principale, in quanto solo il giudice nazionale può valutare l'entità del rischio concretamente assunto dal contraente, è giunta alla conclusione che l'operazione presentasse le caratteristiche di un appalto.

Perciò la Corte ha dichiarato che costituisce un appalto di servizi un contratto con cui il prestatore, in forza delle norme di diritto pubblico e delle clausole contrattuali che disciplinano la fornitura di tali servizi, non assume in misura significativa il rischio in cui incorre l'amministrazione aggiudicatrice (pt. 59).

Infine, con la decisione *Commissione/Paesi Bassi*⁶⁷, nell'ambito dell'attribuzione di lavori pubblici da parte del Comune di Eindhoven mediante un "contratto di cooperazione",

⁶⁷ Corte Giust. UE, Sez. II, 11 luglio 2013, C-576/10, *Commissione/Paesi Bassi*.

La controversia trae origine dalla decisione del Comune di Eindhoven di realizzare sul proprio territorio un progetto immobiliare per procedere al riassetto di un'area residenziale, di cui era proprietario, consentendo agli abitanti di avere accesso a taluni servizi sociali e culturali (un centro medico e un centro ricreativo, di integrazione e di studi, nonché un centro commerciale con appartamenti e alloggi).

Occorre stabilire se il contratto, concluso tra il Comune e la controparte sotto il *nomen* di "contratto di cooperazione", fosse una semplice vendita di terreni o una concessione di lavori pubblici.

La Corte, respingendo il ricorso presentato dalla Commissione, non è entrata nel merito delle questioni relative alla qualificazione del contratto, a differenza delle conclusioni presentate l'11 aprile 2013 dall'Avv. Gen. Wathelet, dalle quali si possono ricavare considerazioni interessanti sul tema.

Secondo l'Avv. Gen., a riprova della genesi delle concessioni dagli appalti, sono tre le condizioni necessarie affinché sussista una concessione di lavori pubblici: un contratto scritto tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un operatore economico, concluso a titolo oneroso, in cui il corrispettivo consiste necessariamente solo nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, ed avente per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione.

L'oggetto del contratto di cooperazione non faceva alcun riferimento alla vendita di terreni, essendo inteso a definire le modalità e le condizioni di cooperazione esclusive tra le parti ai fini dell'esecuzione del progetto di riassetto dell'area oggetto di pianificazione. Il contratto prevedeva inoltre la creazione di un gruppo di progetto e di vari gruppi di lavoro, per elaborare i documenti di pianificazione e preparare la decisione delle parti, fermo restando che il gruppo di progetto era presieduto dal capo progetto del Comune.

Il prezzo dei terreni ammontava ad € 5.616.024, mentre il valore stimato dei lavori di costruzione del progetto era di € 28.186.000.

L'oggetto del contratto di cooperazione quindi non era solamente la vendita di terreni, bensì, soprattutto, l'esecuzione di lavori relativi a beni e terreni di proprietà del contraente privato.

A questo punto l'Avv. Gen. si è posto due domande: anzitutto, una concessione di lavori pubblici – e quindi il diritto di gestire l'opera – a tempo indeterminato è compatibile con il diritto dell'Unione? Inoltre, esiste corrispettivo se il concessionario è, o diventa, proprietario del terreno e/o delle opere realizzate?

In relazione al primo quesito, l'Avv. Gen., distinguendo la nozione di "tempo indeterminato" dalla "durata infinita", che è la sola a non avere termine, ammette una concessione a tempo indeterminato.

In relazione al secondo quesito, richiamando la citata causa *Helmut Müller*, suggerisce alla Corte di escludere la possibilità di configurare una concessione di lavori pubblici qualora venga riconosciuto al (presunto) concessionario un diritto di proprietà sulle opere realizzate.

In ogni caso, non avendo la Commissione sufficientemente dimostrato l'esistenza di un corrispettivo – ossia il diritto di gestire o tale diritto accompagnato da un prezzo – a favore del contraente, proprietario dei terreni e delle opere da realizzare, l'Avv. Gen. conclude negando che si tratti di un contratto di concessione.

La conclusione non convince, viepiù il ragionamento seguito.

L'Avv. Gen., ed ancor più la Corte, hanno perso una grande occasione di approfondire la tematica dei PPP in un caso pratico che ne presentava tutti gli elementi fondamentali.

Sarebbe stato opportuno dedicare maggior attenzione alle questioni emerse nella fattispecie anziché richiamare i precedenti e soffermarsi su nozioni astratte.

In particolare, lascia perplessi la riproposizione del diritto di gestione a tempo indeterminato, stavolta ammesso ma nuovamente confuso col diritto dominicale del contraente. Una cosa non esclude l'altra, tant'è che nel PPP sotto le diciture "O" e "T" sono rispettivamente individuate le prestazioni di "Own" e "Transfer" che evidenziano la possibilità che la controparte della p.a. sia proprietaria del bene ed eventualmente debba trasferirlo a quest'ultima alla scadenza del contratto. Del resto, come già illustrato, la sostanza del contratto di concessione non confligge con lo *status* di proprietario del concessionario. Facciamo un esempio al riguardo: fra vari potenziali candidati tutti proprietari di terreni e beni (allo stato o a fine lavori), la p.a. seleziona quello ritenuto più idoneo a soddisfare le sue esigenze e gli affida una serie di prestazioni stipulando un contratto di durata determinata (per ipotesi: 30 anni), in cui il corrispettivo è legato ai livelli di prestazioni e di accesso degli utenti. È inoltre possibile prevedere l'opzione di riscatto da parte della p.a. alla scadenza del contratto.

Ora, qualcuno oserebbe negare che ci si trova di fronte ad una concessione?

si chiude l'*excursus* sulle pronunce della Corte di Giustizia che hanno preceduto l'approvazione della direttiva 2014/23/UE sulle concessioni.

Quest'ultima ha finalmente codificato la lunga produzione relativa alle concessioni in un testo di diritto positivo avente natura vincolante, sebbene rimangano alcune lacune.

Risulta sicuramente d'aiuto la previsione della durata determinata delle concessioni (cfr. cons. 52 e art. 18 dir. conc.), che elimina sul nascere certe questioni interpretative, come quelle riguardanti la durata infinita o indeterminata delle concessioni.

Prima di mettere a fuoco la dimensione quantitativa del rischio, occorre ritornare ancora una volta, almeno per qualche istante, sulle modalità di remunerazione del concessionario per effettuare un breve riepilogo generale sul rischio concessorio.

Solo ai primordi la Corte aveva inteso la concessione come caratterizzata dalla remunerazione presso gli utenti terzi – caratterizzazione poi degenerata nell'assenza di remunerazione diretta da parte della p.a. concedente (nonostante l'eventualità del prezzo pagato dalla medesima) –, avendo in seguito sempre interpretato la remunerazione del concessionario presso l'utenza *lato sensu* (comprensiva sia dei terzi, sia della p.a. e delle varie combinazioni di questi), come riflesso della definizione di concessione che vuole la remunerazione consistente nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione.⁶⁸

In applicazione di questo criterio, la Corte ha quindi reputato configurarsi una concessione allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto di gestione ed il concessionario assume il rischio collegato: il fatto che il prestatore sia remunerato attraverso pagamenti provenienti da terzi è solamente una delle configurazioni che può assumere l'esercizio del diritto di gestione riconosciutogli, non potendosi escludere la remunerazione diretta da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

Come già detto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia si è affinata nel tempo.

Purtroppo talvolta ci si dimentica della quintessenza della concessione così come elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nel corso degli anni, nonostante qualche oscillazione ed incertezza. L'autentico *discrimen* delle concessioni consta del rischio di gestione in capo al contraente privato, che può essere ravvisato solo caso per caso, alla stregua delle clausole contrattuali pattuite dalle parti.

Ciò che non pare utile è fossilizzarsi su aspetti poco rilevanti, come accaduto a più riprese con riferimento al presunto diritto di gestione illimitata che deriverebbe dalla proprietà del concessionario o, addirittura, alla preconizzazione di scenari virtuali sulla base dell'avvertita intenzione della p.a. di affidare in futuro un appalto o una concessione (come nell'ultima questione pregiudiziale della causa *Helmut Müller*).

In entrambe le situazioni, soltanto una valutazione *ex post* del giudice nazionale può adeguatamente prendere in considerazione tutti gli elementi del caso, senza bisogno di scomodare la Corte di Giustizia.

⁶⁸ Paradigmatico è il caso *Stadler*, ove si assiste dapprima alla speciosa connotazione della concessione alla stregua della provenienza della remunerazione da una p.a. diversa da quella committente, salvo poi doversi ammettere che la *condicio sine qua non* è costituita dal rischio operativo di gestione.

Ciò è successo non solo per quanto riguarda la prospettiva modale del rischio, ma anche in riferimento alla sua dimensione quantitativa.

In tale ottica è stato infatti specificato che, ai fini della qualificazione come concessione, è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente, o almeno in misura significativa, al concessionario il rischio nel quale essa incorre.

Quanto al rischio, invero, la Corte ritiene che esso può essere, *ab origine*, considerevolmente ridotto dalla regolazione giuspubblicistica di settore, ma la p.a. deve trasferirlo integralmente o almeno in misura significativa al concessionario.

Il punto fondamentale è che il rischio dev'essere limitato dalla regolazione esistente, come pure dalle amministrazioni aggiudicatrici, prima dell'affidamento della concessione, in modo che tutti i potenziali interessati ne abbiano contezza.

La consistenza del rischio dev'essere valutata diacronicamente: *ex ante* ed *ex post*.

Sono appunto le sopravvenienze e le variazioni del mercato che consentono di stabilire se un contratto sia qualificabile o meno quale concessione.

Il che non significa che una concessione debba giocoforza includere un rischio tale per cui l'operazione economica si trasformi in un azzardo totale, semmai l'opposto: ossia che un rischio praticamente inesistente esclude la concessione.⁶⁹

Frontiera assai labile dal momento che presuppone apprezzamenti soggettivi.

Esempio tipico sono i servizi a rete e, in generale, i monopoli, nei quali il rischio concreto è ridotto sia per le caratteristiche intrinseche sia per le discipline di settore.

La configurazione giuspubblicistica di stampo normativo o amministrativo può quindi incidere sulla estensione oggettiva delle concessioni, ampliandola a tutte quelle fattispecie in cui è insito un rischio modesto ma comunque significativo e rilevante.

Ovviamente, l'eccezione è rappresentata dalle ipotesi di rischio solo "sulla carta", ove il concessionario si ritrova ad essere garantito da qualsivoglia eventualità (emblematiche le vicende Commissione/Italia e Norma-A, in cui il contraente veniva a posteriori compensato delle perdite ed otteneva altresì un margine di profitto assicurato).

⁶⁹ Cfr. cons. 18 e art. 5 della direttiva 2014/23/UE. Deve escludersi la concessione nel caso che l'amministrazione sollevi l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi da sostenere in relazione all'esecuzione del contratto. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile. Detto limite, in definitiva, segna la linea di confine con la figura dell'appalto.

Ad avviso di chi scrive, in questi casi, l'indicatore della concessione è dato dalla considerazione della posizione che assumerebbe la p.a. committente qualora decidesse di espletare essa stessa la prestazione.

Se essa coincide almeno in parte con quella assunta dal privato contraente, si tratterà di concessione; se invece la p.a. contribuisce – oltre un livello di normale ragionevolezza (come detto, l'allocazione dei rischi sottende un'attribuzione ponderata) – in maniera tale da avvantaggiare la controparte e depauperare se stessa, allora si avrà un appalto.

La prova decisiva sta nel fatto che nelle concessioni deve sempre essere presente il rischio operativo privato.

In sostanza, non si richiede che l'operazione economica sia destinata al fallimento (altrimenti verrebbe vanificato in radice lo scopo delle concessioni), ma che le eventuali contingenze allocate al soggetto deputato alla gestione, vale a dire il concessionario, debbano ricadere su di esso, senza eccessive garanzie da parte del plesso pubblico.

L'equazione "diritto di gestione uguale a rischio operativo" va in definitiva letta nell'ottica di contemperare interessi pubblici e privati, evitando prevaricazioni degli uni e/o degli altri ma tenendo in debito conto che la concessione dev'essere una valida opzione per la p.a. nel perseguimento del benessere collettivo.

E tale possibilità dipende ineluttabilmente dalla attività di interpretazione operata dai giuristi nazionali, spettando ad essi l'onere di inquadrare la concessione, distinguendola dall'appalto, e fornirne sia una definizione certa che una disciplina adeguata nel quadro normativo interno.

Se la definizione di concessione (e quindi di rischio operativo) è riservata al diritto unionale, infatti, secondo la Corte di Giustizia è il giurista nazionale a dover valutare se il rischio operativo del contraente configuri una concessione nel caso concreto e, a tal fine, quali debbano essere le conseguenze di un eventuale inadempimento del concessionario nel corso dell'esecuzione del contratto.

Ragion per cui occorre riportare la certezza del diritto sulle concessioni nel contesto nazionale.

Capitolo III. Il retaggio italiano

Anche l'ordinamento nazionale, al pari di quello sovranazionale, ha conosciuto uno sviluppo tormentato in ordine all'istituto concessorio.

Mentre in ambito europeo, però, la priorità è stata la distinzione delle concessioni dagli appalti, nel contesto italiano si sono dovuti affrontare diversi problemi interpretativi derivanti dal sostrato giuridico preesistente.

Se infatti, per quanto riguarda gli appalti, l'influenza del previgente diritto nazionale sembra potersi dire limitata all'applicazione dello statuto rappresentato da alcune norme contenute nel Codice Civile⁷⁰ che si aggiungono alla speciale disciplina di diritto pubblico (principalmente contenuta nel d.lgs. 163/2006 – cd. “Codice dei contratti” – e nel regolamento attuativo, il d.p.r. 207/2010), in relazione alle concessioni, forse anche in virtù della scarsa regolamentazione della materia, si è assistito ad una maggiore incidenza dovuta all'ingombro della *opinio juris* che viene a rilevare.

Mi riferisco in special modo a quella sulle concessioni amministrative ed a quella sui servizi pubblici.

Del resto, nell'ordinamento italiano l'espressione “concessione” è tradizionalmente adoperata con significati eterogenei e per riferirsi ad una vasta categoria di fattispecie differenti per oggetto, per contenuto e per effetti – concessioni di beni demaniali, di lavori,

⁷⁰ Segnatamente l'art. 1655 e seguenti. Il contratto di appalto, per definizione codicistica, comporta, da parte dell'appaltatore, l'assunzione del rischio economico che rientra nell'alea di quel tipo di contratto, incentrato su una obbligazione di risultato.

La circostanza è oggi pacifica in dottrina e giurisprudenza: si rinvia a Tucci, op. cit., *passim*; Santoro P., *Gli appalti pubblici: nozione comunitaria e tipologie negoziali*, Foro Amministrativo 4: 1282, 1998 e, soprattutto a Iaione C., *La nozione codicistica di contratto pubblico*, in giustamm.it (pubblicato il 24.5.2007), per il quale l'appalto pubblico non fuoriesce dallo schema tipico del contratto di appalto di cui all'art. 1655: “Per quanto attiene alla definizione e alla struttura giuridica, non si riscontrano differenze sostanziali tra l'appalto pubblico e quello disciplinato dall'art. 1655 c.c. Ai sensi del codice civile l'appalto è «un contratto con il quale una parte assume con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro». Da questo punto di vista, l'appalto è “pubblico” semplicemente in quanto ne è parte la p.a. in qualità di committente. Infatti, dal punto di vista della struttura negoziale, si tratta in entrambi i casi di contratti di scambio, onerosi, di durata (ad esecuzione prolungata) che presentano carattere commutativo e non aleatorio. Ora, l'appalto, pur comportando particolari tipi di rischio espressamente regolamentati, rimane un contratto non aleatorio. Nell'appalto la natura dell'obbligazione assunta dall'appaltatore è, infatti, di risultato. Il committente, pertanto, non assume alcun rischio. Similmente, l'appaltatore non assume un rischio diverso da quello conseguente alla normale alea insita in ogni operazione contrattuale”.

Tuttavia in passato la natura dell'appalto era controversa tanto che si dovette creare la categoria dei contratti ad oggetto pubblico per trovare un compromesso fra provvedimento amministrativo e contratto privatistico: si rinvia a Musolino G., *L'appalto pubblico e privato*, vol. I, Utet, Torino, 2002.

Il medesimo inconveniente affligge oggi le concessioni, sulle quali pesa l'eredità delle disposizioni relative alle concessioni amministrative (v. *infra*).

di servizi (pubblici e non, locali o meno), di onorificenze e di cittadinanza, finanche le vecchie concessioni edilizie (divenute ora permessi di costruire) – “caratterizzata unitariamente solo per il fatto che l’Amministrazione arricchisce di utilità la sfera giuridica del concessionario, o, secondo una diversa e più esatta interpretazione, costituisce o trasferisce nel patrimonio giuridico del concessionario nuovi *status*, nuove legittimazioni, nuove qualità o nuovi diritti”.⁷¹

In particolare, la concessione amministrativa ha un effetto ampliativo della sfera giuridica del destinatario e può essere costitutiva (quando costituisce *ex novo* una utilità in capo al destinatario) o traslativa (quando l’utilità è soltanto trasferita al destinatario).

La collocazione dell’istituto da sempre oscilla tra il diritto privato e quello pubblico a seconda del maggior rilievo attribuito alla prima dimensione oppure alla seconda.⁷²

⁷¹ Cfr. Scoca F. G., “La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici”, in Roversi-Monaco F., *Le concessioni di servizi*, Maggioli, Rimini, 1988, p. 25; *id.*, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 274; Rizzo G., *La concessione di servizi*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 1.

⁷² La dottrina nazionale si è a lungo interrogata sulla natura giuridica della concessione, dividendosi tra l’impostazione pubblicistica (concessione come provvedimento amministrativo) e quella privatistica (concessione come contratto). Non è possibile dar conto in questa sede delle diverse tesi sostenute in materia; l’argomento meriterebbe apposita trattazione solamente per la risalenza nel tempo del dibattito e per l’autorevolezza dei giuristi che si sono espressi, ma per quanto d’interesse è sufficiente delineare gli sviluppi più recenti in modo tale da ricostruire brevemente lo scenario contemporaneo.

Per una ricostruzione della *querelle* sulla natura giuridica della concessione si rinvia, *ex multis*, a Rizzo G., “Il dibattito sulla natura giuridica dell’istituto: provvedimento o contratto?”, *op. cit.*; Moliterni A., *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, *Diritto Amministrativo* 4: 567, 2012; Monzani S., *Il trasferimento al privato del rischio economico di gestione quale tratto distintivo della concessione rispetto all’appalto di servizi e le conseguenze in tema di normativa applicabile*, *Foro Amministrativo C.D.S.* 1: 243, 2013; Botto A.; Iannotta L., “La concessione dei lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno”, e Raganelli B., “Pubblico, Privato e Concessioni in Europa”, in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013, ed alle bibliografie ivi indicate.

Occorre far notare che persino la Comunicazione interpretativa sulle concessioni (2000/C 121/02) risentiva della questione e ne riportava alcuni segni prendendo in considerazione “ogni atto dello Stato, *contrattuale o unilaterale*, che stabilisca le condizioni alle quali è soggetta una prestazione di attività economiche” e gli “atti riconducibili allo Stato per mezzo dei quali un’autorità pubblica affida a un soggetto, *vuoi con un atto contrattuale, vuoi con un atto unilaterale* che abbia ricevuto il consenso di tale soggetto la gestione totale o parziale di servizi che di norma ricadono nell’ambito di prerogative dello Stato, e per i quali il soggetto in questione assume il rischio di gestione” (pt. 2.4; corsivi aggiunti).

Oggi parte della dottrina italiana (in giurisprudenza si veda, ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236) afferma che la concessione rappresenta un accordo amministrativo ai sensi dell’art. 11 della l. 241/90: cfr. Sandulli M.A.; De Nictolis R.; Garofoli R., *Trattato sui contratti pubblici*, vol. IV – Le tipologie contrattuali, Parte II – Le procedure di affidamento, l’aggiudicazione, le tipologie contrattuali, Capitolo 15 – Le concessioni di lavori pubblici, Giuffrè, Milano, 2008, *passim*; D’Ancona S., “La revoca e il recesso nelle concessioni amministrative”, in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *op. cit.* e bibliografie ivi indicate. Altri autori, fra i quali Picozza, propugnano invece la natura contrattuale della concessione sulla base delle disposizioni europee e pedissequo recepimento nell’ordinamento nazionale: “affermare che la concessione è un contratto, significa demolire la teoria della concessione amministrativa e perfino quella del contratto ad oggetto pubblico” (cfr. Picozza E., “Le concessioni nel diritto dell’Unione Europea. Profili e prospettive”, in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *op. cit.*, p. 37). In senso

conforme: Monteferrante L., *Il diritto dei contratti conquista gli accordi*, Urbanistica e appalti 8: 955, 2006; Luminoso A., *Codice dell'appalto privato*, Giuffrè, Milano, 2010; Caranta R., *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2012; Botto A.; Iannotta L., op. cit., in particolare p. 65 (“Dopo un lungo e contorto percorso evolutivo, la concessione è sostanzialmente tornata alle origini e ciò essenzialmente sotto la spinta della disciplina comunitaria. Del pari, la concessione, nata come contratto tra una pubblica amministrazione e un operatore economico privato, dopo un lungo bagno nel fiume dell’idealismo giuridico tedesco, ha ripreso i propri vestiti privatistici e si presenta per quello che è in realtà: un negozio giuridico a titolo oneroso tra una pubblica amministrazione ed un operatore privato”).

A me pare che cercare di coniugare la concezione provvedimentale della concessione-atto e la natura negoziale della concessione-contratto sia un errore grossolano stante l’anacronismo dell’artificiosa visione della concessione quale insieme di atti (provvedimento e contratto) – in teoria superata ma comunque persistente nella prassi – a fronte dell’attuale definizione unionale della concessione quale contratto (una volta tanto, in questo caso, soccorre l’assimilazione agli appalti: se essi sono contratti a tutti gli effetti, pur preceduti da un procedimento amministrativo ad evidenza pubblica, non si comprende per quale ragione dovrebbero valere considerazioni diverse per le concessioni: cfr. Corte Cost., 19 giugno 1998, n. 226, pt. 4 dir. e, soprattutto, 23 novembre 2007, n. 401, ptt. 6.7-6.8 dir., ove la Consulta rileva “come sia stata proprio l’esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente, che ha determinato il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell’interesse dell’amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale. Va, inoltre, precisato che l’osservanza delle prescrizioni comunitarie ed interne di evidenza pubblica garantisce il rispetto delle regole dell’efficacia e dell’efficienza dell’attività dei pubblici poteri: la selezione della migliore offerta assicura, infatti, la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell’aggiudicazione. [...]È noto che l’attività contrattuale della pubblica amministrazione, essendo funzionalizzata al perseguimento dell’interesse pubblico, si caratterizza per la esistenza di una struttura bifasica: al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue un momento negoziale. Nella prima fase di scelta del contraente l’amministrazione agisce, come si è già sottolineato, secondo predefiniti moduli procedurali di garanzia per la tutela dell’interesse pubblico, ancorché siano contestualmente presenti momenti di rilevanza negoziale, dovendo la pubblica amministrazione tenere, in ogni caso, comportamenti improntati al rispetto, tra l’altro, delle regole della buona fede. Nella seconda fase – che ha inizio con la stipulazione del contratto (si veda art. 11, comma 7, del Codice) – l’amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell’esercizio di poteri amministrativi, bensì nell’esercizio della propria autonomia negoziale”).

D’altro canto, in aggiunta all’esposta rilettura analogica delle concessioni rispetto agli appalti (che hanno peraltro sofferto del medesimo preconcetto, essendo stati in origine reputati provvedimenti amministrativi), basta pensare alle caratteristiche del provvedimento amministrativo per capire che poco o nulla si confanno alle concessioni oggetto della nuova direttiva 2014/23/UE.

Sin dal fondamento del provvedimento amministrativo, quale manifestazione di potere da parte di un’autorità amministrativa, è palese l’antinomia con la concessione.

Semmai la p.a. risulta infatti essere in una posizione di debolezza in quanto deve ricorrere al mercato per soddisfare un certo bisogno.

La concessione di lavori e/o servizi, quale modalità di *outsourcing* del rischio realizzativo/gestionale, risponde precipuamente all’esigenza di individuare un soggetto idoneo a realizzare un’operazione di pubblico interesse, che si ripaghi del capitale investito mediante la gestione economica dell’operazione stessa.

Che la riconduzione delle varie concessioni amministrative nell’ambito di un istituto unitario sia un lapalissiano errore di metodo è confermato dal loro inquadramento come accordi amministrativi: se l’intento può essere apprezzabile dal punto di vista sistematico e della semplificazione, poiché consentirebbe di dare una veste generale alle concessioni, il risultato è per converso criticabile e fallace.

In particolare, è impensabile che la concessione possa essere imposta al destinatario, finanche contro la sua volontà, qualora non vi sia accordo con la p.a. (si rinvia a Renna M., *Il regime delle obbligazioni nascenti dall’accordo amministrativo*, Diritto amministrativo, 2010). È questo un *impasse* che connota, ad onor del vero, tutte le concessioni in quanto necessitano di un atto di accettazione da parte del destinatario. Ma se anche così non fosse, la problematica è fortemente accentuata con riferimento alle concessioni *de quibus*, incentrate sul rischio e dotate di spiccata vocazione commerciale.

Altri punti deboli di una simile impostazione discendono parimenti dall’applicazione dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti solo in quanto compatibili e ove non diversamente previsto

In ogni caso, l'influenza dell'ordinamento sovranazionale su quello nazionale ha condotto ad inquadrare la concessione in esame come un rapporto giuridico unitario, di natura contrattuale, pur se scaturente da un previo procedimento ad evidenza pubblica.

E questo ha sicuramente ripercussioni molto rilevanti sotto il profilo dei rischi in quanto esclude tutta una serie di prerogative amministrative e pubbliche *d'antan* le quali, se non contrattualizzate, non possono essere unilateralmente imposte al concessionario.

Cosa che potrebbe agevolare l'implementazione dell'istituto, una volta alleggerito della spada di Damocle dell'autotutela amministrativa (anche se la prassi è ben diversa).⁷³

e dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie relative alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi amministrativi (art. 133, comma I, lett. a), n. 2, c.p.a.).

Come sottolinea attenta dottrina, se la *ratio* della pubblicizzazione delle concessioni è legata alla esigenza della p.a. di mantenere alcune posizioni di supremazia sulla controparte privata, ciò è altresì ottenibile mediante clausole negoziali che riproducono le speciali facoltà pretese dall'amministrazione (cfr. Moliterni A., op. cit.; Botto A.; Iannotta L., op. cit.) o l'esercizio di queste nei casi previsti *ex lege*.

In definitiva, non si può far altro che prendere atto dell'esistenza della dicotomia fra concessioni-atto e concessioni-contratto, del fatto che quelle di cui ci stiamo occupando sono contratti – non accordi amministrativi di cui alla l. 241/90 – che discendono da un previo procedimento amministrativo (il quale si chiude con un provvedimento di aggiudicazione) e che la complessità della concessione come macro-categoria si riverbera sulla singola concessione quale rapporto di durata soggetto a molteplici rischi.

Occorre quindi un cambiamento di prospettiva: dall'atto conclusivo al procedimento. Come suggerito da Sartorio L., "Le operazioni di partenariato contrattuale tra interesse pubblico e concorrenza: sviluppo economico e ruolo dei privati in Italia e in Francia", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., op. cit., p. 701, "la collaborazione pubblico-privata in funzione dello sviluppo economico ha bisogno di contrattualità, il che sta a significare, sostanzialmente, minore disparità nel rapporto fra le 'parti' coinvolte. Una contrattualità che è necessaria a garantire anche "maggiore flessibilità e duttilità" all'operazione di partenariato ad oggetto quasi mai standardizzato, ma che deve tuttavia fare i conti con i principi comunitari di concorrenza e *par condicio*". Le prerogative pubbliche devono allora trovare ingresso nel procedimento propedeutico alla formazione dell'atto conclusivo, il quale può anche contenere alcune clausole di salvaguardia per la p.a. (e.g. revoca, recesso) che però non snaturano la natura negoziale del contratto seppur interpretato alla luce del peculiare concetto di "operazione amministrativa".

⁷³ Il rischio di autotutela amministrativa da parte dell'ente concedente non deve essere trascurato.

Sul punto D'Ancona S., "La revoca e il recesso nelle concessioni amministrative", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., op. cit., p. 601 ss., a partire dal comma 4 dell'art. 11 della l. 241/90, ravvisa l'esistenza, a favore della pubblica amministrazione, di un potere di recedere dai contratti di diritto pubblico.

E a questo associa anche l'esercizio del potere di revoca di cui all'art. 21-*quinquies* della l. 241/90.

In realtà esiste un enorme divario ontologico fra le due norme appena menzionate.

Mentre il comma 4 dell'art. 11 della l. 241/90 prevede il recesso unilaterale della p.a. dagli accordi di diritto pubblico, con indennizzo degli eventuali pregiudizi arrecati, il comma 1-*bis* dell'art. 21-*quinquies* si riferisce al diverso caso della revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea che incida su rapporti negoziali, stabilendo che l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico.

Dunque, la revoca è possibile solamente per i provvedimenti amministrativi, dovendosi invece inquadrare come recesso la facoltà di *exit* della p.a. sia negli accordi di cui all'art. 11 della l. 241/90 che nei contratti veri e propri. La conferma di quanto esposto si ritrova nell'art. 21-*sexies* della l. 241/90, rubricato "Recesso dai contratti", ove è sancito che il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso solo nei casi previsti dalla legge o dal contratto.

In Italia la *querelle* avente ad oggetto la natura della concessione ha prodotto varie aporie.

L'altra grande influenza subita dalle concessioni si lega ai servizi pubblici.⁷⁴

Nel presente elaborato si è accolta la visione della concessione come contratto, pur se scaturente da un previo procedimento ad evidenza pubblica culminante con il provvedimento di aggiudicazione.

È soltanto quest'ultimo che può essere oggetto di autotutela da parte dell'amministrazione per:

- sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento (nel caso della revoca, la quale esclude la nuova valutazione dell'interesse pubblico originario per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici);

- o vizi d'illegittimità (nel caso dell'annullamento: si veda anche l'art. 1, comma 136, della legge 311/2004, che, al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, consente l'annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, entro tre anni dall'acquisizione di efficacia ed anche se la relativa esecuzione sia perdurante, e dispone l'indennizzo dell'eventuale pregiudizio patrimoniale per i provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati).

Per i contratti, accordi o convenzioni, che dir si voglia, le diverse valutazioni dell'amministrazione non possono portare alla autotutela provvedimentale o procedimentale tramite un atto di secondo grado, ma devono essere fatte valere attraverso gli strumenti negoziali o giudiziali.

In particolare, il Codice disciplina il recesso all'art. 134 attribuendo alla p.a. il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto, previa formale comunicazione, con il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite.

La norma riguarda espressamente gli appalti di lavori pubblici ma si estende anche alle concessioni, per lo meno di lavori (visto che quelle di servizi sono escluse dall'ambito di applicazione del Codice).

La questione ermeneutica sorge perché in materia di finanza di progetto l'art. 158 – rubricato “Risoluzione” – contiene una disciplina che crea qualche dubbio gnoseologico.

Accanto all'ipotesi che il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del concedente, viene indicato il diverso caso che “*quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblico interesse*”, poi ribadito nell'ultimo comma (“*L'efficacia della revoca della concessione è sottoposta alla condizione del pagamento da parte del concedente di tutte le somme previste dai commi precedenti*”).

Sono rimborsati al concessionario il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario; le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione o della revoca; un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10% del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario.

Non è tanto importante far notare che il concessionario si ritrova nella medesima situazione in caso di recesso e di risoluzione per inadempimento del concedente (cosa peraltro abbastanza inquietante: *ndr*), quanto l'introduzione dell'autotutela amministrativa in una disposizione che regola tutt'altro.

In questa norma è sintetizzata l'incertezza del diritto delle concessioni in Italia.

Affiancare la revoca per motivi di pubblico interesse alla risoluzione per inadempimento significa equiparare uno strumento pubblicistico di autotutela ad un rimedio civilistico contrattuale.

Nel primo caso la concessione sarebbe un provvedimento, nel secondo un contratto.

La contraddizione si deve alla riproduzione del testo dell'art. 37-*septies*, della l. 109/1994, inserito dall'art. 11 della l. 415/1998, in un'epoca in cui l'incidenza del diritto europeo su quello interno era meno consistente dell'attuale. Ora, come detto, le concessioni di opere e servizi di cui alla direttiva 2014/23/UE sono da considerarsi contratti a tutti gli effetti, mentre provvedimento è l'atto di aggiudicazione delle stesse.

Vedremo nel prosieguo come queste imprecisioni nazionali provocano notevoli ripercussioni anche per quel che attiene alla fase di esecuzione delle concessioni (v. *infra*).

⁷⁴ Anche in questo caso è impossibile dar conto di tutta la produzione occorsa per mano della scienza giuridica; basterà citare le correnti più importanti per delineare un quadro sinottico della materia.

Per quanto riguarda i servizi pubblici quale categoria giuridico-economica affondante le proprie radici nella Costituzione della Repubblica italiana, specialmente nel fondamento solidaristico ed egualitario di cui agli artt. 2-3 e nell'attività economica pubblica e privata esercitate a fini sociali di cui agli artt. 41 e 43, è d'obbligo rinviare a Pototschnig U., *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964. In argomento si vedano anche: Cassese S., *I servizi pubblici. Finanza pubblica e privata*, Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, Tomo III, Giuffrè, Milano, 2003; Mangiameli S., *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2008; Villata R., *Pubblici servizi. Discussione e problemi*, Giuffrè, Milano, 2008.

Per quanto riguarda i servizi pubblici, occorre precisare che anche il diritto unionale provoca importanti effetti in virtù della regolamentazione dei servizi di interesse generale, economico e non.⁷⁵

E proprio questa duplice anima, pubblica e privata, del pubblico servizio ha dato vita alla contrapposizione interna fra teoria soggettiva (che dà rilievo al soggetto incaricato di svolgere il servizio) ed oggettiva (che dà rilievo al servizio da svolgere).

La dicotomia non è banale poiché coinvolge direttamente la concessione, la sua distinzione dall'appalto e la sua caratterizzazione fondata sul rischio operativo.

Non a caso al tema è stato dedicato un volume collettaneo che ha cercato di illustrare le varie questioni dogmatiche apertesi *in subiecta materia*: si tratta di Pericu G.; Romano A.; Spagnuolo Vigorita V., *La concessione di pubblico servizio*, Giuffrè, Milano, 1995, alla cui lettura si rinvia per avere percezione del contesto italiano previgente, o meglio, precedente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia esaminata.

Già dal titolo è facile dedurre che fra la concessione ed il servizio pubblico esiste un legame stretto, talché è necessario analizzare anche il pubblico servizio per completare il concetto di concessione.

Le implicazioni sono già emerse in relazione alle tesi sostenute dal governo italiano nelle cause dinanzi alla Corte di Giustizia: finalità d'interesse generale, sostituzione della p.a. nell'esercizio di sue funzioni, e – *last but not least* – rapporto trilaterale.

La letteratura sui vari temi inerenti ai pubblici servizi, locali e non, è vastissima, perciò si rinvia a: Cavallo Perin R., "Concessione di pubblici servizi e pluralità di produttori", 135-143, in Caia G., *I servizi pubblici locali, evoluzioni e prospettive*, Rimini, Maggioli, 1995; Napolitano G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, Padova, 2001; Passalacqua M., *Concessione di servizio pubblico e cooperazione: nuove prospettive per un istituto antico*, in www.ddp.unipi.it, 2002; Capantini M., "I servizi pubblici tra ordinamento nazionale, comunitario ed internazionale: evoluzione e prospettive" e Massera A.; Taccola C., "L'uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici", in Massera A., (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004; Torricelli S., *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi a rete*, Giuffrè, Milano, 2007; Montedoro G.; Giordano M., *I Servizi pubblici locali fra diritto interno e comunitario*, in *Giustizia Amministrativa* 5: 1107, 2007 ed in giustamm.it, 2008; Soverino L., *I servizi pubblici nell'Euroregione: nuove prospettive di diritto comunitario per la cooperazione transfrontaliera, tra Consiglio d'Europa e potere estero delle Regioni* (a proposito del Regolamento CE 1082/2006), *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 1: 17, 2009; De Chiara A., *Dai servizi pubblici ai servizi di pubblica utilità: evoluzione della morfologia giuridica dell'interesse pubblico e riflessi sulle situazioni soggettive*, relazione al convegno "La tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo e "le ragioni" dell'interesse pubblico", Siena, 12-13 giugno 2009; Cacciari A., *Concessione e affidamento dei servizi pubblici*, relazione al convegno annuale dell'Associazione Culturale Articolo 111 sul tema "*Società pubbliche e controllo giurisdizionale*", Milano, 5 maggio 2013 (www.osservatorioappalti.unitn.it). Si rinvia inoltre alla direttiva del Presidente del Consiglio 27 gennaio 1994, che elenca i "principi dell'erogazione dei servizi pubblici", e alla l. n. 481/1995, che contiene invece le "norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità".

⁷⁵ Come evidenziato da Leggiadro F., *Concessione e appalto: il nocciolo duro della distinzione, Urbanistica e appalti*, 11: 1429, 2007, "Al punto 1.1. del Libro Verde della Commissione UE sui Servizi di Interesse Generale, 21 maggio 2003 – COM (2003) 270 – viene chiarito il significato dell'espressione «servizi di interesse economico generale», che si riferisce a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico. Il concetto di servizi di interesse economico generale riguarda in particolare alcuni servizi forniti dalle grandi industrie di rete quali i trasporti, i servizi postali, l'energia e la comunicazione. Tuttavia, il termine può estendersi a qualsiasi altra attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico".

Dal combinato disposto degli artt. 14 e 106 del TFUE risulta la competenza degli Stati membri di fornire, fare eseguire e finanziare detti servizi, mentre la Commissione opera in veste di supervisore vigilando sul rispetto delle regole in materia di aiuti pubblici e di compatibilità del mantenimento dei diritti speciali ed esclusivi con riferimento al diritto comunitario vigente. Sul punto si veda la lucida analisi svolta in dottrina da Picozza E., "Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 26: "I servizi di interesse generale rappresentano la "politica essenziale" degli Stati membri nel XXI secolo, sia a livello statale che locale. Tramontato l'autoritarismo dello Stato liberale (per quanto

Sebbene non in modo univoco, si è affermata la concezione oggettiva che vuole sussistente il servizio pubblico ogniqualvolta vi sia un'attività pubblica e/o privata tesa a soddisfare gli interessi di una collettività indeterminata di destinatari.⁷⁶

riguarda la concezione dell'attività amministrativa), e tramontata altresì l'illusione dello Stato sociale da prestazione (Forsthoff), la sfida politica e programmatica dei Governi Europei si gioca proprio sulla capacità di prestare servizi di interesse economico generale”.

Ed infatti l'art. 4 della nuova direttiva sulle concessioni, n. 23 del 2014, fa salva la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto dell'Unione, l'organizzazione ed il finanziamento dei propri servizi di interesse economico generale.

Anche qui non è possibile prescindere dallo stretto legame fra servizi e concessioni: tanto nella dimensione mercantile, quanto in quella strategica di coesione non solo economica ma territoriale e sociale.

Le oscillazioni mostrate dalla Corte di Giustizia (v. *supra*) con riferimento al rischio di gestione vanno interpretate nel senso che, essendo molteplici gli interessi da bilanciare, le amministrazioni devono assicurare la miglior soluzione per soddisfare l'interesse collettivo sotteso al servizio pubblico.

A tal fine, come da definizione di concessione, è possibile che l'amministrazione, insieme al trasferimento del diritto di gestione, versi al concessionario una somma pecuniaria a titolo di prezzo, o, meglio, di compensazione di obblighi di servizio pubblico (qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa oppure qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare). Orbene, al di là del problema degli aiuti di stato nel campo dei servizi pubblici o di interesse generale che dir si voglia (si rinvia a Gallo D., *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di stato nel diritto comunitario*, rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario 5: 893, 2007), tale prezzo non può eliminare il rischio di gestione in capo al concessionario; altrimenti si avrà un appalto.

⁷⁶ Rizzo G., “Il servizio pubblico nel diritto italiano: concezione soggettiva e oggettiva”, op. cit., esamina i vari orientamenti emersi nell'ordinamento nazionale in relazione alla nozione di servizio pubblico. L'autrice osserva a p. 16 che “Dall'Unificazione d'Italia si sono contrapposte diverse tesi e la nozione di servizio pubblico è stata ricostruita in termini soggettivi e oggettivi; oggi essa è erosa dalla disciplina comunitaria che ricollega, intrinsecamente, la nozione di servizio a quella di attività economica”.

È una osservazione importante poiché contribuisce a riaffermare la vocazione commerciale della concessione quale strumento volto, insieme con l'appalto, alla implementazione del mercato unico europeo.

La diatriba *de qua* si riverbera sul riparto di giurisdizione in quanto, giova rammentarlo, l'art. 133, co. I lett. c), del d.lgs. n. 104/2010 – cd. “Codice del processo amministrativo” (c.p.a.) – prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per “le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità”.

A fronte di una giurisprudenza favorevole alla teoria cd. pubblicistica-estensiva che ha incluso nella giurisdizione esclusiva, e quindi nel pubblico servizio, anche le attività meramente strumentali rispetto al soddisfacimento dei bisogni dell'utenza, si è affermata la posizione di chi ritiene che solo il diretto soddisfo dell'utenza costituisca servizio pubblico.

Da ultimo è intervenuta Cass. Civ. Sez. Unite, 3 agosto 2006, n. 17573, con nota di Giovagnoli R., *È servizio pubblico solo l'attività rivolta direttamente a soddisfare le esigenze dell'utenza*, Urbanistica e appalti 12: 1393, 2006, il quale fa notare che la tesi cd. privatistica-restrittiva circa la nozione di pubblico servizio – elaborata dalla Cassazione Civ. Sez. Unite nelle precedenti decisioni nn. 71 e 72 del 2000 – “come prestazione diretta a soddisfare il bisogno della collettività, resa da parte di un soggetto, anche privato, che sia inserito nel sistema dei pubblici poteri o sia a questo collegato, e che sia sottoposto ad un regime giuridico derogatorio dal diritto comune, è stata condivisa anche dalla giurisprudenza successiva, sia ordinaria che amministrativa, e rappresenta ormai *ius receptum*”.

In via più generale, si discute se sia ancora attuale la permanenza della giurisdizione esclusiva sui servizi pubblici alla luce degli sviluppi recenti che hanno portato la concessione, ed il contratto di servizio in

La qualificazione della concessione dipende dunque da quella del pubblico servizio.

Il che non significa che le concessioni di servizi debbano necessariamente servire una utenza di quel genere.

genere, a staccarsi dal provvedimento amministrativo: in tal senso si veda Moliterni A., op. cit., il quale osserva che “Il processo di contrattualizzazione della concessione di servizi ad opera del diritto comunitario ha condotto, infatti, ad un avvicinamento dei criteri di riparto di giurisdizione del contratto di concessione a quelli tradizionali in materia di appalto pubblico”. Secondo l’autore molte delle tradizionali tendenze a pubblicizzare le concessioni (inquadrate dapprima come provvedimenti, poi come accordi amministrativi) e la relativa sfera applicativa (tramite l’inclusione di poteri d’imperio della p.a.) troverebbero spiegazione nella “particolare tipologia del riparto vigente nel nostro ordinamento, saldamente ancorata alla natura degli atti e delle situazioni giuridiche”, che ha determinato “alcune forzature nell’interpretazione delle stesse categorie concettuali di diritto sostanziale”.

In questa prospettiva, l’attuale formulazione dell’art. 133 c.p.a. – unita all’incertezza della ricostruzione sostanziale dello stesso istituto della concessione di servizio pubblico (nonché del concetto di servizio pubblico) – pone alcuni problemi interpretativi che vengono direttamente ad incidere sull’effettività e sulla coerenza del sistema di tutela giurisdizionale in materia di rapporti concessori:

- in primo luogo, la tradizionale distinzione tra i profili indennitari e gli altri profili concernenti l’esecuzione del rapporto rischia di determinare una pericolosa (e artificiale) segmentazione delle vicende che contraddistinguono, in maniera unitaria, la fase esecutiva del rapporto concessorio e la fase di adempimento delle relative obbligazioni;

- in secondo luogo, l’esistenza di un duplice criterio di riparto di giurisdizione allorché si configuri un rapporto come appalto di servizio pubblico o come concessione di servizi (regolati dall’art. 120 c.p.a.), ovvero allorché si riconosca la presenza di una concessione di servizio pubblico (regolata dall’art. 133, co. I lett. c), c.p.a.), accentua la problematicità della mancanza (o dell’instabilità) sul piano sostanziale, di chiari e univoci criteri di distinzione tra gli istituti della concessione di servizio pubblico, della concessione di servizi e dell’appalto di servizio pubblico.

L’autore conclude che “sarebbe quindi auspicabile, in una prospettiva *de iure condito*, una più attenta ricostruzione in chiave paritetica della maggior parte delle potestà che vengono ad incidere sulla fase esecutiva del rapporto” e, in una prospettiva *de iure condendo*, che “la giurisdizione su tali rapporti andrebbe invece impostata seguendo la distinzione tra «procedura di affidamento» e «fase di esecuzione», in maniera non dissimile da quanto previsto per tutti i contratti pubblici disciplinati dal d.lgs. n. 163/2006. Il concetto di esecuzione, infatti, meglio si concilia con la struttura bilaterale e obbligatoria del rapporto concessorio. Rispetto alla fase esecutiva potrebbero permanere nell’ambito della giurisdizione esclusiva solo quei poteri effettivamente ricostruibili come poteri autoritativi: e quindi, principalmente, la revoca della «scelta organizzativa» di procedere all’affidamento della concessione. Tutte le altre vicende esecutive del rapporto convenzionale, poiché afferenti sostanzialmente ad un giudizio sul corretto adempimento di obbligazioni, dovrebbero essere espressamente attribuite al giudice ordinario. Il recesso, la decadenza, la risoluzione per inadempimento, l’applicazione di una penale, l’atto di disdetta riguarderanno sempre — sia negli appalti che nei contratti di concessione — diritti soggettivi nell’esecuzione di un rapporto di diritto comune e giammai, invece, lesione di interessi legittimi, correlati all’esercizio di un potere. Peraltro, la centralità rivestita dal momento dell’esecuzione trova conferma nel fatto che, proprio al fine di superare le ambiguità insite nella tradizionale formula di riparto in materia di concessioni, il giudice senta talvolta la necessità di richiamare la norma concernente la giurisdizione sugli accordi che attribuisce l’intera fase di «esecuzione» del rapporto al giudice amministrativo. A prescindere, quindi, dal dibattito teorico sulla natura giuridica — autoritativa, negoziale o contrattual-pubblicistica — dello strumento utilizzato, nel momento in cui sorge un’obbligazione si viene a creare uno iato con l’esercizio del pubblico potere che rende assai problematica la stessa previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Rispetto a tale fase, si pone infatti principalmente un problema di adempimento delle obbligazioni, ed è proprio tale elemento che dovrebbe giustificare il naturale radicamento della giurisdizione ordinaria”.

Un ulteriore elemento da tenere in considerazione, ma che l’autore tralascia, è sicuramente il rischio.

In qualità di criterio distintivo delle concessioni dagli appalti, esso pare indirizzare le medesime verso la giurisdizione civile che, almeno in teoria, sembra più adatta a giudicare su vicende negoziali.

Detta dinamica attiene alle concessioni di pubblici servizi.⁷⁷

Esse non sono l'unica specie esistente, a dispetto di qualche convinzione radicata.⁷⁸

⁷⁷ Si deve in questa sede far menzione sia della circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, n. 3944 del 1° marzo 2002 (Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori) sia della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294 – con commento di Tassarolo L., www.dirittodeiservizipubblici.it, 27 maggio 2002 – in tema di distinzione tra appalto pubblico di servizi e affidamento o concessione di servizi pubblici. Ambedue, pressoché coeve, presentano contenuti simili.

La prima, dopo aver preso atto che ai sensi del diritto europeo al concessionario non viene riconosciuto un prezzo ma solo il diritto a ottenere la remunerazione dell'attività svolta attraverso la gestione, aggiunge al paragrafo 4 che, ai fini del diritto interno, “mentre negli appalti pubblici di servizi l'appaltatore presta il servizio in favore della pubblica amministrazione, la quale utilizza tale prestazione ai fini dell'eventuale erogazione del servizio pubblico a vantaggio della collettività, nella concessione di pubblico servizio il concessionario sostituisce la pubblica amministrazione nell'erogazione del servizio, ossia nello svolgimento dell'attività diretta al soddisfacimento dell'interesse collettivo.

Allo scopo di tracciare la distinzione tra l'appalto di servizi e la concessione di servizi pubblici, la dottrina tradizionale ha individuato una molteplicità di criteri utilizzabili, quali:

a) il carattere surrogatorio dell'attività svolta dal concessionario di pubblico servizio contrapposta all'attività di mera rilevanza economica svolta dall'appaltatore nell'interesse del committente pubblico;

b) la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico, che si contrappone al carattere negoziale dell'appalto;

c) il trasferimento di potestà pubbliche in capo al concessionario, contrapposte alle prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico riconosciute all'appaltatore che non opera quale organo indiretto dell'amministrazione;

d) l'effetto accrescitivo tipico della concessione”.

La seconda, a sua volta, affronta la delicata questione della delimitazione della figura dell'appalto di servizi, in rapporto alla contigua nozione della concessione (o affidamento) di servizi pubblici (ptt. 14-19 dir.) e offre spunti molto interessanti per addivenire ad una maggior chiarezza sulla diversità dell'oggetto dei contrapposti istituti, che si riflette anche sulla fisionomia dei rapporti considerati.

Proprio come nella circolare citata, il Consiglio di Stato afferma che “l'appalto di servizi concerne prestazioni rese in favore dell'amministrazione, mentre la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio.

Ciò comporta, di regola, ulteriori conseguenze sulla individuazione dei soggetti tenuti a pagare il corrispettivo dell'attività svolta. Normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato. Tale criterio integrativo, peraltro, assume un rilievo apprezzabile solo quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive, è divisibile tra gli utenti che, in concreto, ne beneficiano direttamente”.

L'ultimo periodo lascia intendere che l'origine della remunerazione non sempre incide sulla qualifica di pubblico servizio, allo stesso modo di come non incide sulla qualifica di concessione secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia: il *proprium* delle concessioni è il rischio operativo.

In conclusione, dunque, trova conferma l'assunto per cui la provenienza della remunerazione funge solo da indizio ai fini della distinzione fra appalti e concessioni, giammai da criterio decisivo.

⁷⁸ Rocchietti March A.; Papi C., “Le concessioni di servizi e l'attività di regolazione interpretativa dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici”, in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., op. cit., pp. 422-423, sostengono che “nella definizione di concessione di servizi viene certamente in rilievo la distinzione tra mero servizio rivolto alla pubblica amministrazione e servizio pubblico, da ricercare appunto nel beneficiario diretto dello stesso. Secondo la giurisprudenza, infatti “[...] ricorre l'ipotesi del servizio pubblico se la prestazione resa dall'appaltatore viene fornita per soddisfare in via immediata le esigenze della collettività o del singolo utente; costituisce, al contrario, mero servizio strumentale quello le cui prestazioni vengono effettuate direttamente a favore della stazione appaltante” (Tar Lombardia, Sez. Brescia, 27 dicembre 2007, n. 137; più di recente, anche Tar Liguria, Sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39). Sicché lo schema della concessione ricorre quando deve essere assicurato un servizio al pubblico (mentre il servizio strumentale alla p.a. ricade nell'ambito di applicazione delle regole sugli appalti) che può rivestire carattere di essenzialità – nel caso dei servizi di interesse economico generale o dei servizi pubblici locali – ovvero quando la sussistenza di motivi di interesse generale giustifichino una restrizione alla libertà di accesso ad una certa

Invero, si è già ricordato, è possibile che il servizio sia prestato direttamente alla p.a., purché il concessionario conservi il rischio operativo connesso alla gestione.⁷⁹

attività economica che concerne, comunque, l'erogazioni di servizi all'utenza. Pertanto, in buona sostanza, parlando di servizi, l'esistenza di un regime concessorio ha a che fare con un'attività di pubblico interesse avocata in mano pubblica in quanto essenziale ovvero caratterizzata da una condizione di monopolio naturale e poi affidata ad un privato".

Quella delle autrici è una visione molto ristretta nei confronti delle concessioni che, a prescindere dal rischio, finirebbero con l'aver ad oggetto solo servizi pubblici e mai servizi alla p.a. in quanto appalti.

Come si cercherà di mostrare, invece, esistono anche concessioni di meri servizi: in tal senso si veda Goisis F., *Concessione di costruzione e gestione di lavori e concessione di servizi*, Ius Publicum, 2011.

⁷⁹ Al riguardo si riporta una pronuncia nazionale – T.A.R. Roma, Sez. II, 11 maggio 2007, n. 4315, con nota di Giannelli A., *La concessione di servizi: verso un'interpretazione estensiva del concetto di rischio di gestione*, Urbanistica e appalti 10: 1276, 2007 – che rappresenta una “voce fuori dal coro”.

La controversia ha riguardato l'affidamento in concessione del pubblico servizio di gestione, manutenzione e sorveglianza del patrimonio stradale comunale (Grande viabilità) del Comune di Roma.

La durata della concessione era prevista in otto anni per un valore di oltre 700 milioni di euro.

Nella specie, il concessionario doveva realizzare le opere di manutenzione ordinaria e straordinaria, compresa l'innovazione tecnico-costruttiva di alcune strade che andavano interamente o in gran parte ricostruite alla luce delle prescrizioni tecniche dedotte nella *lex specialis*.

Il T.A.R. ha negato la possibilità di configurare nella fattispecie una concessione di pubblico servizio in virtù della mancanza di produzione *ex novo* di beni ed attività, dapprima non esistenti: la rete stradale costituisce di per sé un'utilità giuridica a vantaggio della collettività, e non un servizio. Malgrado ciò, conveniva con il Comune sul fatto che, essendo la Grande Viabilità una rete, se si potesse trattare le strade a guida di pubblico servizio, non vi sarebbero preclusioni ad affidarne la gestione integrata ad un'impresa qualificata, previo esperimento d'una gara ad evidenza pubblica, paritaria e non discriminatoria.

Il ragionamento del giudice amministrativo ha però seguito un'altra strada, prendendo le mosse dalla definizione di concessione di lavori (contratto a titolo oneroso, avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la cui controprestazione consiste nel diritto di gestire l'opera, o in tale diritto accompagnato da un prezzo), e – richiamando il caso *Telaustria* (v. *supra*) – ha ritenuto che il concessionario debba essere responsabile per il rischio economico di gestione, per tutta la durata della concessione, delle opere costruite o ricostruite, “nel senso, cioè, della ridotta o mancata remunerazione della gestione stessa in relazione al relativo andamento. Sicché si ha concessione non solo quando il concessionario possa ritrarre un utile diretto, mercé il pagamento d'un prezzo da parte dei fruitori, dalla gestione dell'opera da lui realizzata, ma anche nel caso in cui detta gestione non comporti un'offerta o un prodotto divisibile, oppure un servizio a domanda individuale e non sia così possibile chiedere a ciascun consumatore il prezzo della singola prestazione. Tanto, però, a condizione che come, nella specie ed attraverso un complesso di meccanismi disincentivanti la cattiva qualità delle varie prestazioni (p.es., rilevazioni e visite ispettive su loro effettuazione e rendimento, applicazione di penali, obbligo di continuità delle prestazioni verso l'utenza stradale, ecc.), il concessionario, pur ottenendo l'intero prezzo pattuito, in realtà se ne vedrà ridurre tante quote quante inadempienze qualitative nello svolgimento dell'appalto compierà verso l'utenza medesima. Insomma, invece d'una remunerazione mista di prezzo e tariffa e/o corrispettivo, la concessione sarà retribuita con il prezzo diminuito dalle inadempienze qualitative della gestione dell'opera, pur se accertato non dallo sfavore del mercato, bensì dal Comune stipulante per il mancato gradimento da parte della collettività” (pt. 3.4 dir.).

La presente pronuncia si rivela interessante per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché sfata il mito della remunerazione del concessionario presso utenti diversi dalla p.a. committente; in secondo luogo, perché ammette un rischio di gestione inusuale per la giurisprudenza (mai incontrato dalla Corte di Giustizia), slegato dalla domanda delle prestazioni e ricollegato alla disponibilità delle medesime.

Ora, è vero che si potrebbe sostenere la somiglianza con la figura dell'appalto per via della genesi pubblica dell'operazione, della remunerazione proveniente esclusivamente dalla p.a., ed al contempo obiettare che le clausole penali ricorrono altresì negli appalti: è difatti critica Giannelli A., op. cit., secondo la quale “le conclusioni raggiunte circa i confini giuridici della nozione di concessione non sembrano altrettanto condivisibili, nella misura in cui incoraggiano un'interpretazione particolarmente elastica, se non addirittura arbitraria, dell'elemento dirimente del rischio di gestione. In altri termini non possono tacersi i rischi connessi ad un progressivo avvicinamento tra gli istituti dell'appalto e della concessione”.

È parimenti vero, peraltro, che il caso in esame, oltre ad apparire quale classico esempio di opera cd. “fredda” (non remunerata direttamente attraverso i pagamenti degli utenti della prestazione) su cui è astrattamente possibile espletare un servizio (in tal senso si veda Bellagamba L., *Il Comune di Roma e l’affidamento in concessione, di servizio e non di lavori, della manutenzione stradale e di servizi annessi*, www.appaltiecontratti.it, 20 gennaio 2006), denota altresì caratteri del tutto peculiari relativamente alla remunerazione.

L’art. 208 del d.lgs. n. 285/1992 – cd. “Nuovo codice della strada” – dispone che i proventi delle sanzioni amministrative pecuniarie sono destinati, fra le altre cose, al miglioramento della circolazione sulle strade, al potenziamento e al miglioramento della segnaletica stradale e ad interventi per la sicurezza stradale, in particolare a tutela degli utenti deboli (pedoni, ciclisti, bambini, anziani, disabili).

Lo stesso avviene per la tassa automobilistica (cd. “bollo auto”) di pertinenza regionale.

Sembra perciò sorgere il dubbio che la manutenzione delle strade sia in realtà finanziata dagli utenti.

In fondo, poco importa che la remunerazione derivi da sanzioni o tasse, e non da tariffe; quel che conta è che tale remunerazione, pur se *ex ante* atta a garantire l’equilibrio economico-finanziario della operazione, possa *ex post* risultare ridotta in conseguenza delle carenze di *performance* del concessionario.

L’unico *discrimen* delle concessioni è il rischio di gestione.

Nella fattispecie romana il grosso inconveniente è che siffatto rischio di gestione non presupponeva un investimento privato iniziale da recuperare tramite lo sfruttamento successivo delle prestazioni (peraltro evenienza ricorrente nel caso delle concessioni di servizi).

Ne è disceso un semplice rischio di cattiva gestione che, secondo la sopraccitata Corte di Giustizia, non è da solo sufficiente a qualificare una concessione (anche se, in proposito, è per la verità difficile immaginare rischi diversi in una concessione di servizi imperniata sul rischio di disponibilità, o meglio, sul lato dell’offerta secondo la nuova direttiva 2014/23/UE).

La vicenda ha avuto un ulteriore sviluppo in appello ed è proseguita dinanzi al Consiglio di Stato.

La pronuncia di primo grado è stata riformata da Consiglio di Stato, Sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36 – con nota di Bellagamba L., *Il Consiglio di Stato ribalta la tesi del T.A.R. Lazio: possibile la concessione di servizio per la manutenzione stradale*, www.diritto.it, 6 marzo 2008 – ad opinione del quale l’affidamento controverso rappresenta una concessione di servizi pubblici poiché riguarda “una serie di interventi concernenti circolazione e traffico nelle strade di grande viabilità della rete viaria del Comune di Roma, non soltanto di carattere manutentivo, ma, coordinati ed organizzati, comprendenti l’attività di gestione complessiva del patrimonio stradale e innovativi, negli strumenti e nelle finalità, anche mediante trasferimento di potestà pubbliche”.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, superate l’ipotesi dell’appalto e del *global service* in quanto ritenute inidonee a garantire il soddisfacimento, in modo continuativo, delle esigenze della collettività locale, con particolare riferimento ai servizi di sorveglianza e pronto intervento sulle strade, “il Comune ha ritenuto che – al fine di assicurare la promozione dello sviluppo economico e civile della comunità locale, con specifico riferimento alle esigenze relative alla grande viabilità, ed al relativo traffico sulla corrispondente rete stradale – lo strumento maggiormente idoneo fosse rappresentato dalla diretta e totale responsabilizzazione dell’operatore privato “terzo” chiamato a rendere, nei confronti dell’utenza, i servizi afferenti il bene “strada” conseguibile mediante la concessione del pubblico servizio locale” (pt. 2.1 dir.).

In particolare, le attività inerenti all’amministrazione e gestione di pubbliche strade (comprendenti manutenzione ordinaria e straordinaria delle stesse) vengono fatte rientrare nell’ambito dei servizi pubblici locali sul presupposto che la realizzazione dei “fini sociali” e della promozione dello “sviluppo economico e civile delle comunità locali” di cui all’art. 112 del d.lgs. n. 267 del 2000 – cd. “Testo Unico sugli Enti Locali” (TUEL) – non incontra limiti nella preesistenza della “rete”, strumentale alla prestazione del servizio.

Il prosieguo della decisione (pt. 4.5 dir.) è incentrato sulla remunerazione del contraente dal momento che le attività oggetto di affidamento erano remunerate esclusivamente mediante il pagamento di un prezzo, non essendo stata prevista alcuna forma di sfruttamento economico legata alla gestione del servizio: “La giurisprudenza formatasi sulla materia ha già avuto modo di chiarire che non incide sulla qualifica di servizio pubblico locale il fatto che il servizio sia, o meno, subordinato al pagamento di un corrispettivo (Cons. Stato, Sez. V, 16 dicembre 2004 n. 8090). Nel citato precedente si è anche avuto modo di precisare che il fatto che il Titolo V del testo unico n. 267 del 2000 disciplini anche i criteri per la determinazione e la riscossione delle tariffe non esclude dall’ambito dei servizi pubblici locali quelli erogati senza un corrispettivo, allorché le prestazioni siano strumentali all’assolvimento delle finalità sociali dell’Ente; mentre, sotto differente profilo, è stato anche precisato che l’elemento distintivo della concessione (ovvero l’assunzione del rischio di gestione) non resta escluso dalla circostanza che il costo del servizio non sia fatto

Nondimeno, in Italia continua ad attribuirsi rilievo ad una serie di aspetti che affondano le proprie radici nella tradizione giuridica antecedente e che nella prassi affiancano, quantunque senza sostituire, i criteri elaborati in ambito sovranazionale.

Come si vede, sono tutti aspetti – il carattere surrogatorio dell’attività svolta dal concessionario, contrapposta all’attività dell’appaltatore nell’interesse del committente pubblico; la natura unilaterale del titolo concessorio, contrapposta al carattere negoziale dell’appalto; il trasferimento di potestà pubbliche al concessionario, contrapposto alle prerogative, proprie di qualsiasi soggetto economico, riconosciute all’appaltatore che non opera quale organo indiretto dell’amministrazione; l’effetto accrescitivo della concessione – che poco o nulla hanno a che vedere con il rischio e con la interpretazione giudiziale espressa dalla Corte di Giustizia, essendo appunto stati rifiutati da quest’ultima, e che quindi non rilevano ai sensi della nuova direttiva 2014/23/UE sulle concessioni.

Per la verità, nella maggior parte dei casi, dietro al collegamento fra concessione e pubblico servizio è spesso implicitamente nascosta, da un lato, la persistenza di *mores* tralatizi (prerogative pubbliche cui si ricollega la giurisdizione amministrativa), dall’altro, la volontà di poter applicare il regime maggiormente flessibile riservato alle concessioni.

Ciò non toglie valore all’esplorazione dell’esperienza italiana al fine non solo di ricavare elementi utili ad interpretare il quadro complessivo, ma soprattutto per capire se la discrasia rispetto al portato europeo ponga problemi di compatibilità e, in caso affermativo, quali siano i margini di correzione in vista di una ritrovata armonia.

gravare sugli utenti, in quanto questo elemento assume rilievo soltanto quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive è divisibile fra quanti, in concreto ne beneficiano direttamente (Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2002 n. 2294).”

Insomma, anche il Consiglio di Stato concorda sulla qualifica concessoria (seppur di servizi pubblici, e non di lavori come sostenuto dal T.A.R.) in ragione della presenza del rischio di gestione del concessionario (non coincidendo esso con la provenienza della remunerazione, ma derivando dalle modalità della stessa).

Non è affatto facile risolvere definitivamente la questione che è stata sottoposta ai giudici romani: esistono elementi d’ambiguità, alcuni a favore dell’appalto ed altri a favore della concessione (senza voler svelare il finale del presente elaborato, si vedrà come la circostanza tornerà a rilevare nel PPP: v. *infra*).

A prescindere dalla concreta natura giuridica del contratto di specie, è comunque importante comprendere che le concessioni possono avere come destinatari la p.a. oppure terzi, che la remunerazione può provenire dall’una come dagli altri, e che, se il contraente deve sopportare il rischio operativo derivante dallo sfruttamento delle proprie prestazioni, queste dovranno essere parametrize a determinati livelli di qualità.

Occorre evitare la spasmodica ricerca del beneficiario ultimo o del finanziatore effettivo delle prestazioni del concessionario, altrimenti si ingenera il pericolo di un regresso all’infinito, inutile quanto dannoso. Per individuare le concessioni l’attenzione deve essere rivolta al rischio operativo gestionale.

La controprova sta proprio nella fattispecie qui analizzata: attribuendo rilievo al criterio della provenienza della remunerazione si potrebbe anche individuare una trilateralità “interposta” in cui la p.a. paga il concessionario tramite il cd. “bollo” auto/moto o le sanzioni di cui all’art. 208 del Codice della strada, ma ciò varrebbe altresì per la contribuzione generale finendo per creare un *loop* interpretativo insolubile.

§3.1. Il rapporto trilaterale implicito ed esplicito

Nel paragrafo precedente si è dato brevemente conto delle tradizionali ed annose influenze che hanno riguardato e riguardano le concessioni nell'ordinamento italiano.

Lo scopo della digressione non era certamente divagare rispetto alla trattazione sul tema del rischio nel *public procurement*, semmai di preparare il terreno all'analisi di una questione assai rilevante *in subiecta materia*.

Si tratta del rapporto trilaterale associato alle concessioni (in Italia e non solo).

La stranezza della situazione risiede nel fatto che tale elemento non si sostituisce al *discrimen* emerso in sede europea, ma lo accompagna *a latere*.

E non soltanto, come viene naturale pensare, entro l'ambito del servizio pubblico⁸⁰, ma con riferimento all'istituto concessorio in generale.⁸¹

⁸⁰ Cavallo Perin R., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Giappichelli, Torino, 1998, mostra il progressivo consolidamento della trilateralità quale elemento fondamentale della concessione.

L'autore scrive che "la legittimazione del concessionario ad un rapporto diretto con i destinatari del servizio pubblico è inoltre considerato elemento essenziale della distinzione di questo dal contratto di appalto, sicché normalmente l'amministrazione pubblica adotta quest'ultimo ove intenda porsi come intermedio necessario nel rapporto con i destinatari del servizio pubblico, proprio perché difetta tra gli "utenti" e l'appaltatore ogni rapporto giuridico avente ad oggetto la prestazione di pubblico servizio" (pp. 46-47; 32-36).

Ne deriva allora che "L'affermazione più volte ripetuta secondo la quale la concessione di servizio pubblico instaura un rapporto giuridico trilatero fra pubblica amministrazione, concessionario e destinatari del servizio, pare correttamente intesa ove si ritenga che l'atto di concessione crei nell'organizzazione terza la qualità di concessionario, cioè quella posizione soggettiva di esercente di quel servizio pubblico indicato dalle norme e dal programma, con effetto giuridico che si produce anzitutto verso i destinatari del servizio pubblico. Destinatari che vedono così determinata l'organizzazione titolare dell'obbligo di erogare le prestazioni di servizio pubblico indicate dal programma in successivi procedimenti amministrativi. Con la definizione della qualità di concessionario i destinatari del servizio pubblico possono riconoscere nel terzo il soggetto passivo del proprio diritto di credito ad ottenere le prestazioni di servizio pubblico" (p. 82).

Si tratta evidentemente di un'analisi giuridica, mentre nell'elaborato si adotta una prospettiva informale corrispondente all'uso corrente verificabile nella prassi (*e plurimis* cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620 (conf. T.A.R. Milano, Sez. I, n. 4502/2009): "Il tratto distintivo della concessione di pubblico servizio è dato: a) dall'assunzione del rischio a carico del concessionario per la gestione del servizio; b) dalla circostanza che il corrispettivo non sia versato dall'amministrazione, come nei contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, la quale, anzi, percepisce un canone da parte del concessionario; c) dalla diversità dell'oggetto del rapporto, che nella concessione di servizi è trilaterale (coinvolgendo l'amministrazione, il gestore e gli utenti), mentre nell'appalto è bilaterale (stazione appaltante-appaltatore)".

⁸¹ Scandagliando la giurisprudenza nazionale – sia amministrativa sia civile – sulle concessioni, si nota come il rapporto trilatero sia ineluttabilmente una presenza costante: Cass. Civ., Sez. trib., 12 novembre 2014, n. 24095; Consiglio di Stato, Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421; Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 giugno 2013, n. 3378; T.A.R. Napoli, Sez. I, 15 gennaio 2013, n. 313; Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682; Consiglio di Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2531; Tribunale Enna, 9 febbraio 2010; Consiglio di Stato, Sez. V, 15 novembre 2010, n. 8040; Consiglio di Stato, Sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620; Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4890; Tribunale Milano, 27 maggio 2009; T.A.R. Catania, Sez. III, 18 febbraio 2009, n. 369; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049; T.A.R. Bolzano, 8 aprile 2008, n. 129; Consiglio di Stato, Sez. V, 1° agosto 2007, n. 4270; T.A.R. Milano, Sez. III, 8 maggio 2007, n. 2580; Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3333; Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 giugno 2005, n. 3114; Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2804; Consiglio di Stato, Sez. V, 11 marzo 2005, n. 1035; Consiglio di Stato, Sez. V, 22 luglio 2002, n. 4012; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294.

Di conseguenza, alle difficoltà d'inquadramento giuridico delle fattispecie derivanti dalla necessità di contemperare interessi assolutamente differenti (della p.a. committente e del privato contraente) si aggiungono quelle scaturenti dall'inclusione di un'ulteriore componente del rapporto, vale a dire l'utenza.

Preme puntualizzare di nuovo che non sempre l'utenza differisce rispetto alla p.a. committente, potendo le due coincidere anche in caso di concessione, ma accade pure che, a fronte della remunerazione per mano della p.a., l'utenza delle prestazioni sia una collettività indeterminata (e.g. canone di disponibilità, *shadow tolls*).

Come detto, ai fini della qualifica della fattispecie, risulta irrilevante che la prestazione sia indivisibile e remunerata, anziché mediante un corrispettivo a carico degli utenti, con il pagamento di un prezzo da parte dell'amministrazione, la quale, anzi, di solito percepisce un canone da parte del concessionario.

Il che non agevola il compito dell'interprete, il quale si trova immerso in un *mare magnum* di forme e sfumature.⁸²

Il tratto distintivo della concessione sarebbe così dato non solo dall'assunzione del rischio legato alla gestione, inteso sia come rischio che spetterebbe alla p.a. in caso di autoproduzione sia come esposizione all'alea del mercato (concorrenza da parte di altri operatori, squilibrio tra domanda e offerta, insolvenza degli utenti, mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o, ancora, responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio; mentre rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto o come concessione: v. *supra*), ma anche

Una menzione a parte merita Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 gennaio 2014, n. 7 (v. *infra*).

⁸² Come evidenziato da Martinelli F.; Santini M., op. cit., “si deve riconoscere che la categoria “servizi” si attegna in modo affatto diverso, in primo luogo per la molteplicità di prestazioni che in essa rientrano, e che non sono facilmente riconducibili ad unità. Vi sono infatti servizi la cui prestazione avviene in regime di mercato, ed altri per i quali vige un inevitabile monopolio; vi sono quelli che devono necessariamente essere prestati dalla pubblica amministrazione e quelli che possono esserlo anche da soggetti privati; esistono servizi per i quali è il beneficiario stesso che sceglie di goderne (servizi “a domanda individuale”), e servizi dei quali tutti usufruiscono a prescindere da un atto volontario in tal senso (servizi “ad uso collettivo”).”

In aggiunta, in Italia, esistono diverse forme concessorie (di cui agli artt. 152 ss. del d.lgs. 163/2006), a partire dalla finanza di progetto, la quale, presupponendo per antonomasia il recupero del finanziamento privato attraverso i *cash flows* generati dall'operazione economica, può forse aver contribuito a rafforzare la suggestione per cui la concessione escluderebbe il pagamento pubblico.

Suggestione in ogni caso smentita dalla presenza dei contratti di disponibilità e *leasing*, nonché dall'art. 143, comma IX, del Codice ai sensi del quale possono essere affidate in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della p.a., in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera.

dall'oggetto del rapporto, che nella concessione diverrebbe trilaterale, coinvolgendo l'amministrazione, il gestore e gli utenti, mentre nell'appalto rimarrebbe bilaterale.⁸³

E ciò non soltanto nel caso di remunerazione delle prestazioni proveniente da utenti terzi rispetto alla p.a. (rapporto trilaterale esplicito), ma altresì laddove sia la p.a. stessa a sobbarcarsi l'onere di dover remunerare il concessionario.

Si verrebbe quindi a configurare un rapporto trilaterale implicito.⁸⁴

È questa una posizione che risente palesemente della forte tradizione pubblicistico-amministrativa interna e che non pare allinearsi allo stato attuale del diritto europeo.⁸⁵

In aggiunta a ciò, si pone il problema della poliedricità del rapporto che a volte assume ulteriori sfaccettature diventando addirittura quadrilatero e oltre.⁸⁶

Ma il problema principale è che dalla tendenza ad utilizzare il rapporto triangolare – anziché il rischio di gestione – quale parametro di riferimento, ai fini della qualificazione dogmatica, scaturiscono conseguenze non di poco conto nell'ordinamento nazionale:

⁸³ Per tutti, si rinvia a Villata R., op. cit., in particolare pp. 107-108 ss. ed ai riferimenti ivi indicati.

⁸⁴ Linguiti A.; Linguiti A., "Cosa resta della natura pubblica della concessione?", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., op. cit., p. 118, sostengono che ancor oggi si debba concepire "la concessione come uno strumento volto alla soddisfazione del pubblico generale interesse dell'utenza, interesse che, comunque, con la scelta della concessione non resta esterno al rapporto concessorio divenendone fondamentale elemento interpretativo idoneo a caricare il concessionario della responsabilità del suo economico e funzionale soddisfacimento".

Ne discenderebbe l'esistenza di un rapporto trilaterale implicito, che si aggiunge a quello esplicito riscontrabile laddove la concessione venga remunerata direttamente dagli utenti: in tal senso Goisis F., *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, Diritto Amministrativo 4, 2011, evoca anche l'effetto traslativo-accrecitivo concessorio che opererebbe in capo al concessionario il trasferimento di funzioni pubblicistiche di interesse collettivo.

Sulla scorta della giurisprudenza nazionale (in particolare Cons. St., Sez. V, 1° agosto 2007, n. 4270; Trga Trentino-A. Adige Bolzano, 8 aprile 2008, n. 129) si spingono addirittura oltre – nel senso che la concessione presupponga in ogni caso un rapporto trilatero esplicito – Caringella F.; Protto M., *Codice dei contratti pubblici commentato con dottrina e giurisprudenza: commento articolo per articolo al D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 aggiornato ai decreti Monti sulle liberalizzazioni (conv. dalla L. 24 marzo 2012, n. 27)*, Dike giuridica, Roma, 2012, pp. 27-28, 31.

Di contrario avviso Berionni L., *I contratti pubblici di rilevanza europea: il discrimen tra appalto e concessione, tra incertezze normative ed oscillazioni giurisprudenziali*, Diritto del Commercio Internazionale 3: 731, 2013, secondo la quale occorre tenere ben presente che "Il rapporto trilaterale amministrazione-concessionario-utente non è l'elemento che, inequivocabilmente, indica la presenza di una concessione; al contrario, potrebbe configurare anche un contratto di appalto".

⁸⁵ Al riguardo giova ricordare che la Corte di Giustizia ha ravvisato gli estremi di un appalto, nonostante la sussistenza di un rapporto trilaterale, nelle cause *Commissione/Italia, Hans & Christophorus Oymanns, Auroux* e *Norma-A* (v. *supra*) in ragione dell'assenza di rischio in capo al contraente.

⁸⁶ Cfr. CGUE *Hans & Christophorus Oymanns, Auroux*, e T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 8 maggio 2007, n. 2580, con nota di Leggiadro F., *Concessione e appalto: il nocciolo duro della distinzione*, Urbanistica e appalti, 11: 1426-1432, 2007.

Oppure si pensi ai sub-affidamenti da parte del concessionario, o al cd. "direct agreement", ovvero sia l'accordo diretto con i finanziatori del progetto (banche, investitori...): sul punto cfr. Gentiloni Silveri S., "Il coinvolgimento dei finanziatori nei contratti di partenariato pubblico-privato e l'opzione per l'accordo diretto", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., op. cit., p. 539 ss..

- *in primis*, per quanto riguarda la distinzione fra concessioni ed appalti,⁸⁷

⁸⁷ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 giugno 2013, n. 3378, ove viene qualificato come appalto, e non concessione, l'affidamento dei servizi di *focal point* – costituiti da servizi di navigazione su internet a scopo didattico, culturale e divulgativo, servizi di fotocopiatura a prezzi agevolati, servizi di utilizzo di PC e stampanti a fini di studio e didattici – presso la Facoltà di medicina dell'Università Tor Vergata di Roma.

Nella lettera d'invito era previsto, da parte della committente, un contributo annuale di euro 15.000, da suddividere in dodici rate mensili posticipate, saldabili entro 60 giorni dal ricevimento della fattura e del rapporto mensile (in cui doveva essere dichiarato che il servizio era stato eseguito in conformità a quanto descritto nella lettera d'invito, nel capitolato speciale ed a quanto offerto in sede di gara).

Ebbene, il Collegio ha ritenuto che “l'importo stabilito nella lettera d'invito non possa che essere qualificato come corrispettivo per la prestazione del servizio oggetto di affidamento, nell'ambito di un rapporto di prevalente natura bilaterale intercorrente tra committente e aggiudicataria, sicché la fattispecie appare più plausibilmente qualificabile come rapporto d'appalto, e non di concessione di servizio (in cui prevale il rapporto trilaterale con l'utenza, erogatrice del corrispettivo), a prescindere dal rilievo che anche la concessione di servizi è assoggettata alle regole dell'evidenza pubblica”.

Emerge con chiarezza come il ragionamento seguito dai giudici di Palazzo Spada sia incentrato non sull'allocazione del rischio, bensì sulla morfologia (bilaterale o trilaterale) del rapporto.

Esistono numerose altre situazioni in cui la qualificazione giuridica delle fattispecie non è chiara.

- Riguardo al servizio di tesoreria degli enti pubblici, T.A.R. Bologna, Sez. I, 10 aprile 2001, n. 303 (cfr. Tar Bologna, n. 622/95, Tar Lazio, n. 2022/95, Tar Parma, n. 27/96, Tar Lombardia, Brescia, n. 837/99), lo aveva ricondotto all'istituto della concessione traslativa di pubblico servizio e, in quanto non assimilabile all'appalto, sottratto alle direttive comunitarie. In senso conforme: Cass. Civ., Sez. Un., 3 aprile 2009, n. 8113 e T.A.R. Firenze, Sez. II, 28 febbraio 2014, n. 409.

In senso opposto è Consiglio di Stato, Ad. Plen., 18 giugno 2002, n. 6 (con commento di Bacosi G., *Amministrazioni locali e servizi di tesoreria: la Plenaria “sponsorizza” il collegamento contrattuale*, *lexitalia.it*); anche Consiglio di Stato, Sez. V, 18 ottobre 2012, n. 5359 ha ravvisato un appalto di servizi.

È intervenuta la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377, ove si afferma che “Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto, allora si ha concessione: è la modalità della remunerazione, quindi, il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi. Così, si avrà concessione quando l'operatore si assuma in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza, mentre si avrà appalto quando l'onere del servizio stesso venga a gravare sostanzialmente sull'amministrazione. E tale assunto, è stato più volte confermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, la quale ha ribadito che si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (Corte Giustizia CE, Sez. III, 15 ottobre 2009, C - 196/08), mentre in caso di assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione, l'operazione rappresenta un appalto di servizi (Corte Giustizia CE, Sez. III, 10 settembre 2009, C - 206/08). Tanto permesso, non v'è dubbio che la gara per cui è causa rientri tra quelle in cui “la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio”, e, per ciò solo, tra le concessioni di servizi, ai sensi dell'art. 30, 2° comma, del D. Lgs 163/2006. Infatti, come esattamente rilevato dal giudice di prime cure, la richiamata normativa “non significa che il concessionario non può trarre alcuna utilità economicamente apprezzabile dallo svolgimento del servizio (se così fosse, ben difficilmente si troverebbero concorrenti per le gare di tesoreria) ma solo che la gara non deve prevedere un prezzo che remunerì il servizio, a carico della Stazione Appaltante; in altre parole, la concessione di servizi prevede il trasferimento in capo al concessionario della responsabilità della gestione, da intendersi come assunzione del rischio, che dipende direttamente dai proventi che il concessionario può trarre dalla utilizzazione economica del servizio”.

In questo senso, del resto, si è espressa anche la Corte di Cassazione, con la decisione n. 8113/09, in cui si evidenzia che “come reiteratamente affermato da queste Sezioni Unite (sentenze n. 13453/91, n. 874/99, n. 9648/2001) il contratto di tesoreria... va qualificato in termini di rapporto concessorio, e non di appalto di servizi... avendo ad oggetto la gestione del servizio di tesoreria comunale implicante, ai sensi del T.U. della Legge Comunale e Provinciale, approvato con r.d. 3 marzo 1934, n. 383, art. 325, il conferimento di funzioni pubblicistiche quali il maneggio del denaro pubblico e il controllo sulla regolarità dei mandati e prospetti di pagamento, nonché sul rispetto dei limiti degli stanziamenti in bilancio”.

Conclusivamente, l'affidamento del servizio di tesoreria si sostanzia in una concessione di servizi”.

Successivamente si sono pronunciati T.A.R. Trieste, Sez. I, 26 gennaio 2012, n. 33 (dove si assume che il servizio di tesoreria, in quanto svolto gratuitamente, non costituisce appalto di servizi ma una concessione di servizi) e T.A.R. Napoli, Sez. I, 3 maggio 2012, n. 2014 (fattispecie ove il servizio di tesoreria, dopo una prima procedura avente ad oggetto l'affidamento di un appalto di servizi finanziari, aveva visto una nuova gara per l'affidamento ex art. 30 del d.lgs. 163/2006 in materia di concessione di servizi: la particolarità è data dal fatto che l'offerente – escluso dalla prima gara d'appalto per non aver prodotto la cauzione provvisoria – ha impugnato la seconda procedura per il medesimo motivo d'esclusione, ricorso che il giudice ha comunque accolto sulla base del presupposto che “la qualificazione giuridica della natura dell'oggetto della gara non dipende dalla eventuale qualificazione effettuata dalla stazione appaltante, ma dalle caratteristiche oggettive della prestazione dedotta nel contratto da stipulare all'esito dell'evidenza pubblica, onde occorre scrutinare la natura di quel particolare complesso di servizi finanziari che integra il servizio di tesoreria (comunale). Secondo la definizione ricavabile dall'art. 209 del D.Lgs. n. 267 del 2000 (Testo Unico degli Enti Locali), il servizio di tesoreria consiste nel “complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria dell'Ente locale e finalizzate in particolare alla riscossione delle entrate, al pagamento delle spese, alla custodia di titoli e valori ed agli adempimenti connessi previsti dalla legge, dallo statuto, dai regolamenti dell'ente o da norme pattizie”. Sul punto non vi sono ragioni per discostarsi dalle conclusioni cui è pervenuto il Consiglio di Stato su una questione assolutamente analoga (sent. n. 3377 del 2011)”).

Emerge chiaramente come l'interpretazione dei giudici sia frutto dell'incontro fra i criteri tradizionali dell'ordinamento nazionale (effetto traslativo e trilateralità) e le novità ispirate dal plesso sovranazionale (rischio gestorio), talché si assiste ad una situazione di sincretismo ermeneutico in ordine alle concessioni.

Situazione che ingenera, se non incertezza giuridica, almeno confusione metodologica.

- Confusione evidente nel caso dei “servizi aggiuntivi” per il pubblico di cui all'art. 117 del d.lgs. 42/2004 – cd. “Codice dei beni culturali” – consistenti nella assistenza agli utenti dei siti culturali o museali, in servizi editoriali, nella vendita di riproduzioni di beni culturali, nella realizzazione di materiale informativo, beni librari archivistici o anche in servizi di caffetteria, ristorazione e di guardaroba, i quali possono essere oggetto di gestione indiretta della p.a. tramite la concessione a soggetti terzi ex art. 115 del d.lgs. 42/2004.

Secondo la giurisprudenza, dato che per i servizi aggiuntivi ricorre il tipico schema della concessione – in cui l'amministrazione concedente non corrisponde alcun prezzo all'affidatario, ma è quest'ultimo che a fronte del diritto di gestire l'attività, paga un canone all'amministrazione –, occorre distinguere questa tipologia di servizi da quelli denominati “servizi strumentali” (e.g. pulizia, vigilanza o manutenzione) qualificabili invece come appalti, trattandosi di attività svolte direttamente in favore dell'amministrazione.

Il *busillis* sorge poiché fra i servizi strumentali è stato fatto rientrare anche il servizio di biglietteria, nel quale l'affidatario si remunera trattenendo una parte del prezzo dei biglietti pagati dagli utenti.

Sulla scorta di un precedente della Cassazione (Cass. Civ., Sez. Un., 27 maggio 2009, n. 12252), il Consiglio di Stato, Ad. Plen., 6 agosto 2013, n. 19, ha sancito che “I servizi di assistenza al pubblico e di biglietteria integrano, l'uno, una concessione di servizio pubblico e, l'altro, un appalto di servizio pubblico”.

Una menzione speciale merita la Cassazione citata, la quale, dovendosi esprimere in materia di giurisdizione, ha però finito con lo sconfinare nell'impervio campo della qualificazione dei contratti pubblici:

“Il servizio di biglietteria, non può ritenersi a rigore ascrivibile ai “servizi aggiuntivi”.

È vero che tale servizio, a differenza dei servizi di pulizia e sorveglianza, sembra gravare sotto il profilo della remunerazione del gestore direttamente sui visitatori utenti, che accedono all'istituto o al luogo di cultura. Infatti il D.M. 11 dicembre 1997, n. 507, stabilisce che il gestore del servizio di biglietteria trattenga per sé una parte, non superiore al 30% dell'incasso. Tuttavia anche se apparentemente finanziato direttamente dagli utenti, il costo di tale servizio è a carico delle risorse della p.a., poiché il prezzo del biglietto, che dovrebbe essere riversato direttamente e per intero alla p.a., viene in parte trattenuto dal gestore del servizio. Inoltre il gestore rende il servizio di biglietteria non in favore dell'utente privato, ma in favore della p.a., per la quale riscuote tale prezzo. Ne consegue che il servizio di biglietteria affidato ad un privato non può costituire, per le ragioni sopra esposte, una concessione di servizio pubblico, ma un appalto di servizio pubblico”.

Lasciando in disparte l'ovvia constatazione che la medesima dinamica (il concessionario trattiene una quota parte degli introiti quale proprio utile, versando la parte restante a titolo di canone concessorio) si configura anche per i “servizi aggiuntivi” diversi dalla biglietteria, emerge chiaramente come l'uso del criterio del rapporto trilatero in luogo di quello del rischio operativo abbia snaturato la distinzione fra appalti e concessioni, collocando entro i primi una fattispecie più confacente alle seconde e provocando effetti esiziali (in questa sede mi limito a rinviare alle deliberazioni dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) n. 13 dell'11 marzo 2010 e n. 10 del 6 marzo 2013 per evidenziare le ripercussioni del portato anzidetto).

Come più volte ripetuto, non è la provenienza della remunerazione. né tanto meno il destinatario della prestazione, a far pendere l'ago della bilancia in favore dell'appalto o della concessione, bensì il rischio.

E su queste basi la fattispecie è stata correttamente inquadrata come concessione di servizi da T.A.R. Roma, Sez. II-*quater*, 11 gennaio 2012, n. 239 e da Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 giugno 2012, n. 3764.

- Per quanto attiene al servizio di accertamento e riscossione dei tributi cfr., per tutte, T.A.R. Brescia, Sez. II, 18 aprile 2013, n. 363, ove si propende per la natura concessoria dello stesso sulla base e del rischio e della trilateralità del rapporto ("La gara per l'affidamento dei servizi di riscossione dell'imposta comunale sulle pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni ha per oggetto una concessione, ove l'aggiudicatario assume totalmente il rischio dell'iniziativa intrapresa e la sua remunerazione avviene attraverso la riscossione di un aggio percentuale calcolato sull'ammontare corrisposto dagli utenti: il cd. "criterio della gestione" è l'indice rilevante ai fini dell'individuazione dei tratti distintivi tra concessione di servizi pubblici e appalto di servizi, e nella specie il concessionario sopporta direttamente i rischi economici dell'attività, mentre i destinatari della prestazione sono i cittadini utenti e non l'amministrazione").

Di contrario avviso sono Rocchietti March A.; Papi C., "Le concessioni di servizi e l'attività di regolazione interpretativa dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., op. cit., p. 418, le quali sostengono che "analizzando le prestazioni fornite, si rileva che non c'è alcun rischio di gestione a carico dell'affidatario, il corrispettivo consiste in una percentuale delle somme riscosse dai cittadini, risorse cioè della stazione appaltante ed, inoltre, che si tratta di attività che non sono rivolte a soddisfare direttamente le esigenze dell'utenza, essendo, invece, attività strumentali rese all'ente locale; queste caratteristiche secondo la definizione di derivazione comunitaria evidentemente non consentirebbero di ricondurre la fattispecie nel novero delle concessioni di servizi e di sottrarla all'applicazione delle regole di evidenza pubblica valevoli per gli appalti di servizi".

Anche qui deve quindi registrarsi un evidente conflitto interpretativo ingenerato dalla diversità dei criteri ermeneutici utilizzati: nel primo caso, aderendo alla disciplina europea, il criterio della gestione fondato sul rischio; nel secondo, manifestando la resistenza di preconcetti domestici, il rapporto trilaterale.

- Con riferimento al servizio costituito dalla installazione e gestione di distributori automatici di alimenti e bevande presso i locali di una pubblica amministrazione (segnatamente ospedali o scuole), la qualifica di concessione di servizi è stata affermata da Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682, con nota di Monzani S., *Il trasferimento al privato del rischio economico di gestione quale tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi e le conseguenze in tema di normativa applicabile*, Foro Amministrativo C.D.S. 1: 243, 2013. In particolare, sulla scia della giurisprudenza formatasi sul tema (Cons. St., Sez. III, 8 luglio 2011, n. 4128; Cons. St., Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3019; T.A.R. Bari, 12 aprile 2012, n. 716; T.A.R. Latina, Sez. I, 7 marzo 2012, n. 195; T.A.R. Firenze, Sez. II, 6 luglio 2010, n. 2313; T.A.R. Bari, Sez. I, 17 febbraio 2009, n. 315), i giudici amministrativi d'appello hanno ribadito che l'attività in questione è da ricondurre non alla figura dell'appalto di servizi – come erroneamente ritenuto in primo grado dal T.A.R. Roma, Sez. III, n. 4736/2010 –, bensì all'istituto della concessione di servizi, e ciò considerando come dirimenti nel senso indicato la circostanza per cui il rischio della gestione è posto interamente in capo al soggetto affidatario (tenuto oltretutto a corrispondere un importo pecuniario all'amministrazione), nonché il fatto che il servizio viene erogato alla collettività degli utenti anziché all'amministrazione.

Alla medesima conclusione è giunto anche T.A.R. Perugia, Sez. I, 11 giugno 2010, n. 369 in ordine al servizio mensa e al servizio bar presso una sede universitaria. Nonostante, negli atti di gara, l'ente committente avesse usato il termine "appalto", il Collegio ha invece ravvisato una "concessione di servizi" in base alla constatazione che gli stessi atti di gara erano inequivoci nel senso che la remunerazione del gestore era costituita esclusivamente dagli incassi pagati dagli utenti, senza alcun onere a carico dell'Università; anzi, il gestore doveva retrocedere al concedente una percentuale degli incassi a titolo di *royalties*.

- Opinione opposta si è invece diffusa relativamente al servizio di pubblica illuminazione: cfr. T.A.R. Salerno, Sez. I, 28 novembre 2001, n. 1501 (conf. Cons. St., Sez. V, 4 maggio 2001, n. 2518), per il quale "Nel caso in cui, con una convenzione avente per oggetto la fornitura di servizi sugli impianti di illuminazione pubblica, un comune abbia affidato le attività di messa a norma, l'adeguamento, la manutenzione e la gestione degli impianti relativi al servizio ad una società, che si è obbligata a mantenere in ottimale stato di efficienza gli impianti, a fronte della corresponsione di un importo annuale, con la precisazione, nella convenzione, che le funzioni amministrative inerenti alle acquisizioni, occupazioni, espropri e costituzioni delle servitù siano svolte dall'amministrazione e che per la manutenzione straordinaria la società sia tenuta a predisporre appositi preventivi da trasmettere al comune per l'approvazione, ricadendo su quest'ultimo i relativi costi, si verte in un'attività affidata con un contratto a titolo oneroso per l'ente locale, che conserva la titolarità del servizio, senza che sia configurabile una concessione di pubblico servizio;

- *in secundis*, per quel che attiene al servizio pubblico locale e non,⁸⁸

pertanto, la controversia relativa alla risoluzione del rapporto esula dall'ipotesi della risoluzione di un rapporto di affidamento di pubblico servizio, con la conseguenza che non spetta alla giurisdizione del giudice amministrativo".

Nei medesimi termini si è espressa anche l'AVCP con il parere 20 giugno 2012 (AG 5/12). L'Autorità ha proceduto preliminarmente alla qualificazione del contratto ed è giunta alla conclusione che l'affidamento descritto in quesito (avente, in particolare, come oggetto il "(...) servizio di manutenzione e gestione degli impianti di pubblica illuminazione, installazione di luminarie natalizie, nonché l'adeguamento alle norme, ammodernamento tecnologico e funzionale, risparmio energetico e ampliamento, per un valore complessivo a base d'asta di € 1.581.000.00, da corrispondere nella forma di canoni mensili. Il contratto prevede a carico della Ditta l'obbligo di realizzare nel primo anno della concessione lavori per € 240.000.00, interamente finanziati dalla Ditta") è qualificabile come contratto d'appalto, nonostante l'erronea qualificazione originaria del contratto come concessione avente durata di trenta anni. Secondo l'AVCP "appare pacifico che sulla Ditta, stante la natura del servizio a domanda indifferenziata, non gravi e non possa gravare il rischio di domanda derivante dall'esposizione all'alea del mercato. Parimenti, in base alla documentazione versata in atti, non risulta che la remunerazione dell'operatore economico sia legata alle *performance* di erogazione del servizio o al grado di soddisfazione degli utenti. La mera previsione di penali contrattuali, infatti, non è sufficiente a determinare un rischio di disponibilità, essendo il sistema delle penali generalizzato per tutti i contratti pubblici e disciplinato dall'art. 133 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e dagli art. 145, 257 e 298 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Le penali, peraltro di valore molto esiguo, si limitano a predeterminare il danno derivante dall'inadempimento e non introducono un sistema complesso di valutazione sufficiente a mettere in forse l'equilibrio economico finanziario dell'operazione. Si evidenzia, infine, la mancanza di un sistema di rilevazione di soddisfazione dell'utenza e il fatto che la Ditta non sopporti nemmeno il rischio derivante da danni causati agli impianti di pubblica illuminazione da terzi o da eventi di forza maggiore – esclusi i lavori inerenti il finanziamento a suo carico – rimanendo, pertanto, detto rischio in capo all'Amministrazione comunale, che è tenuta a rimborsare alla Ditta le spese relative alle opere di ripristino necessarie per garantire il loro funzionamento (artt. 9 e 18 del Capitolato Speciale d'Appalto). Non rilevante, poi, ai fini della corretta qualificazione del contratto come concessione o appalto è la natura di servizio pubblico locale della pubblica illuminazione, generalmente accolta dalla giurisprudenza amministrativa (da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 2010, n. 8231)".

- Infine, in materia di accreditamento sanitario, gli accordi intercorrenti tra il Sistema sanitario nazionale (Ssn) e le strutture private accreditate sono inquadrabili come concessioni di servizio pubblico secondo T.A.R. Genova, Sez. II, 2 febbraio 2011, n. 184 e Cass. Civ., Sez. Un., 26 gennaio 2011, n. 1773, mentre fuoriescono dallo schema delle concessioni di servizio pubblico e vanno qualificati in termini contrattuali come appalti pubblici di servizi per Cass. Civ., Sez. Un., 5 aprile 2012, n. 5446 – con nota di Mazzamuto M., *Riparto di giurisdizione. Rapporti tra Ssn e strutture private accreditate. Procedure di evidenza pubblica e contratto*, Giurisprudenza Italiana, 10, 2012.

Con conseguente difformità di veduta sul riparto di giurisdizione (v. *infra*).

Come emerge in maniera evidente, l'utilizzo di differenti criteri di giudizio (oltre al rischio) ad opera di differenti organismi giudicanti (civili, amministrativi, AVCP) comporta una certa schizofrenia ermeneutica, per cui si afferma tutto e il contrario di tutto attraverso le opinioni più disparate.

⁸⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2537, così riportata in massima: "*Il servizio pubblico locale di rilevanza economica è configurabile non solo quando l'amministrazione adotti un atto di concessione, ma anche nel caso in cui pone in essere un contratto di appalto (rapporto bilaterale, versamento di un importo da parte dell'amministrazione), sempre che l'attività sia rivolta direttamente all'utenza – e non all'ente appaltante in funzione strumentale all'amministrazione – e l'utenza sia chiamata a pagare un compenso, o tariffa, per la fruizione del servizio*".

La contraddizione è lapalissiana già in seno alla massima, ma nella sentenza è ancora più evidente: "l'elemento della allocazione del rischio di impresa in capo al gestore del servizio è funzionale alla distinzione tra contratto di appalto di servizi e concessione di servizi, ai fini dell'individuazione delle norme applicabili ai due istituti, ma risulta ininfluyente quanto alla configurazione dell'appalto di servizi in contrapposizione al servizio pubblico locale. La parte resistente sembra ritenere che il servizio pubblico locale sia configurabile solo quando l'Amministrazione adotti un atto di concessione (c.d. rapporto trilaterale, corrispettivo del servizio fissato dal concessionario, su cui grava il rischio di impresa), ma questa tesi è smentita proprio dalla norma della cui applicazione si discute, che parla di gestione "di fatto o per

disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto di servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto”. Se ne deve dedurre che si è in presenza di un servizio pubblico locale di rilevanza economica anche quando l’Amministrazione – invece della concessione – pone in essere *un contratto di appalto, (rapporto bilaterale, versamento di un importo da parte dell’Amministrazione) sempre che l’attività sia rivolta direttamente all’utenza – e non all’ente appaltante in funzione strumentale all’amministrazione – e l’utenza sia chiamata a pagare un compenso, o tariffa, per la fruizione del servizio*” (corsivi aggiunti).

La questione è: si può pensare ad un appalto di servizi pubblici locali? O si tratta di un paradosso?

Se il servizio pubblico locale presuppone ontologicamente un’utenza fruitrice, è sostenibile l’uso dell’appalto caratterizzato, secondo la pronuncia, da *rapporto bilaterale* (già per questo sorge il dubbio) e da *versamento di un importo da parte dell’Amministrazione* (si tratterebbe di versamento di importi non collegati direttamente al servizio e reperiti mediante la contribuzione generale, cosa ben diversa da una sorta di “girata” dei corrispettivi introitati dall’utenza fruitrice cui si fa riferimento subito dopo)?

La soluzione non è immediata, per lo meno non così immediata come lo è per il Consiglio di Stato, il quale, pur riconoscendo che la distinzione fra appalti e concessioni è fondata sul rischio, nega che quest’ultimo possa assumere rilevanza nell’inquadramento del servizio pubblico locale e finisce col cadere in contraddizione allorché configura un appalto bilaterale finanziato dalla p.a. ma al contempo connotato da servizio al pubblico e tariffe versate dagli utenti.

Detto ossimoro, se si deve agli ingombranti trascorsi che caratterizzano le concessioni in Italia, è la prova più lampante che il rapporto trilaterale non funge *ex se* da criterio distintivo dell’istituto concessorio, essendo appannaggio del servizio pubblico e da questo trasmessosi per osmosi anche alle concessioni.

In senso opposto è Cass. Civ., Sez. Un., 1° luglio 2009, n. 15381, secondo cui la gestione di un servizio pubblico, affidato da una pubblica amministrazione ad un privato, può trovare titolo solo in un atto concessorio, indipendentemente dal *nomen iuris* – nella specie “contratto di locazione” – che le parti hanno attribuito all’atto col quale è avvenuto l’affidamento: “È consolidato, nella giurisprudenza di legittimità, il principio secondo cui nell’ipotesi in cui la ASL abbia affidato ad un privato la gestione del servizio di bar all’interno di un ospedale pubblico, il rapporto tra la pubblica amministrazione ed il privato, avendo ad oggetto un’attività da svolgersi all’interno di locali facenti parte della struttura immobiliare ospedaliera (come tale destinata a pubblico servizio e perciò rientrante tra i beni patrimoniali indisponibili ai sensi dell’art. 830 cod. proc. civ.) può trovare titolo solo in un atto concessorio, potendo tali beni essere trasferiti nella disponibilità di privati, per usi determinati, solo mediante concessioni amministrative, con la conseguenza che le relative controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (Cass. Sez. un. 14 novembre 2003, n. 17295; 12 giugno 1999, n. 327; 21 luglio 1998, n. 7131; 29 marzo 1994, n. 3075)”.

A parte il refuso circa l’art. 830 cod. civ., detta pronuncia sulla giurisdizione pare “provare troppo” attribuendo natura concessoria a tutte le fattispecie che comportano il trasferimento di diritti su beni demaniali o patrimoniali indisponibili: in realtà, l’oggetto prevalente dell’affidamento al contraente è costituito dal servizio, non certo dal bene, cosicché occorre dare attuazione alla disciplina europea sulla concorrenza (cfr. ora cons. 15 della nuova direttiva 2014/23/UE sulle concessioni).

Ciò non esclude in teoria gli appalti, come statuito anche dal Consiglio di Stato, ma il *discrimen* deve necessariamente essere individuato nell’allocazione del rischio operativo, a prescindere dalla trilateralità:

“In conclusione, si può affermare che non tutti i servizi pubblici locali devono o possono essere affidati tramite concessione, ché è possibile siano prestati nelle forme di appalto (si pensi alle gare per il servizio di trasporto con remunerazione c.d. *net cost*), e non tutte le concessioni di servizi sono servizi pubblici locali (per esempio, la distribuzione di bevande e alimenti negli istituti scolastici, Cons. Stato, Sez. VI, sent. 20 maggio 2011, n. 3019)”: così l’annotato parere 20 giugno 2012 (AG 5/12) dell’AVCP (v. *supra*).

In dottrina si veda Calvieri C., *Concessione e appalto di servizio pubblico come contratti pubblici nei c.d. settori speciali ex esclusi. Il caso del trasporto pubblico locale*, federalismi.it n. 17/2007.

L’inclusione degli appalti nei servizi pubblici induce a riflettere sul diritto positivo attuale.

In particolare, sorge un dubbio in materia di ricorso per l’efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, sul quale si rinvia a Cacciavillani C., *Sull’azione per l’efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, giustamm.it (pubblicato l’11.11.2011).

Ai sensi dell’art. 1 del d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, “al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio, con le modalità stabilite nel presente decreto, *nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici*, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi

- *in tertius*, con riferimento al riparto di giurisdizione.⁸⁹

obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, *per i concessionari di servizi pubblici*, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, *per le pubbliche amministrazioni*, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di performance contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150" (enfasi aggiunta).

Dal prolisso testo della norma sembra che la legittimazione passiva sia riservata unicamente alle p.a. ed ai concessionari di pubblico servizio, con esclusione di coloro che svolgono il servizio in regime di appalto (scelta alquanto criticabile se messa a confronto con quanto dispone l'art. 140-bis, comma 12, d.lgs. 206/2005 – cd. "Codice del consumo" – il quale, in fattispecie del tutto analoga, fa più correttamente riferimento ai "gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità").

Anche a volerla considerare una semplice dimenticanza (cosa che non è alla luce del costante binomio concessione-pubblico servizio, in forza del rapporto trilaterale, nel nostro ordinamento), viene da chiedersi se la palese incostituzionalità per violazione degli artt. 3, 24 e 113 Cost. possa essere sanata tramite l'interpretazione analogica e/o sistematica. Ad avviso di chi scrive, visto che la *communis opinio* interna è nel senso della antitesi fra appalti e concessioni, pare assai improbabile andare oltre la lettera della legge e consentire di esperire il ricorso per l'efficienza anche nei confronti degli appaltatori di servizi pubblici.

⁸⁹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421, laddove si statuisce che relativamente al riparto di giurisdizione sulle concessioni "non è invocabile alcun parallelismo con i contratti di appalto, né tanto meno giova ricordare quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella più volte ricordata pronuncia n. 204/2004, visto che la giurisdizione esclusiva sulle concessioni amministrative è rispettosa dell'esigenza di concentrare presso un'unica giurisdizione tutte le controversie afferenti il rapporto concessorio, in considerazione degli interessi pubblici che tale strumento è tipicamente destinato a realizzare, ancorché accanto al profilo autoritativo si affianchi un aspetto strettamente privatistico, relativo ai rapporti patrimoniali tra amministrazione concedente e privato concessionario. Dalle pronunce sopra citate delle Sezioni Unite si coglie infatti l'essenza dell'istituto concessorio, il quale costituisce in ogni caso uno strumento volto al perseguimento delle finalità di carattere generale demandate alla pubblica amministrazione. In particolare, nei servizi pubblici esso costituisce una delle forme di organizzazione cui l'amministrazione può ricorrere per lo svolgimento di attività di interesse generale, in alternativa alla gestione diretta, interponendo il concessionario privato tra sé e la collettività. In passato questo profilo era particolarmente valorizzato ponendo in rilievo l'effetto traslativo di pubblici poteri che si determinava (in particolare cfr. Cass., Sez. Un., 8 agosto 1990, n. 8058; 3 dicembre 1991, n. 12966; ord. 9 maggio 2002, n. 6687). Attualmente, invece, per la decisiva spinta del diritto comunitario, i profili di stampo pubblicistico risultano fortemente attenuati, tantoché l'art. 3, comma 12, cod. contratti pubblici assimila le concessioni di servizi agli appalti di servizi, salvo che per la remunerazione del prezzo (in quanto non proveniente dall'amministrazione ma attraverso la gestione economica del servizio medesimo e dunque dall'utenza privata). *Non vi è tuttavia dubbio sul fatto che il rapporto trilaterale che nelle concessioni si instaura rende l'interesse pubblico comunque predominante anche nel corso dell'esecuzione del rapporto scaturente dalla concessione. A differenza dell'appalto, l'amministrazione concedente conserva un indubbio interesse circa le modalità con le quali il servizio viene gestito dal concessionario in propria sostituzione, poiché esso, anche quando affidato a privati, non perde la caratteristica fondamentale della sua finalizzazione a bisogni collettivi. È proprio alla luce di questo ineliminabile connotato che si giustifica dal punto di vista logico, oltre che costituzionale, l'ampiezza della giurisdizione esclusiva, mentre, per contro, quest'ultima viene esclusa quando la controversia tra autorità concedente e privato concessionario verta su questioni puramente civilistiche, attinenti gli aspetti patrimoniali scaturenti dal rapporto. Ed è per queste ragioni che deve essere affermata la giurisdizione amministrativa anche nella presente controversia, visto che l'atto di decadenza/risoluzione dal quale essa scaturisce attiene a supposti inadempimenti nello svolgimento del servizio idrico integrato i cui effetti non sono circoscritti al suddetto rapporto, ma si riflettono anche sulla collettività" (pt. 2.7 dir.; corsivo aggiunto).*

Dunque, il rapporto trilaterale giustificherebbe la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle concessioni di pubblico servizio (salve le questioni meramente patrimoniali), ma cosa accade se invece si ha a che fare con un appalto di pubblico servizio, anch'esso ammesso dal Consiglio di Stato (v. nota precedente)?

Sono per converso riscontrabili alcune decisioni controcorrente dei giudici italiani che hanno dato attuazione a quanto emerso in sede europea e che appaiono più in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul rischio concessorio.⁹⁰

L'art. 133, co. I, lett. c), del d.lgs. n. 104/2010 – cd. “Codice del processo amministrativo” (c.p.a.) –, come detto, prevede espressamente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per “le controversie in materia di pubblici servizi relative a *concessioni di pubblici servizi*, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a *provvedimenti* adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'*affidamento di un pubblico servizio*, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità” (corsivi aggiunti).

L'appalto non costituisce certo una concessione né un provvedimento amministrativo; si potrebbe forse discutere se l'affidamento di un pubblico servizio possa includere la stipulazione del contratto dopo l'aggiudicazione, ma non si arriverà mai a ricomprendere anche l'esecuzione del contratto d'appalto.

Di conseguenza, si assisterà all'asimmetria fra appalti (a cui devono aggiungersi pure concessioni di lavori e/o di servizi qualora non riguardino il pubblico servizio), da un lato, e concessioni di servizi pubblici, dall'altro, con i primi sottoposti al normale criterio della *causa petendi* e le seconde alla giurisdizione esclusiva. Tale diversità di trattamento incentrata su un falso presupposto, la trilateralità o meno del rapporto, impone quindi un ripensamento della giurisdizione sui pubblici servizi in ossequio al diritto sovranazionale.

Si pensi che in tema di riserve, secondo la giurisprudenza, le controversie devono essere devolute alla cognizione del giudice ordinario trattandosi di contestazioni insorte nella fase di esecuzione del contratto (*ex multis*, Cass. Civ., Sez. Un., 6 maggio 2005, n. 9391; cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 236; Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2007, n. 3318; T.A.R. Venezia, Sez. I, 3 giugno 2003, n. 3130 e T.A.R. L'Aquila, 2 ottobre 2001, n. 583). Ma che accade se si rientra nel pubblico servizio? Sono questioni meramente patrimoniali (giudice ordinario) o radicano la propria *ratio* altrove (giurisdizione esclusiva)?

⁹⁰ Si tratta, ad esempio, di Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 maggio 2002, n. 2634 e Tribunale di Enna, 9 febbraio 2010, con nota di Neri V., *Il «rischio economico» negli appalti e nelle concessioni di servizio pubblico*, Il Corriere del Merito 6: 681, 2010; di recente v. T.A.R. Roma, Sez. III, 22 luglio 2014, n. 8001.

Nella prima si afferma che “Le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimentale 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, (che sarebbe un fenomeno tipico della concessione in una prospettiva coltivata da tradizionali orientamenti dottrinali), né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato” (pt. 5.7 dir.).

Anche se poi prosegue dando risalto alla genesi della remunerazione del concessionario (pt. 5.8 dir.):

“Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, allora si ha concessione, è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi (punto 2.3 della comunicazione interpretativa). Ed allora un servizio di trasporto pubblico di linea si rivela quale appalto di servizi quando come talvolta accade ad es. nel caso di un servizio di “scuolabus” il suo onere sia interamente a carico dell'amministrazione, mentre se il servizio venga reso non a favore dell'amministrazione ma di una collettività indifferenziata di utenti, e venga almeno in parte pagato dagli utenti all'operatore del servizio, allora si è in ambito concessorio”.

Permane la trilateralità ma in funzione ancillare al rischio operativo del concessionario. Al di là della coincidenza del rischio di gestione con la modalità (*rectius*: provenienza) della remunerazione che *illo tempore* affliggeva pure la Corte di Giustizia, la pronuncia è importante perché inizia a far vedere un cambiamento di prospettiva rispetto all'anacronismo della situazione pregressa (e attuale).

Cambiamento di prospettiva che giunge a compimento nella seconda sentenza, ove viene qualificato come concessione il servizio di ispezione degli impianti termici, affidato da una Provincia ad un'impresa privata, sulla base della concreta allocazione dei rischi, e non astrattamente per la modalità di remunerazione: “L'art. 7 della convenzione prevede espressamente che “la provincia Regionale di Enna è titolare dell'attività di riscossione di tutti gli oneri a carico degli utenti per il servizio di controllo e verifica degli impianti termici, sia maturati che da maturare”. Il suddetto articolo pone a carico dell'utenza gli oneri per i servizi resi, il corrispettivo di tale servizio viene, però, dapprima corrisposto all'ente locale territoriale e successivamente

versato all'erogatore del servizio. Tale meccanismo di remunerazione, *prima facie*, appare riconducibile all'appalto di servizi, poiché l'erogatore di servizi riceve un compenso dall'amministrazione e non direttamente dagli utenti. Ma, ad un attento esame della convenzione stipulata del 22.12.2006 si evince che l'art. 7 trasferisce il rischio dell'inadempienza sul soggetto erogatore di servizi e non sull'ente locale. Difatti, detto articolo, pur prevedendo che l'ente locale territoriale possa riscuotere coattivamente (a mezzo ruolo) i crediti vantati nei confronti degli utenti inadempienti, prevede altresì che "le somme rimosse dagli utenti inadempienti saranno periodicamente liquidate alla Società Multiservizi Energia S.r.l. Unipersonale dopo essere state incamerate e quindi disponibili nelle casse della provincia". Detta previsione, inequivocabilmente, trasferisce il rischio finale di insolvenza, nel caso in cui anche la riscossione attraverso l'iscrizione a ruolo fosse infruttuosa, in capo al soggetto erogatore del servizio. Tale modalità di remunerazione è sicuramente elemento dirimente per qualificare la convenzione del 22.12.2006 – oggetto dell'odierna controversia – come concessione di servizio pubblico poiché l'alea relativa alla gestione del servizio viene traslata, in ultima istanza, dall'ente locale territoriale al gestore del servizio che assume e sopporta il rischio economico dell'attività. La remunerazione del gestore del servizio è strettamente connessa ai proventi percepiti dai singoli utenti, e il rischio economico dell'insolvenza di questi ultimi grava sul gestore".

Di primo acchito potrà sembrare paradossale che sia stato un giudice civile a dover illuminare la via su un tema prettamente amministrativo, ma non è così: come detto in relazione al riparto di giurisdizione, proprio perché la materia si è evoluta nel tempo assumendo una deriva sempre più civilistica e negoziale, era presumibile che fosse la giurisdizione civile a meglio adattarsi ai dettami del diritto sovranazionale.

L'allocazione dei rischi nei contratti pubblici non pare essere un profilo adatto ad essere adeguatamente valutato dai giudici amministrativi, molto più permeabili alle suggestioni pubblicistiche (rapporto trilaterale su tutte) e portati a sindacare l'esercizio del potere tramite atti, al contempo poco abituati a confrontarsi con le dinamiche interne dei contratti (a dispetto della giurisdizione esclusiva sugli accordi).

Da ultimo, giova segnalare la determinazione dell'AVCP, 11 marzo 2010, n. 2, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*, ove viene fornita un'attenta analisi del concetto di rischio di gestione.

Si afferma *expressis verbis* che "Caratteristica peculiare dell'istituto concessorio è l'assunzione da parte del concessionario del rischio connesso alla gestione dei servizi cui è strumentale l'intervento realizzato, in relazione alla tendenziale capacità dell'opera di autofinanziarsi, ossia di generare un flusso di cassa derivante dalla gestione che consenta di remunerare l'investimento effettuato. Nella concessione di lavori pubblici l'imprenditore, di regola, progetta ed esegue l'opera ed attraverso la gestione e lo sfruttamento economico dell'opera stessa ottiene in cambio i proventi a titolo di corrispettivo per la costruzione, eventualmente accompagnato da un prezzo. Occorre precisare che ai sensi di quanto previsto dall'art. 143, comma 9, del Codice rientrano a pieno titolo nella nozione di concessione tanto le ipotesi dove il concessionario assume, oltre al rischio di costruzione, il rischio di domanda (modello autostrade), quanto le concessioni in cui al rischio di costruzione si aggiunge il c.d. rischio di disponibilità (modello ospedali, carceri ecc.), sul quale si tornerà più diffusamente oltre. In assenza di alea correlata alla gestione, non si configura la concessione bensì l'appalto, nel quale vi è unicamente il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito dell'esecuzione dell'opera. Nella concessione, al rischio proprio dell'appalto, si aggiunge il rischio di mercato dei servizi cui è strumentale l'opera realizzata e/o il c.d. rischio di disponibilità. [...]La pratica dimostra che, in certi casi, il concedente interviene parzialmente nel rischio economico assunto dal concessionario. Accade, così, che la pubblica amministrazione sostenga in parte il costo di costruzione e/o quello di gestione della concessione al fine di contenere il corrispettivo delle prestazioni a carico dell'utente finale. Tale intervento può avvenire secondo diverse modalità nella fase di costruzione con pagamenti prestabiliti in corso di esecuzione e in fase di gestione con pagamenti in forma forfettaria garantita, o in funzione del numero di utenti e non conduce necessariamente alla modifica della natura del contratto. Sempre secondo la Commissione, se il prezzo versato copre solo parzialmente il costo dell'opera, il concessionario dovrà sempre assumere una parte significativa dei rischi connessi alla gestione. La corresponsione di somme in conto gestione è conseguenza del fatto che il concessionario deve, per ragioni attinenti all'interesse generale, praticare "prezzi sociali" e riceve pertanto a questo titolo una compensazione da parte della amministrazione, in un unico versamento o in più versamenti scaglionati nel tempo. Tale partecipazione dell'amministrazione al costo di funzionamento non solleva il concessionario da una parte significativa del rischio di gestione. Elemento imprescindibile della concessione di lavori pubblici è, quindi, l'attitudine dell'opera oggetto della stessa a realizzare un flusso di cassa che può consentire di ripagare totalmente o parzialmente l'investimento. Proprio in relazione a questa attitudine, si usa classificare le opere in tre tipologie: opere calde, fredde e tiepide. Calde sono quelle opere

Ma la propensione generale e diffusa rimane quella di attribuire un peso specifico predominante alla trilateralità del rapporto.⁹¹

dotate di un'intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale coinvolto nell'arco della vita della concessione; fredde sono, invece, le opere per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla Pubblica Amministrazione e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa. A tali opere fa riferimento l'articolo 143, comma 9 del Codice, sopra citato. Tra queste due tipologie di opere, si pongono in posizione mediana quelle i cui ricavi da utenza non sono sufficienti a ripagare interamente le risorse impiegate per la loro realizzazione, rendendo necessario, per consentirne la fattibilità finanziaria, un contributo pubblico (c.d. opere tiepide)".

L'AVCP ha il merito di adottare un approccio metodologico conforme alle due sentenze sopraccitate e, soprattutto, all'*acquis communautaire*, ponendo l'enfasi sul rischio operativo gestionale.

Particolarmente importante è la constatazione che non sempre è necessario un rapporto trilaterale per aversi concessione, potendo anche sussistere un rapporto bilaterale nel caso di opere fredde.

⁹¹ Più di recente si sono avute altre decisioni conformi ai precedenti appena illustrati, sebbene più o meno intensamente inficiate dal rapporto trilaterale che rimane sullo sfondo: Consiglio di Stato, Sez. V, 1° dicembre 2014, n. 5915; T.A.R. Ancona, Sez. I, 8 novembre 2013, n. 808; T.A.R. Brescia, Sez. II, 18 aprile 2013, n. 363; T.A.R. Roma, Sez. II, 13 febbraio 2013, n. 1555; T.A.R. Torino, Sez. I, 19 dicembre 2012, n. 1365; T.A.R. Bari, Sez. I, 11 ottobre 2012, n. 1756; Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682; T.A.R. Genova, Sez. II, 3 settembre 2012, n. 1157; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 luglio 2012, n. 3941; T.A.R. Catania, Sez. III, 30 maggio 2012, n. 1422; Consiglio di Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2537; T.A.R. Napoli, Sez. I, 3 maggio 2012, n. 2014; T.A.R. Perugia, Sez. I, 6 marzo 2012, n. 73; Corte Conti reg. Abruzzo, Sez. giurisd., 24 gennaio 2012, n. 27; Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2011, n. 6835; Consiglio di Stato, Sez. V, 9 settembre 2011, n. 5068 (conferma T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 1500 del 2010).

Secondo la giurisprudenza si ha così concessione quando l'operatore si assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si ha appalto quando l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'amministrazione.

Di siffatto preconcetto risente pure la recente decisione del Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 gennaio 2014, n. 7 – con nota di Balocco G., *Il principio di corrispondenza delle quote per lavori nell'ambito dei PPP: il nuovo corso inaugurato dalla Plenaria*, Urbanistica e appalti 6: 665, 2014 –, ove viene considerata concessione di pubblico servizio la realizzazione del programma di *housing* sociale intrapreso da Roma Capitale. Si tratta di una delle rare occasioni in cui la giustizia amministrativa si è occupata fattivamente del fenomeno PPP, talché diventa interessante vedere com'è stato affrontato nel merito.

L'Adunanza Plenaria ritiene infatti che è stata posta in essere una iniziativa di partenariato pubblico-privato per la gestione di un servizio pubblico locale di rilievo economico e a domanda individuale, mediante lo strumento della concessione di servizio pubblico.

Dopo aver ripercorso la genesi sia dei PPP sia dell'*housing* sociale, il giudizio entra nel merito delibando dapprima sulla natura giuridica dell'affidamento e successivamente sulla disciplina applicabile:

“6.2.1. Nel particolare caso di specie sono presenti tutti gli indici che sono stati ritenuti, nel tempo, come qualificanti una concessione di servizio pubblico locale, di rilievo economico e a domanda individuale.

In dettaglio:

a) la presenza di un autentico servizio pubblico locale rivolto alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali - ovvero, secondo il linguaggio dell'Unione europea (artt. 16 e 86 del Trattato FUE), un servizio di interesse economico generale che viene a svolgere una funzione essenziale nell'ambito della costituzione economica di tutti i Paesi membri, dovendosi intendere per tale quello rivolto all'utenza, capace di soddisfare interessi generali e di garantire una redditività - del quale i cittadini usufruiscono *uti singuli* e come componenti la collettività;

b) la prestazione a carico degli utenti che si riscontra tipicamente nei servizi a domanda individuale (nella specie gli utenti devono partecipare ad apposita selezione, gestita dal concessionario, per l'assegnazione degli alloggi, versando di volta in volta il corrispettivo della locazione o delle varie tipologie di vendita in base al complesso sistema tariffario individuato dalla legge di gara);

c) l'assunzione a carico del concessionario del rischio economico relativo alla gestione del servizio; sul punto, deve reputarsi irrilevante che la legge di gara abbia previsto un parziale corrispettivo a carico di

Roma Capitale, stante il suo carattere meramente eventuale, frutto della scelta dell'offerente finalizzata alla garanzia dell'equilibrio finanziario dell'impresa, scelta comunque penalizzante in sede di attribuzione del relativo punteggio; inoltre, la subordinazione al pagamento di un corrispettivo - rilevante nella prospettiva europea e nazionale in sede di distinzione tra la figura dell'appalto e quella della concessione - dipende dalle caratteristiche tecniche del servizio e dalla volontà "politica" dell'ente ma non incide, *ex se*, sulla sua qualifica di servizio pubblico e non può essere pertanto sopravvalutata;

d) la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti, tendenzialmente a tempo indeterminato o comunque per un periodo di lunga durata (nella specie il rapporto concessorio ha una durata pari a 25 anni);

e) la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico-professionale e qualità, perché ciò che connota in modo rilevante la natura di servizio pubblico è il conseguimento di fini sociali a favore della collettività per il tramite dell'attività svolta dal gestore;

f) la delega traslativa di poteri organizzatori dall'ente al privato (nella specie, non solo i compiti in materia di stazione appaltante per la realizzazione di opera monumentale, ma soprattutto quelli organizzatori inerenti la scelta dei beneficiari, l'assegnazione degli alloggi, la gestione dei conseguenti rapporti); tale elemento deve esprimere, al di là del *nomen iuris* impiegato dalla legge di gara (concessione, assegnazione, affidamento, contratto di servizio, atto di incarico), la sostanza di un atto di organizzazione e, in quanto tale, ontologicamente diverso da un contratto di appalto; vi è dunque una proiezione esterna dell'*utilitas* perseguita con l'atto concessorio, a differenza della dimensione interna dell'*utilitas* che si consegue con il contratto di appalto; solo grazie al modulo concessorio è possibile esternalizzare il servizio affidandone la gestione a soggetti privati per i quali il vantaggio è costituito dalla possibilità di esigere un prezzo (tariffa) nei confronti degli utenti, donde l'importanza della durata del rapporto idonea a far conseguire un utile al concessionario (caratteristiche queste tutte presenti nella fattispecie per cui è causa);

g) il contenuto del programma di *housing*, inoltre, si caratterizza per la sua struttura trilaterale in quanto tutte le prestazioni dei soggetti coinvolti fanno capo all'amministrazione, al gestore ed agli utenti, mentre nel contratto d'appalto, come noto, il rapporto ha carattere bilaterale (nella specie è pacifico che la gran parte delle prestazioni del concessionario sono rivolte a soddisfare esigenze dell'utenza disagiata, nel rispetto dei vincoli gestionali imposti e monitorati dall'amministrazione)".

Si è deciso di riportare testualmente la presente pronuncia poiché rappresenta la *summa* di quanto esposto, ossia della permanenza in Italia di una concezione imperniata sulla trilateralità delle concessioni che, confondendo quest'ultime con i servizi pubblici, appare stonare rispetto al quadro europeo.

Prove evidenti di detta asserzione sono gli indici utilizzati dal Collegio per affermare la natura concessoria dell'intervento di *housing* sociale. Solo in un punto (c) si fa menzione del rischio operativo, mentre per il resto prevale la trilateralità del rapporto sotto vari aspetti (ptt. a, b, d, f, g). In particolare, preme sottolineare come la trilateralità non sia usata per separare il servizio pubblico da ciò che non lo è (*i.e.* servizi strumentali alla p.a.), ma per distinguere le concessioni dagli appalti. La circostanza è lapalissiana laddove si afferma apoditticamente che "nel contratto d'appalto, come noto, il rapporto ha carattere bilaterale" e che "vi è dunque una proiezione esterna dell'*utilitas* perseguita con l'atto concessorio, a differenza della dimensione interna dell'*utilitas* che si consegue con il contratto di appalto", mentre si è già dato atto che la trilateralità può ricorrere anche nel caso di appalti (*v. supra*). Sembra quindi che la tradizionale contiguità fra concessione e pubblico servizio abbia spinto le proprie radici talmente in profondità da rendere la trilateralità del rapporto una *condicio sine qua non* ai fini della sussistenza delle concessioni, così sconfinando dall'originario ambito di competenza. L'impressione è confermata dal prosieguito della sentenza dell'Adunanza Plenaria in parola.

Nell'affrontare il complicato distinguo fra servizi e lavori nei contratti misti, la pronuncia ribadisce la qualifica della procedura come concessione di servizio pubblico, nonostante la previsione di cospicui lavori:

"6.3.1. Qualora un affidamento contempli l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, la linea di demarcazione tra i diversi istituti va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori, nel senso che solo laddove la gestione del servizio sia servente rispetto alla costruzione delle opere è configurabile l'ipotesi della concessione di lavori pubblici; viceversa, l'inserimento dei lavori all'interno di un programma complesso rivolto alla gestione di servizi volti a soddisfare esigenze primarie di grande rilievo sociale ed economico (il disagio abitativo delle fasce deboli della popolazione), induce a ritenere che siano i lavori a porsi in termini obbiettivamente accessori o secondari rispetto alla gestione delle strutture al servizio della collettività".

Nei contratti misti è spesso difficile stabilire con esattezza l'oggetto principale delle prestazioni dovendosi bilanciare sia il valore economico delle prestazioni medesime (criterio quantitativo), sia la

Come si sarà certamente intuito dalla disamina appena esposta, la scienza giuridica nazionale ha per lungo tempo franteso – e talvolta persevera tuttora nel farlo – la distinzione fra appalti e concessioni mettendo in un unico calderone concessioni amministrative, servizi pubblici e retaggi del passato.

Assimilando concessioni e servizi pubblici per via del rapporto trilaterale, in contrapposizione all’asserita bilateralità dell’appalto, si è creata una certa confusione.⁹²

funzione, prevalente o accessoria, svolta da ciascuna componente (criterio qualitativo): cfr. art. 14 del d.lgs. 163/2006.

Tale impostazione viene essenzialmente smentita dall’Adunanza Plenaria – secondo la quale “occorre avere riguardo all’oggetto principale della prestazione [...] a prescindere dal valore economico” – sulla base di elementi non univoci: destinazione sociale di tutte le opere (sia quelle pubbliche, sia quelle di pubblica utilità, sia quelle commerciali); valore delle opere pubbliche in senso proprio (alloggi di edilizia residenziale pubblica, scuola pubblica ed opere di urbanizzazione) di gran lunga inferiore al valore dell’insieme delle opere di pubblica utilità e di quelle meramente private (solo il 15% degli alloggi complessivi era destinato a edilizia residenziale pubblica, mentre la restante parte, oltre il 75%, riguardava la realizzazione di alloggi privati, oltre ad immobili a destinazione commerciale); durata del servizio di assegnazione e gestione degli alloggi superiore ai tempi strettamente necessari alla realizzazione delle opere (arco minimo di 25 anni).

Nessuno dei criteri utilizzati, in quanto facenti riferimento ad elementi eterogenei, sembra dirimente: la finalità pubblica delle opere rileva ugualmente per lavori e servizi; il valore dei lavori andrebbe confrontato con quello dei servizi e non con quello complessivo delle opere; infine, è normale che la durata del servizio ecceda quella di esecuzione dei lavori per consentire la gestione successiva (regola che vale per tutti i servizi, altrimenti è difficile immaginare il rientro degli investimenti impegnati nell’*opus*).

Sorge pertanto il dubbio che la scelta di attribuire un peso prevalente alla funzione delle prestazioni “a prescindere dal valore economico”, condizionata dal rapporto trilaterale, sia una forzatura teleologicamente mirata a convalidare la concessione di pubblico servizio rispetto ad una concessione di lavori.

Ne deriva uno stravolgimento del rapporto fra lavori e servizi all’interno dei contratti misti.

Di regola, la differenza tra le ipotesi della concessione di servizi e quella della concessione di lavori va rinvenuta nel nesso di strumentalità: si ha la prima quando l’espletamento dei lavori è strumentale, sotto i profili della manutenzione, del restauro e dell’implementazione, alla gestione di un servizio pubblico il cui funzionamento è già assicurato da un’opera esistente, mentre si ha la seconda se la gestione del servizio è strumentale alla realizzazione dell’opera, affinché sia consentito recuperare i mezzi finanziari necessari alla realizzazione della medesima (T.A.R. Roma, Sez. III, 27 giugno 2012, n. 5863; Cons. St., Sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620; Cons. St., Sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600; Cass. Civ., Sez. Un., 14 febbraio 2008, n. 3518; Cons. St., Sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2804).

Assodata la natura di concessione di servizio pubblico locale della procedura in contestazione, la conclusione dell’Adunanza Plenaria è stata l’applicazione del regime maggiormente elastico previsto per le concessioni di servizi rispetto agli appalti e alle concessioni di lavori.

Tutto ciò premesso, si può dedurre che la onnipresente valenza del rapporto trilaterale produca ripercussioni che vanno ben al di là della distinzione fra appalti e concessioni, caratterizzando la concessione nella sua più intima essenza e, in particolare, creando un forte sincretismo fra concessione e servizio pubblico, che vivono in Italia una sorta di simbiosi (come conferma persino l’Adunanza Plenaria).

⁹² Derivante in larga parte dall’inversione logica tra concessione e servizio pubblico, con la prima che finisce per assorbire il secondo quando invece dovrebbe accadere il contrario.

In Cavallo Perin R., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 84, viene sottolineato che “La concessione non è la fonte dell’obbligazione di servizio pubblico, ma è anzitutto il servizio pubblico nella sua definizione offerta dal programma dell’amministrazione a costituire un’obbligazione in favore dei destinatari, più precisamente un diritto di credito dei destinatari a ricevere le prestazioni dall’esercente il servizio pubblico”.

Nonostante i corsi e ricorsi storici echeggianti la filosofia di Vico, si perpetua la sottovalutazione del rischio operativo: quindici anni or sono Cavallo Perin R., *ibid.*, pp. 85-86, osservava che originariamente la

Il presunto binomio concessione-servizio pubblico, da sempre aleggiante e poi cristallizzato nel diritto positivo (art. 133 c.p.a. e art. 1 del d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198), provoca una considerazione del tutto peculiare dell'istituto della concessione in Italia.

Ne deriva uno iato rispetto a quanto affermatosi in sede europea.

Come detto, infatti, le concessioni hanno subito un'aggiornata rielaborazione incentrata sul rischio da parte della Corte di Giustizia, sfociata poi nella nuova direttiva.

Dalla illustrata discrasia ermeneutica fra ordinamento nazionale e sovranazionale discendono alcune questioni controverse che rimangono allo stato irrisolte.

Il fatto che i criteri distintivi fra appalti e concessioni non collimano sul punto della trilateralità comporta invero difficoltà di inquadramento tassonomico, per un verso, e problematiche di interpretazione giuridico-dogmatica, per l'altro.

In relazione al primo aspetto, si sono fatti numerosi esempi di fattispecie la cui qualificazione entro la categoria degli appalti o delle concessioni risulta critica oppure equivoca o, ancora, oggetto di contrasti dottrinali e/o giurisprudenziali (alimentati ed amplificati dal modello dualistico del riparto di giurisdizione fra giudici ordinari e amministrativi, con materie poco omogenee e sovrapposizioni di competenze).

Relativamente al secondo profilo, viene in rilievo anzitutto la già anticipata questione della natura commutativa ovvero aleatoria delle concessioni (a fronte della pacifica natura commutativa degli appalti), sulla quale si tornerà più avanti.

Diviene allora interessante esaminare i riflessi sulla disciplina dedicata all'istituto, viepiù alla luce della nuova direttiva 2014/23/UE, dagli ordinamenti sovranazionale e nazionale, rispettivamente, per constatarne la compatibilità (si vedrà che anche in quel caso l'ordinamento interno presenta le medesime aporie e anomalie riscontrate in relazione all'inquadramento dogmatico e al riparto di giurisdizione).

Oltre a tutto ciò, si pone il problema di come affidare le concessioni, ed il PPP in generale, al fine di allocare nel modo migliore il rischio e gli altri elementi dell'istituto.

concessione a terzi era la forma giuridica in cui era consentita una separazione dal patrimonio dell'ente locale dei risultati negativi di gestione del servizio, poiché unicamente al concessionario spettava correre il rischio d'impresa.

L'interpretazione trovava conferma nella disciplina sulla finanza locale, di alcuni anni successiva alla riforma della legge di inizio '900 sulle municipalizzate, ove era indicata espressamente la possibilità per l'ente locale di prevedere, in alternativa al canone di concessione, la partecipazione agli utili d'impresa (cfr. R.D. 14 settembre 1931, n. 1175, T.U. per la finanza locale, art. 265, co. I).

Insomma, come si vedrà, a distanza di quasi un secolo, sulla spinta del diritto unionale, sembra giunto il momento di ritornare al passato, obliterando tutto ciò che è avvenuto nel frattempo in Italia.

Se nel recente passato, come detto, la distinzione fra appalti e concessioni è stata strumentalizzata al fine di poter eludere (nelle seconde) le procedure competitive ad evidenza pubblica incentivate (per i primi) dal diritto comunitario⁹³, adesso la situazione è cambiata: anche per le concessioni è prevista – dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia prima ed ora dalla nuova direttiva 2014/23/UE – la modalità di affidamento tramite gara laddove non sia posta in essere una gestione diretta (autoproduzione o *in house*) della commessa pubblica.

Oggi non ha più senso, quindi, cercare di distinguere surrettiziamente le due fattispecie, semmai occorre stabilirne i confini per approntare le *best practices* che meglio si adattino a ciascuna.

Resta così sostanzialmente aperta la questione relativa alle concrete modalità di affidamento concessorio, nonché alle conseguente esecuzione contrattuale, per vedere la reale portata della distinzione nei confronti degli appalti.

⁹³ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 settembre 2000, n. 4688, con nota di Martinelli F.; Santini M., *La scelta del concessionario di pubblico servizio tra affidamento “intuitu personae” e procedura ad evidenza pubblica*, Urbanistica e appalti 9: 1016, 2001; Protto M., *Le concessioni di servizi pubblici sono escluse dall’ambito di applicazione delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici*, Urbanistica e appalti 1: 47, 2001.

Capitolo IV. Cadenze procedurali

È giunto il momento di passare in rassegna la disciplina procedimentale approntata dalla nuova direttiva europea n. 23 del 2014 sulle concessioni al fine di effettuare un confronto con le omologhe direttive in materia di appalti e constatare le differenze, anche alla luce del quadro offerto dall'ordinamento interno.

L'obiettivo della direttiva in parola, esplicitamente enunciato al considerando 4⁹⁴, non è soltanto di porre rimedio all'incertezza giuridica derivante dalle lacune normative e dal differente trattamento fra lavori e servizi, ma soprattutto quello di addivenire all'apertura delle concessioni alla concorrenza tramite un'armonizzazione che consenta un certo livello di flessibilità.⁹⁵

La *ratio* della esigenza da ultima menzionata balza alla mente se solo si pensa all'*ubi consistam* delle concessioni, ovverosia il rischio operativo del contraente.

Chi andrebbe mai a rischiare le proprie risorse in un contesto rigido ed etero-determinato, senza poter nemmeno contribuire a determinare le condizioni da cui dipendono le sorti dell'operazione economica?

L'importanza dell'allocatione del rischio quale *discrimen* fra appalti e concessioni, invero, trova la ribalta proprio nelle peculiari cadenze procedurali fra la p.a. e la relativa controparte sia nella fase di aggiudicazione iniziale che nella fase di esecuzione contrattuale (perlomeno nella maggioranza dei casi: v. Parte II *infra*).

È qui che si assiste al maggior divario fra le due fattispecie che condividono *funditus* una genesi comune in quanto derivate l'una dall'altra.

Alla normale caratterizzazione degli appalti semplici per mezzo di procedure rigide, tese alla semplificazione (ITC) e standardizzazione (centrali d'acquisto)⁹⁶, si contrappone

⁹⁴ Cfr. cons. 4 della direttiva 2014/23/UE: “Attualmente, l'aggiudicazione delle concessioni di lavori pubblici è soggetta alle norme di base della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, mentre l'aggiudicazione delle concessioni di servizi con interesse transfrontaliero è soggetta ai principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare 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 e la trasparenza. Vi è il rischio di mancanza di certezza giuridica dovuto a interpretazioni divergenti dei principi del trattato da parte dei legislatori nazionali e a profonde disparità tra le legislazioni dei diversi Stati membri. Tale rischio è stato confermato dalla copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che tuttavia ha affrontato solo parzialmente alcuni aspetti dell'aggiudicazione dei contratti di concessione”.

⁹⁵ Cfr. cons. 8 della direttiva 2014/23/UE.

⁹⁶ Si rinvia a Baldassare F.; Labroca A.S., *Public procurement: gli acquisti pubblici fra vincoli giuridici e opportunità gestionali*, Franco Angeli, Milano, 2013.

invece il regime elastico delle concessioni tramite fasi di dialogo e (ri)negoziazione, permeate da flessibilità e collaborazione.⁹⁷

Più incerta rimane la questione dell'esecuzione contrattuale dato che le direttive europee su appalti e concessioni approntano una medesima disciplina per le modifiche in corso d'esecuzione, lasciando al diritto nazionale l'onere di concretizzare la distinzione.

Come vedremo, le maggiori difficoltà di interpretazione si collocano nell'attività di conciliazione del pregresso ordinamento nazionale con le novità introdotte dal plesso sovranazionale, nella soluzione delle numerose aporie ingenerate dai retaggi del passato incontrati nelle pagine che immediatamente precedono.

Altrimenti è impossibile identificare la reale portata di appalti e concessioni.

Sono essenzialmente due i profili procedurali sotto cui analizzare le fattispecie: la scelta del contraente, da una parte, il *design* e l'esecuzione del contratto, dall'altra.

La fase competitiva

§4.1.1. Concessioni: la direttiva 2014/23/UE ed il contesto nazionale

La flessibilità procedurale europea e la rigidità italiana

La direttiva 2014/23/UE contiene un intero Titolo II dedicato alle norme sull'aggiudicazione delle concessioni, suddiviso in un Capo I sui Principi generali ed un Capo II sulle Garanzie procedurali.

In realtà, una sola norma – l'art. 37, a sua volta rubricato “Garanzie procedurali” – si occupa delle specifiche modalità di scelta del contraente.

Non sono previste procedure tipizzate né è imposta una particolare modalità di gara.

La norma prescrive un “giusto procedimento”, rispettoso dei crismi concorrenziali, che possa bilanciare l'interesse pubblico e quello privato, senza prevaricazioni di sorta.

In Italia vanno in tale direzione, oltre a Consip S.p.A., la facoltà per le regioni di costituire centrali di committenza secondo quanto previsto all'art. 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e l'obbligo di cui all'art. 9 (Acquisizione di beni e servizi attraverso soggetti aggregatori e prezzi di riferimento) del D.L. 24 aprile 2014, n. 66, convertito nella legge 23 giugno 2014, n. 89, che ha modificato l'art. 33 del Codice.

Cfr. ora gli articoli del titolo II, capo II - “Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati” delle direttive n. 24 e 25 del 2014 (v. *infra*).

Per quanto riguarda gli appalti complessi la situazione è diversa: sul punto si tornerà più avanti.

⁹⁷ Regime inaugurato dalla Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02), in particolare pt. 3.2.1.2 per i lavori, e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, a partire dal già esaminato caso *Telaustria* sui servizi.

Si rinvia a Clarich M., “Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni”, in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 42 ss..

La *ratio* si cela nella peculiare allocazione dei rischi in ambito concessorio:

“Di norma le concessioni sono accordi complessi di lunga durata con i quali il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell’ambito di competenza di queste ultime. Per tale ragione, fatta salva l’osservanza della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, *dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un’ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario*. Tuttavia, al fine di garantire parità di trattamento e trasparenza durante l’intera procedura di aggiudicazione, è opportuno prevedere garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, ivi comprese informazioni sulla natura e l’ambito di applicazione della concessione, la limitazione del numero di candidati, la diffusione delle informazioni ai candidati e agli offerenti e la disponibilità di registrazioni appropriate. È altresì necessario disporre che vengano rispettate le condizioni iniziali previste dal bando di concessione, per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati”.⁹⁸

Previsioni che, confermando la scelta di adottare un versione *soft* delle disposizioni dedicate agli appalti, sono poi riprese dall’art. 30 sui principi generali da seguire nell’attribuzione delle concessioni.

L’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, in ossequio ai principi della parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza ed a patto che, nel corso della procedura di aggiudicazione della concessione, non siano fornite informazioni che possano avvantaggiare determinati candidati o offerenti rispetto ad altri.

Se si considera che la direttiva 2014/23/UE include tanto i settori ordinari quanto quelli speciali, unificandone le discipline (a differenza di quel che accade per gli appalti), detta flessibilità non sorprende.

Ciò non toglie che la flessibilità ammessa nell’aggiudicazione delle concessioni sia strettamente collegata alla presenza del rischio operativo in capo al contraente privato, il quale deve inevitabilmente poter interagire con la pubblica amministrazione.

Di conseguenza, sembra aprirsi uno scenario totalmente diverso da quello riservato in Italia alle concessioni di lavori ed agli appalti tradizionali (salva qualche eccezione).

⁹⁸ Cfr. cons. 68 della direttiva 2014/23/UE (corsivo aggiunto).

Nel Belpaese, complice il notorio *sfavor* per la discrezionalità (e la frequenza – tuttora – degli scandali giudiziari), si è ritenuto di limitare la libertà d’uso nei confronti della concessione di lavori, a differenza lasciando piena libertà per i servizi.⁹⁹

Ecco il primo dato di difformità fra la disciplina sovranazionale e quella nazionale.

Il merito della nuova direttiva europea sulle concessioni è sicuramente quello di aver racchiuso tutte le tipologie di concessioni in un unico testo normativo, dedicando ad esse una medesima procedura che eviterà – si auspica – asimmetrie come quella italiana.

La procedura cristallizzata dalla direttiva si limita a fornire uno schema *de minimis*, alla stregua di quanto già in essere per le concessioni di servizi, disponendo che l’ente concedente debba pubblicare un bando contenente le caratteristiche della concessione, le condizioni di partecipazione (capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria) ed esclusione, nonché i criteri di aggiudicazione (che possono in alternativa essere inclusi anche negli altri documenti di gara).¹⁰⁰

⁹⁹ Per quanto riguarda i primi, il comma I dell’art. 144 del d.lgs. 163/2006 stabilisce che “le stazioni appaltanti affidano le concessioni di lavori pubblici con procedura aperta o ristretta, utilizzando il criterio selettivo dell’offerta economicamente più vantaggiosa”; relativamente ai secondi (come anche ai lavori dei settori speciali), invece, l’art. 30 e l’art. 216 si limitano ad escludere *tout court* le concessioni dal campo di applicazione del Codice.

La situazione nazionale risulta ancor più complicata per via della proliferazione di parecchie varianti sul tema della concessione: mi riferisco a tutti gli strumenti elencati dall’art. 3 co. 15-ter del Codice, cioè alla finanza di progetto, ai contratti di *leasing* e disponibilità, e via dicendo.

In realtà, giova rammentare che tutte queste forme vanno ricondotte alla concessione europea solo qualora l’allocazione del rischio rispecchi quanto statuito dalla Corte di Giustizia e, ora, dalla direttiva UE.

L’ordinamento unionale non conosce, infatti, tutte le varianti incluse in quello italiano.

Ragion per cui non si entrerà nel dettaglio di ogni singola fattispecie, semmai si dimostrerà la ridondanza di specifici statuti *ad hoc* per ciascuna, che finiscono solo per appesantire il sistema.

¹⁰⁰ Le concessioni sono sì attribuite sulla base dei criteri di selezione e di aggiudicazione stabiliti dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore, ma possono essere eventualmente prescritti dei requisiti minimi da soddisfare, i quali dovrebbero definire le caratteristiche cui devono rispondere i lavori e/o i servizi oggetto della concessione e potrebbero fare riferimento allo specifico processo di produzione o di esecuzione dei lavori o servizi richiesti, purché siano collegati all’oggetto della concessione e commisurati al valore e agli obiettivi dello stesso (cfr. cons. 67 e art. 36 della direttiva 2014/23/UE).

L’uso strategico del *public procurement* induce a riflettere sul fatto che le varie e numerose istanze che entrano in gioco causano notevoli ripercussioni sull’oggetto di gara e di contratto (v. *infra*).

Se è necessario che i requisiti tecnici e funzionali definiti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori permettano l’apertura delle concessioni alla concorrenza, è altrettanto vero che tali requisiti potrebbero comprendere aspetti di stampo socio-ambientale, quali quelli relativi all’accessibilità per le persone con disabilità o ai livelli di prestazione ambientale.

Pertanto l’allocazione dei rischi dovrà tenerne debito conto già in sede di procedura, consentendo al candidato di partecipare attivamente alla definizione dell’oggetto di gara.

Allo stesso modo, in sede contrattuale, occorrerà stabilire chi si farà carico di quali rischi e con quali modalità.

Dunque, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che intendono aggiudicare una concessione rendono nota tale intenzione per mezzo di un bando.¹⁰¹

È ammessa la deroga¹⁰², e quindi alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori non è richiesto di pubblicare un bando di concessione, quando i lavori o i servizi possono essere forniti soltanto da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:

a) l'oggetto della concessione è la creazione o l'acquisizione di un'opera d'arte o di una rappresentazione artistica unica;

¹⁰¹ Ai sensi dell'art. 31 della direttiva 2014/23/UE il bando di concessione contiene le informazioni indicate nell'allegato V, ovvero:

1. Nome, numero di identificazione (ove previsto dalla legislazione nazionale), indirizzo comprensivo di codice NUTS, numero di telefono e di fax, indirizzo di posta elettronica e sito internet dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e, se diverso, del servizio che può fornire ulteriori informazioni.

2. Tipo di amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore e principale attività svolta.

3. Se le domande di partecipazione devono includere le offerte, indirizzo di posta elettronica o sito internet ove si offra gratuitamente accesso gratuito, diretto e completo ai documenti di gara. Se l'accesso gratuito, diretto e completo non è disponibile nei casi di cui all'articolo 34, paragrafo 1, secondo comma, un'indicazione relativa alle modalità di accesso ai documenti di gara.

4. Descrizione della concessione: natura e quantità dei lavori, natura e quantità dei servizi, ordine di grandezza o valore indicativo, e, se possibile, durata del contratto. Se la concessione è suddivisa in lotti, è necessario fornire tali informazioni per ogni lotto. Se del caso, descrivere le eventuali opzioni.

5. Codici CPV. Se la concessione è suddivisa in lotti, è necessario fornire tali informazioni per ogni lotto.

6. Codice NUTS per il luogo principale di esecuzione dei lavori nel caso di concessioni di lavori o codice NUTS per il luogo principale di esecuzione delle concessioni di servizi; se la concessione è suddivisa in lotti, è necessario fornire tali informazioni per ogni lotto.

7. Le condizioni di partecipazione, tra cui:

a) se del caso, indicare se la concessione è limitata a laboratori protetti o se l'esecuzione è limitata a programmi di lavoro protetti,

b) se del caso, indicare se in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, la prestazione del servizio sia riservata a una particolare professione; indicare altresì il riferimento alla disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa rilevante,

c) eventualmente un elenco e una breve descrizione dei criteri di selezione; livello o livelli minimi specifici di capacità eventualmente richiesti; indicazione delle informazioni richieste (autocertificazioni, documentazione).

8. Termine per la presentazione delle domande di partecipazione o per la ricezione delle offerte.

9. Criteri di aggiudicazione della concessione se non figurano in altri documenti di gara.

10. Data di spedizione del bando.

11. Nome e indirizzo dell'organo competente per le procedure di ricorso e, ove del caso, di mediazione; informazioni precise sul termine per la presentazione dei ricorsi o, se necessario, nome, indirizzo, numero di telefono e di fax e indirizzo di posta elettronica del servizio competente a fornire tali informazioni.

12. Laddove opportuno, condizioni particolari a cui è soggetta l'esecuzione della concessione.

13. Indirizzo al quale inviare le domande di partecipazione o le offerte.

14. Se del caso, indicare i requisiti e i termini connessi all'impiego di mezzi di comunicazione elettronici.

15. Informazioni necessarie ad accertare se la concessione è associata a un progetto e/o programma finanziato con fondi dell'Unione.

16. Per le concessioni di lavori, indicare se la concessione rientra nell'ambito dell'AAP.

¹⁰² Cfr. cons. 41 e art. 31 della direttiva 2014/23/UE.

- b) assenza di concorrenza per motivi tecnici;
- c) esistenza di un diritto esclusivo;
- d) tutela dei diritti di proprietà intellettuale e di altri diritti esclusivi.

Inoltre, non è richiesta la pubblicazione di un nuovo bando di concessione qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura o alcuna candidatura appropriata in risposta a una precedente procedura di concessione¹⁰³, purché le condizioni iniziali del contratto di concessione non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione, su richiesta di quest'ultima.

I termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte tengono conto, in particolare, della complessità della concessione e del tempo necessario per preparare le offerte o le domande, fatti salvi i termini minimi.¹⁰⁴

Quando le domande o le offerte possono essere presentate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo la consultazione *in loco* dei documenti di gara, i termini per la ricezione delle domande di partecipazione alla concessione o per la ricezione delle offerte sono stabiliti in modo che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le domande o le offerte (e sono comunque superiori ai termini minimi stabiliti dalla direttiva).

È interessante far notare come la normale complessità e rischiosità delle concessioni incida su questi aspetti della procedura, consentendo alla p.a. di richiedere la presentazione delle offerte contestualmente all'invio delle domande di partecipazione (per le commesse più semplici), oppure di allungare i termini di presentazione delle candidature medesime in

¹⁰³ Un'offerta non è ritenuta appropriata se non presenta alcuna pertinenza con la concessione ed è quindi manifestamente inadeguata, a meno di modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze e ai requisiti dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore specificati nei documenti di gara.

Una candidatura non è ritenuta appropriata:

a) se il candidato interessato deve o può essere escluso a norma dell'articolo 38, paragrafi da 5 a 9 o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore ai sensi dell'articolo 38, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE;

b) se le domande di partecipazione includono offerte non appropriate.

¹⁰⁴ Ai sensi dell'art. 39 della direttiva 2014/23/UE il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione alla concessione, comprese eventualmente le offerte, è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando.

Se la procedura si svolge in fasi successive, il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di ventidue giorni dalla data di trasmissione dell'invito a presentare offerte.

Il termine per la ricezione delle offerte può essere ridotto di cinque giorni se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore accetta che le offerte possano essere presentate per via elettronica.

virtù della necessità preliminare di procedere ad accesso ai documenti, a sopralluoghi ed ispezioni di verifica per poter formulare le offerte (per le commesse più complicate).

Lo stesso vale per la definizione dei criteri di aggiudicazione.¹⁰⁵

Le concessioni sono aggiudicate sulla base di criteri di aggiudicazione oggettivi che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore (potendo includere, tra l'altro, criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione).

I criteri, che devono essere connessi all'oggetto della concessione e non attribuire incondizionata libertà di scelta all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore, vengono elencati in ordine decrescente d'importanza, ma tale ordine può, in via eccezionale, essere successivamente modificato per tenere conto di eventuali soluzioni innovative.

La modifica dell'ordine dei criteri non deve dar luogo a discriminazioni.

Se infatti l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere previsto usando l'ordinaria diligenza, deve informare tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza dei criteri ed emettere un nuovo bando di concessione o un nuovo invito a presentare offerte nel rispetto dei termini minimi.

Dunque, ai fini di una corretta ed equa procedura assume importanza la *lex specialis* di gara (bando, lettere d'invito, documenti complementari), ove può essere altresì indicata la possibilità di ridurre il numero di candidati e offerte purché sia assicurata la concorrenza.

L'ultimo paragrafo dell'art. 37 risulta sicuramente quello di maggior interesse: *“L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti. L'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non sono modificati nel corso delle negoziazioni”*.

L'ampia facoltà di negoziazione concessa alle parti conferma la necessità di adottare un approccio teleologico-funzionale in ordine alla conduzione della procedura finalizzata alla miglior aggiudicazione di una concessione. Approccio che non può essere sconfessato dall'evenienza che la maggior discrezionalità e libertà d'azione consentite alle controparti (pubbliche e private) possa condurre a pratiche di malaffare.

¹⁰⁵ Cfr. art. 41 della direttiva 2014/23/UE.

Se l'obiettivo finale è di addivenire all'ottimale allocazione dei rischi in vista dell'efficienza, non si deve sovraccaricare la procedura di istanze soverchie che dovrebbero essere tutelate da altre discipline.¹⁰⁶

Rispetto agli appalti, dove il corrispettivo è garantito, nelle concessioni il contraente corre il rischio di insuccesso economico dell'operazione, avendo soltanto il diritto di sfruttare la gestione e percepirne gli utili.

La mancata tipizzazione delle procedure, insieme alla malleabilità delle stesse, lascia perciò intendere che il contraente medesimo deve partecipare in prima persona a pianificare le regole di un gioco che lo vede assoluto protagonista (in negativo o in positivo a seconda dei casi).

La questione non è banale.

È sufficiente pensare al trattamento delle concessioni in Italia per capire come non sempre l'atteggiamento della scienza giuridica sia coerente al fine delineato.

Già si è detto dell'antinomia insita nella scelta bipolare, per i settori ordinari, di assimilare le concessioni di lavori agli appalti, da un lato, mentre, dall'altro lato, per le concessioni di servizi (e tutte le concessioni nei settori speciali) il regime è completamente sganciato da quello degli appalti.

Altro esempio è dato dalla partizione fra concessione e finanza di progetto.¹⁰⁷

Se si considera la finanza di progetto quale concessione ad iniziativa privata, a fronte della canonica concessione ad iniziativa pubblica, pare ragionevole il maggior

¹⁰⁶ Si veda Søreide T., *Risks of Corruption and Collusion in the Awarding of Concession Contracts*, European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection, 2012.

Ai sensi dell'art. 32 della direttiva 2014/23/UE gli avvisi di aggiudicazione delle concessioni contengono le informazioni di cui all'allegato VII, fra le quali rientrano – oltre al tipo, alla principale attività e agli identificativi dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore ed ai Codici CPV e NUTS – la descrizione sia della procedura di aggiudicazione utilizzata (con obbligo di motivazione nel caso di aggiudicazione senza previa pubblicazione) che della concessione (natura e quantità dei lavori, natura e quantità dei servizi, durata del contratto comprese le eventuali opzioni). Se la concessione è suddivisa in lotti, è necessario fornire tali informazioni per ogni lotto.

Ciò significa che per tutte le concessioni aggiudicate devono essere esternati l'oggetto e la procedura di assegnazione svolte dall'ente concedente, in tal modo garantendo la trasparenza e la massima *disclosure*.

¹⁰⁷ La finanza di progetto rappresenta difatti una particolare tecnica finanziaria, non una figura giuridica cui riconnettere una disciplina apposita: cfr. Tullio A., *La finanza di progetto: profili civilistici*, Giuffrè, Milano, 2003.

Ha quindi poco senso discernere concessione e finanza di progetto come fattispecie distinte, tanto più se si considera che l'una include l'altra. Non è possibile prevedere il diritto di gestione del concessionario senza che il medesimo faccia affidamento sulla fattibilità e profittabilità dell'operazione economica, così come è improbabile che gli investitori finanzieranno la concessione se la gestione non apparirà remunerativa.

Si tratta in ogni caso di patrimoni destinati a specifici investimenti, la cui garanzia intrinseca è data dalla capacità di generare economie e profitti.

coinvolgimento del promotore nella prima, ma ciò non può affatto giustificare una sterilizzazione della sua partecipazione nella seconda.¹⁰⁸

Per altro verso, dato che nella finanza di progetto il contraente privato sviluppa una sua iniziativa, sottoponendola al vaglio pubblico, resta da capire chi si fa effettivamente carico dei relativi rischi.¹⁰⁹

Come si vedrà a breve, l'ordinamento nazionale (soprattutto la giurisprudenza) ha ostentato una prospettiva poco in linea con la centralità dei rischi e della loro allocazione.

¹⁰⁸ Nelle intenzioni del legislatore il *project financing* doveva essere una sorta di concessione “ad iniziativa privata” volta a favorire il contributo privato in termini di capitale e *know how*.

L'intento è essenzialmente rimasto sulla carta (se non per la fattispecie di cui all'art. 153, co. IX ss., del d.lgs. 163/2006), dovendo fare i conti con un *monstrum* di diritto positivo composto da ben 23 commi.

Di solito è infatti la p.a. ad includere il progetto nel programma dei lavori pubblici ed a realizzare lo studio di fattibilità preliminare che include l'analisi dei rischi (cfr. art. 14 del d.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207).

In ogni caso, rispetto alla concessione classica, nella finanza di progetto è rinvenibile un maggiore grado di coinvolgimento del privato nella progettazione dell'opera.

Lo strumento della concessione tradizionale presuppone, da parte dell'amministrazione concedente, la predisposizione della documentazione necessaria da porre a base di gara: progetto preliminare, bozza di contratto e piano economico-finanziario, disciplinare sulle modalità di gestione.

Ai sensi dell'art. 143 del Codice, sulle caratteristiche delle concessioni di lavori pubblici, esse hanno, di regola, ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di lavori strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione economica ed eventualmente estesa, anche in via anticipata, ad opere o parti di opere in tutto o in parte già realizzate e direttamente connesse a quelle oggetto della concessione e da ricomprendere nella stessa.

Qualora la stazione appaltante disponga del progetto definitivo ed esecutivo, ovvero del progetto definitivo, l'oggetto della concessione, quanto alle prestazioni progettuali, può essere circoscritto al completamento della progettazione, ovvero alla revisione della medesima, da parte del concessionario.

Dunque, di solito il concessionario formula la propria offerta su un progetto redatto dalla p.a. ed anche la bozza di piano economico-finanziario, a copertura degli investimenti, è di matrice pubblica.

Al contrario, in tutte le procedure di *project financing*, il progetto preliminare – con l'indicazione dei relativi costi e delle risorse da impiegare – e il piano economico-finanziario, sono predisposti dai soggetti privati in piena autonomia. Ergo “il *project financing*, pur non configurando un autonomo istituto giuridico – in quanto appartiene al *genus* delle concessioni – è caratterizzato da una maggiore attrattività per il partner privato, il quale, elaborando il progetto in tutte le sue forme e fasi, fin dalla progettazione preliminare, è maggiormente incentivato a scegliere tale forma di cooperazione con la p.a., che gli consente di investire e assumere il rischio imprenditoriale su una propria “idea”. Si è infatti osservato che il nucleo essenziale dell'istituto del *project financing* è rappresentato dall'idea di fondo secondo la quale le possibilità di successo dell'investimento saranno tendenzialmente maggiori in quei casi in cui si trasferisce al concessionario un maggiore grado di libertà nella fase di progettazione delle opere e maggiori livelli di responsabilità operativa nella loro gestione” (così Taglianetti G., *I limiti del contributo pubblico e il rischio di gestione nelle procedure di project financing*, Rivista Giuridica dell'Edilizia 1: 168, 2013).

Questa asimmetria fra concessioni è all'origine delle problematiche relative alla disciplina dell'istituto, in particolare per quel che attiene all'allocazione dei rischi in capo al concessionario (v. *infra*).

¹⁰⁹ Si rinvia alla lettura della determinazione dell'AVCP, 14 gennaio 2009, n. 1, *Linee guida sulla Finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. “Terzo Correttivo” (D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152)*, a Clarizia A., *Concessioni, concessioni di servizi e project financing*, Relazione al Convegno sul Codice dei contratti, LUISS, 19 giugno 2006, giustamm.it (pubblicato il 29.9.2006), Lugaresi N., “Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto”, in Mastragostino F., *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 542 ss., Baldi M.; Fasano S., *Il “rischio d'impresa” nelle operazioni di project financing*, Urbanistica e appalti 7: 803, 2012, e Gaiani L., *Project financing: problemi aperti in materia contabile e di reddito di impresa*, Fisco 32: 3136, 2014.

La tematica si ricollega *de plano* alla incognita sulla natura aleatoria o commutativa dei contratti di concessione (v. *infra*).

Ancor peggio del nomopoieta ha fatto la giurisprudenza quando ha offerto un'interpretazione ancorata al principio di legalità, spesso privilegiando l'atteggiamento tuzioristico sintetizzabile nel brocardo latino "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*".

Specialmente nei confronti delle concessioni di servizi, per le quali la disciplina nazionale positivizzata consta solamente di una norma: l'art. 30 del d.lgs. 163/2006.¹¹⁰

¹¹⁰ Il comma III dell'art. 30 del Codice, non solo ha previsto che il concessionario di servizi debba essere selezionato "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", ma ha aggiunto anche la necessità di esperire previamente una "gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi" (si rinvia a Cori R., *La concessione di servizi*, giustamm.it, 6, 2007 e Calderoni, "La nuova concessione di servizi" in Mastragostino F., *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 214 ss.).

Salvo l'art. 30, alle concessioni di servizi si applicano solo le disposizioni del Codice espresse dei principi generali suddetti: la giurisprudenza ha perciò dovuto delimitare il raggio d'azione del Codice.

Sono stati ritenuti applicabili il termine di "*stand still*" (T.A.R. Brescia, Sez. II, 10 aprile 2012, n. 618), il principio di tassatività delle cause di esclusione (T.A.R. Bari, Sez. I, 9 novembre 2012, n. 1907), il principio di predeterminazione delle norme regolanti sia il procedimento che i criteri di valutazione delle offerte (T.A.R. Lecce, Sez. III, 1° agosto 2012, n. 1444; T.A.R. Venezia, Sez. I, 30 novembre 2005, n. 4114), il principio di predeterminazione di criteri di valutazione dettagliati per l'assegnazione del punteggio numerico (T.A.R. Bari, Sez. I, 12 aprile 2012, n. 716), la pubblicità delle sedute di gara almeno per quanto riguarda la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica (Consiglio di Stato, Sez. V, 20 aprile 2011, n. 2447; T.A.R. Firenze, Sez. II, 6 luglio 2010, n. 2313), l'avvalimento e la partecipazione alla gara in raggruppamento (T.A.R. Roma, Sez. II-ter, 8 giugno 2012, n. 5221), ed il divieto di rinnovo tacito dei contratti (T.A.R. Genova, Sez. II, 28 marzo 2012, n. 430).

Viceversa, essa ha escluso l'applicazione analogica dell'art. 70 del Codice – termine di presentazione delle offerte in relazione alle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara per l'affidamento di appalti pubblici – alla materia delle concessioni di servizi "poiché in palese violazione della previsione racchiusa nell'art. 30, comma 1, del medesimo codice dei contratti pubblici" (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2864), dell'art. 75 dello stesso Codice nella parte in cui impone il deposito di una cauzione provvisoria (Consiglio di Stato, Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4510, con nota di Contessa C., *Le regole applicabili alle concessioni di servizi fra peculiarità disciplinari e lacune normative*, Urbanistica e appalti 12: 1437, 2010), della disciplina sull'anomalia delle offerte (T.A.R. Latina, Sez. I, 7 marzo 2012, n. 195; Cons. Stato, Sez. V, 24 marzo 2011, n. 1784 (conferma T.A.R. Milano, Sez. I, n. 6073/2009); T.A.R. Perugia, Sez. I, 1 dicembre 2011, n. 389), nonché della regola circa la nomina e la costituzione della Commissione giudicatrice successivamente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte ai sensi dell'art. 84, comma 10, del Codice (T.A.R. Firenze, Sez. II, 20 dicembre 2010, n. 6781, con nota di Taglianetti G., *La distinzione tra appalto e concessione e l'(in)applicabilità dell'art. 84, comma 10, d. lgs. n. 163 del 2006 alle concessioni di servizi*, Foro Amministrativo T.A.R. 7-8: 2308, 2011).

Quest'ultimo profilo è stato poi oggetto di *revirement* da parte del Consiglio di Stato, Sez. V, 23 maggio 2011, n. 3086 (conferma T.A.R. Campobasso, Sez. I, n. 651/2009) e Ad. Plen. 7 maggio 2013, n. 13 (con nota di Berionni L., *L'applicabilità delle norme del Codice dei contratti pubblici alle concessioni di servizi*, Foro Amministrativo 7-8: 1913, 2014), la quale ultima ha ritenuto applicabili alle concessioni di servizi l'art. 84, commi 4 (relativo alle incompatibilità dei componenti della commissione giudicatrice) e 10 (relativo ai tempi di nomina della commissione) del d.lgs. 163/2006 "per la loro natura di derivazione diretta da principi generali, norme imperative, espresse di principi generali e consolidati della materia e quindi come tali, in grado di integrare e sovrapporsi alla *lex specialis*".

Nel contesto nazionale ricorre la tendenza a tralasciare l'essenza delle concessioni e a concentrarsi, in modo autoreferenziale, sul diritto positivo e sulla tradizione giuridica, dimenticando il rischio concessorio e le sue ripercussioni sulle procedure.¹¹¹

Allo stesso modo, l'Adunanza Plenaria – 6 agosto 2013, n. 19 – si è dovuta pronunciare sulla cauzione provvisoria di cui all'art. 75 del d.lgs. 163/2006 e sulla cd. "clausola sociale" di cui all'art. 69 del d.lgs. 163/2006 in materia di condizioni di esecuzione del contratto.

Un precedente su un caso analogo (Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 giugno 2012, n. 3764) aveva considerato legittime le condizioni, apposte alla lettera di invito rivolta ad imprese già prequalificate per una concessione, che prevedano l'obbligo di prestare una cauzione, ai sensi dell'art. 75 e richiedano, a pena di esclusione, l'obbligo di conservazione del posto di lavoro dei dipendenti del precedente concessionario.

In relazione alla prima questione, ovvero sulla l'entità della cauzione, l'Adunanza Plenaria è giunta alla conclusione della legittimità della cauzione provvisoria chiarendo che questa dev'essere calcolata sull'intero valore della concessione, non solo sull'ammontare dell'aggio del concessionario.

Relativamente alla seconda questione, vale a dire la clausola sociale, l'Adunanza Plenaria ha negato "l'applicabilità delle disposizioni legislative specifiche – come l'art. 69 del d.lgs. 163/2006 – di per sé estranee alla concessione di servizi", in quanto non rappresentanti principi generali.

Come si vede, anche da quest'ultima decisione, la giurisprudenza ha mostrato un atteggiamento ondivago, strettamente legato alla percezione soggettiva dei giudici sul singolo caso e molto spesso incardinato sul testo della legge anziché sulla *ratio*, che non è servito a risolvere il problema dell'estensione alle concessioni della disciplina del Codice. Giustificare l'applicazione delle sole norme espressive di principi generali lascia troppo spazio alla discrezionalità delle p.a. (che hanno comunque lo scudo dell'autovincolo), ma soprattutto alla funzione interpretativa dei giudici, creando incertezza del diritto.

Con l'approvazione della nuova direttiva è presumibile che la situazione non cambierà granché.

La direttiva rimane molto astratta e delega agli Stati l'onere di approntare le discipline concrete per l'aggiudicazione delle concessioni, con il conseguente spostamento del problema in capo al legislatore nazionale.

¹¹¹ Per un riscontro concreto si legga, ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2249.

La vertenza ha riguardato la procedura negoziata indetta dal Comune di Verona per l'affidamento in concessione del servizio di *bike sharing*, da gestire per la durata di anni quindici.

Non avendo il disciplinare fissato una precisa e puntuale modalità di certificazione, un concorrente aveva fornito un'indicazione sommaria, senza dettagli cronologici, delle pregresse esperienze professionali, ottenendo da parte della Commissione di gara zero punti come punteggio per i servizi attivati in altre città.

Secondo il T.A.R. la Commissione non aveva giustificato adeguatamente tale determinazione, non risultando a tal fine sufficiente la mancata indicazione della data di attivazione dei diversi servizi e la mancata produzione della documentazione dell'avvenuta installazione e gestione del servizio, considerato che il disciplinare tecnico aveva lasciato liberi i concorrenti di indicare, senza formalità, tale elemento curriculare; accoglieva pertanto il ricorso del concorrente per difetto di istruttoria e motivazione.

A fronte dell'appello del Comune di Verona, incentrato sulla circostanza che non poteva utilizzarsi il c.d. "soccorso istruttorio", trattandosi concessione di servizi (l'art. 30 d.lgs. 163/2006 non richiama l'art. 46), e che, in ogni caso, detto istituto non potrebbe essere utilizzato per integrare l'offerta tecnica, il Consiglio di Stato ha riformato la pronuncia di primo grado limitandosi a riprodurre le statuizioni dell'Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9, e sentenziando che nella fattispecie la Commissione di gara aveva una mera facoltà – non un obbligo – di utilizzare il soccorso istruttorio, facoltà che peraltro non poteva esercitare perché tale strumento consente di completare dichiarazioni o documenti già presentati (ma non di introdurre di nuovi) e non può essere mai utilizzato per supplire a carenze dell'offerta, salva la rettifica di errori materiali o refusi: "*Sicché, la Commissione di gara non poteva interloquire con l'offerente, al fine di ottenere l'integrazione di inidonea documentazione a pena di violazione dei principi di imparzialità e par condicio*" (enfasi aggiunta).

Che si voglia individuare il fondamento giuridico del soccorso istruttorio nella Carta Costituzionale, nel d.lgs. 163/2006 o nella l. n. 241 del 1990, a seconda del procedimento amministrativo di turno, poco cambia allorché si tratti di porre rimedio ad un'irregolarità formale che può essere agevolmente sanata.

In disparte la questione inerente al carattere obbligatorio o meno del soccorso istruttorio (su cui si rinvia alla citata Ad. Plenaria n. 9/2014), giova rammentare che la procedura in parola era del tipo "negoziata" e di conseguenza un'interazione fra committente e candidati era sicuramente inclusa nel tipo legale scelto, tanto più se si considera che sussisteva un principio di prova del requisito richiesto dalla *lex specialis*.

Cosicché è possibile riscontrare un certo distacco rispetto alla matrice europea che dovrebbe caratterizzare taluni istituti.

Ciò appare confermato dal ruolo che assume l'equilibrio economico-finanziario della concessione nel nostro ordinamento.

In relazione a quest'ultimo punto, la nuova direttiva europea sulle concessioni sembra indirizzata in una direzione non proprio collimante con la recente esperienza italiana, per lo più concentrata sul quadro nazionale (v. *infra*).

Se è vero che in tali procedure la negoziazione deve avvenire nel rispetto dell'obbligo di *par condicio*, comprensivo del divieto di fornire informazioni avvantaggianti, è parimenti vero che l'adeguamento dell'offerta alle esigenze della committenza presuppone un certo margine di manovra anche per il resto (ovviamente *cum grano salis*: non è possibile sopperire alla mancanza totale di certi requisiti, ma si potrebbe ovviare alla carenza formale mediante un'integrazione o precisazione che non alteri la legalità della gara, avendo ad oggetto chiarimenti circa una situazione già verificatasi ed acquisita, seppur corredata da dichiarazioni erronee od incomplete, o l'esibizione di documenti già indicati in sede di offerta).

Qualora non fosse consentito un simile correttivo in una fase preliminare dell'istruttoria, viene da chiedersi quale destino attenda le disposizioni relative a procedure negoziate – commi 2, 3 e 4 dell'art. 56 – e dialogo competitivo, come quelle dell'art. 58, commi 14 e 16, del d.lgs. 163/2006, nelle quali, in sostanza, si afferma che le offerte possono essere chiarite, precisate e perfezionate, senza, però, modificare gli elementi fondamentali dell'offerta o della commessa in un modo che sia lesivo della concorrenza o discriminatorio.

Ad ogni modo, lo stesso Consiglio di Stato, in un precedente – Sez. V, n. 3750 del 12 giugno 2009 – ha *expressis verbis* decretato che “L'integrazione dell'offerta, com'è noto, è da considerarsi ammissibile solo se, attraverso essa, non si apporti alla originaria offerta una variazione essenziale e non già quando attraverso la surrettizia forma della integrazione, dei chiarimenti o della specificazione di elementi costitutivi dell'offerta stessa, mancanti o gravemente incompleti, si pervenga ad una modificazione dell'originaria offerta attraverso una nuova manifestazione di volontà negoziale, del tutto autonoma ed indipendente quanto al suo concreto contenuto rispetto a quella originaria. In definitiva, ad avviso della Sezione, la originaria offerta presentata era carente degli elementi essenziali per potere essere considerata seria, affidabile e valida, e attraverso la specificazione ne è stata illegittimamente consentita non già la specifica, bensì la sua sostituzione con una nuova offerta, frutto di una nuova e diversa volontà negoziale. È stato così violato, come hanno giustamente rilevato i giudici, il fondamentale principio delle procedure ad evidenza pubblica della *par condicio* dei concorrenti”.

Continua poi il Consiglio di Stato: “Le osservazioni svolte escludono qualsiasi rilevanza alla circostanza che nella lettera di invito fosse espressamente previsto che l'Azienda poteva invitare le ditte concorrenti a completare o fornire chiarimenti circa il contenuto della documentazione presentata o all'interpretazione dell'offerta: tale prescrizione infatti, che ben si inquadra infatti nel c.d. dovere di soccorso che si impone alle amministrazioni appaltanti in una visione non meramente formalistica degli oneri e degli obblighi che sono imposti ai soggetti partecipanti ai procedimenti ad evidenza pubblica, deve essere correttamente intesa ed interpretata coerentemente con i principi di imparzialità e di buon andamento, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, e presuppongono quindi un'offerta valida, seria, affidabile, completa nei suoi elementi essenziali, caratteri che non contraddistinguevano, come si è evidenziato, quella presentata [*omissis*]. Né risulta utile per le tesi dell'Azienda appellante invocare la natura negoziata della procedura di gara in questione, atteso che ciò non esime l'amministrazione appaltante dal rispettare puntualmente le prescrizioni stabilite dalla *lex specialis* della gara: queste infatti vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa amministrazione che non conserva, perciò, alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione (*ex pluribus*, C.d.S., sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3297; sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32; 13 novembre 2002, n. 6300), né può disapplicarle (neppure nel caso in cui talune delle regole stesse risultino inopportunamente o incongruamente formulate, salva la possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando, C.d.S., sez. V, 30 dicembre 2004, n. 8292; sez. VI, 1 ottobre 2003, n. 5712; 14 gennaio 2002, n. 166)”.

È chiaro che una procedura flessibile non può ovviare ad una carenza assoluta dell'offerta presentata, ma non è irragionevole aspettarsi un maggior grado di collaborazione fra parte pubblica e privata.

§4.1.2. Appalti: le direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE ed il quadro interno

La semplificazione e la standardizzazione degli appalti semplici

Come detto, a livello europeo, il modello procedimentale delle concessioni è duttile e passibile di adattamento alla specifica commessa (ciò che lascia intendere una procedura calibrata sul singolo oggetto e guidata dai principi generali dell'azione amministrativa: proporzionalità, ragionevolezza, buon andamento, divieto d'aggravamenti,...), in ragione dell'esistenza di un unico procedimento per diversi settori e contenuti (lavori e servizi, semplici o complessi a seconda del rischio operativo effettivo).

Le direttive in materia di appalti, in linea con una tradizione ormai pluridecennale, hanno compiuto una scelta del tutto differente, pur se divergenti fra loro.

In generale, nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, le amministrazioni devono applicare le procedure nazionali adattate in modo da essere conformi alle direttive europee, ovverosia alla condizione che sia pubblicato un avviso di indizione di gara (salvo il ricorso alla procedura negoziata senza bando in casi eccezionali).¹¹²

Per quanto riguarda gli appalti nei settori ordinari viene segnatamente in rilievo l'art. 26 della direttiva 2014/24/UE, relativo alla scelta delle procedure.

La norma prevede la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di applicare procedure aperte o ristrette come regola generale, ma consente altresì di ricorrere a partenariati per l'innovazione e di applicare una procedura competitiva con negoziazione o un dialogo competitivo in particolari circostanze.¹¹³

¹¹² Il contenuto degli avvisi di gara non si discosta da quello già visto per i bandi di concessione: cfr. allegato V alla direttiva 2014/24/UE e allegato XI alla direttiva 2014/25/UE.

¹¹³ Nei settori ordinari l'utilizzo delle procedure flessibili per lavori, forniture o servizi deve soddisfare uno o più dei seguenti criteri:

i) le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice non possono essere soddisfatte attraverso soluzioni immediatamente disponibili;

ii) lavori, forniture o servizi implicano progettazione o soluzioni innovative;

iii) l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla loro natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica o a causa dei rischi;

iv) le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall'amministrazione aggiudicatrice con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o un riferimento tecnico ai sensi dei punti da 2 a 5 dell'allegato VII alla direttiva.

Per quanto riguarda lavori, forniture o servizi per i quali, in risposta a una procedura aperta o ristretta, sono state presentate soltanto offerte irregolari o inaccettabili, le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a pubblicare un bando di gara se includono nella procedura tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti di cui agli artt. 57-64 della direttiva che, nella procedura aperta o ristretta precedente, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di appalto.

In particolare, sono considerate irregolari le offerte che non rispettano i documenti di gara, che sono state ricevute in ritardo, in relazione alle quali vi sono prove di corruzione o collusione, o che

Residua come *extrema ratio* la procedura negoziata senza previa pubblicazione.

A sua volta l'ordinamento italiano, eccetto che per i partenariati per l'innovazione di nuova introduzione, si è da sempre allineato a quella che è ormai una tradizione europea.

Per l'individuazione degli operatori economici che possono presentare offerte per l'affidamento di un contratto pubblico, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero il dialogo competitivo. Esse aggiudicano i contratti pubblici mediante procedura aperta o ristretta; tuttavia, alle condizioni specifiche espressamente previste, possono aggiudicare i contratti mediante il dialogo competitivo e mediante una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara.¹¹⁴

Trova dunque conferma la premessa di partenza secondo cui alla flessibilità caratterizzante le concessioni si contrappone la normale attribuzione degli appalti ordinari tramite procedure piuttosto rigide e standardizzate.

La prospettiva muta radicalmente all'interno dei settori speciali, regolamentati dalla direttiva 2014/25/UE.

Nonostante l'art. 44 stabilisca solo che l'aggiudicazione di appalti di forniture, lavori o servizi debba essere preceduta dalla pubblicazione di un avviso d'indizione di gara, pare assumere grande valenza l'inciso "*salvo il disposto dell'articolo 47*" sull'utilizzazione della procedura negoziata previa indizione di gara.¹¹⁵

Sin dall'inizio le direttive europee succedutesi nel tempo hanno acconsentito nei settori speciali a una libertà operativa sconosciuta ai settori ordinari.¹¹⁶

l'amministrazione aggiudicatrice ha giudicato anormalmente basse; mentre sono considerate inaccettabili le offerte presentate da offerenti che non possiedono la qualificazione necessaria e le offerte il cui prezzo supera l'importo posto dall'amministrazione aggiudicatrice a base di gara.

¹¹⁴ Cfr. art. 54 e ss. del d.lgs. 163/2006.

Il discorso si fa un po' più complicato per i contratti che si collocano al di sotto delle soglie europee, ove si hanno acquisizioni in economia (come il cottimo fiduciario), la procedura ristretta semplificata per gli appalti aventi ad oggetto la sola esecuzione di lavori di importo inferiore a un milione e cinquecentomila euro ed una procedura negoziata informale per lavori fino a un milione di euro (con invito rivolto ad almeno dieci soggetti per lavori di importo pari o superiore a cinquecentomila euro e ad almeno cinque soggetti per lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro): cfr. art. 121 ss. del Codice.

¹¹⁵ Il nomopoietà unionale si è preoccupato di specificare *expressis verbis* che la procedura da ultimo menzionata deve a tutti gli effetti essere considerata equivalente ad ogni altra.

Nella versione inglese compare l'espressione "*without prejudice to Article 47*", che enfatizza maggiormente la salvaguardia nei confronti della procedura negoziata competitiva con pubblicazione.

In precedenza, entro la norma dedicata alle procedure di aggiudicazione, la direttiva 2004/17/CE conteneva un diverso inciso che faceva salvo il ricorso straordinario alla procedura negoziata senza pubblicazione (proprio come accade ora nella nuova direttiva 2014/24/UE sugli appalti ordinari).

Delle due l'una: o si tratta di un refuso o si vuole promuovere la procedura negoziata competitiva.

¹¹⁶ Com'è noto, in materia di *public procurement*, le prime direttive europee degli anni '70 dello scorso secolo avevano estromesso alcuni settori particolarmente strategici dal proprio ambito d'applicazione.

Nell'ultima direttiva, la n. 25 del 2014, tale indirizzo è stato confermato.

Ciò sembrerebbe in parte contraddetto dai successivi paragrafi 2 e 3 del medesimo art. 44, ove viene fatto un distinguo fra procedure aperte, ristrette o negoziate precedute da indizione di gara, da un lato, e dialoghi competitivi e partenariati per l'innovazione, dall'altro. Come a voler tenere separate le procedure di "Serie A" da quelle di "Serie B".

In realtà non esiste un vero e proprio *gap* fra le due categorie.

A differenza dei settori ordinari, ove sono individuati i presupposti per poter usare le procedure più flessibili (v. *supra*), infatti, la norma prevede unicamente che la gara può essere indetta con una delle seguenti modalità:

- mediante un bando di gara;
- un avviso periodico indicativo se il contratto è aggiudicato mediante procedura ristretta o negoziata;

Detti settori (acqua, energia, gas, servizi di trasporto, telecomunicazioni), caratterizzati dalla grande valenza politico-economica, assunsero dapprima l'epiteto di "esclusi", in attesa di essere regolati in maniera differenziata rispetto ai settori ordinari.

Solo negli anni '90 il plesso europeo è addivenuto ad una disciplina *ad hoc* di tali settori, che hanno così preso il nome di "speciali". Ma come si giustifica ed in cosa consiste effettivamente siffatta specialità?

La risposta alla prima parte del quesito è abbastanza immediata e si trova enucleata nelle fonti comunitarie, le quali – a fronte dell'estrema eterogeneità di oggetti e soggetti operanti nei settori *de quibus* – hanno deciso di introdurre un regime di concorrenza "temperata", ispirata al contempo a lealtà e flessibilità (cfr. ora cons. n. 2 dir. 2014/25/UE; si rinvia inoltre alla lettura dei Pareri del Comitato Economico e Sociale in merito alle proposte di direttive del Consiglio relative alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto (89/C 139/08) e alle procedure di appalto degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (89/C 139/09), ove viene sottolineato che la liberalizzazione degli appalti pubblici non deve compromettere l'assolvimento di queste importanti funzioni sotto il profilo della politica regionale).

La ragione più evidente – cristallizzata nel considerando iniziale della nuova direttiva – consta dunque di elementi sia oggettivi (costruzione, ampliamento, funzionamento e manutenzione d'infrastrutture strategiche, non duplicabili, di pubblica utilità in mercati chiusi e tendenzialmente monopolistici) sia soggettivi (le autorità nazionali sono in grado di influenzare il comportamento degli enti erogatori, talvolta pubblici talaltra privati, attraverso la regolamentazione di settore, la partecipazione al loro capitale sociale o l'inserimento di propri rappresentanti negli organi amministrativi, direttivi o di vigilanza).

Un ulteriore motivo che spinge a continuare a regolare normativamente gli appalti pubblici in questi settori è costituito dalla permanenza di diritti speciali o esclusivi in capo a soggetti – che non sono né amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche – non selezionati mediante una procedura fondata su criteri obiettivi e preceduta da un'adeguata pubblicità, in conformità alla legislazione dell'Unione (cfr. ora cons. n. 20 dir. 2014/25/UE).

Ne deriva un quadro composito, fatto di enti pubblici e/o privati erogatori di servizi economici e industriali spesso in regime di monopolio e monopsonio.

Il coacervo di enti operanti nei settori speciali deve comunque poter assolvere i propri compiti al di là dei settori in parola: se per le amministrazioni aggiudicatrici s'impone l'ottemperanza alla direttiva 2014/24/UE sugli appalti nei settori ordinari, per imprese pubbliche e soggetti privati ciò significa essere nuovamente esposti al libero mercato.

Occorre pertanto evitare che la situazione competitiva delle imprese pubbliche e dei privati sia aggravata da procedure di gara eccessivamente burocratiche nei settori speciali.

Al fine di contemperare queste due opposte esigenze si è consentito e si consente tuttora un maggior grado di libertà nella scelta e nell'uso delle procedure di gara.

- un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione se il contratto è aggiudicato mediante procedura ristretta o negoziata o tramite un dialogo competitivo o un partenariato per l'innovazione.

Di conseguenza, tutte le procedure con pubblicazione sono poste sullo stesso piano.

A conclusione della norma, l'ultimo paragrafo dell'art. 44 – facendo per davvero una cesura qualitativa in ordine alle procedure esperibili – annovera la procedura negoziata senza previa indizione di gara, richiamandone l'eccezionalità e sancendone il divieto all'infuori dei casi e delle circostanze espressamente previsti all'art. 50.

Dunque, la vera dicotomia ricorre tra le procedure negoziate.

Solo le procedure negoziate con previa indizione di gara sono sempre consentite.¹¹⁷

E qui si riscontra la distonia più evidente rispetto ai settori ordinari, ove la negoziazione è in linea di principio recessiva a fronte della predominanza di procedure aperte e ristrette.

Ad ogni modo, la maggior novità arrecata dalla direttiva 2014/25/UE consiste nell'aver dedicato un articolo specifico ad ogni tipo procedurale (le norme della precedente facevano riferimento ai vari aspetti e *step* procedurali).¹¹⁸

¹¹⁷ Assetto che caratterizza anche l'ordinamento nazionale: cfr. art. 220 e 221 del d.lgs. 163/2006.

¹¹⁸ In relazione a procedura ristretta o negoziata con previa indizione di gara, a dialogo competitivo, e partenariato per l'innovazione, la direttiva 2014/25/UE (ma il testo è identico nella direttiva 2014/24/UE) pone una questione ermeneutica di non poco conto quando, dopo aver affermato che "qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare/presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dall'ente aggiudicatore per la selezione qualitativa", dispone che "*Soltanto gli operatori economici invitati dall'ente aggiudicatore in seguito alla sua valutazione delle informazioni fornite*" potranno presentare un'offerta e partecipare alla procedura, alle negoziazioni, o al dialogo (cfr. artt. 46-49 della direttiva 2014/25/UE, equivalenti agli artt. 28-31 della direttiva 2014/24/UE).

Si noti la diversa formulazione contenuta nell'art. 47 della direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004: "Nel caso delle procedure ristrette e delle procedure negoziate gli enti aggiudicatori invitano simultaneamente e per iscritto i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte o a negoziare".

Pare quindi potersi intravedere la possibilità di compiere scelte fortemente discrezionali da parte delle stazioni appaltanti.

Oltre alla consueta facoltà di predisporre criteri obiettivi in base ai quali ridurre i candidati entro un *range* numerico adeguato alla commessa, la direttiva sembra ammettere una sorta di valutazione *ad libitum* riguardo a chi invitare a partecipare alla procedura.

Naturalmente, giova rammentarlo, dovranno essere applicati tutti i crismi relativi all'*agere* amministrativo (che in Italia trovano la loro fonte nella legge 7 agosto 1990, n. 241 sia per le pubbliche amministrazioni sia per i soggetti privati: cfr. art. 1, commi 1 e 1-ter), ma ciò non toglie che sia lecito immaginare un margine discrezionale difficilmente sindacabile e controllabile.

Se infatti una simile discrezionalità può essere ritenuta ragionevole allorché ricollegata alla predisposizione preliminare di *range* e criteri obiettivi, il relativo esercizio *in itinere* si scontra con i principi di *par condicio* e *favor participationis*.

In teoria, salvo il ricorso alla forcella, tutti i partecipanti che rispondano ai requisiti qualitativi richiesti dalla committenza dovrebbero essere invitati alla gara, alle negoziazioni o al dialogo.

A parte alcune differenze circa gli avvisi di indizione di gara (per i settori ordinari avvisi di preinformazione e bandi di gara, per quelli speciali le modalità appena esaminate), è comunque possibile individuare un canovaccio comune fra i diversi settori.¹¹⁹

Alla fase di pubblicazione degli avvisi e della *lex specialis* segue quella di selezione dei partecipanti e aggiudicazione dei contratti sulla base dei criteri di selezione qualitativa e di aggiudicazione dell'appalto, nonché dei motivi di esclusione.¹²⁰

In questa serie procedimentale, specialmente nelle procedure aperte e ristrette (ma anche nelle negoziate competitive), è assai difficile che i candidati possano contribuire attivamente alla procedura a meno dell'inclusione di varianti da parte della committenza.¹²¹

Ciò che lascia presagire una certa semplicità dell'oggetto di gara.

Semmai l'obiettivo è ridurre il numero dei candidati (attraverso la cd. "forcella")¹²² oppure facilitare l'esito della competizione in ordine agli acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche, così come generalmente disponibili sul mercato, siano in grado di soddisfare le esigenze degli enti aggiudicatori.

Tanto che la tendenza è nella direzione opposta, ossia verso tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati, i quali permettono di semplificare e snellire le procedure, al contempo mantenendo un certo distacco fra appaltatori ed enti appaltanti attraverso l'accorpamento della domanda e l'interposizione di soggetti più o meno terzi o di schermi (accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione, aste elettroniche, cataloghi elettronici, attività di centralizzazione della committenza e centrali di committenza, appalti comuni occasionali e/o tra enti aggiudicatori di Stati membri diversi).¹²³

La selezione dovrebbe essere per così dire "automatica": o si hanno i requisiti per essere invitati oppure no, senza spazio alcuno per valutazioni discrezionali.

Diversamente, le nuove direttive sembrano andare oltre ed accentuare la flessibilità operativa.

¹¹⁹ Anche per quanto riguarda i concorsi di progettazione (cfr. artt. 78-82 della direttiva 2014/24/UE e artt. 95-98 della direttiva 2014/25/UE) e l'assegnazione di servizi specifici (come quelli sociali: cfr. artt. 74-77 della direttiva 2014/24/UE e artt. 91-94 della direttiva 2014/25/UE).

¹²⁰ Si rinvia a Lacava C., *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, relazione al convegno "Il recepimento delle nuove direttive sui contratti pubblici", presso la Camera dei deputati, Roma, 19 gennaio 2015, in *Giornale di diritto amministrativo* 12: 1141-1150, 2014.

¹²¹ Cfr. art. 45 della direttiva 2014/24/UE e art. 64 della direttiva 2014/25/UE, rispettivamente.

¹²² Cfr. artt. 65-66 della direttiva 2014/24/UE sugli appalti nei settori ordinari e artt. 76-78 (par. II) della direttiva 2014/25/UE per i settori speciali.

¹²³ Cfr. artt. 33-39 della direttiva 2014/24/UE, equivalenti agli artt. 51-57 della direttiva 2014/25/UE, ovvero gli articoli del titolo II, capo II - "Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati" delle direttive 24 e 25 del 2014 sugli appalti. Sul tema si rinvia a Cristina F., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, *Giornale di diritto amministrativo* 12: 1135, 2014, il quale tuttavia mette in dubbio che le centrali di committenza siano un buon modo di prevenire illegalità e corruzione, come anche di efficientare la spesa pubblica riducendo gli sprechi, per il costante rischio di fenomeni di *capture*.

La fase contrattuale

In diritto si è ormai fatta strada l'idea che il contratto sia fundamentalmente una "risk allocation device".¹²⁴

Le parti contraenti assumono o meno determinati rischi e definiscono le rispettive sfere di pertinenza impegnandosi a sfruttare le economie e a sopportare le possibili perdite.

Ciò che porta a distinguere non solo il contenuto del singolo contratto in termini di obbligazioni, ma soprattutto fra differenti tipi contrattuali.¹²⁵

Queste premesse si rivelano quanto mai azzeccate per la questione che ci occupa.

La distinzione fra appalti e concessioni, fondata sul rischio, va infatti valutata tenendo in debito conto che, se dal punto di vista della procedura di affidamento il concessionario deve poter partecipare attivamente all'allocazione del rischio, durante l'esecuzione contrattuale il rischio operativo della concessione dà vita ad un modello affatto diverso da quello dell'appalto.

¹²⁴ Cfr. Flume W., *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, 1960; Atiyah P. S., *An introduction to the law of contract*, Clarendon Press, 1961.

Sul punto Gabrielli E., *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, conferenza tenuta a San Paolo il 29 marzo 2012 nella Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e destinata al *Volumem em homenagem al profesor Fernando Hinestrosa*, in Jus Civile (<http://www.juscivile.it/contributi/01%20-%20Enrico%20Gabrielli.pdf>) osserva che "ogni tipo di contratto è al medesimo tempo «un piano di distribuzione di rischi». La scelta del tipo contrattuale rappresenta pertanto una tecnica per distribuire i rischi all'interno del contratto e consente di valutare, rispetto alla sua complessiva economia, la compatibilità tra l'originario assetto di interessi e quello presente al momento dell'adempimento. Ogni contratto ha infatti l'equilibrio economico che le parti gli conferiscono, di modo che nella sua «economia», intesa come la ripartizione del rischio di sopravvenienza che risulta di volta in volta conforme al regolamento di interessi contrattualmente previsto, ogni prestazione ha sempre e soltanto il valore del corrispettivo concesso dal contraente interessato al fine di ottenerla e non un astratto e oggettivo valore di mercato. L'adozione di un certo tipo di contratto è allora indice della scelta che i contraenti hanno voluto compiere in merito alla ripartizione dei rischi che possono derivare dal contratto, così che in base al modello negoziale, al quale le parti hanno fatto riferimento, si può desumere quale dei contraenti deve sopportare le conseguenze che inevitabilmente vengono ricollegate allo schema giuridico formale nel quale l'intera operazione economica rientra. La distribuzione del rischio contrattuale segna il limite entro il quale si possono sopportare oscillazioni in grado di incidere sulla misura dello scambio senza, al medesimo tempo, operare modificazioni tali da impedire la realizzazione di tale funzione. La misura fissata dalle parti per ripartire il rischio contrattuale – dato che l'evento sopravvenuto può incidere sulla misura del metro di scambio, e quindi sulla funzione in concreto di scambio – può rappresentare dunque un indice di enucleazione e valutazione dei vizi di questa funzione, poiché consente di accertare le eventuali alterazioni della stessa. [...] Occorre, dunque, necessariamente esaminare se il tipo (o il sotto-tipo) di contratto posto in essere, per il suo contenuto o per la sua funzione, non implichi di per sé che al momento del suo perfezionarsi vi sia o vi debba essere la consapevolezza delle parti di affrontare necessariamente un certo margine di rischio, collegato all'eventuale verificarsi di avvenimenti e vicende che normalmente incidono sullo svolgimento «di quel singolo tipo di rapporto e influiscono sul risultato economico che le parti vogliono conseguire»."

¹²⁵ Cfr. Bessone M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 2-3 ss. e 291, ove si ribadisce che ogni tipo contrattuale costituisce già di per sé un modello di distribuzione dei rischi e perciò la stessa scelta del tipo suggerisce i criteri secondo i quali ripartire tra i contraenti i danni arrecati da circostanze pure trascurate dalle clausole contrattuali.

Ciò significa che non è possibile guardare a quest'ultimo come fattispecie utile a colmare le lacune dell'ordinamento, mediante un'interpretazione analogica o estensiva, a dispetto di quanto fatto dalle direttive europee sul *public procurement* (che hanno optato per la omologazione della disciplina sulle modifiche in corso d'esecuzione).

Tale tentazione ha caratterizzato e caratterizza anche lo scenario nazionale.

Come si mostrerà, si tratta di un errore di metodo e, prima ancora, di concetto, poiché finisce con l'annullare la distinzione fra appalti e concessioni.

Non avrebbe alcun senso impostare detta distinzione sull'allocazione del rischio e poi cancellarla tramite l'applicazione di regole uniformi che ignorano le differenze.

§4.2.1. Il rischio di gestione nelle concessioni: la direttiva 2014/23/UE

La durata e il valore delle concessioni

La durata ed il valore delle concessioni rappresentano il contraltare del rischio operativo: il concessionario si assume alcuni rischi operativi in luogo dell'amministrazione e, per questa attività di surrogazione, si aspetta di avere la giusta ricompensa per il tempo necessario.¹²⁶

A seconda del tipo di concessione e dell'oggetto – lavori e/o servizi semplici o complessi – si potranno avere concessioni brevi o lunghe.¹²⁷

Secondo la direttiva 2014/23/UE, tuttavia, la durata di una concessione dovrebbe essere limitata al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato, le restrizioni della concorrenza e gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e alla libertà di stabilimento provocati dalle concessioni di durata molto lunga (ammesse solo se indispensabili per consentire al concessionario di ottenere un ritorno sul capitale investito e recuperare gli investimenti anticipati per eseguire la concessione).

Di conseguenza, per le concessioni di durata superiore a cinque anni, la durata non deve superare il periodo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati per eseguire i lavori e i servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito in condizioni operative normali, tenuto conto degli specifici obiettivi

¹²⁶ Già nella Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02) era sancito che il principio di proporzionalità esige che la concorrenza si concili con l'equilibrio finanziario: "la durata della concessione deve dunque essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza più di quanto sia necessario per ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali investiti in misura ragionevole pur mantenendo sul concessionario il rischio derivante dalla gestione" (pt. 3.1.3).

¹²⁷ Talvolta molto lunghe: per *Eurotunnel* (v. *infra*), ad esempio, la durata base è fissata in 99 anni, riducibile a 65 anni.

contrattuali assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti.¹²⁸

Come emerso anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, deve escludersi la possibilità di assegnare concessioni dalla durata illimitata, riconoscendo al concessionario un diritto illimitato nel tempo sul bene oggetto di concessione.¹²⁹

La direttiva ha così finalmente risolto le questioni interpretative sorte in relazione alla possibilità di avere concessioni a tempo indeterminato o dalla durata infinita, chiarendo che la concessione non solo deve essere a tempo determinato, ma deve altresì avere un termine determinabile con certezza.

Benché le concessioni debbano avere una scadenza temporale al fine di riaprire il mercato alla libera concorrenza, la durata deve garantire al concessionario l'ammortamento degli investimenti iniziali, una remunerazione appropriata del capitale investito e il rifinanziamento dei futuri investimenti. La stima deve essere valida al momento dell'aggiudicazione della concessione e gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione.¹³⁰

Vi sono però alcuni profili abbastanza problematici.

Uno è sicuramente dato dal fatto che la durata massima della concessione dovrebbe essere decisa unilateralmente dalla p.a. ed indicata nei documenti di gara come requisito vincolante non negoziabile (salve varianti), a meno che la durata venga utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto: ipotesi ancora più critica visto che, in questo caso, la competizione si giocherebbe proprio su uno degli elementi di maggior rischio della concessione, con possibili ripercussioni sulla buona riuscita della medesima.

Dovrebbe quindi essere possibile negoziare con ogni candidato la durata che meglio si attaglia alla singola proposta, ammettendo financo durate diverse per le varie offerte dei candidati alla concessione ed escludendo la rinegoziazione a posteriori ogni volta che le stime, previste dal concessionario al momento dell'aggiudicazione, si rivelassero erranee all'atto pratico (almeno per quanto riguarda i rischi allocati nella sua sfera, in disparte quelli *ex lege* o per *factum principis* e quelli assolutamente straordinari: v. *infra*).

¹²⁸ Cfr. cons. 52 ed art. 18 della direttiva 2014/23/UE.

¹²⁹ V. *supra* note 62 e 64: Corte Giust. UE, Sez. III, 25 marzo 2010, C-451/08, *Helmut Müller*; nonché nota 67: Corte Giust. UE, Sez. II, 11 luglio 2013, C-576/10, *Commissione/Paesi Bassi*.

¹³⁰ Dovrebbe essere possibile includere gli investimenti iniziali e successivi ritenuti necessari per l'esecuzione della concessione, in particolare spese per infrastrutture, diritti d'autore, brevetti, materiale, logistica, affitto, formazione del personale e spese iniziali.

Un altro dubbio, ancora, sorge dalla possibilità che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori decidano di aggiudicare una concessione per un periodo più breve di quello necessario per recuperare gli investimenti, a condizione che la corrispondente compensazione non elimini il rischio operativo.

Qui sono possibili due alternative: o il valore residuo della concessione è cristallizzato nel contratto originario oppure viene valutato al momento della scadenza della concessione, con l'effetto – in ogni caso – di essere corrisposto dalla p.a. o dall'operatore subentrante e senza che siano considerati i possibili rischi ad esso afferenti.

In simili circostanze è presumibile una certa difficoltà di inquadramento delle fattispecie poiché verrebbe intaccato il rischio operativo concessorio.

Alla durata delle concessioni si ricollega inevitabilmente il valore delle medesime.

Il metodo di calcolo del valore stimato delle concessioni, unico per lavori e servizi, fa riferimento al fatturato totale del concessionario per la durata del contratto.

La direttiva si applica ai contratti di concessione di lavori e/o servizi il cui valore è pari o superiore a una determinata soglia (5.186.000 €), che dovrebbe riflettere il chiaro interesse transfrontaliero delle concessioni per gli operatori economici con sede in Stati membri diversi da quello dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore.

Il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, e stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi.

Preme evidenziare che il valore stimato della concessione è calcolato secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti della concessione, tenendo conto, se del caso, in particolare del valore di eventuali forme di opzione e di eventuali proroghe della durata della concessione; degli introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore; dei pagamenti o di qualsiasi vantaggio finanziario conferito al concessionario in qualsivoglia forma dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore o da altre p.a. (incluse le compensazioni per l'assolvimento di un obbligo di servizio pubblico e le sovvenzioni pubbliche di investimento); del valore delle sovvenzioni o di qualsiasi altro vantaggio finanziario in qualsivoglia forma conferiti da terzi per l'esecuzione della concessione; delle entrate derivanti dalla vendita di elementi dell'attivo

facenti parte della concessione; del valore dell'insieme delle forniture e dei servizi messi a disposizione del concessionario dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori, purché siano necessari per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi; di ogni premio o pagamento ai candidati o agli offerenti.¹³¹

Come per la durata, la direttiva ha definitivamente posto fine all'incertezza sulle modalità di calcolo del valore delle concessioni, includendo qualsiasi vantaggio economico – a prescindere dalla provenienza (amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, altre p.a., terzi) – derivante dalla gestione fino alla scadenza.

Non deve essere sottovalutato il fondamentale aspetto del mutamento di valore della concessione nel tempo (v. *infra*).

Tale valore è stimato al momento dell'invio del bando di concessione o, nei casi in cui non sia previsto detto bando, al momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avvia la procedura di aggiudicazione della concessione (per esempio, contattando gli operatori economici e invitandoli a manifestare il loro interesse).

La direttiva prende in esame solamente il caso di variazione in sede di gara¹³², mentre traslascia di affrontare specificamente la problematica relativa al mutato valore della concessione durante la esecuzione contrattuale, preferendo affidarla alla generica disciplina delle modifiche in corso d'opera.

La modifica delle concessioni

Muovendo dal presupposto che i contratti di concessione generalmente comportano disposizioni tecniche e finanziarie complesse e di lunga durata, soggette ai mutamenti delle circostanze, la direttiva si preoccupa di precisare, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia, le condizioni alle quali le modifiche di una concessione durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura di aggiudicazione.

Una nuova procedura di concessione è necessaria quando vengono apportate modifiche sostanziali alla concessione iniziale, in particolare al campo di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, dimostrando l'intenzione delle parti di rinegoziare termini o condizioni essenziali della concessione.

¹³¹ Cfr. cons. 23 ed art. 8 della direttiva 2014/23/UE.

¹³² Se il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione è superiore di più del 20% rispetto al valore stimato inizialmente, la stima valida è il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione.

Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono però trovarsi ad affrontare circostanze esterne impossibili da prevedere al momento dell'aggiudicazione¹³³, in particolare quando l'esecuzione della concessione copre un periodo molto lungo.

In questi casi è necessaria una certa flessibilità per adattare la concessione alle circostanze senza ricorrere a una nuova procedura di aggiudicazione, salvo che la modifica comporti una variazione della natura complessiva della concessione (ad esempio con la sostituzione dei lavori da eseguire o dei servizi da prestare con qualcosa di diverso, oppure attraverso un cambiamento sostanziale del tipo di concessione).

Verrebbe da aggiungere anche la trasformazione della concessione in appalto.

Anzi, alla luce di quanto fin qui esposto, tale dovrebbe essere la principale finalità della disciplina europea della concessione, ma allo stato non può dirsi che l'obiettivo sia stato raggiunto.

La disciplina europea sulle modifiche alle concessioni in corso d'esecuzione¹³⁴ desta infatti alcune perplessità, che discendono principalmente dall'estensione della disciplina prevista per gli appalti.

Dal momento che la peculiarità delle concessioni consiste nell'assunzione di rischi da parte del concessionario, la problematica riguarda tanto le modifiche consentite quanto le conseguenze delle medesime, vale a dire quali sopravvenienze possono causare una modifica della concessione e se queste possono intaccare il rischio operativo concessorio.

Premesso che i contratti di concessione generalmente comportano disposizioni tecniche e finanziarie complesse e di lunga durata, soggette ai mutamenti delle circostanze, occorre perciò capire fino a che punto il rischio possa essere, per così dire, "assorbito" dal contratto originario (modifiche minori) e quando invece conduca ad una nuova procedura di aggiudicazione della concessione (modifiche sostanziali).¹³⁵

¹³³ Il concetto di "circostanze imprevedibili" si riferisce a quelle che non si potevano prevedere da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale, tenendo conto dei mezzi a disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto, delle buone prassi nel settore e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il valore prevedibile.

¹³⁴ Cfr. cons. 75, 76, 77, 78, 79 ed art. 43 della direttiva 2014/23/UE.

¹³⁵ L'art. 43, par. 2, della direttiva europea consente la modifica dei contratti in corso di esecuzione, senza necessità di nuova procedura di aggiudicazione, al ricorrere congiuntamente delle seguenti condizioni: (a) valore della modifica al di sotto della soglia comunitaria; (b) modifica non superiore al 10% del valore del contratto iniziale.

Tuttavia, la modifica non può alterare la natura generale della concessione.

Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono prevedere modifiche alla concessione per mezzo di clausole di revisione o di opzione (indicizzazioni dei prezzi, adeguamento alle modifiche tecnologiche, adattamenti a seguito di difficoltà tecniche apparse durante l'esecuzione o la manutenzione), ma senza che tali clausole conferiscano loro una discrezionalità illimitata né alterino la natura della concessione ed a patto che siano espressamente indicate in sede di gara.

Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori potrebbero altresì dover fronteggiare situazioni in cui si rendano necessari lavori o servizi supplementari.¹³⁶

A prescindere dalla soglia prevista per i casi tipizzati (lavori o servizi supplementari da parte del concessionario originario che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale; circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore diligente non ha potuto prevedere; mutamento del concessionario) – in cui, eccettuati i settori speciali, l'eventuale aumento di valore non deve eccedere il 50% del valore della concessione iniziale – è importante evidenziare che la modifica di una concessione durante il periodo della sua validità è sempre considerata sostanziale:

- se muta la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa o se introduce condizioni che, qualora fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione;

- se cambia l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale;

- se estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione;

- se un nuovo concessionario sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avevano inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti dalla direttiva.¹³⁷

¹³⁶ In tal caso la modifica della concessione è consentita solamente quando una nuova aggiudicazione risulti impraticabile per motivi economici o tecnici (quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale) e comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi.

¹³⁷ Cfr. cons. 77 della direttiva 2014/23/UE: "In linea con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'aggiudicatario non dovrebbe essere sostituito da un altro operatore economico, ad esempio in

Le circostanze che destano maggiori perplessità (e problemi di compatibilità con l'ordinamento italiano attuale) sono sicuramente la seconda e la terza.

Considerare “modifica sostanziale” ogni ristabilimento dell'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale, conservando quindi l'allocazione dei rischi stabilita in sede di gara e di contratto, è certamente doveroso ma non chiarisce la distinzione fra appalti e concessioni, così come la previsione di variazioni per lavori/servizi supplementari e sopravvenienze imprevedibili non sancisce chi si debba far carico delle modifiche.

Come si vedrà più avanti, se la regola deve considerarsi appropriata per gli appalti, pare per contro opacizzare la distinzione rispetto alle concessioni, nelle quali il contraente che si assume i rischi operativi dovrebbe essere tendenzialmente libero di gestire sopravvenienze ed imprevisti nella misura in cui rientrano nella sua sfera d'interesse.

A sua volta, il divieto di notevoli estensioni dell'ambito di applicazione della concessione sembra di fatto restringere lo spazio di manovra che dovrebbe connotare l'intero procedimento concessorio, a partire dalla scelta dell'oggetto e del contraente sino all'esecuzione contrattuale (soprattutto se l'onere della modifica ricade sul concessionario).

Del resto, trattandosi di affidamenti complessi (se non altro per la durata), i cui rischi finiscono col riversarsi pure su soggetti privati, pare ragionevole consentire un certo margine di flessibilità e adattamento se non si vuole determinare la disincentivazione delle concessioni o, peggio, il loro uso distorto (la competizione a monte, in sede di gara, risulterebbe frustrata in quanto dovrebbe tener conto della limitata modificabilità *in fieri* della concessione).

Dunque è probabile che i candidati opteranno per una certa prudenza nel formulare le proprie proposte qualora siano ravvisabili scenari futuri poco o niente prevedibili.

Sembrano attenuare detto pericolo, da un lato, la possibilità di prevedere clausole di riequilibrio economico all'interno della concessione, e, dall'altro, la limitazione delle estensioni vietate a quelle “notevoli”: concetto che presume una cifra quali-quantitativa di un certo spessore, sicuramente oltre il 50% del valore della concessione iniziale.

caso di cessazione della concessione a motivo di carenze nell'esecuzione, senza riaprire la concessione alla concorrenza. Tuttavia, in corso d'esecuzione della concessione, in particolare qualora sia stata aggiudicata ad un raggruppamento di operatori economici, l'aggiudicatario dovrebbe poter subire talune modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne, incorporazioni, fusioni e acquisizioni oppure insolvenza. Tali modifiche strutturali non dovrebbero automaticamente richiedere nuove procedure di aggiudicazione per la concessione eseguita da tale aggiudicatario”.

Anche in questo caso, comunque, è d'obbligo far notare che il rischio operativo non può non tenere conto della eventuale circostanza che, in corso d'esecuzione, la concessione possa essere rimessa in concorrenza a fronte di eventi imprevedibili, a maggior ragione se si pensa all'ampia varietà di interessi e di scopi attribuiti al *public procurement* (v. *infra*).

In proposito, dovendosi constatare ancora una volta gli effetti della genesi della concessione dall'appalto, preme sottolineare la scelta conservativa da parte del nomopoieta europeo di estendere alle concessioni la disciplina, codificata sul modello degli appalti¹³⁸, in relazione alle modifiche in corso d'esecuzione, nonostante l'espressa possibilità di bypassare il problema attraverso clausole negoziali.

In realtà, ad un esame più approfondito, si scopre la ponderazione che si cela dietro alle disposizioni testé menzionate.

La scelta di assicurare un ampio margine di flessibilità nella fase di selezione del concessionario viene controbilanciata da un maggior rigore in sede di esecuzione, dove l'elasticità non è eliminata ma limitata.

In relazione sia alla durata sia all'oggetto della concessione, vige la medesima *ratio*: entrambi devono essere finalizzati, sin dal momento dell'aggiudicazione della concessione, a garantire l'ammortamento di tutti gli investimenti (sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione), una remunerazione appropriata del capitale investito e il rifinanziamento dei futuri investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici.

E a tal fine precipuo si consente un maggior coinvolgimento "a monte" del concessionario nella definizione dei contenuti della futura concessione "a valle".

¹³⁸ Sul punto si veda D'Aleo E., "La revisione delle direttive sui contratti pubblici: criticità e prospettive", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013, la quale osserva che la disciplina europea, in relazione alla possibilità di adattamento nel tempo dei contratti concessori che per definizione presentano rischi elevati connessi a incompletezza e lunga durata, appare carente, troppo appiattita su logiche appaltistiche: "Riservare una medesima normativa a fenomeni contrattuali così diversi, in rapporto al rischio e alla durata, appare fortemente incongruo: tutto ciò nonostante la stessa proposta si curi di definire la concessione in modo chiaro quale contratto caratterizzato dal "rischio operativo sostanziale", dalla complessità e dalla lunga durata".

In effetti, se si considera che la disciplina in parola discende dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di appalti (in particolare, causa C-337/98, *Commissione/Francia*; causa C-496/99 P, *Commissione/CAS Succhi di Frutta*; causa C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*), ove il corrispettivo non subisce l'alea del mercato e non comporta, da parte del contraente, la particolare responsabilità di gestione che supera il normale rischio di impresa, è chiaro che l'assimilazione fra appalti e concessioni provoca una aporia di sistema per quanto riguarda le seconde.

Sembra doversi scorgere *ab ovo* il timore unionale che le concessioni possano essere utilizzate in maniera proditoria per eludere le disposizioni in materia d'appalti in fase iniziale ed essere quindi trasformate in appalti nel prosieguo dell'operazione.

Di nuovo ritorna la logica del controllo che mal si concilia, è bene ripeterlo, con la vocazione commerciale delle concessioni nelle quali il rischio economico pertiene anche ai privati.

Questa consistente e profonda interazione *ex ante* del concessionario con l'ente concedente giustifica, nell'ottica europea, la ridotta modificabilità *ex post* della concessione.

Al di là della parvenza contraddittoria in ragione alla comune disciplina di istituti differenziati dalla allocazione dei rischi fra la parte pubblica e la controparte privata, rimane apprezzabile il consueto pragmatismo dimostrato dal legislatore unionale nel regolamentare la concessione mantenendo un certo bilanciamento fra le costrizioni della p.a. e le esigenze del mercato.

Semmai risulta esservi una stonatura fra l'enfasi posta sul rischio operativo del concessionario, il quale dovrebbe essere inciso sotto il profilo economico dell'operazione, e la ridotta possibilità di modificare le concessioni (che pur tuttavia non esclude l'inserzione di clausole di adeguamento automatico e di rinegoziazione).

In ogni caso, il limite massimo entro cui è possibile apportare modifiche alla concessione aggiudicata, come statuito dall'art. 43, par. 1-2, della direttiva 2014/23/UE, viene ravvisato nella *condicio sine qua non* della inalterabilità della natura generale della concessione.

Se ne desume l'impossibilità di trasformare la concessione in appalto attraverso l'eliminazione del rischio operativo in capo al concessionario.

(segue): il contesto nazionale

Si pone, allora, il problema di analizzare come l'ordinamento interno ha affrontato le concessioni, con particolare riferimento alle sopravvenienze che ne condizionano l'esecuzione alterando l'equilibrio economico-finanziario per vedere se vi sia o meno qualche discrasia di diritto positivo oppure si debbano constatare conflitti ermeneutici.

Vengono segnatamente in rilievo le disposizioni riguardanti il valore e la durata delle concessioni, che costituiscono il contenuto principale del piano economico-finanziario della operazione contrattuale.

Come detto, però, questi parametri possono variare nel corso del tempo e questo rappresenta il rischio maggiore per il concessionario, specialmente quando si trova a dover far fronte ad eventi imprevisti e/o imprevedibili che stravolgono il piano originario.

Si tratta di capire se effettivamente il concessionario sopporti detto rischio nell'ordinamento nazionale, oppure se la regola dell'equilibrio economico-finanziario cancelli il rischio operativo, alla stregua degli appalti.

La durata, il valore ed il contributo pubblico

Per quel che attiene alla durata della concessione, *nulla quaestio*.

L'art. 143 del d.lgs. 163/2006 prevede, al comma VI, che la concessione di lavori ha di regola durata non superiore a trent'anni e, al comma VIII, che eccezionalmente la durata può essere superiore "al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario".

L'ente concedente può pertanto stabilire che la concessione abbia una durata superiore a trenta anni, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo a suo carico rispetto all'importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni di mercato.

Al fine di assicurare il rientro del capitale investito e l'equilibrio economico-finanziario, per le nuove concessioni di importo superiore ad un miliardo di euro, la durata può essere stabilita fino a cinquanta anni.

Lo stesso principio di fondo, secondo un'interpretazione analogica, vale per le concessioni di servizi.

Dato che la durata è limitata e calibrata a priori sull'operazione economica, può ravvisarsi la piena conformità della normativa illustrata con la nuova direttiva sulle concessioni.

L'art. 29 del Codice dispone che il valore stimato delle concessioni di lavori o servizi è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dalle amministrazioni tenendo conto dell'importo massimo stimato (compresi premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti e qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto).

Per le concessioni di lavori pubblici il calcolo del valore stimato tiene conto dell'importo dei lavori stessi nonché del valore complessivo stimato delle forniture e dei servizi necessari all'esecuzione dei lavori, messe a disposizione dell'imprenditore da parte delle stazioni affidanti.

Anche con riferimento al valore della concessione non si riscontrano problemi, sebbene la nuova direttiva abbia chiarito il carattere onnicomprensivo del valore delle concessioni indipendentemente dal soggetto che remunera il concessionario.

Infatti la norma italiana ricalca ancora la regola dettata per gli appalti (cfr. ora art. 5 della direttiva 2014/24/UE e art. 16 della direttiva 2014/25/UE), che andrà aggiornata in sede di riforma.

La controprestazione a favore del concessionario consiste, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente tutte le proprie prestazioni.

Tuttavia, il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo nonché, eventualmente, la gestione funzionale ed economica, perfino anticipata, di opere o parti di opere già realizzate, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.¹³⁹

Nella determinazione del prezzo si tiene conto della eventuale prestazione di beni e servizi da parte del concessionario allo stesso soggetto aggiudicatore, relativamente all'opera concessa, secondo le previsioni del bando di gara.¹⁴⁰

¹³⁹ I criteri per la determinazione delle tariffe dei servizi pubblici sono fissati dall'art. 117 del d.lgs. n. 267 del 2000 – corrispondente all'art. 12, L. 23 dicembre 1992, n. 498, ora abrogato –, ove è previsto che gli enti approvano le tariffe dei servizi pubblici in misura tale da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione. I criteri per il calcolo della tariffa relativa ai servizi sono:

- a) la corrispondenza tra costi e ricavi in modo da assicurare l'integrale copertura dei costi, compresi gli oneri di ammortamento tecnico-finanziario;
- b) l'equilibrato rapporto tra i finanziamenti raccolti ed il capitale investito;
- c) l'entità dei costi di gestione delle opere, tenendo conto anche degli investimenti e della qualità del servizio;
- d) l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito, coerente con le prevalenti condizioni di mercato.

La tariffa costituisce il corrispettivo dei servizi pubblici; essa è determinata e adeguata ogni anno dai soggetti proprietari, attraverso contratti di programma di durata pluriennale, nel rispetto del disciplinare e dello statuto conseguenti ai modelli organizzativi prescelti.

Qualora i servizi siano gestiti da soggetti diversi dall'ente pubblico per effetto di particolari convenzioni e concessioni dell'ente o per effetto del modello organizzativo di società mista, la tariffa è riscossa dal soggetto che gestisce i servizi pubblici.

In materia si veda anche l'art. 10 della legge n. 537 del 1993, che detta regole per la determinazione dei prezzi dei servizi di pubblica utilità, sulla base del criterio della tendenziale copertura dei costi di gestione.

Come ben osservato da Ricchi M., *Finanza di Progetto, Contributo Pubblico, Controllo ed Equità (Le Concessioni sono Patrimonio Pubblico)*, Documento UFP – CIPE - Maggio 2006, nel nostro ordinamento "la concedibilità del prezzo-contributo è stata sganciata dall'imposizione al concessionario di praticare delle tariffe o prezzi amministrati, controllati o predeterminati. Il prezzo o contributo pubblico[...] si eroga agli affidatari del contratto di concessione di costruzione e gestione per "il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare". [...]Il contratto di concessione è un contratto a prestazioni sinallagmatiche in cui le parti si scambiano valori corrispondenti; il concessionario costruisce e gestisce il bene pubblico sfruttandolo economicamente ed il concedente si priva del diritto di farlo. Il contributo pubblico permette di riequilibrare i valori di scambio qualora siano, appunto, non allineati. Il compito della negoziazione è quella di bilanciare i valori scambiati nel contratto di concessione, *ex ante* la sua sottoscrizione, anche attraverso una congrua contribuzione pubblica".

¹⁴⁰ Sul punto è interessante segnalare la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2012, n. 39 – con nota di Baldi M.; Fasano S., *Il "rischio d'impresa" nelle operazioni di project financing*,

Nell'eventualità di un prezzo a carico della p.a., i commi IV-V dell'art. 143 del Codice stabiliscono che esso può consistere in denaro (finanziamento in conto capitale o in spesa corrente) ovvero in natura (gestione funzionale ed economica, anche anticipata, di opere o parti di opere già realizzate, oppure cessione in proprietà o in godimento di beni immobili già disponibili o allo scopo espropriati la cui utilizzazione ovvero valorizzazione sia necessaria all'equilibrio economico-finanziario della concessione).

Quindi le amministrazioni aggiudicatrici, previa analisi di convenienza economica, possono prevedere nel piano economico finanziario e nella convenzione, a titolo di prezzo, un contributo pubblico necessario all'equilibrio economico-finanziario della concessione.

Ciò dipende dal fatto che l'aspirante concessionario in sede di offerta deve indicare, oltre alla durata della concessione e a vari altri adempimenti (le eventuali varianti al progetto posto a base di gara, il tempo di esecuzione dei lavori, la quota di lavori che intende affidare a terzi), il prezzo richiesto e quello che eventualmente è disposto a corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice, il canone concessorio, il livello iniziale della tariffa da praticare all'utenza in base al livello di qualità di gestione del servizio e delle relative modalità, e soprattutto il piano economico finanziario.¹⁴¹

L'offerta ed il contratto devono infatti contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo, al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione, anche prevedendo un corrispettivo (art. 143, comma VII, del Codice).¹⁴²

Urbanistica e appalti 7: 803, 2012 – ove un Comune aveva annullato d'ufficio una procedura di *project financing* sostenendo la mancanza del rischio d'impresa, che costituisce elemento essenziale della fattispecie, in quanto l'operazione prevedeva a carico del Comune le risorse idonee a coprire l'intero importo dei lavori.

Nel caso di specie erano stati previsti degli oneri a carico dell'amministrazione, che si era assunta l'impegno di pagare per trenta anni i canoni di locazione a fronte delle opere di ristrutturazione e di realizzazione dell'urbanizzazione primaria affidate all'impresa.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'istanza sulla base dell'assunto che il *project financing* è una procedura caratterizzata da un elevato tasso di elasticità, che consente di adattare il progetto alle specifiche esigenze delle parti: alla necessaria partecipazione finanziaria del soggetto promotore può aggiungersi l'eventuale contributo pubblico.

¹⁴¹ Cfr. art. 116 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

¹⁴² L'art. 115 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, reca lo schema del contratto di concessione, ossia:

- a) le condizioni relative all'elaborazione da parte del concessionario del progetto dei lavori da realizzare e le modalità di approvazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice;
- b) l'indicazione delle caratteristiche funzionali, impiantistiche, tecniche e architettoniche dell'opera e lo standard dei servizi richiesto;
- c) i poteri riservati all'amministrazione aggiudicatrice, ivi compresi i criteri per la vigilanza sui lavori da parte del responsabile del procedimento;

Lo stesso vale per i servizi ai sensi dell'art. 30, commi II e VII, del Codice.

Il piano economico finanziario delle concessioni ne rappresenta pertanto il valore e, a tal fine, comporta la fissazione di una durata e di un prezzo volti a perseguire l'equilibrio complessivo dell'operazione.

Come abbiamo visto, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, è addirittura possibile derogare alla durata massima stabilita *ex lege* così come si può corrispondere un *pretium*.

E qui è doveroso interrogarsi sulla compatibilità o meno del principio nostrano di equilibrio economico-finanziario della concessione rispetto alla concezione europea di rischio operativo concessorio.

Se l'equilibrio economico-finanziario rileva unicamente in una prospettiva statica, in qualità di presupposto iniziale della concessione, non dovrebbero essere riscontrabili vizi di incompatibilità con la direttiva 2014/23/UE poiché obiettivo ultimo è quello di coinvolgere i soggetti privati nella realizzazione di valide operazioni di pubblico interesse.

In questa prospettiva vanno analizzate le disposizioni nazionali che mirano a garantire la validità economico-finanziaria delle concessioni.

-
- d) la specificazione della quota annuale di ammortamento degli investimenti;
 - e) l'eventuale limite minimo dei lavori da appaltare obbligatoriamente a terzi secondo quanto previsto nel bando o indicato in sede di offerta;
 - f) le procedure di collaudo;
 - g) le modalità ed i termini per la manutenzione e per la gestione dell'opera realizzata, nonché i poteri di controllo del concedente sulla gestione stessa;
 - h) le penali per le inadempienze del concessionario, nonché le ipotesi di decadenza della concessione e la procedura della relativa dichiarazione;
 - i) le modalità di corresponsione dell'eventuale prezzo, anche secondo quanto previsto dall'articolo 143, comma 5, del codice;
 - l) i criteri per la determinazione e l'adeguamento della tariffa che il concessionario potrà riscuotere dall'utenza per i servizi prestati;
 - m) l'obbligo per il concessionario di acquisire tutte le approvazioni necessarie oltre quelle già ottenute in sede di approvazione del progetto;
 - n) le modalità ed i termini di adempimento da parte del concessionario degli eventuali oneri di concessione, comprendenti la corresponsione di canoni o prestazioni di natura diversa;
 - o) le garanzie assicurative richieste per le attività di progettazione, costruzione e gestione;
 - p) le modalità, i termini e gli eventuali oneri relativi alla consegna del lavoro all'amministrazione aggiudicatrice al termine della concessione;
 - q) nel caso di cui all'articolo 143, comma 5, del codice, le modalità dell'eventuale immissione in possesso dell'immobile anteriormente al collaudo dell'opera;
 - r) il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione temporale per tutto l'arco temporale prescelto;
 - s) il corrispettivo per il valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione.

È specialmente quest'ultimo punto a creare qualche dubbio interpretativo, ma la medesima questione riguarda anche la nuova direttiva 2014/23/UE (v. *supra*).

Anzitutto l'art. 144, comma 3-*bis*, del Codice afferma che tutti i documenti di gara (bandi e relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico-finanziario) sono definiti dall'amministrazione in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità dell'operazione.¹⁴³

Per le concessioni da affidarsi con procedura ristretta, nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte.

Non può invece essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'art. 18 della l. 12 novembre 2011, n. 183¹⁴⁴, e all'art. 33 del d.l.

¹⁴³ Cfr. sia l'art. 143, comma VII, che l'art. 144, commi 3-*ter* e 3-*quater*, del Codice.

Il bando può prevedere che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziari di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione, anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario.

Le offerte devono quindi dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziari nel progetto, ma non è necessario il loro impegno formale ad investire nella concessione.

La facoltà diviene obbligo – a pena di risoluzione – nel prosieguo della gara.

Nel bando di gara, infatti, l'amministrazione aggiudicatrice prevede che il contratto di concessione sia risolto in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento o in mancanza della sottoscrizione o del collocamento delle obbligazioni di progetto, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a ventiquattro mesi, decorrente dalla data di approvazione del progetto definitivo.

Resta salva la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento, purché sottoscritte entro lo stesso termine.

Nel caso di risoluzione del rapporto, il concessionario non avrà diritto ad alcun rimborso delle spese sostenute, incluse quelle relative alla progettazione definitiva.

Il bando di gara può altresì prevedere che in caso di parziale finanziamento del progetto e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimanga valido limitatamente alla parte che regola la realizzazione e gestione del medesimo stralcio funzionale.

¹⁴⁴ Al fine di favorire la realizzazione di nuove infrastrutture da realizzare con contratti di partenariato pubblico privato di cui all'art. 3, comma 15-*ter*, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, riducendo ovvero azzerando il contributo pubblico a fondo perduto, in modo da assicurare la sostenibilità economica dell'operazione di partenariato pubblico privato tenuto conto delle condizioni di mercato, possono essere previste per il soggetto interessato, inclusi i soggetti concessionari, le seguenti misure:

a) le imposte sui redditi e l'IRAP generate durante il periodo di concessione possono essere compensate totalmente o parzialmente con il predetto contributo a fondo perduto;

b) il versamento dell'IVA può essere assolto mediante compensazione con il predetto contributo pubblico a fondo perduto, nel rispetto della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006;

c) l'ammontare del canone di concessione autostradale previsto dall'art. 1, comma 1020, della l. 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni, nonché l'integrazione prevista dall'art. 19, comma 9-*bis*, del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, e successive modificazioni, possono essere riconosciuti al concessionario come contributo in conto esercizio.

L'importo del contributo pubblico a fondo perduto nonché le modalità e i termini delle misure appena viste, utilizzabili anche cumulativamente, sono posti a base di gara per l'individuazione del

18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221¹⁴⁵, nonché l'importo dei contributi pubblici, ove previsti.

La questione interpretativa non si pone tanto in relazione al contributo pubblico iniziale, poiché fondamentale nell'equilibrare l'operazione economica *ab origine*¹⁴⁶, quanto alle sue successive variazioni.

concessionario, e successivamente riportate nel contratto di concessione da approvare con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

Il contributo pubblico, incluse le misure di defiscalizzazione, non può eccedere il 50% del costo dell'investimento e deve essere conforme alla disciplina nazionale e comunitaria.

Le misure possono essere utilizzate anche per le infrastrutture di interesse strategico già affidate o in corso di affidamento con contratti di partenariato pubblico-privato di cui all'art. 3, comma 15-ter, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, qualora risulti necessario ripristinare l'equilibrio del piano economico finanziario.

Il CIPE con propria delibera, previo parere del NARS che allo scopo è integrato con due ulteriori componenti designati rispettivamente dal Ministro dell'economia e delle finanze e dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, adottata su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, determina l'importo del contributo pubblico a fondo perduto, quello necessario per il riequilibrio del piano economico finanziario, l'ammontare delle risorse disponibili a legislazione vigente utilizzabili, l'ammontare delle misure da riconoscere a compensazione della quota di contributo mancante, nonché i criteri e le modalità per la rideterminazione della misura delle agevolazioni in caso di miglioramento dei parametri posti a base del piano economico finanziario.

In occasione degli aggiornamenti periodici del piano economico-finanziario si procede alla verifica del calcolo del costo medio ponderato del capitale investito ed eventualmente del premio di rischio indicati nel contratto di concessione vigente, nonché alla rideterminazione delle misure di defiscalizzazione sulla base dei valori consuntivati nel periodo regolatorio precedente, anche alla luce delle stime di traffico registrate nel medesimo periodo.

¹⁴⁵ Al fine di favorire in via sperimentale la realizzazione di nuove opere infrastrutturali previste in piani o programmi approvati da amministrazioni pubbliche di importo superiore a 50 milioni di euro mediante l'utilizzazione dei contratti di partenariato pubblico-privato di cui all'art. 3, comma 15-ter, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la cui progettazione definitiva sia approvata entro il 31 dicembre 2016, per i quali non sono previsti contributi pubblici a fondo perduto ed è accertata la non sostenibilità del piano economico-finanziario, è riconosciuto al soggetto titolare del contratto di partenariato pubblico-privato un credito di imposta a valere sull'IRES e sull'IRAP generate in relazione alla costruzione e gestione dell'opera e l'esenzione dal pagamento del canone di concessione nella misura necessaria al raggiungimento dell'equilibrio del piano economico-finanziario.

Il CIPE, previo parere del NARS che allo scopo è integrato con due ulteriori componenti designati rispettivamente dal Ministro dell'economia e delle finanze e dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con proprie delibere individua l'elenco delle opere che, per effetto dell'applicazione delle misure di defiscalizzazione, conseguono le condizioni di equilibrio economico-finanziario necessarie a consentirne il finanziamento, e il valore complessivo delle opere che possono accedere alle agevolazioni; per ciascuna infrastruttura sono inoltre determinate le misure agevolative necessarie per la sostenibilità del piano economico-finanziario, definendone le modalità per l'accertamento, per il relativo monitoraggio nonché per la loro rideterminazione in caso di miglioramento dei parametri posti a base del piano economico-finanziario e applicando, per quanto compatibili, principi e i criteri definiti dal CIPE con le apposite linee guida per l'applicazione dell'articolo 18 della legge 12 novembre 2011, n. 183.

Le misure adottate al fine di assicurare la sostenibilità economica dell'operazione di partenariato pubblico-privato non possono superare nel complesso il 50% del costo dell'investimento, tenendo conto anche del contributo pubblico a fondo perduto, in conformità alla disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato e sono alternative a quelle previste dall'art. 18 della l. 12 novembre 2011, n. 183 (v. nota precedente).

¹⁴⁶ In questo senso si legga la sentenza della Corte di Giustizia, Sez. I, 25 ottobre 2012, C-557/10, *Commissione/Repubblica portoghese*, ove si afferma il principio che gli Stati membri hanno l'obbligo di definire modalità necessarie per garantire che sia in equilibrio la contabilità del gestore dell'infrastruttura.

Se si provvede *in itinere* a ripristinare l'equilibrio originario, non si dovrebbero incontrare obiezioni in quanto il contraente finirebbe col mantenere la medesima posizione ottenuta in sede di aggiudicazione, senza acquisire vantaggi indebiti.

Al contrario, qualora l'amministrazione intervenga *in medias res* al fine di assicurare l'equilibrio economico della concessione *tout court*, compensando le deficienze ed i limiti dell'operazione contrattuale posta in essere, il risultato diverrebbe la sostanziale eliminazione del rischio operativo privato.

Di conseguenza, non solo non si avrebbe più una concessione¹⁴⁷, ma oltretutto si dovrebbe constatare la presenza di aiuti di Stato non consentiti.¹⁴⁸

Del resto, la nuova direttiva europea limita fortemente la possibilità di modificare la concessione aggiudicata, sebbene consenta di apporre clausole di adeguamento e di riequilibrio economico (che rappresentano l'eccezione, non la regola).

Deve anzitutto porsi attenzione al fatto che quando è la legge a imporre il ripristino dell'equilibrio economico-finanziario dell'operazione contrattuale, rimane dubbiosa la qualificazione come concessione.

Si invertirebbe in tal modo il rapporto di regola-eccezione prescritto dal diritto europeo.

Occorre pertanto esaminare le disposizioni nazionali e la giurisprudenza in materia di revisione di prezzi e modifiche in corso d'esecuzione per verificare se il trattamento delle concessioni in Italia sia conforme al diritto unionale ed il rischio operativo contraddistingua veramente il concessionario in contrapposizione all'appaltatore.

¹⁴⁷ Cfr. note 52 e 54 *supra*: Corte Giust. UE, Sez. II, 18 luglio 2007, C-382/05, *Commissione/Italia*; Corte Giust. UE, Sez. III, 13 novembre 2008, C-437/07, *Commissione/Italia*.

¹⁴⁸ Secondo la Corte di Giustizia europea – in particolare v. causa C-280/00, *Altmark* – affinché una compensazione possa sottrarsi alla qualificazione di aiuto di Stato, devono ricorrere taluni presupposti:

- in primo luogo, l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi siano stati definiti in modo chiaro;

- in secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente, al fine di evitare che essa comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto a imprese concorrenti;

- in terzo luogo, la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento;

- in quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento.

La revisione di prezzi e tariffe

Per quanto riguarda il diritto positivo, allo stato, per effetto dell'art. 142 del Codice alle concessioni di lavori trovano applicazione le medesime norme che regolano gli appalti, ovverosia gli artt. 132 (varianti in corso d'opera) e 133 (revisione dei prezzi), sui quali torneremo più avanti (v. *infra*).

Mentre per i servizi, ai sensi dell'art. 30, è dubbio se debbano trovare applicazione – e siano quindi da considerare rappresentativi dei principi generali in materia di contratti pubblici – gli artt. 114 e 115 del Codice regolanti sempre varianti e adeguamento dei prezzi.

Già in questo si riscontra una inopinata diversità di trattamento all'interno di un istituto unico, derivante dalla sciagurata opzione legislativa di valutare norma per norma l'effettiva applicabilità.

Ciò ha spinto gli interpreti, da un lato (specialmente per le concessioni di servizi), a rievocare la tradizionale visione della concessione quale provvedimento amministrativo o contratto di diritto pubblico¹⁴⁹ e, dall'altro lato (soprattutto per le concessioni di lavori), a ricercare nel diritto comune un correttivo alle lacune codicistiche.¹⁵⁰

¹⁴⁹ In tal senso vedasi T.A.R. Napoli, Sez. I, 5 aprile 2002, n. 1888 (“Il meccanismo revisionale dei prezzi è previsto dalla legge unicamente per i contratti di appalto e non anche per quelli accessivi ad una concessione di pubblico servizio, per i quali vige l'opposto principio della normale invariabilità del canone concessorio, salvo la presenza di un'esplicita e chiara clausola di deroga. Pertanto, la concessione di un servizio pubblico si sottrae alla disciplina codicistica di cui all'art. 1664, c.c. sulla revisione dei prezzi, operando essa per i soli contratti di appalto”), nonché Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2006, n. 521 e 6 aprile 2006, n. 1864 (“Il principio dell'obbligatorietà della clausola di revisione prezzi è previsto per i contratti ad esecuzione continuativa e periodica e non per le concessioni”).

Una eccezione, oltre alla presenza di una clausola espressa di revisione, era prevista nel caso in cui le ragioni del ritardo nella realizzazione dell'opera fossero riconducibili a carenze della progettazione non imputabili al concessionario: secondo Consiglio di Stato, Sez. V, 27 dicembre 2001, n. 6400, quando l'amministrazione, per poter disporre dei progetti in tempi brevissimo ha assunto su di sé l'onere di fornire parte dei documenti necessari alla progettazione, non sussiste la causa ostativa alla concedibilità della revisione dei prezzi.

Ma qui più che una revisione dei prezzi deve constatarsi il risarcimento dei danni al concessionario.

Di recente sono intervenuti Consiglio di Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1755 e T.A.R. Sicilia, Sez. III, 17 aprile 2014, n. 1053: “secondo il consolidato insegnamento della giurisprudenza amministrativa, la previsione di cui all'invocato articolo 115 del D.Lgs. n. 163 del 2006 riguarda esclusivamente il contratto di appalto e non il contratto accessivo ad una concessione di pubblico servizio, per il quale vige l'opposto principio della normale invariabilità del canone concessorio (cfr. tra le tante: Cons. Stato, Sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3335; 3 febbraio 2006, n. 388). Infatti, le concessioni di servizi sono soggette alla normativa di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006 solo negli stretti limiti da essa specificati (si veda in particolare l'art. 30), con esclusione, quindi, dell'invocato istituto previsionale”.

In realtà, le decisioni affermano solo che alle concessioni affidate in modo diretto non si applica l'istituto della revisione prezzi, logicamente connesso alla dinamica concorrenziale propria degli appalti, vigendo l'opposto principio della invariabilità del canone concessorio.

A diversa conclusione è pervenuto Consiglio di Stato, Sez. V, 26 agosto 2010, n. 5954, che ha ravvisato l'obbligo di inserzione della clausola di revisione periodica del prezzo prevista per tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa sul presupposto che il contratto stipulato con l'amministrazione non abbia la finalità di regolamentare un rapporto concessorio, ma il contenuto di un vero e proprio rapporto contrattuale che, prescindendo dalla concessione preesistente, costituisce l'unica fonte giuridica di regolamentazione dei rapporti con l'amministrazione, secondo le normative di carattere generale che regolano i rapporti contrattuali.

¹⁵⁰ In ordine alla revisione dei prezzi, constatata la spaccatura della giurisprudenza anteriore al Codice, la dottrina ha ritenuto che "i problemi connessi alla sostanziale inapplicabilità alla concessione di servizio del rimedio previsto dall'art. 115 del D.Lgs. n. 163/2006 (ricollegabile all'espressa sottrazione dei contratti di concessione di servizi alla generale disciplina in tema di contratti d'appalto di servizi e/o di forniture di beni, ad opera del citato art. 30, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006), possono trovare (almeno parziale) soluzione con l'applicazione - in via sussidiaria - della disciplina codicistica delineata nei citati artt. 1664 e/o 1467 c.c., quantomeno a partire dalle variazioni del costo del lavoro e dei prezzi delle materie superiori al margine di alea dell'imprenditore, forfetariamente identificato nel 10%" (cfr. Balestreri A.M., *L'applicabilità di meccanismi revisionali ai contratti di concessioni di servizi*, Urbanistica e appalti 4: 393, 2009).

La conclusione dell'autore trascura totalmente la fondamentale questione della natura aleatoria o commutativa del contratto di concessione, in virtù della peculiare allocazione del rischio operativo.

Questione su cui invece prende esplicitamente posizione, ad esempio, la sentenza del T.A.R. Milano, Sez. III, 16 dicembre 2011, n. 3200 – con nota di Cartei G.F., *Il rischio di costruzione del concessionario segue la disciplina generale del contratto di appalto*, 2012, giustamm.it (pubblicato l'11.1.2012) – nel senso della commutatività della concessione al pari dell'appalto.

Il giudice amministrativo, a fronte del ricorso di una società di progetto avverso il rifiuto del committente di assentire la revisione dei prezzi, ha respinto la tesi difensiva negando che il diritto alla compensazione richiesta fosse escluso dalla specifica natura della concessione di opere pubbliche, nella quale il concessionario è remunerato mediante i proventi dell'opera e si assume il rischio della costruzione e della gestione, potendo attivare, alle sole condizioni previste nel contratto di concessione, i meccanismi di revisione del piano economico finanziario (che, nella specie, non prevedevano alcuna necessità di riequilibrio in caso di variazione dei prezzi dei materiali di costruzione). Anzi, all'uopo viene utilizzata l'analogia con gli appalti: *"Il contratto di concessione di costruzione e gestione, al pari dell'appalto di lavori, ha natura commutativa e non aleatoria. Le prestazioni che ne connotano l'oggetto (realizzazione dell'opera e diritto di gestirla per un certo arco temporale) sono, infatti, determinate fin dalla nascita del contratto. Come accade per tutti i contratti la cui esecuzione si protragga nel tempo, il valore economico di dette prestazioni in costanza di rapporto può subire variazioni, anche notevoli, in reazione alle mutevoli contingenze del mercato. In difetto di diversa pattuizione, la distribuzione dei rischi derivanti dalle oscillazioni del mercato o altre sopravvenienze che alterino l'equilibrio economico iniziale del contratto è regolata dalla disciplina generale del codice civile e da quella speciale attinente lo specifico tipo contrattuale"* (corsivo aggiunto).

Rifacendosi agli artt. 133 del d.lgs. 163/2006 e 1664 cod. civ. sugli appalti, il giudice ha rifiutato le allegazioni difensive fondate sulla natura concessoria del contratto, spingendosi fino a mistificare il rischio di costruzione e ad ignorare che detto rischio nella fattispecie ricadeva espressamente sul concessionario.

Secondo il T.A.R. adito, infatti, la circostanza che la remunerazione del concessionario consista, anziché in una prestazione pecuniaria, nell'attribuzione del diritto di gestire l'opera realizzata non incide sul riparto dei rischi relativi alla costruzione: *"La maggiore alea che il concessionario si accolla rispetto all'appaltatore riguarda, infatti, la gestione dell'opera: egli nel momento in cui accetta che il proprio investimento venga remunerato attraverso la concessione del diritto di sfruttare economicamente il manufatto realizzato si assume un rischio di impresa che, normalmente, grava sull'ente concedente. A parte ciò il contratto di concessione, in base alla sua stessa definizione normativa (sia interna che comunitaria), non presenta differenze rispetto ad un comune contratto di appalto, con la conseguenza che il rischio di costruzione assunto dal concessionario rimane nei limiti dell'alea normale tipica dell'appalto di lavori"* (enfasi aggiunta).

Il ragionamento seguito, pur portando a proprio sostegno il diritto positivo (mentre l'art. 152 sancisce l'applicabilità alla finanza di progetto di tutta la disciplina della programmazione progettazione ed esecuzione dei lavori dettata per il contratto di appalto, nella quale rientra anche il compenso revisionale per l'aumento del costo dei materiali di costruzione, l'art. 143 si occupa solamente degli effetti sull'equilibrio economico del contratto cagionati dalle sopravvenienze suscettibili di intaccare la remuneratività della gestione dell'opera, come le modifiche tariffarie, ma non di quelle che incidono sui costi di costruzione), non convince affatto.

Dato che il principio dell'obbligatorietà della clausola di revisione prezzi è previsto, testualmente, "per i contratti ad esecuzione continuativa e periodica"¹⁵¹, occorre capire se esso valga anche per le concessioni.

La clausola revisionale trova la propria ragione giustificatrice nel pericolo di compromissione dell'equilibrio delle prestazioni contrattuali per effetto della svalutazione o rivalutazione delle medesime nel corso del tempo.

Il pagamento del compenso revisionale da parte dell'amministrazione garantisce che il rapporto sinallagmatico fra le prestazioni al momento della stipula del contratto sia valido fino al termine dell'esecuzione.

Ciò è sicuramente vero per gli appalti commutativi, ma per le concessioni?

Come si concilia il rischio operativo del concessionario con l'obbligo della p.a. di compensare le variazioni dei prezzi?

La risposta fornita dall'ordinamento nazionale, come visto, oscilla a seconda del carattere pubblicistico o privatistico riconosciuto alla concessione, ma non si concentra sull'aspetto dell'allocatione dei rischi.

Considerando la concessione come provvedimento amministrativo o contratto accessivo a quest'ultimo, la revisione dei prezzi viene generalmente esclusa per la prevalenza della componente pubblicistica che attribuisce piena discrezionalità alla p.a.; nella visione contrattuale, per contro, la concessione non solo deve contenere la clausola revisionale, ma attribuisce al contraente un diritto soggettivo a vedersi riconosciuto il relativo compenso.

Insomma, il rischio di costruzione si presenterebbe identico sia negli appalti che nelle concessioni, connotato dalla medesima alea "normale" a carico del prestatore e dalla responsabilità del committente per il resto. Le predette conclusioni non muterebbero, ad avviso del T.A.R., nemmeno per effetto del recente inquadramento della concessione di costruzione e gestione nell'ambito dei cd. "contratti di partenariato" sovente connotati dal finanziamento privato, anziché pubblico, dell'opera e dei rischi correlati.

In conclusione, nella fattispecie, il giudice milanese ritiene di aver adottato "una opzione ermeneutica conforme all'oggetto ed alla natura del contratto di concessione di costruzione e gestione (in quanto mantiene il rischio di costruzione nell'ambito dell'alea normale assunta dal concessionario) e che determina altresì un equo temperamento degli interessi delle parti": riconducendo l'aumento dei costi dei materiali di costruzione alla "forza maggiore", annoverata dal contratto fra le cause di revisione del PEF, non sarebbe sorto automaticamente un obbligo del concedente di corrispondere il compenso revisionale di cui all'art. 133 del Codice, bensì la necessità di procedere al riesame congiunto del piano per ripristinare l'equilibrio economico-finanziario.

La decisione non pare soddisfacente, se non altro perché oblitera completamente l'allocatione dei rischi impressa dalle parti nel contratto di concessione ed elabora un rischio di costruzione *sui generis*, equivalente sia per gli appalti che per le concessioni ed avulso dalla panoramica europea.

¹⁵¹ Cfr. art. 133 del Codice, che riproduce l'art. 6 della legge n. 537/1993 come sostituito dall'art. 44 della legge n. 724/1994.

Non è pertanto facile inquadrare correttamente la posizione giuridica soggettiva da tutelare nel caso di vertenze.

Il Codice del processo amministrativo prevede la giurisdizione esclusiva per le controversie relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'art. 115 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nonché per quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'art. 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto.

Di conseguenza, in materia di revisione prezzi, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in forza dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2 del c.p.a., indipendentemente dal fatto che le domande proposte attengano all'*an* o al *quantum* richiesto, ovvero cumulino entrambi i profili.¹⁵²

Ma detta regola riguarda solamente i contratti assoggettati al Codice dei contratti, come le concessioni di lavori nei settori ordinari, o che richiamino espressamente gli articoli del medesimo in materia di revisione prezzi.

E quindi sono normalmente escluse le concessioni di servizi e quelle dei settori speciali, sia dalla revisione dei prezzi sia dalla giurisdizione esclusiva.

Il che implica una certa asimmetria nella regolamentazione delle concessioni.

Detta questione non può essere superata attraverso l'applicazione analogica della disciplina codificata per gli appalti pubblici e privati, se prima non si chiarisce la distinzione fra appalti e concessioni e la natura di quest'ultime.

Allo stesso modo, oltre che ai prezzi, la problematica attiene alle tariffe.¹⁵³

¹⁵² In dottrina vedasi Pagani I., *Riparto di giurisdizione in materia di revisione dei prezzi e condizioni per ritenere sussistente il presupposto riconoscimento revisionale*, Urbanistica e appalti 8-9: 904, 2014.

¹⁵³ Sul punto si veda Consiglio di Stato, Sez. V, 26 ottobre 2011, n. 5713, sul ricorso di un'impresa nei confronti di un Comune per chiedere l'accertamento del diritto all'adeguamento annuale delle tariffe.

La richiesta trovava fondamento in una concessione trentennale, in relazione alla quale la società concessionaria aveva ottenuto dal Comune una prima revisione delle tariffe e, a fronte del silenzio tenuto dall'amministrazione sulle ulteriori richieste di adeguamento tariffario, aveva provveduto, in via autonoma, ad aumentare annualmente le tariffe praticate all'utenza.

Avendo il Tar respinto il ricorso di primo grado, la società aveva proposto appello sostenendo che, con l'aumento unilaterale del canone, non avrebbe alterato il rapporto sinallagmatico ma, al contrario, avrebbe mantenuto l'equilibrio nella gestione del servizio.

Il Consiglio di Stato, in via preliminare, ha però respinto la configurabilità di un diritto soggettivo della società concessionaria ad ottenere la revisione annuale delle tariffe applicabili agli utenti del servizio: "La società ricorrente vuol far discendere la fondatezza di tale pretesa dal tenore della convenzione, a suo tempo stipulata con il Comune, ed in particolare, dal fatto che una clausola di detta convenzione indica tre specifici parametri di riferimento - la variazione dei costi generali gravanti sull'impresa, la variazione del costo della mano d'opera e la variazione dei costi dell'energia elettrica - in presenza dei quali la modifica tariffaria risulterebbe obbligatoria, senza alcuna residua discrezionalità per l'ente pubblico.

Le modifiche in corso d'esecuzione

Come visto, la nuova direttiva prevede la possibilità di modificare la concessione ristabilendo l'equilibrio economico a favore del concessionario secondo quanto previsto in concessione oppure attraverso l'estensione (non notevole) della concessione o mediante modifiche oggettive/soggettive che non snaturino la concessione medesima.

La normativa europea, invero, sembrerebbe fornire una salomonica soluzione intermedia che consente di metter mano alla concessione, entro ben determinati limiti, anche *in medias res*.

Sul fronte nazionale, l'art. 143, comma VIII, del Codice dispone che le variazioni ai presupposti e alle condizioni di base, che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, apportate dalla committenza e/o da norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o che comunque incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario – previa verifica del CIPE, sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS) – comportano la necessaria revisione della concessione, da attuare mediante nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza.

In mancanza della revisione, il concessionario può recedere dal contratto.

Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dev'essere effettuata a favore del concedente.

A sua volta, l'art. 143, comma VIII-*bis*, integra quanto appena detto, sancendo che la concessione definisce i presupposti e le condizioni di base del piano economico-finanziario le cui variazioni non imputabili al concessionario, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua revisione.

Al riguardo, deve, invece, condividersi quanto sostenuto dal comune che ha sottolineato come “la medesima clausola faccia espresso riferimento all'interesse degli utenti, il che implicherebbe la persistenza, pur quando si verificano le anzidette condizioni di adeguamento delle tariffe, di un potere discrezionale dell'ente pubblico, chiamato a contemperare l'interesse degli utenti con quello della concessionaria del servizio; potere in presenza del quale la posizione soggettiva della concessionaria non può configurarsi altrimenti che in termini di interesse legittimo” (cfr. sentenza delle SS.UU. n. 25508/06, fra le stesse parti, con cui è stato esclusa la applicabilità, alla fattispecie, del lodo arbitrale).

Ciò comporta [...] l'illegittimità delle modifiche apportate in via unilaterale, dalla soc. ricorrente, alle pattuizioni convenzionali di erogazione del servizio”.

Una volta esclusa la competenza del concessionario a stabilire autonomamente le tariffe, in quanto spettante all'amministrazione *ex art. 117 TUEL (v. supra)*, occorre capire se e fino a che punto la loro revisione può incidere sull'equilibrio economico dell'operazione in corso d'esecuzione.

La concessione contiene inoltre una definizione di equilibrio economico finanziario che fa riferimento ad indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito, nonché la procedura di verifica e la cadenza temporale degli adempimenti connessi.

Rispetto all'omologo europeo il legislatore nostrano ha posto l'accento non sull'allocatione del rischio, ma sull'equilibrio economico-finanziario¹⁵⁴, individuando le premesse per la revisione della concessione nelle variazioni non imputabili al concessionario e in quelle derivanti *ex lege* o per *factum principis*.

Giova precisare che il ripristino dell'equilibrio contrattuale opera nelle due direzioni: sia in favore del concessionario che in favore del concedente.

Rimane però il dubbio che la disciplina interna sia un po' troppo favorevole al contraente privato, soprattutto nel caso in cui l'alterazione dell'equilibrio contrattuale dipenda da fattori esterni alle parti (la norma interna citata parla di "variazioni non imputabili al concessionario"), così discostandosi dall'essenza rischiosa della concessione (ove il "rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti").

Se infatti le ipotesi contenute nella direttiva 2014/23/UE prefigurano scenari eccezionali che possono talvolta verificarsi nella pratica contrattuale, le norme italiane sembrano proteggere eccessivamente il contraente privato contro il rischio operativo.

Vediamo qual è stata la posizione della giurisprudenza interna al riguardo.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Si rinvia a Cartei G.F., *Il principio di equilibrio economico finanziario e la disciplina del contratto di concessione*, Urbanistica e appalti 2: 129-138, 2012, e a Cori R.; Paradisi I., "La fase di esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 568.

Anche Santoro S., *Le oscillazioni dei prezzi negli appalti e nelle concessioni: rimedi e prospettive*, Relazione al Convegno IGI - Roma, 28 aprile 2004, giustamm.it, sotto la previgente Legge Merloni 109/94, evidenzia la presenza di un principio tendenziale – il perseguimento e mantenimento nel tempo dell'equilibrio economico-finanziario originario tra investimenti e gestione, in relazione alla qualità del servizio da erogare, anche mediante un prezzo prefissato in sede di gara – che "assicura una preminente tutela del concessionario, ma risente drammaticamente dell'assenza di ogni attenzione istituzionale per gli interessi di utenti e consumatori, la cui tutela si sposta inevitabilmente sul piano giudiziario".

¹⁵⁵ Afferma la natura commutativa della concessione, oltre alla già vista sentenza del T.A.R. Milano, Sez. III, 16 dicembre 2011, n. 3200, anche quella del Consiglio di Stato, Sez. V, 11 ottobre 2013, n. 4979: "Ai sensi dell'art. 3 comma 12, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 la concessione di servizi è il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire e sfruttare economicamente il servizio o in tale diritto accompagnato da un prezzo; entrambi sono quindi riconducibili allo schema generale di cui all'art. 1321 c.c., differenziandosi per il fatto che in un caso l'Amministrazione riceve direttamente dal contraente privato servizi strumentali ai propri fini, mentre nell'altro detto contraente eroga i servizi alla collettività in sostituzione dell'ente pubblico; entrambi, quindi, hanno una causa data dalla funzione economico-sociale dello scambio che con essi si attua tra le parti contraenti, dovendosi escludere che detto scambio possa in concreto non verificarsi, come avviene, lecitamente, per i contratti aleatori" (cors. agg.).

Si tratta, com'è assai evidente, di un *misunderstanding* circa la nozione di contratto aleatorio (accompagnata dalla consueta epifania del rapporto trilaterale concessorio: v. *supra*).

L'aleatorietà, al pari della commutatività, è un sottoinsieme interno ai contratti sinallagmatici.

Dunque, una cosa non esclude l'altra: il *discrimen* risiede nell'incertezza economica e/o giuridica di almeno una delle prestazioni racchiuse nel contratto. Incertezza che può inerire all'*an* e/o al *quantum*.

Il che significa che la funzione di scambio è presente anche nei contratti aleatori.

La peculiarità di quest'ultimi, almeno nell'orbita civilistica, consiste nell'impossibilità di applicare le disposizioni sull'eccessiva onerosità sopravvenuta (adattamento e risoluzione) e sulla rescissione per lesione quando la ragione dello squilibrio *ex post* sia determinata proprio dai rischi pattuiti *ex ante*; negli altri casi dovrebbe per converso essere possibile adoperare tali rimedi. Sul punto si tornerà tra breve (v. *infra*).

Per tornare alla pronuncia del Consiglio di Stato annotata, occorre dire che la controversia concerneva una concessione di costruzione e gestione su un impianto natatorio sul quale erano stati eseguiti dei lavori extracapitolato, previsti in gara ma non espressamente inclusi nel progetto.

Il concessionario aveva il consenso amministrativo per il ristoro delle spese da parte del concedente.

Nonostante il giudice di primo grado, in ordine alla funzione tipica dello strumento concessorio, avesse respinto la domanda enfatizzando la traslazione, dall'ente pubblico concedente al soggetto privato concessionario, del rischio economico derivante dalla gestione di un bene avente attitudine produttiva, il Consiglio di Stato ha obiettato che quest'ultimo soggetto non può essere esposto ad un'alea indeterminata, tale da alterare chiaramente la naturale funzione commutativa del contratto (appalto o concessione che sia): "Non è in altri termini sostenibile che tutti i rischi contrattuali ricadano indiscriminatamente sul gestore privato, in particolare quelli imputabili all'amministrazione concedente, responsabile di carenze progettuali, che il privato partecipante alla procedura competitiva per l'aggiudicazione del contratto può in piena buona fede ignorare. Ad opinare in questo senso, infatti, verrebbe meno la stessa ragione di una procedura competitiva alla quale partecipano imprese private aspiranti concessionarie, selezionate - come nel caso di specie - attraverso l'offerta di un canone da corrispondere all'amministrazione. In particolare, sarebbe impossibile o comunque inutile qualsiasi stima circa la convenienza economica del contratto, la quale costituisce la ragione fondamentale in forza della quale soggetti imprenditoriali concorrono per l'aggiudicazione di contratti pubblici".

Anche su questo punto pare esserci un fraintendimento: non è vero che tutti i rischi ricadono sul concessionario e che, perciò, la gara per l'assegnazione della concessione perde di significato.

Allorché l'oggetto della competizione sia una concessione, la fase preponderante è senza dubbio l'allocatione dei rischi volta all'attribuzione degli stessi a chi meglio è in grado di gestirli ed al minor costo.

Solamente nel caso in cui l'aspirante concessionario si addossi l'onere di sopportare rischi di matrice pubblicistica, peraltro percependo un'apposita remunerazione aggiuntiva (cd. "*risk premium*"), sarebbe giustificata la affermazione contenuta nella sentenza in esame.

Nel caso di specie, dovendo per contratto provvedere all'esecuzione di tutti i lavori di ristrutturazione necessari a rendere agibile il complesso natatorio, il concessionario aveva dovuto eseguire delle migliorie non espressamente incluse nel progetto preliminare redatto dal concedente.

Come ricordato, le concessioni di lavori pubblici hanno, di regola, ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di lavori ad esse strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica e la controprestazione a favore del concessionario consiste, salvo un *pretium*, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati. Da ciò consegue che l'onere di valutare la convenienza economica dell'operazione ricade in primo luogo sul concessionario, al quale spetta accertare se i costi siano adeguatamente coperti dai ricavi ragionevolmente prevedibili.

Certo, un grosso limite è dato dal fatto che in tutte le concessioni lo studio di fattibilità e le bozze di piano economico-finanziario e contratto sono sempre redatte dall'amministrazione concedente.

Inoltre, soltanto nella finanza di progetto e per le opere strategiche il concessionario si occupa dell'intera progettazione (progetto preliminare, definitivo, esecutivo), mentre nelle altre concessioni di norma spetta alla p.a. preparare il progetto preliminare.

Il Consiglio di Stato si è allora avvalso dei criteri di interpretazione oggettiva del contratto – quello della buona fede e quello, residuale, della minor gravosità per l'obbligato, rispettivamente previsti dagli artt. 1366 e 1371 cod. civ. – e della disciplina del contratto d'appalto civilistico, in cui le variazioni necessarie del progetto sono poste a carico dell'appaltatore nei limiti di un sesto del valore dell'appalto (art. 1660, comma II, cod. civ.), laddove, in caso di superamento di tale soglia, lo stesso può svincolarsi dal contratto.

Scelta carica di preconcetti e fondata *de plano* sul presunto carattere commutativo del contratto di concessione.

Purtroppo in relazione al ripristino dell'equilibrio economico delle concessioni appare deficitaria la considerazione interna per il rischio, relegato a elemento pressoché indifferente per la distinzione fra appalti e concessioni, mentre viene dato risalto a valutazioni di carattere equitativo attraverso l'analogia con l'appalto (pubblico e non).

Ciò che ingenera una vistosa discrasia rispetto al diritto europeo.

La giurisprudenza nazionale si è invece rivelata maggiormente affidabile in relazione alle altre modifiche che possono intervenire sulle concessioni, vale a dire l'estensione e l'alterazione oggettiva/soggettiva delle stesse.¹⁵⁶

Ne è disceso l'accoglimento dell'appello ed al contempo la riforma della sentenza del T.A.R. (Milano, Sez. III, n. 2177/2001), che pure aveva ben inquadrato la problematica.

Le argomentazioni addotte dal Consiglio di Stato (pt. 4 dir.) per cui “anche la concessione deve essere economicamente appetibile, altrimenti venendo frustrato lo scopo di attrarre l'intervento del privato”, “sostenere che sul concessionario gravi anche l'alea di errori progettuali dell'amministrazione non preventivabili al momento della partecipazione alla procedura di aggiudicazione significa appunto rendere vano ogni valutazione circa la convenienza economica in ordine all'offerta del canone di concessione da corrispondere all'amministrazione, ed in ultima analisi sull'equilibrio economico tra l'esborso in questione ed il risultato netto ritraibile dalla gestione del servizio in concessione”, “la soluzione qui avversata determina un ingiustificato sacrificio economico per una parte del rapporto contrattuale, cui vengono accollati i rischi inerenti la sfera organizzativa dell'altra parte” appaiono apodittiche e prive di riscontro tangibile.

Non si fa alcun riferimento alla allocazione dei rischi cristallizzata nel contratto di concessione.

In aggiunta, un peso eccessivo viene attribuito al canone corrisposto dal concessionario (somma di 50 milioni di lire per sette anni di durata contrattuale, per un totale di 350 milioni) usato persino come parametro di raffronto equitativo rispetto all'ammontare dei lavori extracapolato (297 milioni di lire) per la valutazione della ripartizione dei rischi contrattuali, in analogia a quanto accade per le varianti negli appalti.

Ennesima imprecisione di giudizio poiché il canone concessorio non rappresenta l'intero valore della concessione così come la percentuale di un sesto – *rectius*: di un quinto, almeno per gli appalti pubblici, *ndr* (cfr. art. 161 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) – non assurge affatto a parametro equitativo della ripartizione dei rischi contrattuali fra le parti, a mo' di soglia oltre la quale la committenza si fa carico dell'equo indennizzo al contraente ma questi può recedere (per una corretta interpretazione del canone concessorio v. Consiglio di Stato, Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1243).

In disparte ogni considerazione sul rischio concessorio e sulla relativa allocazione, è da notare la presenza del consueto criterio dell'equilibrio economico-finanziario interno alla concessione, stavolta rappresentato dal confronto fra le miglorie realizzate ed il canone versato.

In definitiva, l'interpretazione del Supremo Consesso amministrativo risulta del tutto arbitraria e non si distacca dalla tradizionale visione interna delle concessioni quali figure scomode da maneggiare.

Rifugiarsi nel diritto comune non è sbagliato, semmai pare inconsulto adoperare strumenti inadatti che provocano incongruenze tanto vistose quanto perniciose (tanto più se si considera che è stata riformata la statuizione del giudice di primo grado che aveva correttamente interpretato la fattispecie concessoria).

¹⁵⁶ Mi riferisco specialmente a T.A.R. Milano, Sez. III, 12 ottobre 2011, n. 2419 (per l'estensione notevole di una concessione già stipulata), a Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2012, n. 6297 e T.A.R. Torino, Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 2 (per la rinegoziazione con l'aggiudicatario prima della stipulazione della concessione).

Le fattispecie hanno avuto ad oggetto concessioni in finanza di progetto relative a parcheggi pubblici, rispetto alle quali la controparte ha avanzato richiesta di modifica a compensazione di ulteriori oneri derivanti da sopravvenienze.

In tutte il criterio risolutivo adottato dai giudici è coinciso col “nuovo” equilibrio economico delle prestazioni implicate dalle concessioni, invalido appunto in quanto “nuovo” e non solo in quanto economicamente corretto o scorretto.

Le proposte di modifica del progetto presentate, lungi dal limitarsi a riequilibrare l'investimento, risultavano dirette a realizzare un'opera diversa da quella aggiudicata, in palese violazione delle regole di

Garantire l'equilibrio contrattuale della concessione *ex ante* è sicuramente necessario per dar vita ad operazioni fattibili sotto ogni punto di vista, garantirlo *ex post* significa invece cancellare in sostanza l'allocazione del rischio operativo al privato, trasformando la concessione in appalto.

Si tratta di inquadrare la problematica nell'ottica dell'efficienza allocativa.

In particolare, il concetto di imputabilità fa tradizionalmente riferimento alla colpa o al dolo del soggetto agente, il quale dunque risponde solamente degli eventi ad esso riferibili (poiché rientranti nella sua sfera di disponibilità) e per i quali è passibile di rimprovero (a differenza di ciò che accade nella responsabilità oggettiva).

L'osservazione è pertinente nella misura in cui presuppone che un certo numero di vicende del mondo empirico non siano imputabili a soggetti determinati: fenomeni naturali, atti di ignoti, crisi globali o di settore, andamento del mercato, e via dicendo.

Nella direttiva europea possono scorgersi dei limiti di compatibilità alle misure in favore del contraente aggiudicatario di una concessione.

Il riequilibrio economico a favore del concessionario secondo quanto previsto in concessione – se può giustificare i casi di sopravvenienze *ex lege* o per *factum principis*,

concorrenza e *par condicio* tra i partecipanti alle gare pubbliche: principi che impongono che l'oggetto del contratto posto a base di gara non possa essere modificato, né tantomeno stravolto dopo l'aggiudicazione, potendo – se del caso – l'amministrazione solo agire in autotutela e avviare una nuova gara.

Per di più ne risultava stravolto anche il tipo contrattuale, in quanto, per effetto del nuovo equilibrio, l'alea della gestione tipica della finanza di progetto sarebbe stata sostituita da una redditività certa nell'*an* ed assai più elevata nel *quantum*.

La conferma dell'assunto appena svolto è offerta anche dalla disciplina della concessione che consente modifiche al piano economico-finanziario nei soli termini regolamentari della gestione finanziaria (quali appunto la fissazione di un prezzo ovvero l'allungamento della durata della gestione *ex art. 143 supra*) senza intaccare le caratteristiche essenziali dell'*opus* (ad eccezione delle varianti consentite *ex lege*).

In definitiva, come ha sottolineato la giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Milano, Sez. III, 12 ottobre 2011, n. 2419; conf. T.A.R. Roma, Sez. II-bis, 15 aprile 2013, n. 3801 per le concessioni di servizi) “*occorre distinguere le varianti (consentite) in corso di esecuzione dalla rinegoziazione (non consentita). A questa stregua, le modifiche dell'opera sono vietate nella misura in cui abbiano attitudine a mutare in modo significativo il regolamento negoziale conducendo alla realizzazione di opere differenti rispetto a quelle poste a base di gara*” (enfasi aggiunta).

Altrimenti è necessario riaprire la “nuova” concessione alla concorrenza, come statuito dalla Corte di Giustizia, secondo la quale ogni volta che le modifiche apportate alle disposizioni di un contratto di concessione presentino caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle che hanno giustificato l'aggiudicazione del contratto di concessione iniziale e siano, di conseguenza, idonee a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale contratto, devono essere concessi, conformemente all'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato, tutti i provvedimenti necessari per reintrodurre la trasparenza nel procedimento, ivi compresa anche la possibilità di un nuovo procedimento di aggiudicazione (cfr. Corte Giust. UE, Sez. II, 27 ottobre 2005, cause riunite C-187/04 e C-188/04, *Commissione contro Repubblica italiana*, e Grande Sezione, 13 aprile 2010, causa C-91/08, *Wall AG*).

Orientamento poi recepito nella direttiva europea sulle concessioni, come visto: in dottrina si rinvia a Maresca D., *La modificazione sostanziale dei contratti di concessione di lunga durata durante l'esecuzione: commento alla direttiva europea 2014/23/UE*, *Diritto del Commercio Internazionale* 3: 749, 2014.

apportate dalla committenza e/o da norme legislative e regolamentari, o eccezionali – certamente non ammette previsioni che annullano completamente il rischio operativo.

L'estensione della concessione è destinata alle situazioni in cui si rendano necessari lavori o servizi supplementari.¹⁵⁷

Le modifiche oggettive/soggettive, infine, sono consentite soltanto a condizione che non alterino la concessione medesima e rappresentano così la categoria residuale cui appartengono tutte le varie vicissitudini che possono configurarsi senza tuttavia giungere alla necessità di riaprire la competizione concorrenziale (e.g. sub-affidamento, adeguamento tecnico e/o tecnologico, ristrutturazioni societarie, subentro o insolvenza).

Ciò significa che la rinegoziazione è vietata non solo quando sia pretestuosa, ma anche se mira a conferire un vantaggio indebito al contraente selezionato tramite gara, talché costui si trovi ad essere in una posizione ingiustamente privilegiata rispetto al confronto di mercato avuto con gli altri concorrenti e volto all'aggiudicazione.¹⁵⁸

Il principio di parità di trattamento prevale quindi su ogni altro interesse.

A far da contraltare alla rigidità di siffatta asserzione soccorrono le clausole di gara e di contratto che abbiano superato il vaglio della competizione esperita.

¹⁵⁷ In Italia si veda l'art. 147 del Codice - "Affidamento al concessionario di lavori complementari":

1. Possono essere affidati al concessionario in via diretta, senza l'osservanza delle procedure previste dal presente codice, i lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente previsto della concessione né nel contratto iniziale e che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, per l'esecuzione dell'opera quale ivi descritta, a condizione che l'affidamento avvenga a favore dell'operatore economico che esegue l'opera, nelle seguenti ipotesi:

a) quando i lavori complementari non possono essere tecnicamente o economicamente separati dall'appalto iniziale senza gravi inconvenienti per la stazione appaltante, oppure
b) quando i lavori, quantunque separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento.

2. In ogni caso l'importo cumulato degli appalti aggiudicati per i lavori complementari non deve superare il cinquanta per cento dell'importo dell'opera iniziale oggetto della concessione.

¹⁵⁸ Cfr. Corte Giust. UE, Grande Sezione, 13 aprile 2010, causa C-91/08, *Wall AG*, conclusioni dell'Avv. Gen. Bot, presentate il 27 ottobre 2009, ptt. 47-48: "Successivamente, nella fase di esecuzione del contratto, occorre conciliare l'obbligo di trasparenza con l'interesse del servizio pubblico, che, in talune circostanze, impone un adattamento e una modifica del contratto. Come già accennato, il concessionario si fa carico dell'organizzazione del servizio e dei relativi rischi di gestione. Considerato il carattere complesso e a lungo termine della concessione di servizi, il concessionario deve disporre del margine di manovra sufficiente per adattarsi alle condizioni del mercato e ai cambiamenti che possono intervenire nell'ambiente economico, tecnico o giuridico della concessione. Gli oneri imprevedibili e gli incidenti di esecuzione che sono inevitabili negli investimenti a lungo termine impongono dunque alle parti una particolare flessibilità e uno spirito di cooperazione. Le cause di rinegoziazione dei contratti sono pertanto molteplici. Tuttavia, alcune di esse possono essere fonte di abusi se portano a sovvertire l'economia del contratto, rendendo illusorie la trasparenza della procedura e la gara preliminare tra gli offerenti. È pertanto necessario valutare se la prevista modifica costituisca una semplice appendice del contratto, giustificata da motivi legittimi, o se alla fine essa porti alla stipulazione di un nuovo contratto che, conformemente ai principi fondamentali del diritto comunitario, dev'essere oggetto di un adeguato livello di pubblicità e di una nuova procedura di gara".

Ne discende la conferma di quel che si è detto in precedenza, ovverosia che la flessibilità voluta dal diritto europeo si colloca nella fase propedeutica alla concezione e aggiudicazione della concessione, successivamente venendo ridotta notevolmente.

Deve così immaginarsi che l'attribuzione di una concessione finisca col convogliare tutti gli elementi di complessità e rischiosità della fattispecie, lasciando alla sede contrattuale la ricezione dell'esito competitivo in aderenza al quale dover effettuare l'esecuzione.

Pare cogliersi una stonatura in ordine alla limitata modificabilità della concessione a livello sovranazionale (assoggettata alla stessa disciplina degli appalti), mentre il diritto nazionale – sempre sul presupposto della disciplina degli appalti (stavolta quella comune) – ammette una revisione della concessione in termini di equilibrio economico che di fatto annulla l'allocazione del rischio in capo al concessionario.

Aggiungasi che le direttive europee si limitano a stabilire i confini delle possibili modifiche alle concessioni aggiudicate senza dichiarare quali siano le conseguenze effettive (salvo il caso delle clausole di riequilibrio in favore del concessionario, non è affatto chiaro chi debba farsi carico di sopravvenienze imprevedibili e di lavori o servizi supplementari, tanto più che le stesse regole valgono per appalti e concessioni: per quest'ultime, pertanto, ci sarà un prolungamento della scadenza in nome dell'equilibrio economico-finanziario oppure il tutto è compreso nel rischio operativo gestionale del concessionario?).

Il diritto europeo non si occupa di queste problematiche, lasciando all'interprete nazionale l'onere e l'onore di individuare quale sia il regime contrattuale di adempimento e inadempimento delle obbligazioni incluse nei contratti pubblici.

La situazione per l'interprete è però complicata ed aggravata in Italia dalle resistenze di retaggi passati e dalla tendenza a riaffermare lo *stare decisis*.

Ciò che rende assai ardua l'interpretazione conforme al diritto europeo, sebbene anch'esso mostri profonde lacune accompagnate dalla propensione a colmarle mediante l'estensione del diritto positivo e positivizzato (in materia d'appalti, anzitutto).

In definitiva, in forza del diritto europeo, la distinzione fra appalti e concessioni, fondata sul rischio, rileva per lo più sul piano procedimentale antecedente alla concessione (fase competitiva) piuttosto che sul segmento susseguente (fase contrattuale).

Come dimostra la medesima disciplina di ambedue sotto il profilo delle modifiche *in itinere*.

§4.2.2. Il rischio di gestione negli appalti

Dato che l'appaltatore è tradizionalmente visto quale *nudus minister* della p.a., nell'opinione comune viene considerato esente da rischi diversi da quello d'impresa.

Avendo ridotta autonomia gestionale, nei soli limiti consentiti dalla stazione appaltante cui spetta remunerarlo, l'appaltatore sopporterebbe perciò pochi rischi.

D'altronde, l'enfasi posta sul rischio operativo concessorio ha legittimato una lettura *a contrario* nei confronti dell'appalto.

Ciò non rappresenta tuttavia la realtà dei fatti, a dispetto della visione positivista che cerca di semplificare e schematizzare tutto lo scibile.

Vedremo al riguardo che, sebbene le direttive europee tacciano sul punto, l'appaltatore pone in essere una "gestione a proprio rischio" (cfr. art. 1655 cod. civ.).

Tale aspetto assume rilievo segnatamente in relazione all'adeguamento dei prezzi e alle varianti in corso d'opera.

Le modifiche in corso d'esecuzione: le direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE

Le nuove direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE predispongono, agli articoli 72 e 89, rispettivamente, una disciplina pressoché identica circa la modifica dei contratti durante il periodo di loro validità.

E, considerando quanto appena illustrato in relazione alle concessioni, ciò implica la comunanza anche con quest'ultime.

I contratti e gli accordi quadro possono essere modificati senza una nuova procedura d'appalto nei casi seguenti:

a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni, senza alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro;

b) per lavori, servizi o forniture supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente risulti impraticabile per motivi economici o tecnici (quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale) e comporti notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi;

c) quando la necessità di modifica è determinata da circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore diligente non ha potuto prevedere e la modifica non altera la natura generale del contratto;

d) se un nuovo contraente sostituisce quello a cui era stato inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:

i) una clausola o opzione di revisione inequivocabile;

ii) all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione delle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE; o

iii) nel caso in cui l'amministrazione stessa si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori, ove tale possibilità sia prevista dalla legislazione nazionale;

e) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali.

Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che hanno modificato un contratto nelle situazioni descritte alle lettere b) e c), pubblicano un avviso al riguardo nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

L'unica differenza di disciplina, come già emerso nella trattazione delle concessioni (in quanto istituto unitario comprensivo sia dei settori ordinari che di quelli speciali), consiste nella limitazione di valore imposta solamente alle modifiche relative ai settori ordinari, ove l'eventuale aumento di prezzo di cui alle lettere b) e c) non deve eccedere il 50% del valore del contratto iniziale e, in caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica.

Al contrario, ciò non avviene per le modifiche al di sotto delle soglie europee che non superino il 15% (per i contratti di lavori) o il 10% (per servizi e forniture) del valore iniziale del contratto: in caso di più modifiche successive, sia per i settori ordinari che per quelli speciali, il valore è accertato sulla base del valore complessivo delle modifiche al fine di evitare manovre intese ad aggirare le direttive.

In ogni caso, la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto o accordo quadro.

Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua validità è considerata “sostanziale” quando muta sostanzialmente la natura del contratto o dell’accordo quadro rispetto a quello inizialmente concluso.

Fatti salvi i casi anzidetti (clausole specifiche, prestazioni supplementari necessarie, modificazioni oggettive e/o soggettive che non alterino la commessa), una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d’appalto iniziale, avrebbero consentito l’ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l’accettazione di una offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;

b) la modifica cambia l’equilibrio economico del contratto o dell’accordo quadro a favore dell’aggiudicatario in modo non previsto nel contratto o nell’accordo iniziale;

c) la modifica estende notevolmente l’ambito di applicazione del contratto o dell’accordo quadro;

d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui era stato inizialmente aggiudicato l’appalto in casi diversi da quelli previsti.

In tutti questi casi è richiesta l’indizione di una nuova procedura d’appalto, con risoluzione dei contratti in essere e pubblicazione di un nuovo avviso di gara.¹⁵⁹

Il limite è dato quindi dalla natura sostanziale, oltre che non prevista in atti, delle modifiche.

Qualora lo *ius variandi* sia non sostanziale e previsto negozialmente o *ex lege*, viceversa l’appalto subirà dei mutamenti durante la fase dell’esecuzione.

Benché le direttive contengano le medesime disposizioni per appalti e concessioni e siano invero silenti su chi si farà carico delle modifiche, occorre capire come funziona la distinzione fra appalti e concessioni.

Se essa discende dalla presenza in capo al concessionario di un rischio operativo che l’appaltatore non sopporta, deve di conseguenza supporre che le regole destinate alle due categorie contrattuali siano differenti.

La questione rileva soprattutto sul piano del diritto nazionale poiché compete agli Stati membri la disciplina dell’adempimento delle obbligazioni e delle conseguenze di eventuali inadempienze.

¹⁵⁹ Cfr. lett. a) dell’art. 73 della direttiva 2014/24/UE e dell’art. 90 della direttiva 2014/25/UE.

(segue): il quadro interno

L'ordinamento interno, come anticipato, ha prevalentemente inquadrato l'appalto pubblico come contratto commutativo, in ragione della massiva assimilazione dei caratteri che l'istituto presenta nel diritto comune.¹⁶⁰

Per gli appalti pubblici il corrispettivo pattuito in sede di aggiudicazione remunera le prestazioni che l'appaltatore si impegna a svolgere nei confronti dell'amministrazione, senza assunzione di rischi operativi diversi dal normale rischio d'impresa.¹⁶¹

Qualunque variazione di tale corrispettivo che ecceda l'alea normale dell'appalto viene compensata dall'ordinamento attraverso il ripristino dell'equilibrio economico dell'operazione nei termini originali (ovvero quelli cristallizzati in seno al contratto), nella misura necessaria a tenere indenne l'appaltatore da ogni sopravvenienza.¹⁶²

Se ne evince quindi una notevole differenza rispetto alle concessioni, connotate dal rischio operativo del concessionario.

Siffatta caratteristica emerge specialmente in relazione a due aspetti: revisione dei prezzi e varianti in corso d'opera.¹⁶³

¹⁶⁰ In dottrina vedasi Cianflone A.; Giovannini G., *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, XII ed., 2012, pp. 42-45; Rubino D., *L'appalto*, in Trattato di diritto civile italiano diretto da F. Vassalli, VII, 3, Utet, Torino, IV ed., 1980, p. 213 ss. e 780 ss.; Musolino G., *L'appalto pubblico e privato*, vol. II, Utet, Torino, 2002, pp. 17 ss. e 299-301; Luminoso A., *Codice dell'appalto privato*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 13 ss., nonché Cervale M.C., "La struttura dell'appalto" (pp. 105-107), Pennalisico M., "Il corrispettivo" (pp. 158-159), e Gambini M., "L'esecuzione del contratto" (p. 176), in Cuffaro V., *I contratti di appalto privato*, in Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Utet, 2011, e bibliografie ivi indicate.

Un orientamento antecedente al codice civile del 1942 inquadrava invece l'appalto come contratto aleatorio: cfr. Luminoso A., op. cit., p. 13 e Musolino G., *Dei Singoli Contratti - Artt. 1655-1802 c.c.*, a cura di D. Valentino, Commentario del Codice civile diretto da E. Gabrielli: Vol. II, Utet, 2011, p. 107. Cfr. anche Cass. Civ., 25 giugno 1960, n. 1676: al contratto d'appalto convenzionalmente aleatorio "non è applicabile il principio dell'eccessiva onerosità, previsto e disciplinato dall'art. 1467 c.c. per i contratti in generale, non solo nell'ipotesi di cui al comma primo dell'art. 1664 dello stesso codice (revisione del prezzo) ma anche in quella di cui al comma secondo dell'articolo predetto (equo compenso per difficoltà di esecuzione)".

¹⁶¹ Il Codice dei contratti pubblici – d.lgs. 163/2006 – nella Parte II relativa ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, comprende un Titolo I (Contratti di rilevanza comunitaria), all'interno del quale il Capo V statuisce i "Principi relativi all'esecuzione del contratto" (artt. 113-120: cauzione definitiva, varianti in corso di esecuzione del contratto, adeguamenti dei prezzi, vicende soggettive dell'esecutore del contratto, cessione dei crediti derivanti dal contratto, subappalto, attività che non costituiscono subappalto e tutela del lavoro, direzione dell'esecuzione del contratto, collaudo), e un Titolo III (Disposizioni ulteriori per i contratti relativi ai lavori pubblici), il cui Capo I annovera le norme sulla Programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori (artt. 126-141).

Nonostante tutte le disposizioni menzionate non siano espressamente richiamate per i settori speciali, l'art. 206 consente la loro applicazione in ossequio ai principi generali del diritto amministrativo.

¹⁶² Si rinvia a Cagnasso O., *Appalto e sopravvenienza contrattuale: contributo a una revisione della dottrina dell'eccessiva onerosità*, Giuffrè, Milano, 1979; e De Regibus G.A., *Riflessioni in tema di onerosità o difficoltà nell'esecuzione dell'appalto*, *Giurisprudenza Italiana* 3: 131, 1993.

¹⁶³ Si rinvia a Giannelli A., *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, per una più completa ricostruzione del quadro di riferimento in materia.

L'adeguamento dei prezzi e le penali

Per gli appalti pubblici è prevista la regola del cd. “prezzo chiuso”.¹⁶⁴

Esso consiste nel prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta, aumentato di una percentuale da applicarsi – nel caso in cui la differenza tra il tasso d'inflazione reale ed il tasso di inflazione programmata nell'anno precedente sia superiore al 2% – all'importo dei lavori ancora da eseguire per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori.¹⁶⁵

Il meccanismo del “prezzo chiuso” è precipuamente finalizzato a garantire la certezza di spesa dell'amministrazione, con l'unica eccezione di eventuali aumenti convenzionalmente riferiti ad indici inflattivi di carattere generale (finora mai verificatisi nella realtà).

In materia di adeguamento dei prezzi, l'art. 133 del Codice dispone che per i lavori pubblici non si procede alla revisione dei prezzi né si applica l'art. 1664 del codice civile.

¹⁶⁴ Si rinvia a Centofanti N., “La revisione dei prezzi” in Musolino G., *L'appalto pubblico e privato*, vol. II, Utet, Torino, 2002, p. 297 ss., ed a Moscarini L.V., *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 91 ss., sull'evoluzione storica dell'istituto della revisione dei prezzi negli appalti pubblici.

¹⁶⁵ Ai sensi dell'art. 32 del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 si intendono a carico dell'appaltatore:

- a) le spese di contratto ed accessorie e l'imposta di registro;
- b) gli oneri finanziari generali e particolari, ivi comprese la cauzione definitiva o la garanzia globale di esecuzione, ove prevista, e le polizze assicurative;
- c) la quota delle spese di organizzazione e gestione tecnico-amministrativa di sede dell'esecutore;
- d) la gestione amministrativa del personale di cantiere e la direzione tecnica di cantiere;
- e) le spese per l'impianto, la manutenzione, l'illuminazione e il ripiegamento finale dei cantieri, ivi inclusi i costi per la utilizzazione di aree diverse da quelle poste a disposizione dal committente, con esclusione delle spese relative alla sicurezza nei cantieri stessi non assoggettate a ribasso;
- f) le spese per trasporto di qualsiasi materiale o mezzo d'opera;
- g) le spese per attrezzi e opere provvisorie e per quanto altro occorre alla esecuzione piena e perfetta dei lavori;
- h) le spese per rilievi, tracciati, verifiche, esplorazioni, capisaldi e simili che possono occorrere, anche su motivata richiesta del direttore dei lavori o del responsabile del procedimento o dell'organo di collaudo, dal giorno in cui comincia la consegna fino all'emissione del certificato di collaudo provvisorio o all'emissione del certificato di regolare esecuzione;
- i) le spese per le vie di accesso al cantiere, l'installazione e l'esercizio delle attrezzature e dei mezzi d'opera di cantiere;
- l) le spese per idonei locali e per la necessaria attrezzatura da mettere a disposizione per l'ufficio di direzione lavori;
- m) le spese per passaggio, per occupazioni temporanee e per risarcimento di danni per abbattimento di piante, per depositi od estrazioni di materiali;
- n) le spese per la custodia e la buona conservazione delle opere fino all'emissione del certificato di collaudo provvisorio o all'emissione del certificato di regolare esecuzione;
- o) le spese di adeguamento del cantiere in osservanza del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, di cui è indicata la quota di incidenza sul totale delle spese generali, ai fini degli adempimenti previsti dall'articolo 86, comma 3-bis, del Codice;
- p) gli oneri generali e particolari previsti dal capitolato speciale di appalto.

Tutte queste voci di spesa vengono registrate nella contabilità dell'appalto e, ferme eventuali riserve, retribuite tramite il corrispettivo.

Qualora il prezzo dei materiali da costruzione, per effetto di circostanze eccezionali, subisca variazioni in aumento o in diminuzione, superiori al 10% rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture nell'anno di presentazione dell'offerta, si fa luogo a compensazioni, in aumento o diminuzione, per la metà della percentuale eccedente il 10% e nel limite delle somme appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, in misura non inferiore all'1 per cento del totale dell'importo dei lavori, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.¹⁶⁶

Il che significa, l'appaltatore essendo periodicamente compensato per le variazioni dei prezzi di singoli materiali derivanti dalle eccezionali fluttuazioni del mercato, che non vi è sua assunzione di rischio operativo sotto questo aspetto.¹⁶⁷

La prospettiva adottata dal Codice riguarda principalmente gli appalti di lavori, ma il ragionamento si estende anche a servizi e forniture in virtù dell'art. 115, che disciplina l'adeguamento dei prezzi nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa.¹⁶⁸

Il meccanismo revisionale dei prezzi previsto dall'art. 115 del Codice ha infatti natura cogente e inderogabile. Ne consegue:

¹⁶⁶ Sulle modalità per il calcolo e il pagamento della compensazione si vedano anche gli artt. 171-172 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e la Circolare Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 4 agosto 2005.

La stazione appaltante verifica, tramite il direttore dei lavori, l'eventuale effettiva maggiore onerosità subita dall'esecutore, provata con adeguata documentazione, dichiarazione di fornitori o subcontraenti o con altri idonei mezzi di prova relativi alle variazioni, per i materiali da costruzione, del prezzo elementare pagato dall'esecutore, rispetto a quello documentato dallo stesso con riferimento al momento dell'offerta.

Laddove la maggiore onerosità provata dall'esecutore sia relativa ad una variazione percentuale inferiore a quella riportata nel decreto ministeriale annuale, la compensazione è riconosciuta limitatamente alla predetta inferiore variazione per la parte eccedente il dieci per cento.

Ove sia provata dall'esecutore una maggiore onerosità relativa ad una variazione percentuale superiore a quella riportata nel predetto decreto, la compensazione è riconosciuta nel limite massimo pari alla variazione riportata nel decreto ministeriale annuale per la parte eccedente il dieci per cento.

¹⁶⁷ Si veda tuttavia la segnalazione dell'ANAC al Governo ed al Parlamento del 31 luglio 2008, con cui l'Autorità, anche a seguito di un'audizione degli operatori del settore e delle principali stazioni appaltanti, ha ritenuto opportuno segnalare al Governo e al Parlamento la necessità di rivedere alcuni aspetti degli attuali meccanismi legislativi in materia di adeguamento dei prezzi negli appalti di lavori pubblici dal momento che "non risulta idoneo a salvaguardare l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni contrattuali. A tale proposito andrebbero valutate opportune metodologie di ripartizione dei conseguenti sovra-costi nella logica di una corretta allocazione del rischio tra stazione appaltante e appaltatore".

¹⁶⁸ Si veda, sul punto, Consiglio di Stato, Sez. III, 19 luglio 2011, n. 4362 (annulla T.A.R. Veneto, Sez. I, 26 marzo 2010, n. 1009): "La previsione di un meccanismo di revisione del prezzo di un pubblico appalto di durata su base periodica dimostra che la legge (art. 115 d.lgs. n. 163 del 2006) ha inteso munire i contratti di forniture e servizi di un meccanismo che, a cadenze determinate, comporti la definizione di un "nuovo" corrispettivo per le prestazioni oggetto del contratto riferito alla dinamica dei prezzi registrata in un dato arco temporale di riferimento, con beneficio di entrambi i contraenti, poiché l'appaltatore vede ridotta, anche se non eliminata, l'alea propria dei contratti di durata, e la stazione appaltante vede diminuito il pericolo di un peggioramento di una prestazione divenuta onerosa. Tale disciplina ha carattere imperativo e una eventuale clausola contrattuale difforme rispetto alla disciplina normativamente prevista deve ritenersi nulla".

a) l'illegittimità del silenzio tenuto dall'amministrazione a fronte di una domanda di revisione dei prezzi avanzata dall'appaltatore;

b) l'applicazione del meccanismo di integrazione automatica di cui all'art. 1339 del codice civile nel caso in cui la clausola non sia stata inserita nel regolamento contrattuale;

c) la nullità per contrasto con una norma imperativa delle eventuali clausole difformi contenute nei contratti.¹⁶⁹

La revisione dei prezzi negli appalti riveste una duplice funzione: da un lato, tutela l'esigenza dell'amministrazione di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo, tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto; dall'altro, tutela l'interesse dell'impresa a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi che si verificano durante l'arco del rapporto e che potrebbero indurla ad una surrettizia riduzione degli standard qualitativi delle prestazioni.¹⁷⁰

Di conseguenza, la revisione dei prezzi – che nelle concessioni abbiamo visto essere di incerta applicazione – per gli appalti costituisce un diritto soggettivo del contraente, senza alcuna discrezionalità da parte della committenza pubblica.¹⁷¹

¹⁶⁹ Cfr., di recente, *ex multis*: T.A.R. Napoli, Sez. II, 13 aprile 2015, n. 2086; 5 febbraio 2015, n. 887; 22 ottobre 2014, n. 5409.

Adirittura il Supremo consesso amministrativo ha negato la possibilità di prevedere negozialmente una revisione più limitata quanto alla decorrenza e di introdurre una soglia di rilevanza sul presupposto che “scopo primario della norma, confermata dall'art. 115 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, è chiaramente quello di tutelare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni o servizi da parte degli appaltatori delle amministrazioni pubbliche non subiscano col tempo una diminuzione qualitativa a causa degli aumenti dei prezzi dei fattori della produzione, incidenti sulla percentuale di utile considerata in sede di formulazione dell'offerta, con conseguente incapacità del fornitore di far fronte compiutamente alle stesse prestazioni. Inoltre, come anche in tal caso la Sezione ha già avuto modo osservare, il riferimento normativo alla clausola revisionale non attribuisce alle parti ampi margini di libertà negoziale, ma impone di tradurre sul piano contrattuale l'obbligo legale, definendo anche i criteri e gli essenziali momenti procedurali per il corretto adeguamento del corrispettivo” (così Consiglio di Stato, Sez. V, 2 novembre 2009, n. 6709; 20 agosto 2008, n. 3994).

In quest'ottica sono state ritenute non conformi alla previsione legislativa le clausole contrattuali che prescrivevano la cadenza biennale della revisione, nonché quelle che ponevano a carico dell'appaltatore le variazioni dei prezzi per il secondo anno contrattuale e quelle ricadenti entro la pattuita alea del 10%.

¹⁷⁰ Cfr. Cervale M.C., “La struttura dell'appalto”, in Cuffaro V., *op. cit.*, p. 117: “anche negli appalti pubblici la revisione prezzi è nata proprio dall'esigenza di mantenere in termini precisi e definiti il rapporto fra committente ed appaltatore, con vantaggi per l'uno (precisione nel calcolo dei costi e sicurezza da ogni mutamento del mercato) e per l'altro (certezza del buon fine del lavoro e della sua corretta esecuzione)”.

¹⁷¹ L'indisponibilità dei costi standardizzati determinati dall'Osservatorio dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 7, commi 4, lett. c), e 5 del Codice non impedisce di riconoscere la revisione prezzi, rimanendo inalterato il diritto dell'appaltatore ad ottenere la revisione dei prezzi, il cui esatto ammontare dovrà essere determinato mediante un'istruttoria condotta nel rispetto del generale limite interno di ragionevolezza (per il computo deve farsi applicazione dell'indice F.O.I.: v. Consiglio di Stato, Sez. V, 14 febbraio 2006, n. 7461; 23 aprile 2014, n. 2052; 14 luglio 2014, n. 3669. Fermo restando che, qualora l'impresa dimostri durante

E, si badi bene, non un diritto soggettivo qualunque, ma un diritto soggettivo indisponibile per le parti (nonostante la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), cosicché deve ritenersi nulla un'eventuale clausola contrattuale difforme rispetto alla disciplina normativamente prevista.¹⁷²

Si tratta dell'ennesimo esempio di sostituzione normativa all'autonomia privata¹⁷³ che, oltre a scontrarsi con la pregnante dimensione contrattuale alla base delle nuove direttive europee sul *public procurement* (non a caso la clausola di revisione dei prezzi è inclusa fra le modalità eccezionali in cui è consentito modificare i contratti stipulati), assurge in Italia a patente dimostrazione della perentorietà del principio dell'equilibrio economico nel campo degli appalti.

Principio che viene fissato perfino a livello legislativo.

Si rinviene allora la peculiarità dei contratti commutativi, ovvero lo scambio fra valori certi che devono mantenersi in correlazione per tutta la durata dell'obbligazione, eccetto che per le mancanze delle parti.

In relazione ai prezzi non si ha alcun rischio in capo all'appaltatore (se non una franchigia tendenzialmente pari al margine di utile, il che esclude potenziali perdite), essendo la revisione causata da circostanze non imputabili, a differenza di quel che avviene qualora l'esecutore si renda responsabile di irregolarità nell'esecuzione.

Gli esecutori di lavori pubblici sono soggetti a penali per il ritardato adempimento dei loro obblighi contrattuali ai sensi del combinato disposto dell'art. 133 del Codice e dell'art. 145 del Regolamento attuativo.

l'istruttoria l'esistenza di circostanze eccezionali che giustifichino la deroga all'indice F.O.I., la quantificazione del compenso revisionale potrà effettuarsi con il ricorso a differenti parametri statistici).

¹⁷² In tal senso vedasi Consiglio di Stato, Sez. III, 1° febbraio 2012, n. 504, secondo cui la disciplina dettata in materia di revisione prezzi negli appalti di servizi o forniture ad esecuzione periodica o continuativa, di cui all'art. 115 ha carattere imperativo: quantunque la legge non abbia provveduto a stabilire espressamente un periodo massimo oltre il quale non sia possibile richiedere di procedere alla revisione del prezzo, considerata la natura indisponibile del diritto, nonché la mancanza di un espresso termine normativo entro il quale possa essere fatto valere, la richiesta può essere effettuata entro il termine di prescrizione quinquennale dettato dall'art. 2948, n. 4, c.c. (conferma T.A.R. Lecce, sez. II, n. 1658/2010).

Per i lavori, invece, l'art. 133 del Codice prevede un termine per l'istanza a pena di decadenza (sessanta giorni dalla pubblicazione dei decreti ministeriali nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana).

¹⁷³ Consentita solamente nella misura in cui l'accordo fra le parti non sia il risultato di un regolare e giustificato scambio di mercato: ciò che tutela l'ordinamento non è il contratto "giusto" ma quello concluso in condizioni leali (basti pensare che non sono vietate le clausole vessatorie per il consumatore e la dipendenza economica fra imprese, bensì il loro abuso). Cfr. Barcellona M., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, Europa e diritto privato 1: 33-58, 2008, e Spangaro A., *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, Giappichelli, Torino, 2014.

Preme sottolineare che è peraltro consentita, su motivata richiesta dell'appaltatore, la totale o parziale disapplicazione delle penali, quando si riconosca che il ritardo non è imputabile all'esecutore, oppure quando le penali siano manifestamente sproporzionate rispetto all'interesse della stazione appaltante.

La disapplicazione non comporta il riconoscimento di compensi o indennizzi all'appaltatore.

In casi particolari che rendano apprezzabile l'interesse a che l'ultimazione dei lavori avvenga in anticipo rispetto al termine contrattualmente previsto, il contratto può prevedere che all'esecutore sia riconosciuto un premio per ogni giorno di anticipo, determinato sulla base degli stessi criteri stabiliti nel capitolato o nel contratto per il calcolo della penale, mediante l'utilizzo delle somme per imprevisti nel quadro economico dell'intervento, sempre che l'esecuzione dell'appalto sia conforme alle obbligazioni assunte.

Se, dunque, da una parte, l'appaltatore è soggetto a compensazioni e cautele per quanto riguarda il corrispettivo pattuito e le relative variazioni per cause non imputabili, dall'altra, egli può essere premiato per l'ottima *performance* ma risponde dei propri ritardi e inadempienze.

Le varianti in corso d'opera

Nei contratti di appalto pubblico, all'interesse del committente ad apportare modifiche al progetto originario, variando in aumento o in diminuzione il contratto stipulato, si aggiungono altri interessi che attengono, da un lato, ad esigenze di contenimento della spesa pubblica (che vengono in rilievo in caso di varianti in aumento) e, dall'altro lato, ad esigenze di tutela della concorrenza, le quali impongono che l'appalto in concreto eseguito non sia sostanzialmente difforme da quello configurato negli atti di indizione della procedura concorsuale instaurata per l'individuazione del contraente.¹⁷⁴

Tali esigenze supplementari hanno indotto il legislatore ad adottare una disciplina speciale – oggi contenuta per i contratti di appalto pubblico negli artt. 114 e 132 del Codice, nonché negli artt. 161 e ss. del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 – che sottopone la possibilità di apportare varianti a limiti più stringenti rispetto a quelli previsti dal Codice Civile in materia di appalto privato (come già visto per la revisione dei prezzi).

¹⁷⁴ Cfr. T.A.R. Milano, Sez. III, 13 settembre 2012, n. 2310, che ha giudicato illegittimo lo stralcio di opere da un lotto aggiudicato, oggetto di vertenza giudiziale, che sono poi state affidate direttamente all'aggiudicatario di un altro lotto per evitare una alterazione dell'equilibrio economico finanziario dell'opera.

La modifica era stata attuata attraverso una variante in diminuzione del lotto controverso.

Va comunque rilevato che l'interesse fondamentale sotteso alla disciplina delle varianti rimane immutato anche in caso di appalto pubblico, cioè la necessità di evitare al committente l'obbligo di ricevere la prestazione come configurata in contratto qualora questa, a causa di eventi sopravvenuti, non sia più rispondente ai suoi interessi.

L'art. 132 del Codice, cui rinvia l'art. 114, ammette le varianti in corso d'opera¹⁷⁵ esclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi:

- a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari;
- b) per cause impreviste e imprevedibili o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale;
- c) per la presenza di eventi verificatisi in corso d'opera, inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene, o di rinvenimenti imprevisi o non prevedibili;
- d) nei casi previsti dall'art. 1664, comma 2, cod. civ. (cd. "sorpresa idrogeologica");
- e) per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione.

Salvo che in quest'ultimo caso si abbia la responsabilità dei progettisti per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione, per gli appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori è l'appaltatore a rispondere dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Nessuna variazione o addizione al progetto approvato può essere introdotta dall'esecutore se non è disposta dal direttore dei lavori e preventivamente approvata dalla stazione appaltante.

In caso contrario si avrà la rimessione in pristino, a carico dell'appaltatore, dei lavori e delle opere nella situazione originaria secondo le disposizioni del direttore dei lavori, fermo che in nessun caso egli può vantare compensi, rimborsi o indennizzi per i lavori medesimi.

Non sono considerati varianti gli interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, che siano contenuti entro un importo non superiore al 10% (per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro) e al 5% (per tutti gli altri lavori) senza un aumento dell'importo del contratto stipulato per la realizzazione dell'opera.

Sono inoltre ammesse, nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, le varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità, sempreché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. L'importo in aumento relativo a tali varianti non può superare il 5% dell'importo originario del contratto e deve trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera al netto del 50% dei ribassi d'asta conseguiti.

¹⁷⁶ Ove le varianti eccedano il quinto dell'importo originario del contratto, il soggetto aggiudicatore procede alla risoluzione del contratto e indice una nuova gara alla quale è invitato l'aggiudicatario iniziale.

In tutte le altre ipotesi è la stazione appaltante a tenere indenne l'appaltatore.

Ciò si verifica puntualmente nel caso in cui la stazione appaltante disponga un aumento o una diminuzione delle opere da eseguirsi, a cui segue l'obbligo dell'appaltatore di eseguire le variazioni che non superino il quinto dell'importo complessivo dell'appalto (cd. "quinto d'obbligo").

L'appaltatore è quindi obbligato ad eseguire le opere in aumento o in diminuzione agli stessi patti, prezzi e condizioni del contratto originario, senza indennità ulteriori rispetto al corrispettivo relativo ai nuovi lavori.¹⁷⁷

Quando, invece, la variante – purché rientri in una delle tipologie prima descritte – superi l'importo del quinto (il cd. "sesto quinto"), l'appaltatore deve dichiarare se intende accettare la prosecuzione dei lavori e a quali condizioni.

Il limite del quinto, in sostanza, non costituisce una soglia oltre la quale la stazione appaltante non può introdurre variazioni al progetto: esso, piuttosto, costituisce una soglia superata la quale l'appaltatore ha la facoltà di non adempiere quanto disposto dalla pubblica amministrazione e di recedere dal contratto.

Ferma l'impossibilità di introdurre modifiche essenziali alla natura dei lavori oggetto dell'appalto, all'appaltatore è sempre garantito un equo compenso per le variazioni sopravvenute a lui non imputabili che rendano notevolmente più onerosa la sua prestazione.¹⁷⁸

Fanno eccezione a questa affermazione le varianti in diminuzione.¹⁷⁹

La risoluzione del contratto dà luogo al pagamento dei lavori eseguiti, dei materiali utili e del 10% dei lavori non eseguiti, fino a quattro quinti dell'importo del contratto.

¹⁷⁷ Così l'art. 161 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che ricalca l'art. 10 del Capitolato Generale (D.M. 19/04/2000 n. 145), ora abrogato. La regola era già contenuta negli artt. 342-344 della Legge sui lavori pubblici 20 marzo 1865, n. 2248 (All. F).

¹⁷⁸ Nel calcolo delle compensazioni in favore dell'appaltatore sono tenuti in conto gli aumenti, rispetto alle previsioni contrattuali, delle opere relative a fondazioni (per le quali l'esecutore può chiedere un equo compenso per la parte eccedente il quinto dell'importo totale del contratto), nonché delle modifiche nei vari gruppi di categorie omogenee tali da produrre un notevole pregiudizio economico (ossia ogni variazione del singolo gruppo che superi il quinto del valore originario: solo per la parte che supera tale limite all'esecutore è riconosciuto un equo compenso, comunque non superiore al quinto dell'importo dell'appalto).

In caso di dissenso sulla misura del compenso è accreditata in contabilità la somma riconosciuta dalla stazione appaltante, salvo il diritto dell'esecutore di formulare la relativa riserva per l'ulteriore richiesta.

Le variazioni sono in genere valutate ai prezzi di contratto, ma se comportano lavorazioni o materiali per i quali non sia fissato il prezzo contrattuale si provvede alla formazione di nuovi prezzi in contraddittorio.

Essendo le varianti una delle modalità che più si prestano a modificare surrettiziamente l'oggetto sottoposto alla competizione di gara e spesso dando esse luogo a fenomeni di corruzione e malaffare, è stato di recente introdotto l'obbligo di comunicazione delle medesime all'ANAC e all'Osservatorio: v. art. 37 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, come sostituito dalla legge di conversione 11 agosto 2014, n. 114.

¹⁷⁹ Cfr. art. 162 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

Indipendentemente dalle ipotesi previste dall'art. 132 del Codice, infatti, la stazione appaltante può sempre ordinare l'esecuzione dei lavori in misura inferiore rispetto a quanto previsto nel contratto, nel limite di un quinto del relativo importo, senza che nulla spetti all'esecutore a titolo di indennizzo.

Anche l'appaltatore, durante il corso dei lavori, può proporre eventuali variazioni migliorative agli aspetti funzionali o tecnologici del progetto, che comportino una diminuzione dell'importo originario (ma non delle prestazioni qualitative e quantitative), senza alterare i tempi di esecuzione dei lavori e le condizioni di sicurezza dei lavoratori.

In caso di approvazione, le economie risultanti dalla proposta migliorativa possono essere ripartite in parti uguali tra la stazione appaltante e l'esecutore.

Pur dubitando dell'effettiva rilevanza pratica di quest'ultima ipotesi, sembra potersi notare una componente di rischio in queste situazioni, ove l'appaltatore non viene indennizzato per la perdita economica (mancato guadagno) relativa ai lavori.

Analogo discorso vale per i sinistri alle persone e i danni alle cose che avvengano nella esecuzione dell'appalto, la cui prevenzione, ripristino e risarcimento sono a carico dell'esecutore indipendentemente dall'esistenza di adeguata copertura assicurativa.¹⁸⁰

Per converso l'appaltatore può pretendere compensi per danni alle opere o provviste che siano causati da forza maggiore, ma solo nei limiti consentiti dal contratto.¹⁸¹

Qui, per la verità, una parte di rischio può essere ravvisata nel termine di decadenza entro cui l'esecutore deve fare denuncia se non vuole perdere il diritto al risarcimento, così come nel fatto che nessun indennizzo è dovuto quando a determinare il danno abbia concorso la colpa dell'esecutore o delle persone delle quali esso è tenuto a rispondere.

Si tratta del normale rischio d'impresa assunto da qualsiasi imprenditore, con conseguente responsabilità per fatti propri ed eventi imputabili (i ben noti rischi legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico che, secondo la Corte di Giustizia, non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto o come concessione).

Ciò che invece desta interesse è l'identificazione dell'alea "normale" dell'appalto, per poter effettuare un confronto con la definizione di rischio operativo concessorio e stabilire il confine rispetto alla fattispecie della concessione.

¹⁸⁰ Cfr. art. 165 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

¹⁸¹ Cfr. art. 166 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

Dal complesso delle norme appena esaminate risulta piuttosto chiaramente il principio di fondo secondo cui l'appaltatore non sopporta un vero e proprio rischio operativo, come quello che ricorre in campo concessorio, in ragione delle varie forme di compensazione che l'ordinamento ha approntato nei confronti delle possibili contingenze.

L'eventuale responsabilità dell'appaltatore è legata agli inadempimenti imputabili.

Pertanto l'alea normale dell'appalto pubblico, alla luce di quanto innanzi esposto, finisce col coincidere con la parte di variazione di prezzi e lavori che non viene compensata (benché la giurisprudenza sia molto rigorosa sul punto) e che pertanto rimane a carico dell'appaltatore.

Questo sembra essere il limite massimo del rischio economico dell'appaltatore per sopravvenienze non imputabili.

Negli altri casi è previsto il ripristino dell'equilibrio economico del contratto.

L'alea "normale" dell'appalto pubblico è quindi sintetizzabile nell'equilibrio economico delle prestazioni, salvi profili di responsabilità, per l'intera durata del contratto.

Estendere alle concessioni la disciplina prevista per gli appalti vorrebbe quindi dire eliminare il rischio operativo del contraente, in manifesta violazione del diritto europeo.

Alcune rilevazioni empiriche: il raffronto fra l'Eurotunnel ed il caso lombardo (BreBeMi, Pedemontana, TEEM)

A conforto di quanto si è finora illustrato può essere utile svolgere un rapido raffronto fra quella che è considerata la concessione europea per antonomasia, ovverosia Eurotunnel (*The Channel Fixed Link*, 1986), ed i recenti interventi che hanno riguardato il territorio lombardo (BreBeMi, Pedemontana, TEEM).

Come è risaputo, la prima ha avuto ad oggetto la realizzazione del tunnel sottomarino della Manica (in inglese *Channel Tunnel*; in francese *Tunnel sous la Manche*; in italiano è correntemente chiamato *Eurotunnel*, ma in realtà questo è il nome della società concessionaria della gestione fino al 2086), una galleria ferroviaria lunga oltre 50 km, passante sotto il fondo del Canale della Manica.

Le seconde sono invece il più lampante esempio delle infrastrutture autostradali nostrane, fatte passare sotto l'etichetta di "concessioni" in quanto apparentemente realizzate in finanza di progetto ma in realtà costituiscono qualcosa di diverso.

L'intento è invero dimostrare che in Italia non esiste la concessione europea.

Il contratto di concessione fra società Eurotunnel e governi britannico e francese, datato 14 marzo 1986, rappresenta una finanza di progetto in cui il concessionario si impegna a concepire l'operazione in tutte le fasi, dalla analisi preliminare di fattibilità, alla progettazione, al finanziamento, sino alla costruzione e gestione.¹⁸²

Il compenso del concessionario consiste quindi nell'incameramento delle tariffe riscosse dagli utenti e nello sfruttamento commerciale dell'infrastruttura.¹⁸³

Gli Stati britannico e francese hanno per parte loro assicurato al concessionario, a spese di quest'ultimo, la disponibilità delle zone necessarie alla realizzazione della galleria; mentre il concessionario ha dovuto garantire la solidità finanziaria dell'operazione.¹⁸⁴

Sono state inoltre previste cauzioni relative all'adempimento (*performance bond*).

Il concessionario ha potuto scegliere in maniera indipendente i *Project Managers* (*Maitre d'Oeuvre*)¹⁸⁵, anche perché a suo carico, salvo il potere di veto del concedente.

Lo stesso è valso per la progettazione dell'*opus*, per la quale il concessionario ha avuto una certa libertà di modifica rispetto al progetto approvato inizialmente e allegato al contratto di concessione, pur dovendo tener conto delle obiezioni degli Stati concedenti (*"which may only be on grounds of safety, defence, security or the environment"*).

Allo stesso modo della conformità progettuale, gli Stati hanno vigilato sul rispetto del cronoprogramma dei lavori e sui relativi costi e finanziamenti.¹⁸⁶

¹⁸² Clause 2.1: "*Subject to and in accordance with the provisions of this Agreement, the Concessionaires shall jointly and severally have the right and the obligation to carry out the development, financing, construction and operation during the Concession Period of a Fixed Link under the English Channel between the Department of the Pas-de-Calais in France and the County of Kent in England. Subject as aforesaid, they shall do this at their own risk, without recourse to government funds or to government guarantees of a financial or commercial nature and regardless of whatever hazards may be encountered. The Principals shall, in a manner which they will endeavour to co-ordinate between them, adopt such legislative and regulatory measures, and take such steps, including approaches to international organisations, as are necessary for the development, financing, construction and operation of the Fixed Link in accordance with this Agreement and ensure that the Concessionaires are free, within the framework of national and Community laws, to determine and carry out their commercial policy*".

¹⁸³ Clause 2.3: "*The Concessionaires shall be entitled to levy charges for the use of the Fixed Link and its ancillary facilities during the Concession Period. The Concessionaires undertake duly to discharge all liabilities and obligations incurred by them under this Agreement*".

¹⁸⁴ È importante evidenziare come gli Stati concedenti (i "Principals") hanno delegato l'operazione al concessionario e non hanno assunto alcun tipo di responsabilità: cfr. Clause 5.6: "*The Concessionaires shall ensure that any invitation of whatever kind made by or on behalf of either or both of them or of any of their respective Associated Companies with a view to raising finance of any kind for the purposes of the Fixed Link (whether by way of debt financing or equity participation) shall contain a prominent and clear statement that neither Principal makes or has made any representation, whether express or implied, as to the viability of the arrangements contemplated by this Agreement or as to the accuracy of any estimates, predictions or projections of whatever kind by the relevant company*".

¹⁸⁵ Corrispondente al nostro Direttore dei lavori.

¹⁸⁶ Cfr. Clause 7 e 9-10-11.

Per quanto riguarda la fase prettamente gestionale, al concessionario è stata lasciata la massima autonomia nella determinazione delle tariffe e della politica commerciale (essendo sottoposto solamente alle libertà di circolazione e alla legislazione fiscale, nonché alle prescrizioni sull'ordine pubblico stabilite dai concedenti).¹⁸⁷

Il concessionario deve garantire la continuità e sicurezza del pubblico servizio.

Sono imposti altresì obblighi di *disclosure*, quali quelli sull'aumento delle tariffe o sull'interruzione del servizio a causa di riparazioni o incidenti.

Con riferimento ai profili di responsabilità verso utenti e terzi, la regola è la responsabilità del concessionario, con esclusione di quella dei concedenti (eccetto che per danni causati da “*serious default or recklessness of the Principals or either of them*”).¹⁸⁸

Ma la sezione del contratto che più interessa la presente trattazione è sicuramente quella dedicata al rischio di “*Exceptional Circumstances and Force Majeure*”.¹⁸⁹

Oltre a fissare un procedimento in contraddittorio per la risoluzione delle dispute (che vedono la competenza di arbitri in caso di mancata soluzione amichevole), la clausola sancisce due precetti fondamentali: che nessuna delle parti è in via di principio responsabile per le contingenze eccezionali, ma può diventarlo qualora ne abbia aggravato gli effetti; e

¹⁸⁷ Cfr. Clause 12-13 e 23.

¹⁸⁸ Cfr. Clause 21.

¹⁸⁹ Clause 24.1: “*None of the parties to this Agreement shall be liable for any failure or delay in complying with any obligation under this Agreement to the extent that such failure or delay has been caused directly by Exceptional Circumstances or by any other event or circumstance presenting the characteristics of force majeure such as:*

-war (whether declared or undeclared);

-invasion, armed conflict or act of foreign enemy;

-riot, insurrection, act of terrorism, sabotage, criminal damage or the threat of such acts;

-nuclear explosion, radioactive or chemical contamination or ionising radiation;

-any effect of the natural elements including geological conditions which it was not possible to foresee and to resist;

-strike of an exceptional importance;

-behaviour of one party causing serious and certain damage to another party;

to the intent that in particular, but without limitation, the time allowed for the performance of the obligations referred to in Clause 10 shall be extended accordingly.

[omissis]

24.6 A party shall not be entitled to rely upon Clause 24.1 where that party by act or omission has seriously aggravated the relevant Exceptional Circumstances or other event or circumstances referred to in Clause 24.1.

24.7 The giving of notice invoking Clause 24.1 shall not release the party giving the notice from the requirement to take all reasonable steps to mitigate the consequences of the relevant Exceptional Circumstances or other event or circumstance referred to in Clause 24.1.

24.8 Except as specifically provided to the contrary, no party shall be relieved of its obligations under this Agreement by reason of impossibility of performance or any circumstances whatsoever outside its control”.

che le parti hanno il dovere di mitigare le conseguenze degli accadimenti straordinari, rimanendo il contratto di concessione assolutamente valido (e opportunamente esteso).

È questa l'espressione più nitida del dogma della conservazione del contratto.

Non solo: essa pone in risalto quella parte di rischi inallocabili a ragione, poiché totalmente fuori dal controllo delle parti.

Sarebbe irragionevole caricare su uno dei contraenti simili accadimenti; meglio è rendere il contratto impermeabile ad essi, mediante un congruo adeguamento, al fine di evitare situazioni di abuso del diritto.

L'unico rimedio è la mitigazione del rischio fra le parti secondo buona fede.

Ciò non significa che per tutti i rischi contrattuali, anche quelli specificamente allocati in capo ad una parte, debba valere lo stesso.

Vedremo come questa osservazione tornerà assai utile nel prosieguo dell'elaborato.

Il concessionario è invece responsabile per gli eventuali inadempimenti, che possono comportare l'interruzione della concessione (costruzione e/o gestione) o l'irrogazione di penali da parte dei concedenti.¹⁹⁰

A tal fine sono stati predisposti degli organi di controllo (*Intergovernmental Commission* e *Safety Authority*), a spese del concessionario ma facenti riferimento ai governi degli Stati concedenti (i quali, è bene precisarlo, non partecipano in nessun modo alle perdite e non sono partner economici del concessionario).

L'attività di sorveglianza degli enti pubblici è finalizzata alla regolare esecuzione della concessione.

Diverso è il ruolo dei finanziatori, cui è consentito di sostituire il concessionario attraverso la designazione di nuovi soggetti equivalenti (cd. "*step-in*").

Qualora non vi siano sostituti disponibili al subentro, è in facoltà degli Stati concedenti assegnare una nuova concessione, a condizione che il nuovo concessionario ceda una parte di utili ai finanziatori originari a titolo di indennizzo.

Nel caso di nuova concessione è stato stabilito l'uso gratuito, esente da ogni *royalty*, di qualsiasi proprietà intellettuale del precedente concessionario o di terzi.

¹⁹⁰ Cfr. Clause 25-26, ove è espressamente previsto che l'interruzione della concessione per inadempimento del concessionario o per le circostanze eccezionali di cui alla clausola 24.1 (v. *supra*) non dà diritto ad alcun indennizzo, a differenza di quella originata da provvedimenti del concedente a tutela della sicurezza nazionale o di altri interessi rilevanti.

I concedenti si sono impegnati a non finanziare altri collegamenti con fondi pubblici e a non terminare la concessione anzitempo (a pena di risarcimento dei danni), salvo che nei casi di impossibilità per cause di forza maggiore, per ragioni di sicurezza nazionale oppure per inadempimento del concessionario.

In quest'ultimo caso non è prevista alcuna compensazione per il concessionario, mentre nelle prime due ipotesi gli dovrà essere corrisposta una somma nei limiti dell'arricchimento del concedente.

Questi i termini dell'accordo, a tutti gli effetti una concessione europea.

Nonostante abbia ampiamente preceduto la giurisprudenza della Corte di Giustizia e la direttiva 2014/23/UE, la storia ha dimostrato che effettivamente il rischio operativo è stato posto in capo al concessionario, il quale ha dovuto più volte rinegoziare con i propri creditori privati la ristrutturazione del debito per evitare la bancarotta.¹⁹¹

Il concessionario, insieme ai finanziatori privati del progetto, si è infatti assunto i rischi sia sul lato dell'offerta sia su quello della domanda.

Nemmeno un euro di investimento pubblico è stato speso.¹⁹²

Non è chi non veda la distanza siderale di quanto appena esposto rispetto alla situazione del nostro Paese, dove è impossibile rilevare episodi del genere ed anche gli interventi di finanza di progetto celano spesso la presenza di soggetti finanziatori solo formalmente privati, ma in sostanza pubblici.

È il caso, appunto, delle autostrade lombarde (BreBeMi, Pedemontana, TEEM).¹⁹³

Si tratta delle infrastrutture autostradali strategiche prioritarie¹⁹⁴: direttissima Milano-Brescia, sistema viabilistico Pedemontano e Tangenziale Est Esterna di Milano.

¹⁹¹ Sulle vicende della società Eurotunnel si rinvia ai link: <https://it.wikipedia.org/wiki/Eurotunnel> e https://it.wikipedia.org/wiki/Tunnel_della_Manica.

La gestione del tunnel ha dovuto affrontare numerose perdite sia di utili (per il traffico insufficiente) che di valore delle azioni, scambiate con i creditori che hanno finanziato l'opera per rinegoziare il debito.

L'insuccesso commerciale dell'operazione sembra essere causato dalle eccessive tariffe di transito e da un gravoso carico di interessi sul debito.

Negli ultimi anni è comunque da registrarsi un miglioramento nei risultati gestionali: cfr. <http://www.eurotunnelgroup.com/uploadedFiles/assets-uk/Media/Press-Releases/2015-Press-Release/150422-Traffic-Revenue-Q1-2015.pdf>; anche <http://www.eurotunnelgroup.com/uploadedFiles/assets-uk/Media/Press-Releases/2015-Press-Release/150318-2014annualresults.pdf>.

¹⁹² Il costo dell'opera realizzata è stato stimato in circa 10 miliardi di sterline (11.436.693.301 euro). Informazioni alla pagina: <http://news.leonardo.it/tunnel-della-manica-anniversario-20-anni-fa-lapertura-del-tunnel-sottomarino-piu-lungo-al-mondo/>.

¹⁹³ Il cui valore complessivo si avvicina ai 10 miliardi di euro, quindi paragonabile ad Eurotunnel. Nell'articolo "*Brebemi, Teem e Pedemontana: fra costi, ritardi e pedaggi è la Caporetto delle autostrade*", del 19 luglio 2014, sono evidenziati ritardi, costi lievitati e richieste di sgravi fiscali che sottraggono denaro allo Stato (<http://www.ilgiorno.it/milano/brebemi-teem-pedemontana-inaugurazione-1.60314>).

La Regione Lombardia ha svolto il ruolo di soggetto concedente – attraverso la Società Concessioni Autostradali Lombarde s.p.a. (CAL, partecipata da A.N.A.S. s.p.a. e Infrastrutture Lombarde s.p.a.).¹⁹⁵

Sia i progetti che le convenzioni sono stati approvati secondo le procedure speciali relative ad infrastrutture e insediamenti produttivi contenute nella parte II, titolo III, del Codice dei contratti pubblici (anziché in ossequio alla disciplina di matrice regionale).¹⁹⁶

¹⁹⁴ Ritenute prioritarie sulla base dei criteri generali di cui all'art. 161, comma 1-*bis*, del Codice: a) coerenza con l'integrazione con le reti europee e territoriali; b) stato di avanzamento dell'*iter* procedurale; c) possibilità di prevalente finanziamento con capitale privato.

Nel Documento di programmazione economico finanziaria regionale 2006/2008 era prevista una azione di governo del territorio regionale, aperta all'ascolto delle istanze sociali, economiche ed istituzionali, considerando le ricadute di tipo ambientale, anche in raccordo con iniziative private di pubblico interesse (Delibera della Giunta regionale - Lombardia - 20/07/2005, n. 8/328 B.U.R. 07/11/2005, n. 45).

¹⁹⁵ Come si può leggere nel sito (<http://www.calspa.it/>), l'obiettivo è quello di ridurre in misura significativa i tempi di realizzazione delle infrastrutture, sveltire le procedure autorizzative, attrarre i capitali privati nel finanziamento delle opere e coinvolgere il territorio nella delicata fase di costruzione del consenso.

Al fine precipuo di accelerare i lavori di realizzazione delle tre grandi opere strategiche per la viabilità stradale in Lombardia, con la Delibera della Giunta regionale - Lombardia - 26/06/2007, n. 8/4953 (B.U.R. 03/08/2007, n. 31) è stata autorizzata, per l'anno 2007, la spesa di € 2.000.000,00 per l'aumento di capitale della società Infrastrutture Lombarde s.p.a..

¹⁹⁶ Art. 161 ss. del Capo IV – Lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi.

In particolare, quale alternativa alla concessione di costruzione e gestione, all'art. 173 è previsto l'affidamento a contraente generale, il contratto con il quale viene affidata la progettazione e realizzazione con qualsiasi mezzo di una infrastruttura rispondente alle esigenze specificate dal soggetto aggiudicatore.

Il contraente generale si differenzia dal concessionario di opere pubbliche per l'esclusione dalla gestione dell'opera eseguita ed è qualificato per specifici connotati di capacità organizzativa e tecnico-realizzativa, per l'assunzione dell'onere relativo all'anticipazione temporale del finanziamento necessario alla realizzazione dell'opera in tutto o in parte con mezzi finanziari privati, per la libertà di forme nella realizzazione dell'opera, per la natura prevalente di obbligazione di risultato complessivo del rapporto che lega detta figura al soggetto aggiudicatore e per l'assunzione del relativo rischio (v. art. 176 del Codice).

Il contraente generale risponde nei confronti del soggetto aggiudicatore della corretta e tempestiva esecuzione dell'opera: restano a carico del contraente generale le eventuali varianti necessarie ad emendare i vizi o integrare le omissioni del progetto redatto dallo stesso e approvato dal soggetto aggiudicatore, mentre restano a carico del soggetto aggiudicatore le eventuali varianti indotte da forza maggiore, sorpresa geologica o sopravvenute prescrizioni di legge o di enti terzi o comunque richieste dal soggetto aggiudicatore.

I contraenti generali sopportano dunque i rischi sul lato dell'offerta ma non su quello della domanda.

Il bando determina la quota di valore dell'opera che deve essere realizzata dal contraente generale con anticipazione di risorse proprie e i tempi e i modi di pagamento del prezzo. Per il finanziamento della predetta quota, il contraente generale può emettere obbligazioni, garantite dal soggetto aggiudicatore.

Viene perciò da chiedersi se l'anticipazione di fondi privati sia effettivamente un rischio per il contraente generale. Torna così alla mente la figura del concessionario di sola costruzione che, anche in considerazione della libertà di realizzazione dell'*opus*, sembra confermare la ritrosia italiana ad attuare la disciplina concorrenziale, ma soprattutto l'assenza nel nostro ordinamento della concessione europea.

L'art. 174, per le concessioni relative a infrastrutture, dispone che il concessionario assume a proprio carico il rischio di gestione dell'opera. Il prezzo eventualmente da accordare al concessionario e la durata della concessione sono determinati, nel bando di gara, sulla base del piano economico finanziario e costituiscono parametri di aggiudicazione della concessione. Nella determinazione del prezzo si tiene conto dell'eventuale prestazione di beni e servizi da parte del concessionario allo stesso soggetto aggiudicatore.

Nonostante l'enfasi posta sulla bancabilità e il finanziamento privato, vedremo che in realtà i rapporti fra amministrazione e contraente sono strutturati in maniera tale che non si possa parlare di "concessione" in quanto non vi è assunzione – se non sulla carta – di rischi operativi da parte della controparte privata.

Proprio come nel caso esaminato in precedenza, alle autorità pubbliche è assegnato un compito di supervisione e vigilanza sulla realizzazione dell'operazione.¹⁹⁷

Per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, ovvero la fase competitiva, possono essere notate alcune differenze sostanziali fra la concessione Eurotunnel e le autostrade lombarde.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Si veda, in particolare, l'art. 163 del Codice sulle attività del Ministero delle infrastrutture.

In generale, agli enti pubblici interessati è attribuito un ruolo consultivo e propositivo, mentre tutte le competenze decisionali spettano al Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE), cui segue la registrazione da parte della Corte dei Conti, e quindi la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

Il Ministero cura l'istruttoria dello studio di fattibilità e lo sottopone al CIPE, che si esprime con la partecipazione dei presidenti delle regioni e delle province autonome eventualmente interessate e, in caso di valutazione positiva, indica, fra l'altro, le eventuali risorse pubbliche destinate al progetto. È altresì riprodotta la facoltà di cui all'art. 153, comma 20, del Codice che consente a determinati soggetti di presentare agli enti studi di fattibilità relativi alla realizzazione di infrastrutture inserite nel programma, ma non presenti in lista.

La progettazione preliminare può essere redatta dal soggetto aggiudicatore o delegata al promotore, che provvede al progetto definitivo, ai fini della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, ed esecutivo.

Quando la gara è indetta sulla base dello studio di fattibilità, il bando deve specificare che le offerte devono contenere un progetto preliminare che deve evidenziare, con apposito adeguato elaborato cartografico, le aree impegnate, le relative eventuali fasce di rispetto e le occorrenti misure di salvaguardia, e deve, inoltre, indicare ed evidenziare anche le caratteristiche prestazionali, le specifiche funzionali ed i costi dell'infrastruttura da realizzare, ivi compreso il costo per le eventuali opere e misure compensative dell'impatto territoriale e sociale; una bozza di convenzione; un piano economico-finanziario asseverato, nonché dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto.

Il soggetto aggiudicatore valuta le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta (anche in presenza di una sola offerta); l'esame delle offerte è esteso agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione.

Il soggetto aggiudicatore può richiedere al promotore di apportare al progetto preliminare, allo schema di convenzione e al piano economico-finanziario, da esso presentati, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE.

In caso di mancata accettazione, il soggetto aggiudicatore ha facoltà di chiedere ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione, delle modifiche da apportare al progetto preliminare presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte a quest'ultimo e non accettate dallo stesso.

In caso di esito negativo o di una sola offerta, il soggetto aggiudicatore ha facoltà di porre a base di gara il progetto preliminare predisposto dal promotore, aggiornato con le prescrizioni del CIPE.

Il promotore, o eventualmente altro concorrente, ai fini dell'aggiudicazione definitiva, deve dare adeguato conto dell'integrale copertura finanziaria dell'investimento, anche acquisendo la disponibilità di uno o più istituti di credito a concedere il finanziamento previsto nel piano economico-finanziario correlato al progetto preliminare presentato dal promotore ed eventualmente adeguato alla deliberazione del CIPE.

¹⁹⁸ In relazione al tunnel di collegamento tra le sponde della Manica, i governi francese e britannico, avendo indetto una gara tra società private, ricevettero ben quattro differenti proposte (due tunnel ferroviari, un tunnel automobilistico ed un ponte) e scelsero, il 20 gennaio 1986, la proposta del *Fixed Link*.

Le autostrade lombarde, non essendo state assoggettate alla regolamentazione regionale in materia (Legge regionale (Lombardia) - 04/05/2001, n. 9 - Gazzetta Uff. 08/05/2001, n. 19, in particolare Titoli III-IV (artt. 7-14), e Regolamento regionale - 08/07/2002, n. 4 - Gazzetta Uff. 12/07/2002, n. 28), come detto, hanno visto l'applicazione della disciplina speciale del Codice dei contratti pubblici per le infrastrutture strategiche.

Ai sensi dell'art. 177 l'aggiudicazione delle concessioni e degli affidamenti a contraente generale avviene mediante procedura ristretta, ponendo a base di gara il progetto preliminare ovvero il progetto definitivo. I soggetti aggiudicatori possono indicare nel bando, in relazione all'importanza e alla complessità delle opere da realizzare, il numero minimo e massimo di concorrenti che verranno invitati a presentare offerta (cd. "forcella"). In ogni caso, il numero minimo non può essere inferiore a cinque, se esistono in tale numero soggetti qualificati, e deve essere sufficiente ad assicurare una effettiva concorrenza.

Se nel primo caso si è avuta una pluralità di proposte e una competizione effettiva, nel caso lombardo si è assistito alla consueta renitenza nei confronti della concorrenza.

Ai difetti d'impostazione del sistema (progetto pubblico o del promotore privato), che inibisce la presentazione di proposte difformi e disincentiva l'assunzione di rischi operativi da parte degli eventuali aspiranti, si aggiunge la chiusura del mercato.¹⁹⁹

L'aggiudicazione dei contratti avviene al prezzo più basso ovvero all'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base di una pluralità di criteri fra i quali: a) il prezzo; b) il valore tecnico ed estetico delle varianti; c) il tempo di esecuzione; d) il costo di utilizzazione e di manutenzione; e) per le concessioni, il rendimento, la durata, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza, nonché l'eventuale prestazione di beni e servizi al soggetto aggiudicatore; f) la maggiore entità, rispetto a quella prevista dal bando, del prefinanziamento che il candidato è in grado di offrire; g) ulteriori elementi individuati in relazione al carattere specifico delle opere da realizzare.

Leggendo le disposizioni appena riportate, sembra quasi delinearci un quadro concorrenziale ispirato al *favor participationis*. Tuttavia, la verità è altra.

La messa in gara di un progetto preliminare o definitivo redatto da soggetti pubblici infatti scoraggia i candidati a farsi carico dei rischi operativi durante l'esecuzione, così come un progetto stilato dal promotore fondamentalmente soffoca la competizione sul nascere.

Ne consegue che non solo i potenziali candidati non hanno la possibilità di presentare proposte diverse (sebbene siano consentite le varianti e le offerte migliorative), ma non hanno neppure interesse a comparire al cospetto del promotore che ha concepito l'operazione sin dall'inizio (come nel caso lombardo).

È questo un limite intrinseco delle procedure che ammettono la figura del promotore, soprattutto in Paesi ad elevato tasso di statalismo e burocrazia, qual è l'Italia.

¹⁹⁹ Come dimostra l'Indagine conoscitiva in materia di concessioni autostradali - Testimonianza del Capo del Servizio di Struttura economica della Banca d'Italia Paolo Sestito, Camera dei Deputati, Roma, Commissione VIII della Camera dei Deputati (Ambiente, territorio e lavori pubblici), 11 giugno 2015 (<https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2015/sestito-audizione-110615.pdf>), ad oggi pressoché tutte le concessioni autostradali proseguono in regime di affidamento diretto e sono oggetto di oligopolio di pochi *incumbent* dominanti che si spartiscono il mercato.

A sostegno di ciò, si suggerisce di dare lettura all'art. 5 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito in legge, con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, recante misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive.

Sulla scorta di tale norma, "i concessionari di tratte autostradali nazionali, entro il 30 giugno 2015, sottopongono al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti le modifiche del rapporto concessorio in essere finalizzate a procedure di aggiornamento o revisione anche mediante l'unificazione di tratte interconnesse, contigue ovvero tra loro complementari, ai fini della loro gestione unitaria. Entro la medesima data il concessionario sottopone al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti un nuovo piano economico-finanziario, corredato di idonee garanzie e di asseverazione da parte di soggetti autorizzati, per la stipulazione di un atto aggiuntivo o di apposita convenzione unitaria, che devono intervenire entro il 30 giugno 2015. Il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita per quanto di sua competenza l'Autorità di regolazione dei trasporti, trasmette gli schemi di atto aggiuntivo o di convenzione e i relativi piani economico-finanziari, corredati dei pareri prescritti dalla normativa vigente, ivi compreso quello del Comitato interministeriale per la programmazione economica, alle Camere per il parere delle competenti Commissioni parlamentari, che si esprimono entro trenta giorni dalla trasmissione. Decorso tale termine, il procedimento può comunque avere corso. Le richieste di modifica di cui al presente articolo prevedono nuovi investimenti da parte dei concessionari, i quali sono comunque tenuti alla realizzazione degli investimenti già previsti nei vigenti atti di concessione" (comma così modificato dall'art. 8, comma 10, legge n. 11 del 2015).

Si tratta, com'è evidente, di un regalo alle (presunte) concessionarie autostradali che, pur non avendo eseguito gli interventi già previsti in contratto, chiedono un prolungamento delle scadenze prospettando ulteriori migliorie alla rete in favore degli utenti.

Sorgono molti dubbi sulla compatibilità con la legislazione proconcorrenziale europea: non a caso la Commissione UE ha aperto un'istruttoria sul caso e non è da escludere una procedura d'infrazione.

Basta sfogliare i quotidiani nazionali e locali per rendersi conto di quanto anticipato, ovvero dell'enorme divario concettuale che intercorre fra la concessione Eurotunnel e le (presunte) concessioni lombarde, le quali, pur essendo propagandate come interventi in finanza di progetto a carico esclusivo dei privati, celano operazioni dove il contributo pubblico garantisce non solo la fattibilità iniziale ma anche la salvezza finale.

Ciò che non rappresenta un problema *ex se*, semmai lascia perplessi il ruolo che la Repubblica Italiana continua a svolgere nell'economia, surrogandosi agli investitori privati.

E qui è giocoforza riscontrare una questione di politica economica, non prettamente giuridica, che ci allontanerebbe dal tema in discussione.

In materia autostradale deve registrarsi un riferimento improprio alla fattispecie "concessione".²⁰⁰

²⁰⁰ Si veda "Il sistema autostradale in concessione e regolamentazione del sistema tariffario", audizione del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti alla Commissione VIII del Senato della Repubblica, 22 gennaio 2014: "L'istituto della concessione, essendo caratterizzato in via prevalente dall'impiego di risorse generate in autofinanziamento in luogo di trasferimenti pubblici, ha garantito l'attuazione di una significativa spesa d'investimenti anche negli ultimi anni. Al contrario, altre opere finanziate esclusivamente con contributi pubblici, hanno registrato maggiori difficoltà di finanziamento. In tal senso il settore delle concessionarie autostradali rappresenta un fattore strategico per l'economia del Paese in ragione dell'elevata capacità di investimento".

Si denota una certa confusione concettuale tra la finanza di progetto e la concessione, con la seconda che viene assorbita dalla prima, mentre in realtà è la finanza di progetto che costituisce una premessa per la concessione: non è sufficiente che i privati finanzino l'operazione, dovendo essi altresì assumere un certo rischio operativo per poter dar vita a una concessione.

In caso contrario si avrà un appalto, seppure in finanza di progetto.

Ai fini della distinzione è importante tener conto del cd. "corrispettivo di retrocessione" in caso di subentro, che richiama alla memoria il fantomatico ponte sullo Stretto di Messina: cfr. Milotti A.; Patumi N., *Il finanziamento nelle infrastrutture di trasporto: enti locali e innovazioni*, Egea, 2008, *passim*, in particolare pp. 40-45.

La visione italiana dell'istituto concessorio è purtroppo anacronistica: facendosi ancora riferimento alla Legge 21 maggio 1955 n. 463, che stabilisce la disciplina generale delle concessioni per la costruzione e gestione di tratte autostradali, ad esempio, viene utilizzata l'espressione "convenzione unica" in ordine ai contratti concessori (v. ora Decreto-Legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito con modificazioni dalla Legge 24 novembre 2006, n. 286, e s.m.i, che disciplinano aspetti come l'allocatione di rischi, la remunerazione dei capitali investiti e le modalità di adeguamento tariffario).

Detta legge, tuttavia, prevede agli artt. 3-4 una limitazione al contributo pubblico ("il concorso statale non può superare il 40 per cento del costo di costruzione riconosciuto ammissibile") e alla durata della concessione ("non può superare gli anni trenta dall'apertura all'esercizio dell'autostrada"), che si accompagna ad una regolamentazione *ante litteram* dei rischi operativi. A decorrere dal quinto anno di apertura al traffico dell'autostrada, sul gettito lordo del diritto di pedaggio eccedente il 10 per cento di quello tenuto a base del piano finanziario inserito nella convenzione con cui è disciplinata la concessione, è devoluta allo Stato una aliquota - soggetta a revisione triennale - non inferiore alla percentuale di contributo concesso dallo Stato. Inoltre, il concessionario è autorizzato ad emettere obbligazioni da ammortizzare in un periodo non superiore alla durata della concessione, per un ammontare non superiore alla differenza tra la spesa di costruzione ed il contributo statale, e può contrarre mutui con Istituti, Enti e Sezioni di credito autorizzati ad esercitare il credito a medio e a lungo termine, o con Istituti, Enti e Società di previdenza e di assicurazione.

Di conseguenza, non solo il contributo pubblico rappresenta la minor parte del finanziamento dell'operazione (che spetta in ogni caso al concessionario reperire tramite risorse proprie, prestiti e debiti), ma può anche comportare la restituzione sotto forma di partecipazione agli utili.

Se ripropone i retaggi formali riguardo al *nomen*, l'ordinamento ha tralasciato i caratteri sostanziali della concessione (ad eccezione dell'obbligo dei concessionari di pagare un canone annuo sui proventi netti da pedaggio ai sensi della legge 24 dicembre 1993, n. 537, che ha avviato il processo di privatizzazione).

Il rapporto concessorio è infatti contrassegnato da un equilibrio economico-finanziario che oblitera il rischio operativo del concessionario.

A riprova di tale affermazione, possono citarsi la Delibera del CIPE n. 319 del 20 dicembre 1996, che ha fatto del piano finanziario l'elemento di verifica del servizio ed ha aggiornato le modalità di adeguamento tariffario, e la Delibera del CIPE n. 39 del 15 giugno 2007 - Direttiva in materia di regolazione economica del settore autostradale (integrata dalle Delibere del CIPE n. 27 del 21 marzo 2013 e n. 30 del 19 luglio 2013), contenente i criteri di ammissibilità dei costi sostenuti e remunerazione del capitale investito.

In tali atti è previsto che le nuove concessioni e le concessioni in essere, qualora il concessionario chieda il riequilibrio economico-finanziario, siano sottoposte all'aggiornamento del piano alla scadenza di ogni periodo regolatorio (cinque anni), mediante la verifica della permanenza e/o delle variazioni verificatesi nel medesimo periodo degli elementi individuati nel piano economico-finanziario, e/o alla sua revisione (quando la modifica è resa necessaria da un nuovo programma di investimenti ovvero da eventi straordinari che determinino un'alterazione del piano economico-finanziario medesimo).

Emerge chiaramente come il contraente non sopporti un vero e proprio rischio operativo.

Il rischio di costruzione è posto a carico del concessionario successivamente all'approvazione del progetto definitivo dell'opera da parte del concedente, ad esclusione dei casi in cui l'eventuale incremento dei costi di costruzione sia determinato da forza maggiore o da fatti di terzi non riconducibili a responsabilità del concessionario stesso. I costi di costruzione sono comprensivi dei costi relativi ai servizi di ingegneria occorrenti per la progettazione e realizzazione dell'opera. Gli oneri di progettazione rimangono a carico del concessionario nel caso in cui il progetto definitivo non venga approvato in sede di Conferenza di servizi.

I costi operativi, ammissibili ai fini delle determinazioni tariffarie secondo il metodo del *price cap*, comprendono i costi direttamente ed indirettamente imputabili alle attività di gestione autostradale; per quanto riguarda i costi di rimborso e di remunerazione del capitale, le immobilizzazioni in corso sono ammesse a remunerazione in ragione del grado di realizzazione dell'investimento e i costi di remunerazione del capitale sono determinati secondo la metodologia del costo medio ponderato del capitale (WACC).

Il sistema sanzionatorio consta di sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo a 25.000,00 euro e non superiori nel massimo a 150.000,00 euro, in funzione della gravità dell'inadempimento, a fronte dell'inosservanza delle clausole convenzionali imputabile al concessionario, anche a titolo di colpa.

Le principali modifiche introdotte di recente riguardano i criteri di calcolo dei parametri di aggiornamento tariffario relativi agli investimenti, la determinazione del capitale investito regolatorio alla fine di ogni periodo regolatorio e l'aggiornamento quinquennale del piano economico-finanziario.

Per tutte le concessionarie soggette ad aggiornamento quinquennale del PEF, che abbiano optato per il riequilibrio, il concedente dovrà procedere a determinare l'ammontare del capitale investito netto regolatorio esistente alla fine di ogni periodo regolatorio ammissibile ai fini tariffari nel successivo periodo regolatorio; il capitale investito netto regolatorio di inizio periodo è dato dall'ammontare degli investimenti realizzati, inclusi quelli accertati e riconosciuti al 30 settembre dell'ultimo esercizio del periodo regolatorio precedente (al netto delle quote di ammortamento finanziario e degli eventuali contributi pubblici erogati).

Il premio per il rischio di mercato (ERP), ai fini del calcolo del WACC del nuovo periodo regolatorio, è fissato al 4%.

È vero che l'interesse pubblico che il concedente tutela con la concessione è la gestione dell'autostrada in modo da garantire la qualità del servizio, con investimenti adeguati, per una durata commisurata al ritorno degli investimenti effettuati e tariffe paramtrate all'entità degli investimenti effettivamente realizzati. Ma ciò non può significare l'eliminazione del rischio operativo del contraente, altrimenti secondo il diritto europeo non siamo più nel campo delle concessioni.

Da ultimo la citata Indagine conoscitiva in materia di concessioni autostradali dell'11 giugno 2015 evidenzia come "Il settore si caratterizza per un'elevata e stabile redditività, con margini operativi (EBITDA) che nel 2012 sono risultati superiori al 20 per cento per tutti i concessionari, superando peraltro valori del 50 per cento in diversi casi, specie per i concessionari di maggiori dimensioni. Anche l'utile operativo (EBIT) è stato in gran parte dei casi elevato, in media pari al 20 per cento, con punte prossime o superiori al 40 per cento per i maggiori concessionari".

Per quanto d'interesse è sufficiente rilevare che non è tanto il finanziamento pubblico o privato a caratterizzare la concessione rispetto all'appalto, quanto la tipologia, che deve allocare dei rischi operativi anche in capo alla controparte della p.a. ai fini della remunerazione.

Allo stato nessuna delle tre infrastrutture autostradali lombarde include un rischio operativo del contraente, in grado di arrecargli perdite, né sul lato dell'offerta né su quello della domanda (o meglio, tale rischio sussiste ma è compensato dall'amministrazione).

Tutte le difficoltà incontrate nel corso dell'esecuzione e gestione sono infatti state compensate dall'erario pubblico in luogo dei finanziatori delle operazioni.

Se per Eurotunnel la scelta è caduta sulla sostanziale autogestione da parte del concessionario, tutelato solo per gli eventi eccezionali e per le cause di forza maggiore, nel caso lombardo, viceversa, il contraente è stato sollevato da qualsiasi rischio operativo.

Con riferimento alle varianti in corso d'opera rispetto ai progetti iniziali, il relativo valore è stato oggetto di revisione dei piani economico-finanziari dell'opera da parte del CIPE, a prescindere da quale fosse la motivazione (variante necessaria o migliorativa, compensazione e/o mitigazione ambientale, altra sopravvenienza), senza oneri a carico del concessionario.

In relazione alla domanda è ancora più evidente l'assenza di rischi del contraente, al quale sono state destinate risorse pubbliche volte a compensare le perdite ed a garantire la prosecuzione della gestione.

Due osservazioni vanno preliminarmente sciorinate a tal riguardo:

- se è vero che le convenzioni stipulate ricadono sotto il *nomen* di "concessione", dovrebbe essere presente un rischio operativo privato che comporta l'assunzione di responsabilità sia tecniche che patrimoniali (non importa che esse siano anteriori alla direttiva 2014/23/UE poiché, come illustrato, con l'avvento del nuovo millennio il plesso europeo aveva già cominciato a chiarire la definizione della concessione europea: v. *supra*);

L'aggiornameno delle tariffe ha di fatto più che compensato il *trend* calante dei livelli di traffico: ciò conferma che il (presunto) concessionario autostradale in realtà non sopporta né il rischio di domanda (occorre inoltre tener presente che, essendosi per lo più verificati affidamenti senza gara, le previsioni di traffico sono state effettuate in maniera prudentiale) né di offerta (in quanto monopolista poco controllato dalle autorità competenti che, per limiti strutturali, non possono sorvegliare adeguatamente l'intera rete e così non hanno irrogato le dovute sanzioni per la mancata realizzazione degli investimenti previsti nei PEF: anzi, come detto, hanno optato per l'art. 5 della legge 11 novembre 2014, n. 164, cd. "Sblocca Italia").

Si rinvia in dottrina a Casalini D., *Concessionario, organismo di diritto pubblico o gestore in house: chi sopporta il rischio economico della gestione delle autostrade?*, nota di commento a T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 9 marzo 2009, n. 2369, Urbanistica e appalti 7: 882-889, 2009.

- inoltre, se le operazioni erano state disegnate *ab initio* come “finanza di progetto”, di matrice privata, allora le richieste di rinegoziazione per i rischi privati avrebbero dovuto essere destinate ai soci finanziatori, non alla pubblica amministrazione (alla quale sarebbero spettate soltanto le rinegoziazioni riguardanti la propria sfera di competenza, ossia i rischi ad essa allocati).

Il fatto che le cose siano andate in tutt’altro modo, con una forte presenza pubblica, conferma i dubbi sulla esistenza della concessione europea in Italia ed autorizza a riflettere più approfonditamente sulla distinzione fra appalti e concessioni.

A tale scopo conviene approfondire l’esame delle tre autostrade lombarde.

BreBeMi (A35)

Sul sito ad essa dedicato si legge “*Il nuovo Collegamento Brescia-Bergamo-Milano (Brebemi) è la prima infrastruttura autostradale italiana ad essere realizzata in project financing, ovvero in completo autofinanziamento senza oneri per i contribuenti e per lo Stato, per un costo di 1,611 miliardi di euro. L’investimento è finanziato per circa il 79% con prestiti bancari e per circa il 21% con mezzi propri messi a disposizione dai soci. L’investimento verrà ripagato esclusivamente attraverso i ricavi dei pedaggi autostradali ed attraverso l’incasso di un indennizzo finale da parte del nuovo concessionario che subentrerà nella gestione, attraverso una procedura ad evidenza pubblica, a fine concessione*”²⁰¹.

Il costo complessivo dell’opera è stimato in € 2.420.000.000, a fronte di una durata della gestione di 19,5 anni dalla data di ultimazione dei lavori (perciò fino al 2034).

²⁰¹ Cfr. il link: http://www.brebemi.it/site/wp-content/uploads/2014/09/Brebemi_Giugno2014.pdf, ove è ribadito che si tratta di una concessione e che il finanziamento pubblico è nullo, e viene altresì precisato che il costo complessivo dell’opera è pari a 1,611 miliardi di euro, che l’investimento inclusivo degli oneri finanziari è pari a 2,338 miliardi di euro, suddivisi fra Finanziamento project: 1,918 miliardi di euro e Mezzi propri: 520 milioni di euro (e qui già i conti non tornano poiché si riscontra un’incongruenza di 100 milioni: per una ricostruzione più dettagliata si veda l’analisi dell’Osservatorio Oti Nordovest, curato dalle associazioni Assolombarda, Confindustria Genova e Unione degli Industriali, consultabile *on line* alla pagina: http://www.otinordovest.it/progetti/autostrada_direttissima_brescia_milano__brebemi_).

Ciò che il sito di Brebemi si dimentica di quantificare è però il valore del Subentro (cd. “corrispettivo di retrocessione”): 1,205 miliardi di euro.

Come è stato sottolineato da Percoco M., *Brebemi: l’autostrada in perdita che pagano i cittadini. Per tenere in piedi la Brebemi servirà molto più del previsto e pagherà solo il pubblico*, 06/01/2015 (<http://www.linkiesta.it/brebemi-altri-costi-cittadini-impreditori>): “Quest’ultima è la cifra che un nuovo concessionario, subentrante alla società che ha realizzato l’opera, dovrebbe mettere sul piatto al momento del passaggio delle consegne. Tale punto è molto caro alle banche finanziatrici del progetto, a partire da Bei e Cdp, oltre che Intesa, Unicredit, Mps, Ubi e Banco Popolare, che hanno in pegno le azioni Brebemi”.

Il 25 marzo 2013 è stato strutturato il *closing* finanziario del *project financing* che ha attivato linee di credito per circa 1,9 miliardi di euro (distinte tra linee a lungo termine, linee IVA, linee *standby* ed altre linee tecniche previste per questa tipologia di operazioni), in aggiunta all'*equity* da 520 milioni di euro messo a disposizione dai soci di Brebemi Spa, per coprire i circa 2,4 miliardi di euro necessari per il completamento dell'opera.

Giova rammentare che il finanziamento privato iniziale non è però sufficiente a configurare una concessione (tanto più nel caso in esame, dal momento che deve constatarsi il massiccio intervento pubblico²⁰²).

Proprio in relazione a quest'ultima considerazione sorgono parecchi dubbi sulla possibilità di considerare l'operazione Brebemi una concessione conforme ai dettami del diritto europeo.

²⁰² Anzitutto, occorre dire che l'opera in realtà è finanziata per 820 milioni di euro dalla Cassa depositi e prestiti (banca pubblica) e per 700 milioni di euro dalla Bei (Banca europea degli investimenti, pubblica) con garante Sace Spa (che a sua volta è di proprietà della Cassa depositi e prestiti).

Secondo Martinelli L., *BreBeMi: la favola dell'autostrada 'senza soldi pubblici'*, 24 luglio 2014 (http://www.altreconomia.it/site/fr_contenuto_detail.php?intId=4769) “è falso affermare - come hanno fatto molti quotidiani - che la BreBeMi sia la prima autostrada realizzata facendo ricorso solo a capitale privato. Intanto perché è finanziata da Cdp (80% del ministero del Tesoro) e Bei (di proprietà dei Paesi Ue, Italia compresa), e poi perché verrà probabilmente “defiscalizzata” per quasi mezzo miliardo di euro”.

Analogamente Bacca D., *Una «direttissima» di 62 chilometri (senza soldi pubblici)* (http://www.corriere.it/cronache/14_luglio_24/direttissima-62-chilometri-senza-soldi-pubblici-ccc86ada-12f8-11e4-a7ff-409dc1c2ba25.shtml) segnala che “Brebemi punta al riequilibrio del piano economico: rispetto a quando l'opera è stata progettata sono calate le previsioni di traffico e sono aumentati i costi. La società ha chiesto un allungamento della concessione di 10 anni, dagli attuali 20, e una defiscalizzazione per complessivi 497 milioni: ora aspetta il via libera del Cipe”.

Anche Carbonaro M., *Brebemi, doppia partita per aggiustare il piano economico-finanziario* (http://www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com/art/infrastrutture24/2014-07-30/brebemi-doppia-partita-aggiustare-164106.php?uuiid=AbfJ8U8J&refresh_ce=1) si occupa delle richieste della società (concordate con Cal: prima defiscalizzazione (429 milioni) e contributo statale (69) per coprire nuovi costi e calo di traffico, poi la proroga per eliminare il subentro) mettendone in luce i profili di dubbia legittimità.

Infine Casillo L., *Brebemi, l'autostrada privata con “l'aiutino” pubblico*, 25 aprile 2015 (http://tg24.sky.it/tg24/economia/2015/04/24/brebemi_autostradaa35_costi_pedaggi_fondi.html) osserva che l'autostrada A35, chiamata Brebemi dal nome delle province che attraversa, e cioè Brescia, Bergamo e Milano, è stata “la prima nata in Italia col cosiddetto *project financing*. Ma i costi di costruzione sono più alti del previsto e i pochi pedaggi hanno reso indispensabile l'intervento di Stato e Regione Lombardia. Che adesso ci mettono 360 milioni di euro”.

Il Governo corrisponderà 20 milioni di euro l'anno per 15 anni stanziati dalla legge di stabilità 2015 (v. art. 1, comma 299, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, su cui è stata presentata un'interrogazione parlamentare al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti in data martedì 13 gennaio 2015, seduta n. 361), mentre Regione Lombardia verserà altri 20 milioni di euro l'anno per 3 anni previsti da un emendamento all'ultima legge di bilancio (la relazione al bilancio di previsione 2015-2017 recita espressamente che “la variazione è finalizzata al finanziamento di opere viarie” e sottrae tali risorse alla precedente destinazione, ovvero la sanità regionale).

Con queste premesse non stupisce che Intesa Sanpaolo, il principale azionista dell'autostrada (con una partecipazione di oltre il 42% in Autostrade Lombarde, che detiene quasi il 79% della società Brebemi), abbia deciso di abbandonare il progetto entro il 2017 (confermando la dubbia natura privata dell'operazione): cfr. http://brescia.corriere.it/notizie/cronaca/15_aprile_30/intesa-san-paolo-lascera-brebemi-entro-2017-a-35-milano-brescia-c8fef4a4-ef41-11e4-a9d3-3d4587947417.shtml.

Come anticipato, sul lato dell'offerta, il meccanismo tariffario assicura l'assenza di rischi significativi per il contraente e, anche laddove se ne dovessero verificare, soccorre il pubblico erario.²⁰³

Concentrando l'attenzione sul rischio di domanda, ossia che i livelli di traffico risultino inferiori alle stime inserite nel PEF, possono notarsi le medesime dinamiche.²⁰⁴

A questo punto occorre chiedersi se l'operazione *de qua*, denominata concessione e concepita come finanza di progetto, viepiù di totale provenienza privata, pianificata per essere remunerata attraverso la gestione della medesima, sia davvero reputabile tale.

Per effetto del riequilibrio economico-finanziario a carico di istituzioni pubbliche e della previsione di un elevato corrispettivo di retrocessione al momento del subentro, sembra doversi ricavare la mancata assunzione di rischi operativi da parte di Brebemi Spa, in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia e con la nuova direttiva 2014/23/UE.

²⁰³ Cfr. Delibera CIPE 4 ottobre 2007, n. 109 (in Gazz. Uff., 3 novembre, n. 256). - Schema di convenzione unica tra Concessioni Autostradali Lombarde S.p.a. e società di progetto BRE.BE.MI. S.p.a., ove viene stabilito il principio dell'equilibrio economico-finanziario tramite aggiornamento e revisione del PEF.

Si veda Franco L., *Brebemi, pochi veicoli e tanti debiti in bilancio: nel 2014 buco di 35,4 milioni* (<http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/04/03/brebemi-pochi-veicoli-in-transito-tanti-debiti-in-bilancio-nel-2014-buco-354-milioni/1564001/>): "La direttissima Milano-Brescia ha registrato nel 2014 un rosso di 35,4 milioni di euro. Mentre il numero medio di veicoli transitati ha superato di poco i 14mila al giorno, molti meno dei 60mila previsti a regime in fase di progetto. Le difficoltà dell'autostrada che corre parallela all'A4 erano note, ma dal bilancio approvato a inizio marzo dal cda salta fuori che i costi operativi, più di 14,2 milioni di euro, hanno superato i ricavi da pedaggio (11,7 milioni). Un dato "drammatico", secondo il responsabile Trasporti di Legambiente Lombardia Dario Balotta: "Significa che Brebemi non solo non paga il debito mostruoso con le banche, ma nemmeno il costo di gestione. Significa che tenerla aperta costa più che tenerla chiusa". [...] Per riequilibrare il piano finanziario Regione Lombardia ha già previsto uno stanziamento di 60 milioni di euro, mentre altri 300 dovrebbero arrivare dal governo, sempre che il Cipe dia l'ok. Tali provvedimenti, per i quali Balotta parla di "accanimento terapeutico", sono motivati dalla necessità di coprire i buchi di un'opera fatta passare dal presidente della società Francesco Bettoni come "realizzata senza un euro pubblico", nonostante fin dall'inizio gran parte dei finanziamenti fossero arrivati da Cassa depositi e prestiti e da Banca europea degli investimenti, entrambe pubbliche".

²⁰⁴ Pucciarelli M., *Il disastro Brebemi, soltanto 11mila auto al giorno contro le 80mila previste* (<http://milano.repubblica.it/cronaca/2015/03/08/news/brebemi-109011329/>) non manca di osservare che "I costruttori puntavano a cifre decisamente più alte rispetto al bilancio dei primi sette mesi: inutile anche lo sconto sul pedaggio per attirare clienti. Ma altri soldi pubblici arriveranno nonostante il flop", mentre Franco L., op. cit., chiarisce le cifre: "A incidere sui ricavi deludenti è stato il passaggio di auto e tir sotto le aspettative. Dall'inaugurazione del 23 luglio fino a fine anno sono entrati in autostrada 2,3 milioni di veicoli, il 78% dei quali mezzi leggeri. La media è di poco superiore ai 14mila veicoli al giorno, mentre sono 8mila i 'veicoli teorici', ovvero il numero di veicoli che teoricamente percorrono l'intera tratta, pagando l'intero pedaggio. Il picco di chilometri percorsi è stato toccato ad ottobre (17,6 milioni), un dato che è andato addirittura a diminuire a novembre (16,9 milioni di chilometri) e a dicembre (16,6). Secondo i vertici della società le cose miglioreranno quando verranno completate la tangenziale est esterna di Milano e la corda molle, che consentiranno un maggiore afflusso di vetture sulla Brebemi. Nulla che secondo Balotta sarà però in grado di risollevare le sorti di un'autostrada che è "in coma irreversibile. In una situazione normale, i revisori dei conti non dovrebbero certificare il bilancio e dovrebbero accompagnare la società al *default*. Ma le banche non vogliono che muoia perché non ci sarebbero eredi a pagare il debito. Quindi la tengono in vita a spese pubbliche sperando in un miracolo, sempre a spese pubbliche".

Pedemontana Lombarda (A36)

La Pedemontana Lombarda (*rectius*: Sistema Viabilistico Pedemontano Lombardo) è un'infrastruttura autostradale articolata in quattro tratte, la cui realizzazione è prevista in fasi successive e subordinata alle disponibilità finanziarie per lotti funzionali.²⁰⁵

Ciò che complica la ricostruzione dell'intervento nel suo complesso, soprattutto sotto il profilo dei costi e dei finanziamenti *pro futuro*.²⁰⁶

²⁰⁵ Cfr. Delibera CIPE 4 ottobre 2007, n. 108 (in Gazz. Uff., 2 novembre, n. 255). - Schema di convenzione unica tra Concessioni Autostradali Lombarde S.p.a. e Autostrada Pedemontana Lombarda S.p.a..

²⁰⁶ Il costo dell'opera è stimato in € 4.118.000.000, a fronte di una durata della gestione di 30 anni dalla data di ultimazione dei lavori, con contributo pubblico per 1,245 miliardi di euro, *equity* per 536 milioni di euro e debito bancario per 1,810 miliardi di euro da reperire sui mercati per potere realizzare l'opera (ad esclusione della tratta D, che la società prevede di realizzare in autofinanziamento grazie ai flussi di cassa generati dall'entrata in esercizio delle altre tratte). A ciò si sarebbe dovuto aggiungere un corrispettivo di retrocessione pari 1,290 miliardi di euro, previsto inizialmente e poi eliminato in concomitanza alla defiscalizzazione della Pedemontana, assentita dal CIPE il primo agosto 2014 (v. *infra*).

Sul punto si veda l'analisi dell'Osservatorio Oti Nordovest, curato dalle associazioni Assolombarda, Confindustria Genova e Unione degli Industriali (consultabile *on line* alla pagina seguente: http://www.otinordovest.it/progetti/pedemontana_lombarda_cassano_magnago_osio_di_sotto_), dove viene sottolineato che i finanziamenti disponibili ammontano solamente ad € 1.745.000.000 (in sostanza il contributo pubblico ed i conferimenti dei soci, più un prestito ponte) e permangono molte criticità sia sotto il profilo tecnico (il progetto definitivo ha ricevuto 850 osservazioni dai Comuni e 2.700 dai cittadini e coinvolge 22 mila soggetti interessati agli espropri) che finanziario (soprattutto per la seconda fase dei lavori).

Legambiente annovera l'autostrada Pedemontana Lombarda tra "le opere più dannose per l'ambiente ed il territorio della Lombardia", sostenendo invero che "Tra le criticità maggiori di questa nuova infrastruttura c'è senza dubbio lo spropositato consumo di suolo che questa nuova autostrada avrà, a cui va ad aggiungersi l'attraversamento e l'inevitabile compromissione di numerose aree protette" (http://www.legambiente.it/sites/default/files/docs/allegato_1_-_le_opere_inutili_e_dannose.pdf).

Per quel che concerne il profilo finanziario, si legga invece Carbonaro M., *Pedemontana Lombarda, la situazione dopo l'uscita in Gazzetta della delibera sulla defiscalizzazione* (<http://www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com/art/lavori-pubblici/2015-06-24/pedemontana-lombarda-situazione-l-uscita-gazzetta-delibera-defiscalizzazione-200240.php?uuid=ACFZSJG>), il quale quindi osserva "Che dunque la Pedemontana Lombarda sia interamente realizzata, e che sia davvero un *project financing*, non è ancora certo. Ricordiamo infatti che il lotto 1 quasi completato (tratta A e tangenziali di Como e Varese) e la tratta B1 in costruzione, sono state e sono pagate dal contributo pubblico statale di 1.244 milioni di euro, e dai 300 milioni di capitale sociale già versati (anch'essi di derivazione in gran parte pubblica). Quando questi 1.544 milioni finiranno, se non saranno nel frattempo arrivati i nuovi soci privati e il primo *closing* bancario, l'opera si fermerà".

Da ultimo si segnala l'interrogazione parlamentare presentata alla Camera dei Deputati - 4-09134 - l'11 maggio 2015 sui sovracosti del lotto 2 della tratta B1 di Pedemontana, per la cui realizzazione era previsto un costo di 1.713.547.749,35 euro, ma il costante aumento dei costi ha portato l'ammontare delle riserve – in base all'ultima relazione fornita con riferimento ai lavori eseguiti sino al settembre 2014 – sino alla cifra di 1.959.995.657,16 euro, sì che il costo complessivo dell'opera risulterebbe più che raddoppiato.

Alla luce delle opacità relative alla composizione e alla attività della commissione che dovrà trovare un accordo sugli extracosti, il sospetto degli inquirenti che hanno avviato un'indagine ufficiale è che dietro l'aggiudicazione per la costruzione della Pedemontana ci sia il pagamento di alcune mazzette.

Nell'interrogazione perciò si chiede al Ministro se sia a conoscenza di quanto esposto e se non ritenga, in seguito ai costi lievitati in maniera spropositata dell'opera Pedemontana la cui spesa complessiva è, come noto, da sempre insostenibile, rimuovere Pedemontana Lombarda dalla lista delle opere infrastrutturali indicate come prioritarie, e decidere per l'interruzione immediata dei lavori della stessa alla quasi completata tratta B1.

La società Autostrada Pedemontana Lombarda Spa, è la “concessionaria” per la progettazione, costruzione e gestione del collegamento autostradale in esame.

Come per Brebemi, anche in questo caso sorgono notevoli perplessità sulla reale natura del rapporto posto in essere.

Oltre alla consueta classificazione sotto la veste del *project financing* (che peraltro cela risorse pubbliche), deve infatti rimarcarsi l’assenza di rischi operativi in capo al presunto concessionario.

La ragione principale di tale stato di cose va individuata nella adozione di misure di agevolazione e defiscalizzazione tese al riequilibrio economico-finanziario dell’operazione.

Di conseguenza, come detto, non soltanto i finanziamenti volti alla realizzazione dell’infrastruttura provengono da soggetti sostanzialmente pubblici, ma questi mettono opportunamente al riparo il loro investimento tramite ulteriori forme di sostegno.²⁰⁷

²⁰⁷ Cfr. Delibera CIPE 1° agosto 2014, registrata alla Corte dei conti il 13 gennaio 2015, avente ad oggetto: Programma delle infrastrutture strategiche (legge n. 443/2001) - Pedemontana lombarda: Attribuzione misure di defiscalizzazione, ai sensi dell’art. 18 della l. n. 183/2011 e s.m.i. e parere sul secondo atto aggiuntivo alla convenzione unica (Delibera n. 24/2014 - GU Serie Generale n. 24 del 30-1-2015).

Sotto l’aspetto finanziario, il costo di investimento dell’opera desumibile dal quadro economico, pari a 4.118.354.680,58 euro, ha raggiunto un nuovo equilibrio economico finanziario utilizzando le cd. misure di defiscalizzazione previste dal citato art. 18 della legge n. 183/2011.

In cambio dell’azzeramento del valore di subentro – pari a 1.290 milioni di euro nel PEF 2009 –, il PEF riequilibrato prevede contributi pubblici in conto investimenti per 1.245 milioni euro, il cui termine di erogazione è previsto entro il 31 dicembre 2015, cui si aggiunge il contributo teorico a fondo perduto aggiuntivo per ripristinare l’equilibrio economico finanziario pari a circa 393 milioni di euro.

Nel PEF defiscalizzato le misure a compensazione del contributo teorico a fondo perduto sono pari a circa 800 milioni di euro in valore assoluto e a circa 349,5 milioni di euro a valori attualizzati in relazione al periodo di applicazione 2016-2027 e, in particolare, si prevede: per il periodo dal 2016 al 2027, l’esenzione fiscale ai fini IRES-IRAP per un valore nominale di circa 376 milioni di euro; e, per il periodo dal 2019 al 2027, la compensazione del debito I.V.A. dovuto ai sensi dell’art. 27 del d.P.R. n. 633/1972 e s.m.i. per un valore nominale di circa 424 milioni di euro. Tali importi rappresentano il limite massimo riconoscibile che non potrà essere superato durante l’intera durata della concessione.

Il rapporto tra misure ed investimento, tenuto conto del contributo pubblico, è pari a circa il 40%.

La revisione del piano economico-finanziario finalizzata al riequilibrio dello stesso, anche grazie alle misure di defiscalizzazione, aveva indotto la Commissione UE ad avviare una procedura d’infrazione in data 17 ottobre 2007, poi conclusasi con l’archiviazione in data 26 novembre 2008.

A sua volta l’ANAC – AG 39/2012 – in data 6 marzo 2013 aveva espresso un parere sulla possibilità di rimodulazione del PEF, *i.e.* se fosse “legittimo modulare diversamente da quanto contrattualmente previsto le modalità di erogazione del contributo pubblico ... anche mediante anticipazione e/o incremento della percentuale di erogazione dello stessa, ovvero incremento del contributo pubblico destinato all’intervento (qualora disponibili risorse finanziarie aggiuntive), avendo riguardo a che tali modifiche non comportino rendimenti maggiori e/o vantaggi economici per gli operatori economici interessati, rispetto a quanto originariamente previsto dalle convenzioni”, soffermandosi sulla distinzione fra appalti e concessioni.

“La complessa questione sottoposta all’Autorità richiede in sostanza di vagliare se sia possibile, sotto il profilo della legittimità, operare una variazione al piano economico-finanziario delle concessioni di lavori, in caso di sensibili variazioni delle condizioni economiche del mercato, al fine di ristabilire l’equilibrio economico finanziario degli investimenti del concessionario e, dunque, la sostenibilità dell’intrapresa economica.

Fermo considerato che allo stato attuale le uniche risorse destinate all'intervento sono di derivazione pubblica, vuoi sotto forma di investimento e finanziamento diretto vuoi *sub specie* di riequilibrio e defiscalizzazione, bisogna attendere di conoscere se i soggetti privati saranno interessati a partecipare all'operazione.²⁰⁸

Se da un lato, dunque, sembra sbiadire la etichettatura di finanza di progetto privata, dall'altro, non pare nemmeno possibile ravvisare una allocazione dei rischi aderente allo schema della concessione.

Sia sul lato dell'offerta (emblematico il caso di sovracosti del lotto 2 della tratta B1: v. nota 206 *supra*) sia su quello della domanda (già s'è detto del meccanismo tariffario particolarmente garantista nel settore autostradale: v. nota 200 *supra*) il contraente non dà l'impressione di sobbarcarsi alcun rischio operativo in maniera significativa – o meglio, qualsiasi rischio viene manlevato dalla pubblica amministrazione che non soltanto finanzia la costruzione dell'opera, ma ne defiscalizza pure la gestione.

Pertanto ogni incentivo d'efficienza sul presunto concessionario viene meno.

Come noto, l'elemento differenziale ed essenziale di una concessione di lavori rispetto all'appalto consiste nella assenza di corrispettivo, atteso che è previsto che il concessionario ritragga il suo utile dallo sfruttamento economico e dalla gestione dell'opera. La controprestazione a favore del concessionario consiste, infatti, nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente l'opera oggetto della concessione. Pertanto, sebbene non si possa del tutto escludere l'incidenza del fattore crisi economica, allo stesso tempo essa deve essere considerata per quelli che sono i suoi obiettivi effetti sulle fattispecie giuridiche esistenti, fermo restando l'obbligo di verifica da parte delle stazioni appaltanti che lo squilibrio del piano non dipenda invece in alcun modo da inadempimento della controparte”.

Dopo aver osservato come l'art. 143, comma 8, del D.Lgs. 163/2006 ammetta la possibilità di apportare variazioni al piano economico-finanziario della concessione (v. *supra*), si constata che, oltre a quanto stabilito dal Codice (cfr. art. 2, comma 4), occorre anche considerare quanto previsto dal diritto civile: “con particolare riferimento al caso di eventi straordinari sopraggiunti alla conclusione del contratto la categoria civilistica che più si attaglia al caso in esame, secondo quanto prospettato dall'istante, appare quella della “eccessiva onerosità sopravvenuta” (rif. art. 1467 cod. civ.)” e si giunge così alla conclusione che “Occorrerà quindi valutare, in simili casi, sino a che punto la causa della situazione di difficoltà nell'attuazione del piano dipenda unicamente da eventi oggettivi ed estranei al concessionario (es. crisi economica nazionale), contenendo le eventuali modifiche in questi limiti. Nella suddetta valutazione, appare altresì necessario rispettare la natura degli istituti giuridici coinvolti, con particolare riguardo all'elemento caratterizzante la concessione e l'affidamento a contraente generale, che si estrinseca nell'assunzione del rischio economico, ferma restando la coltivazione del primario interesse pubblico alla globale realizzazione dell'opera che non può venir compromesso da modifiche alle originarie condizioni contrattuali. Occorre, in particolare, evitare che un maggiore afflusso di risorse pubbliche in questa fase, a totale invariato di finanziamento pubblico, pur avendo come indubbio vantaggio quello di consentire la prosecuzione di un'opera di interesse generale, comporti serie difficoltà nel completamento dell'opera in una fase più avanzata, fase per la quale, a finanziamento pubblico invariato, sarebbe dunque necessario che il concessionario garantisca le risorse necessarie”.

²⁰⁸ Il piano finanziario regolatorio (PEF/PFR) prevede esplicitamente due *tranches* di finanziamento ed in particolare: l'importo complessivo della prima *tranche* di senior Debt è pari a circa 1,7 miliardi di euro (il *financial closing* dovrebbe avvenire entro il secondo semestre del 2015); l'importo complessivo della seconda *tranche* di senior Debt è pari a circa 800 milioni di euro (il *financial closing* dovrebbe avvenire entro il secondo semestre del 2018).

TEEM (A58)

A chiudere il cerchio, infine, l'autostrada TEEM (Tangenziale Est Esterna Milano).

Il costo complessivo di questa grande infrastruttura realizzata in Lombardia è stimato in € 2.200.000.000, a fronte di una durata della gestione di 50 anni a partire dalla data di ultimazione dei lavori (scadenza nel 2065).

Nell'investimento è stata prevista una contribuzione pubblica di 330 milioni di euro (a fondo perduto) da parte di Cassa Depositi e Prestiti in attuazione del «Decreto del fare», mentre non è presente nessun corrispettivo di retrocessione per il subentro.²⁰⁹

Tangenziale Esterna Spa, la “concessionaria” incaricata di progettare, realizzare e gestire la Tangenziale Est Esterna di Milano, è stata sicuramente più abile nel coinvolgere gli investitori privati rispetto alle società incontrate nei due casi precedenti.²¹⁰

Il Piano economico-finanziario di TEEM ha raccolto un *pool* di istituti di credito (Unicredit, Banca IMI-Gruppo Intesa San Paolo, Banca Popolare di Milano e Centrobanca-UBI) nel *closing* del *project financing*, anche grazie ad un duplice aumento di capitale (il primo, di 120 milioni di euro, è stato deliberato a fine 2012 ed interamente sottoscritto dai soci portando da 100 a 220 milioni di euro il capitale sociale, mentre nel 2013 un secondo aumento di capitale da 245 milioni di euro ha innalzato il capitale sociale sino a 465 milioni di euro).

Delle tre è quella che più si avvicina a rappresentare una finanza di progetto privata.

²⁰⁹ Sul sito di TEEM (<http://www.tangenziale.esterna.it/finanziamento-opera/>) si può leggere che “Ad appena 18 mesi dall'apertura dei cantieri (11 giugno 2011), il 21 dicembre 2013 la Concessionaria ha raggiunto la copertura totale degli investimenti, prevalentemente a carico di privati, necessari per realizzare Tangenziale Est Esterna di Milano. La chiusura del Piano finanziario da 2,2 miliardi di euro (oneri e Iva compresi) è stata, infatti, conseguita quasi sotto l'albero di Natale grazie agli 1,2 miliardi di euro resi disponibili da Cassa Depositi e Prestiti, Banca Europea per gli Investimenti e nove istituti di credito commerciali. La provvista bancaria s'è, del resto, aggiunta ai 580 milioni di euro (465 di capitale sociale e 115 di prestito subordinato) garantiti dai Soci e ai 330 milioni di euro assicurati dallo Stato”.

Dai bilanci 2012 e 2013, con la consegna degli ultimi elaborati progettuali e del computo metrico estimativo delle varianti, risulta che la Tangenziale Esterna Spa ha approvato il Quadro Economico che riassume e definisce l'impegno di spesa complessivo in € 1.659.901.084.00, di cui € 1.071.682.922.00 per lavori e € 585.218.162.00 di somme a disposizione, a fronte di un investimento complessivo di oltre 2 miliardi di euro (330 milioni di contributo pubblico statale, 580 milioni di *equity* da parte dei soci e 1.422 milioni in *project financing*).

Si rinvia al rapporto sulla TEEM dell'Osservatorio Oti Nordovest, curato dalle associazioni Assolombarda, Confindustria Genova e Unione degli Industriali (consultabile *on line* alla pagina http://www.otinordovest.it/progetti/tangenziale_est_esterna_di_milano).

²¹⁰ Cfr. “Unicredit nel pool di banche finanziatrici, contributo pubblico di 330 milioni di euro e nuovo aumento di capitale. Maullu: «Luglio di decisivi passi in avanti verso la realizzazione di TEEM».”, Milano, 23 luglio 2013 (http://www.tangenziale.esterna.it/media/comunicati_stamp/unicredit-nel-pool-di-banche-finanziatrici-contributo-pubblico-di-330-milioni-di-euro-e-nuovo-aumento-di-capitale-maullu-luglio-di-decisivi-passi-in-avanti-verso-la-realizzazione-di-teem/).

Non tanto perché il contributo pubblico a fondo perduto è di gran lunga inferiore a quelli riscontrati negli altri due casi (sebbene occorra tener conto dei prestiti ad opera di CDP e BEI), quanto in ragione del fatto che sinora non risultano essere state apprestate misure di agevolazione e defiscalizzazione.

Ciò non toglie che anche in relazione a TEEM vale il regime tariffario autostradale che, attraverso l'aggiornamento e la revisione, mitiga i rischi operativi del gestore, così come il PEF prevede strumenti di riequilibrio economico-finanziario.²¹¹

In una simile situazione diventa complicato discernere fra appalti e concessioni.

Discorso che vale ugualmente per tutt'e tre le infrastrutture lombarde esaminate, e, più in generale, per il settore autostradale.

In primo luogo, poiché le "convenzioni uniche", a dispetto del *nomen*, hanno conosciuto numerosi atti aggiuntivi e modifiche per mezzo di atti legislativi e/o amministrativi, rendendo le "concessioni" stipulate qualcosa di diverso.

Se *ex ante* i contraenti avevano assunto dei rischi operativi (ed infatti le perdite si sono verificate), *ex post* la pubblica amministrazione ha provveduto ad eliminarli.

In secondo luogo, in virtù della mistificazione della finanza di progetto, la quale, per essere tale, dovrebbe impiegare risorse prevalentemente private e ricorrere al contributo pubblico solo nella misura strettamente necessaria alla fattibilità dell'operazione.

Il motivo è presto detto: se chi realizza il progetto non rischia risorse proprie o reperite sui mercati finanziari, da recuperare tramite la gestione di ciò che deve realizzare, allora la finanza di progetto non serve a nulla, risolvendosi nel consueto finanziamento pubblico che esonera il contraente dai rischi.

²¹¹ Cfr. Delibera CIPE 3 agosto 2011, registrata alla Corte dei conti il 24 febbraio 2012, avente ad oggetto: Programma delle infrastrutture strategiche (Legge n. 443/2001). Tangenziale est esterna di Milano. Approvazione progetto definitivo (12A02503) (GU Serie Generale n. 53 del 3-3-2012).

In sede di aggiornamento e di revisione del PEF viene calcolato lo scostamento cumulato tra il traffico consuntivo a fine quinquennio e le relative previsioni; laddove si registrino extra-entrate dovute ad una variazione del traffico, il beneficio economico finanziario, al netto delle imposte e del canone di concessione, dev'essere destinato al riequilibrio del Piano.

Ne deriva la conferma della bivalenza del principio dell'equilibrio economico-finanziario che opera sia a favore del contraente sia a suo discapito, utilizzando gli eventuali extraprofitto allo scopo di compensare altre deficienze dell'operazione (ad esempio, extracosti per manutenzioni o imprevisti rispetto al PEF).

In genere tale *surplus* viene impiegato per ridurre le tariffe pagate dagli utenti, a riprova della finalità collettiva delle infrastrutture, ma nella fattispecie si è stabilito di usarlo per neutralizzare, mediante la domanda, i rischi sul lato d'offerta.

Non è difficile dedurre che l'equilibrio economico-finanziario si scontra con l'allocazione dei rischi, annullando le ripercussioni negative ed al contempo estraendo le rendite positive.

In definitiva, seguendo tale impostazione, l'allocazione soggettiva e oggettiva dei rischi fra le parti non diviene altro che una dichiarazione programmatica priva di utilità concreta.

E ciò è tanto più vero se, oltre all'esborso pubblico iniziale, si aggiungono ulteriori forme di agevolazione, come il riequilibrio e la defiscalizzazione dell'operazione.²¹²

Qualcuno potrebbe vedere in tali garanzie una sorta di *bail out* pubblico anticipato, a salvaguardia di interessi generali, ma anche volendo impostare la questione in quei termini non si supererebbe l'ostacolo interpretativo di fondo.

L'apparato pubblico non corre in soccorso di un'operazione privata in difficoltà, bensì protegge sé stesso dal rischio di non rientrare dei propri investimenti.

In tale aspetto si identifica il maggior divario nei confronti del caso Eurotunnel, dove il concessionario in crisi ha chiesto aiuto ai soggetti finanziatori dell'intervento, non al plesso pubblico (competente solo per la vigilanza amministrativa).

È questo un problema tipicamente italiano, dato che l'amministrazione si sostituisce al sistema finanziario, occupandosi al contempo sia del finanziamento e della regolazione, sia dell'attività di supervisione e di controllo.

Di conseguenza, come visto ad esempio per il settore autostradale, l'ordinamento è pieno di disposizioni che tendono a restringere l'autonomia privata prevedendo meccanismi legislativi e/o amministrativi in luogo di pattuizioni negoziali.

Si tratta della riproposizione, in chiave contrattuale, della iper-regolazione relativa alle procedure di aggiudicazione.

Entrambe prassi che si scontrano con la pregnanza contrattuale del diritto europeo.

Purtroppo non è l'unico limite della disciplina nazionale, ancor oggi contrassegnata dai retaggi del passato e dalle suggestioni pubblicistiche che finiscono per nascondere le criticità di fondo.

²¹² Sul punto si veda il comunicato stampa di Legambiente "TEEM, Brebemi e le altre: dal trionfo del finanziamento privato al tonfo nella finanza pubblica", pubblicato il 12 agosto 2013 (<http://lombardia.legambiente.it/contenuti/comunicati/teem-brebemi-e-le-altre-dal-trionfo-del-finanziamento-privato-al-tonfo-nella-fi>), in cui le nuove autostrade lombarde sono criticate perché "Troppo grandi per i flussi di traffico previsto, troppo costose in rapporto ai veri problemi di mobilità, troppo ridondanti rispetto ad opere già esistenti, troppo insostenibili in un territorio limitato e inquinato come quello della Lombardia, che mai come ora ha avuto bisogno di massicci investimenti sulla mobilità collettiva e sul trasporto sostenibile delle merci. E vedere amministratori regionali che cantano vittoria per i finanziamenti dal CIPE alle autostrade fa tenerezza, se si pensa che la promessa su cui si basavano queste opere era il 'costo zero' per i conti dello Stato: solo finanza di progetto, assicurata da finanziatori privati. Invece la Lombardia del post-Formigoni sotterra il suo orgoglio e supplica il Governo di stanziare centinaia di milioni di euro per coprire il buco del caro estinto, il *project financing*."

A prescindere dai convincimenti personali, una considerazione è d'obbligo.

Se gli investitori privati non sono attratti dal finanziare certe opere, significa che probabilmente esse sono malconcepite e non assicurano il rientro dei capitali: il che dovrebbe se non altro far riflettere.

Soprattutto alla luce dei risultati delle autostrade lombarde, dall'inizio poco attrattive per i soggetti privati e poi rivelatesi un insuccesso commerciale (tanto da far scappare i distributori di benzina).

Nel caso delle autostrade lombarde, considerando che in due casi su tre l'idea di realizzarle risale al periodo in cui era vigente il blocco alla realizzazione di nuove tratte²¹³, la persistenza dell'interesse pubblico alle opere è stata giustificata evidenziando la necessità di decongestionare il traffico attraverso una rete viaria interconnessa e di raccordo con i principali corridoi europei.

A tal fine sono stati individuati, per un verso, lo svincolo di interconnessione tra TEEM e Brebemi (cd. "arco TEEM"), completato e aperto al traffico con l'entrata in esercizio del collegamento autostradale tra Brescia e Milano; per l'altro, la parallela Interconnessione Pedemontana-Brebemi (ex IPB), ora nota come Bergamo-Treviglio.²¹⁴

La rilevanza strategica delle opere in parola è stata confermata dal loro inserimento nel Programma di infrastrutture strategiche connesse ad Expo 2015, sebbene solo una parte sia stata ultimata in tempo.

Per mantenere inalterata la loro validità e il loro interesse per la collettività, esse prevedono, oltre a diffuse opere di mitigazione ambientale, alcuni progetti speciali di compensazione, concepiti con l'obiettivo di valorizzare e caratterizzare ambiti di particolare pregio naturalistico e paesaggistico (e.g. opere idriche, piste ciclabili, piantumazione di alberi, barriere antirumore).

Cionondimeno, rimangono diverse criticità legate all'eccessivo consumo di suolo, agli indennizzi per le espropriazioni e alle problematiche locali (ingorghi in corrispondenza dei lavori e eventuali rischi da scavi in zone in cui vi sono residui del disastro di Seveso).²¹⁵

²¹³ La sospensione, con la Legge 28 aprile 1971, n. 287, ed in seguito con la Legge 16 ottobre 1975, n. 492 (conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 1975, n. 376), mai formalmente abrogate, è stata superata tramite il ricorso alle legislazioni speciali: cfr. Tonetti A., *Il Decreto "Salva Italia"*, *Giornale di Diritto Amministrativo* 3: 229, 2012.

²¹⁴ Il soggetto promotore del progetto preliminare è la società Autostrade Bergamasche Spa: http://www.trasporti.regione.lombardia.it/cs/Satellite?c=Redazionale_P&childpagename=DG_Infrastrutture%2FDetail&cid=1213470385065&pagename=DG_INFWrapper.

²¹⁵ Come emerge dallo studio compiuto da Silvia Ronchi e Stefano Salata per il Centro di Ricerca sui Consumi di Suolo (CRCS Milano, 3 dicembre 2013: consultabile *on line* alla seguente pagina: <http://www.infonodo.org/node/38838>), le nuove autostrade lombarde (BreBeMi, Pedemontana, TEEM) "rubano alla regione, che è già la prima in Italia quanto a consumo di suolo da urbanizzazione, 1.600 ettari di terreno, una superficie pari a quindici volte l'area destinata a Expo 2015 o a 2.285 campi di calcio" (così Corvi L., *Corriere della Sera*, 5 dicembre 2013, Pagina 13, rinvenibile *on line* al presente *weblink*: http://archiviostorico.corriere.it/2013/dicembre/05/record_delle_nuove_autostrade_co_0_20131205_6c2dfc28-5d77-11e3-8960-10bd3fa100c5.shtml?refresh_ce-cp).

Ciò ha suscitato dissensi e proteste: in particolare, per quanto riguarda la Pedemontana, le proteste contro il progetto e la Regione Lombardia sono state espresse in una manifestazione popolare in valle Olona il 28 novembre 2009, mentre gli agricoltori lombardi si sono mobilitati contro Brebemi e TEEM con i loro trattori dandosi appuntamento a Milano, sotto la sede di Infrastrutture Lombarde, il 18 luglio 2014.

Per valutare adeguatamente l'ambizioso progetto lombardo occorrerà quindi attenderne l'esito conclusivo.

Al momento si può solo constatare che la parziale realizzazione del medesimo ha sfavorito le società coinvolte che, come illustrato, hanno registrato livelli di domanda sotto le aspettative, anche per effetto della perdurante situazione di stagnazione economica e contrazione dei consumi.²¹⁶

Questo ci riporta al tema oggetto d'analisi: la distinzione fra appalti e concessioni.

L'allocazione dei rischi nel caso lombardo differisce in maniera evidente da quella della concessione Eurotunnel.

Se in quest'ultima il concessionario si è fatto carico dell'intera operazione – dall'ideazione, al finanziamento, alla realizzazione, fino alla gestione – subendo le sorti dell'operazione sia sul lato della offerta che su quello della domanda (ad eccezione delle circostanze eccezionali e della forza maggiore), il caso lombardo ha messo in risalto una finanza di progetto *sui generis*, in cui il soggetto promotore (a forte componente pubblica) elabora il progetto in assenza di competizione e non riesce ad attirare capitali privati, sufficientemente distanti dalla finanza pubblica, finendo col creare un *loop*.

Non stupisce, dunque, la presenza di misure pubbliche a sostegno delle opere, mediante riequilibrio e revisione del PEF, defiscalizzazione o altri contributi.

Ciò però contrasta con il magistero europeo in materia concessoria, secondo il quale il concessionario deve sopportare un rischio operativo effettivo che possa ingenerare perdite e *default*.²¹⁷

È vero che i contratti di concessione possono contenere clausole che riducono i rischi operativi del concessionario, ma per aversi una concessione un rischio ridotto deve comunque sussistere, non potendo essere eliminato.

Il caso lombardo manifesta il problematico rapporto fra allocazione dei rischi ed equilibrio economico-finanziario.

In altre parole, fra contratti aleatori e contratti commutativi.

²¹⁶ E difatti Brebemi ha tratto giovamento dal completamento della TEEM: sul punto cfr. Monaci S., *Inaugurata la tangenziale bis di Milano, boccata d'aria per la Brebemi*, 16 maggio 2015 (<http://www.ilsole24ore.com/art/impresa-e-territori/2015-05-16/al-via-teem-boccata-d-aria-brebemi-104038.shtml?uuiid=ABczfUHD>).

²¹⁷ Si rinvia, oltre che alla precedente trattazione sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (v. in particolare le cause contro lo Stato italiano), a quanto detto e si dirà tra breve sulla direttiva 2014/23/UE.

Capitolo V. Questioni interpretative

Nelle pagine scorse abbiamo visto, in breve, la disciplina di appalti e concessioni, ed alcuni esempi di come, a seconda dell'ordinamento nazionale e sovranazionale, tali istituti siano intesi in maniera profondamente diversa e diano vita a difficoltà ermenutiche.

Un punto interrogativo resta infatti nella mente del giurista: la natura aleatoria o commutativa della concessione, a fronte della natura commutativa dell'appalto.²¹⁸

Quest'ultimo, com'è noto e si è cercato di mostrare, rappresenta una relazione giuridica particolare, la quale presuppone un certo rischio nell'attività (capitali e mezzi dell'appaltatore) svolta per conto del committente (interessato al risultato finale).

Dal punto di vista soggettivo ne deriva un'obbligazione "ibrida", per così voler dire: di mezzi per il primo (appaltatore), di risultato per il secondo (committente).²¹⁹

Il *gap* fra le due posizioni emerge chiaramente nella eventualità di un cortocircuito, ossia nello specifico caso di gravi sopravvenienze non imputabili alle parti (altrimenti v'è la *perpetuatio obligationis*, salvo il risarcimento dei danni) che possono portare o allo scioglimento del rapporto o alla adozione di appropriati rimedi manutentivi.

L'ordinamento fissa comunque il limite massimo dell'obbligazione in concomitanza dello sforzo dell'obbligato che, secondo diligenza e buona fede, appaia del tutto sproporzionato rispetto all'aspettativa della controparte: ancora una volta è questione di efficienza allocativa.

Ciò è vero per l'appalto privato (e per quello pubblico, di riflesso) ma cosa accade nelle concessioni? Che rilevanza assume il rischio operativo del concessionario?

²¹⁸ Innanzitutto, giova premettere che, per definizione, un contratto è aleatorio – e non commutativo – quando almeno una delle prestazioni dipende da eventi incerti, presupponendo un certo rischio.

Come ben insegna il diritto civile, "la rilevanza del carattere aleatorio sta essenzialmente in ciò: che le parti, avendo accettato rispettivamente di subire l'alea, o di speculare su essa, non possono poi considerare il contratto come lesionario o come eccessivamente oneroso" (cfr. Sacco R., Sez. XV - "La qualificazione", cap. II - "Le altre classificazioni", in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno P., vol. X, tomo II - Obbligazioni e contratti, Utet, Torino, 2002, p. 591).

Sulle implicazioni della distinzione fra contratti commutativi ed aleatori si rinvia a Delfini F., *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1999, *passim*, in particolare pp. 16-39 e 200-205.

²¹⁹ Per l'opinione tradizionale che l'appalto sia un'obbligazione di risultato si vedano Luminoso A., *Codice dell'appalto privato*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 17, e Gambini M., "L'esecuzione del contratto", in Cuffaro V., *I contratti di appalto privato*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Utet, 2011, p. 178. In giurisprudenza vedasi Cass. Civ., Sez. I, 23 novembre 1999, n. 12989.

Deve peraltro registrarsi il progressivo superamento in giurisprudenza della distinzione tra obbligazioni di risultato e di mezzi: cfr. Nicolussi A., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*. (nota a Cass. civ. Sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 577), *Danno e Responsabilità* 8-9: 871, 2008.

In proposito è utile menzionare preliminarmente una pronuncia in tema di offerte condizionate – T.A.R. Perugia, Sez. I, 11 giugno 2010, n. 369 – allo scopo di appurare la quintessenza delle concessioni: il rischio operativo, appunto.²²⁰

Nel caso di specie l'onerosità delle condizioni unilateralmente dettate dall'aspirante concessionario a una mensa universitaria si risolveva nella totale esclusione di ogni rischio per quest'ultimo.

Non solo, infatti, il “minimo garantito” preteso coincideva praticamente con la prestazione del concessionario, ma la penale prevista per il suo mancato raggiungimento era così elevata che, paradossalmente, il gestore avrebbe avuto maggior convenienza ad allontanare i clienti della mensa piuttosto che ad attirarli.

Il tutto trasformava allora la concessione in appalto.

La decisione è davvero interessante poiché, se da un lato concretizza la distinzione fra appalti e concessioni, dall'altro, svela l'accezione in cui va correttamente inteso il rischio operativo di gestione.

Ne deriva un primo assioma: il rischio non può essere equivalente negli appalti e nelle concessioni.

Sul tema la direttiva 2014/23/UE offre solo qualche spunto, definendo il rischio concessorio e circoscrivendo fortemente la cd. “rinegoziazione” della concessione, nondimeno lasciando al diritto nazionale l'onere di approntare una risposta più esauriente.

Compito che è reso assai disagiata dalla difficoltà di operare nel contesto di una teoria generale del contratto che in Italia ha visto affermarsi le opinioni più diversificate.

In special modo, con riferimento alla dicotomia contratti aleatori-commutativi, risalente all'esperienza francese della codificazione napoleonica ed al Pothier²²¹, la dottrina ha prodotto una serie di speciose congetture e categorie metagiuridiche che vengono scosse dalle fondamenta quando incontrano le fattispecie dei contratti pubblici.

²²⁰ La controversia riguardava la concessione di un servizio di mensa universitaria, dalla cui gara un partecipante era stato escluso per aver presentato un'offerta condizionata che snaturava la commessa.

Il vizio non stava tanto nella condizione *ex se*, quanto nelle ripercussioni che da questa scaturivano: nella *lex specialis* era previsto che il concessionario fosse obbligato a far funzionare la mensa per almeno 250 giorni all'anno e che la struttura fosse in grado di servire una domanda di 1000 pasti al giorno; l'offerta condizionata pretendeva invece un “minimo garantito” (240.000 pasti annui) e fissava altresì la misura della penale in caso di mancato raggiungimento (due terzi del prezzo standard per ogni pasto in meno).

²²¹ Per la ricostruzione storica si rinvia a Balestra L., *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Cedam, Padova, 2000, in particolare pp. 14-29.

La crisi è dovuta non solo alla sterilità dei dibattiti sui concetti di rischio e alea (normale), contrattuale ed extracontrattuale, giuridica ed economica, ma anche alla persistenza di numerosi elementi anacronistici più utili a riempire le pagine dei libri che non a risolvere problemi giuridici.

Tutto ruota intorno alla problematica qualificazione di contratto aleatorio.

Un contratto commutativo presuppone la correlatività tra gli apprezzabili sacrifici delle parti, sia *ex ante* sia *ex post*, cosicché viene compensata ogni oscillazione di valore che travalichi la soglia della normale alea inerente allo specifico tipo contrattuale.

All'opposto, per la dottrina, un contratto aleatorio presenta due profili caratteristici: lucro incerto (elemento funzionale) e indeterminatezza delle prestazioni (elemento strutturale); il che significa ammettere a priori una condizione ipotetica, soggetta a molteplici variabili, che a posteriori può risultare affatto diversa dalle aspettative iniziali.²²²

L'alea è meramente "economica" quando deriva da elementi esterni al contratto (e.g. variazioni dei prezzi) oppure "giuridica" se i fattori incerti sono espressamente previsti nel contratto (proprio come per la condizione ma, a differenza del negozio *sub condicione*, operano mutamenti solo sulle prestazioni, non sull'efficacia del contratto).

²²² Sul modello dei contratti aleatori considerati tipici (assicurazione, rendita vitalizia, gioco e scommessa) si è diffusa l'idea che l'alea consista in un evento futuro e incerto – come da definizione codicistica di condizione – tale da causare effetti sul contratto: vedasi, ad esempio, Nicolò R., *Alea* (voce), *Enciclopedia del diritto* I: 1024-1031, Giuffrè, Milano, 1958 (ora in *Scritti giuridici* II: 1421, Milano, 1980).

In realtà non alla clausola condizionale deve guardarsi per individuare l'origine dei contratti aleatori, bensì all'art. 1102 del codice civile del 1865, ai sensi del quale "è contratto di sorte o aleatorio, quando per ambedue i contraenti o per l'uno di essi il vantaggio dipende da un avvenimento incerto. Tali sono il contratto di assicurazione, il prestito a tutto rischio, il giuoco, la scommessa e il contratto vitalizio".

Ancor oggi viene utilizzata l'impostazione appena citata per classificare i contratti aleatori.

Si tratta di un errore di prospettiva: l'alea deve ravvisarsi non tanto nella causa dell'incertezza, quanto negli effetti che essa produce sul sinallagma contrattuale (*id est* risultato finale incerto, con possibile alterazione dell'equilibrio fra le prestazioni).

La pretesa di positivizzare un concetto volatile come l'alea ha condotto a futili elucubrazioni sul momento causale del contratto (come la nullità per assenza di alea in virtù di una prognosi postuma: sarebbero allora tutti nulli i contratti aleatori in cui le parti prevedono correttamente il futuro? Deve escludersi che si tratti di nullità una volta che il negozio sia concluso in condizioni incerte che poi si rivelino secondo le stime).

Lo stesso deve dirsi per la cervellotica e capziosa distinzione fra rischio, alea e alea normale dato che essi sono accomunati dalla medesima disciplina: cfr. Boselli A., *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 769-795, 1948; e Gabrielli E., *Alea e rischio nel contratto*, *Studi*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1997.

Se una rilevanza giuridica può attribuirsi alla categoria dei contratti aleatori, essa corrisponde infatti alla disciplina di cui all'art. 1467 cod. civ. circa l'alea normale, oltre alla esclusione dei rimedi della rescissione e risoluzione *ex artt.* 1448-1469: in tal senso vedasi la critica di Balestra L., *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Cedam, Padova, 2000, in particolare p. 113 ss..

In definitiva, – come correttamente osservato da Ferrari V., *Il problema dell'alea contrattuale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001, *passim* – l'aleatorietà del contratto non consiste in altro se non nell'elisione dell'equilibrio contrattuale, in un rapporto di proporzionalità inversa.

Soltanto la seconda sarebbe alea in senso tecnico, in quanto rischio contrattuale, mentre la prima costituirebbe un rischio economico extracontrattuale inidoneo ad incidere sulla classificazione del contratto come aleatorio.²²³

Di solito nei contratti aleatori si hanno reciproche posizioni di aspettativa-soggezione poiché l'*an e/o quantum* del risultato finale dipende da eventi esterni alle parti, sui quali le medesime hanno solo un controllo limitato.

Ciò non toglie che la funzione del contratto aleatorio rimanga quella di scambio, non di lucro incerto (che rappresenta una caratteristica dello scambio, anziché la sua *ratio*), oppure quella associativa, tutt'al più potendosi identificare una finalità di gestione e neutralizzazione del rischio.²²⁴

Non avrebbe altrimenti senso l'appartenenza al *genus* dei contratti sinallagmatici.

Può allora dirsi che, se per i contratti commutativi la proporzionalità, insita nel sinallagma genetico fra le prestazioni, permane per tutta la durata del rapporto sotto le sembianze del sinallagma funzionale, nei contratti aleatori questa linearità manca.

In conseguenza dell'allocazione oggettiva e soggettiva del rischio fra le parti, il sinallagma che ha dato origine allo scambio non si conserva lungo il corso del rapporto e non tiene conto delle variazioni che possono alterare l'equilibrio contrattuale originario.²²⁵

Per individuare correttamente il carattere aleatorio di un contratto, occorre indagare la causa astratta e concreta del negozio giuridico: funzione economico-sociale del tipo e volontà delle parti nella singola fattispecie.

Se il trasferimento di rischi voluto dalle parti è limitato all'alea normale del contratto, come tipizzata dalla legge, allora si avrà un riequilibrio delle prestazioni in caso di superamento della soglia di normalità (proprio come nei contratti commutativi).

Se invece si è voluto porre in essere un'allocazione di rischi effettivamente aleatoria, le prestazioni contrassegnate da indeterminatezza qualitativa e/o quantitativa, con conseguente incertezza del lucro, non possono essere oggetto di riequilibrio a posteriori né

²²³ L'idea per vero risale al secolo scorso, in seguito all'entrata in vigore del Codice civile del 1942: cfr. Rubino D., *L'appalto*, in Trattato di diritto civile italiano diretto da F. Vassalli, VII, 3, Utet, Torino, I ed., 1946, pp. 115 e 331; nonché Ascarelli T., *Aleatorietà e contratti di borsa*, Banca borsa e titoli di credito, I, 1958, p. 438 ss. e bibliografie ivi indicate.

²²⁴ In tal senso vedasi Capaldo G., *Contratto aleatorio e alea*, Giuffrè, Milano, 2004, in particolare pp. 141-148; *id.*, *Dai contratti aleatori all'alea: attualità di una categoria*, *Obbligazioni e Contratti* 4: 296-301, 2006.

²²⁵ Sull'elasticità del sinallagma funzionale cfr. Delfini F., *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 357 ss..

di rimedi volti a sciogliere il vincolo (ma possono viceversa esserlo gli aspetti negoziali non caratterizzati da aleatorietà).

Fra i due estremi si ha una terza via, ossia la possibilità che le parti prevedano l'uso di strumenti manutentivi alle condizioni espressamente pattuite (che, pur potendo mitigare il rischio, specialmente per le condizioni operative anormali, non devono eliminarlo).

Esistono dei contratti aleatori *tout court*, ma sono assai rari e per lo più circoscritti a settori specifici (finanza, borsa, giochi e scommesse).

L'errore della scienza giuridica è quello di voler identificare il contratto aleatorio attraverso la sintesi delle discipline speciali dedicate ai singoli contratti ritenuti aleatori e fatti oggetto di regolamentazione positiva.

Permane dunque l'idea originaria dell'alea quale evento futuro e incerto in grado di determinare le sorti del rapporto.

Per di più la dottrina maggioritaria, seguita dalla giurisprudenza, reputa l'alea normale un tratto caratteristico dei contratti commutativi, sul presupposto che in caso contrario tutti i rapporti di durata sarebbero aleatori, ma in ciò errando perché già nel *nomen*²²⁶ di alea normale è implicita l'aleatorietà che condiziona il rapporto.

Laddove le parti subiscano le conseguenze dell'alea pattuita, vi sarà aleatorietà; qualora siano previsti strumenti di riequilibrio si avrà commutatività: *tertium non datur*.

Con riferimento ai contratti commutativi, fra i quali rientra l'appalto, la causa giuridica in senso astratto e concreto è lo scambio fra *utilitas* tendenzialmente certe, le cui oscillazioni di valore possono condurre a modificare (*hardship clause*, rinegoziazione, *reductio ad equitatem*) o estinguere (presupposizione, risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, recesso, nullità per assenza di causa in concreto, rescissione per lesione) il rapporto che deve essere eseguito secondo buona fede ed equità.²²⁷

²²⁶ "Alea" in latino, oltre a indicare il gioco dei dadi, ha il significato di rischio, sorte, incertezza. Sull'etimologia del termine si rinvia a Di Giandomenico G.; Riccio D., *I contratti speciali: I contratti aleatori* - Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone, vol. XIV, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 3 ss. e Balestra L., op. cit., pp. 2-3.

²²⁷ In dottrina si rinvia a Macario F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996; Cesàro V. M., *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2000; Mauceri T., *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, Europa e diritto privato 4: 1095, 2007; Bruno C., *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, Giustizia civile 5: 235, 2010; Abas P., *Errore di previsione e sopravvenienza contrattuale: un'indagine comparatistica*, Rivista trimestrale di diritto processuale civile 3: 787, 2011; Scarpa D., *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, Contratto e impresa 4-5: 951, 2013.

Nei contratti aleatori di regola non rileva lo squilibrio dello scambio prestazionale e dell'originario rapporto di valore tra le prestazioni dei due contraenti.

Come detto, il confine fra le due categorie dogmatiche è definito dall'alea cd. "normale" del singolo tipo contrattuale, per come fissato dalla legge e voluto dalle parti, e dall'impossibilità di modifica successiva, salvo dar vita ad una novazione del rapporto.

È in riferimento alle sopravvenienze che assume rilievo la distinzione fra contratti commutativi e aleatori, diversamente mero esercizio di retorica.

D'altro canto, costituisce principio recepito in giurisprudenza quello per il quale nei contratti a prestazioni corrispettive, ad esecuzione continuata o periodica o differita, *"ciascuna parte assume su di sé il rischio degli eventi che alterino il valore economico delle rispettive prestazioni, entro i limiti dell'alea normale del contratto, da tenersi pertanto da ciascun contraente presente al momento della stipulazione per gli eventi non imprevedibili alla stregua della dovuta diligenza"*.²²⁸

Di conseguenza, il problema si pone per gli eventi straordinari e imprevedibili che superino l'alea "normale" dello specifico rapporto contrattuale.

Il carattere della straordinarietà è di natura obiettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi – quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità, *et cetera* – suscettibili di misurazione, quindi tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di ordine statistico, mentre il carattere della imprevedibilità ha una radice soggettiva, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza, e deve essere valutato secondo criteri obiettivi, riferiti ad una normale capacità e diligenza media, avuto riguardo alle circostanze concrete sussistenti al momento della conclusione del contratto, non essendo sufficiente l'astratta possibilità dell'accadimento.²²⁹

Nel senso della parzialità della revisione, ossia che la rinegoziazione non può riguardare ogni singola clausola del rapporto poiché non sono rinegoziabili gli elementi essenziali del tipo di contratto stipulato, né si possono sopprimere clausole essenziali al tipo, o inserirne di incompatibili sono Bruno C. e Scarpa D., op. cit. e bibliografie ivi indicate, nonché Gentili A., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, Contratto e Impresa 2, 2003, p. 703.

²²⁸ Così Cass. Civ., Sez. I, 23 novembre 1999, n. 12989, e Sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235.

Inoltre la giurisprudenza (cfr. Cass. Civ., Sez. III, 19 ottobre 2006, n. 22396) esclude la risoluzione per eccessiva onerosità se le parti hanno contrattualmente inserito una clausola implicante un margine di rischio sul possibile verificarsi di un determinato evento, obbligandosi ugualmente ad eseguire la prestazione. Ai fini dell'accoglimento della domanda di risoluzione per eccessiva onerosità non è sufficiente la prova dello squilibrio sopravvenuto tra le prestazioni, ma occorre anche provare che lo stesso sia stato causato da un andamento del tutto anomalo del mercato.

²²⁹ Così Cass. Civ., Sez. II, 23 febbraio 2001, n. 2661 (conf.: Sez. I, 9 aprile 1994, n. 3342; Sez. II, 13 febbraio 1995, n. 1559; Sez. III, 19 ottobre 2006, n. 22396).

Da tutto quanto premesso si desume l'effetto sconvolgente apportato dalle direttive europee sul *public procurement* – specialmente da quella sulle concessioni – alla teoria del contratto:

- anzitutto, per l'apparente emersione di una categoria di contratti aleatori per natura o per volontà delle parti – le concessioni – che fanno dell'incertezza il *discrimen* rispetto all'omologa fattispecie commutativa dell'appalto;

- per il superamento dell'incompletezza mediante l'introduzione di sfere di rischio (offerta e/o domanda), non legate a singoli eventi futuri e incerti ma ad intere famiglie di eventi, di modo che occorre capire se siano da ritenersi comprese anche le sopravvenienze (in virtù dei ristretti margini di rinegoziazione successiva discendenti dalla presenza di una competizione preliminare in sede di aggiudicazione);

- infine, per la tendenziale sconfessione sia dell'equilibrio contrattuale quale principio equitativo derivante dalla clausola generale di buona fede (la cd. “giustizia contrattuale”)²³⁰, sia della dinamica collaborativa fra le parti nei rapporti di lunga durata²³¹ (che non sarebbe libera, ma limitata alla configurazione data ad essa dalle parti al momento della stipulazione del contratto).

Il problema è pertanto rappresentato dalla particolare conformazione dei contratti pubblici che, se da un lato trovano la propria fonte nell'autonomia privata delle parti, dall'altro, non possono tralasciare le pastoie tipiche dell'azione amministrativa.

L'evidenza pubblica non consente infatti di operare al pari dei soggetti privati.

È ben vero che al di fuori dell'attività autoritativa la p.a. dovrebbe agire secondo i crismi del diritto comune, ma i contratti pubblici compongono un mercato *sui generis*, dove la concorrenza – nel mercato e per il mercato – influenza necessariamente anche la autonomia privata dei contraenti.

La fase competitiva rimane ispirata ai principi generali del procedimento amministrativo e, di riflesso, la fase contrattuale non può vanificare né obliterare quanto accaduto in precedenza.

²³⁰ Sul punto si veda Bessone M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 285 ss., in particolare pp. 338-342.

²³¹ V. nota 227 *supra*: in particolare Macario F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996; Cesàro V. M., *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2000; nonché Trubiani F., *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, *Obbligazioni e Contratti* 2: 134, 2012 e *id.*, *La rinegoziazione contrattuale tra onere ed obbligo per le parti*, *Obbl. e Contr.* 6: 447, 2012; Patti F. P., *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, *Nuova Giurisprudenza Civile* 2: 117, 2013.

Ciò che impone un certo rigore nei contratti pubblici al fine di evitare ogni possibile vantaggio ingiustificato a scapito dell'interesse collettivo.

Considerazione che vale ugualmente per appalti e concessioni, è vero, ma per le seconde assume maggiore pregnanza per il fatto che il concessionario sopporta dei rischi che nell'appalto fanno capo alla controparte pubblica.

È questa differente connotazione degli istituti che induce a ripensare alla concessione, dovendosi comprendere l'incidenza del rischio sulla medesima: al punto che pare configurare *ex lege* un contratto aleatorio, o quanto meno un contratto caratterizzato da un'alea normale più pronunciata rispetto all'appalto, seppur con la possibilità di ridurne la portata mediante specifiche clausole della *lex contractus*.

Il diritto europeo scardina pertanto le certezze del giurista, abituato a ricondurre il tutto allo schema concettuale dell'appalto, imponendo un cambio di registro.

§5.1. Aleatorietà o commutatività delle concessioni?

Come in quei giochi enigmistici in cui occorre collegare i puntini per scoprire quale figura comparirà, ora è giocoforza riorganizzare tutto ciò che sappiamo per giungere ad una conclusione sulla natura della concessione in contrapposizione all'appalto.

Non tragga in inganno il fatto che le nuove direttive europee sul *public procurement* dedicano una disciplina speculare ad appalti e concessioni in quanto contratti complessi (entrambi espressione del PPP: v. *infra*), poiché esse hanno una specifica macrofinalità di tutela del mercato (*scope of competition*), mentre in questa sede rileva il singolo tipo contrattuale (*scope of contract*).

Già si è visto che la Corte di Giustizia e similmente le direttive hanno individuato il *discrimen* fra le due fattispecie nel rischio operativo, il quale comporta la possibilità che il concessionario – a differenza dell'appaltatore – possa non rientrare degli investimenti profusi nell'operazione economica.

Occorre cercare di capire se nell'ordinamento interno tale peculiarità si rifletta sull'inquadramento giuridico della concessione come contratto aleatorio: profilo, questo, che potrebbe facilitare la distinzione dagli appalti, tradizionalmente commutativi.

Nell'ambito dell'indagine entrano pertanto in gioco le problematiche nozioni di “sopravvenienza” e di “alea normale” del contratto.²³²

²³² Si rinvia ad Ambrosoli M., *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2002.

Il principio della *sanctity of contract* è da sempre oggetto di disputa fra la regola “*pacta sunt servanda*” e la “*clausula rebus sic stantibus*”.²³³

È difficile stabilire un confine netto fra le due fattispecie, proprio come accade per le categorie dei contratti commutativi ed aleatori.

Del resto, a ben vedere, trattasi della riproposizione, sotto differenti sembianze, della medesima questione interpretativa.

La soluzione adottata dalla scienza giuridica per ovviare all’*impasse* in parola è essenzialmente quella di dare precedenza alla volontà testuale delle parti, espressa nell’accordo, privilegiando l’interpretazione oggettiva su quella soggettiva.

Soltanto nel caso in cui le parti non abbiano previsto alcunché in relazione a talune evenienze, da considerarsi quindi imprevedibili ed impreviste, allora è possibile ricorrere a forme di “integrazione” dell’accordo tramite l’eliminazione delle lacune.

In questa sede non importa entrare nel dettaglio delle diverse modalità integrative consentite dai vari ordinamenti, bensì evidenziare che analogo ragionamento è stato esteso alla “correzione” dell’accordo delle parti, ossia all’ipotesi di sopravvenienze perturbative.

Non è però la stessa cosa disciplinare il rimedio ad una lacuna derivante dall’incompletezza contrattuale (o di altra fonte del diritto) e, all’opposto, rettificare una precedente espressione negoziale.

Se nel primo caso si pone un problema di certezza del diritto, in quanto non esiste una fonte in grado di fornire la soluzione, nel secondo si apre una finestra all’indebolimento dell’efficacia di legge del contratto, sotto tale profilo equiparato alle norme legislative, con conseguente incertezza del diritto.

Il canone ermeneutico della buona fede può certamente soccorrere ad integrare le eventuali lacune, ma non pare adatto a sovvertire i termini di un accordo in chiave equitativa, tanto più se in contrasto con l’allocazione dei rischi fra le parti.

Ecco perché il nomopoieta europeo ha puntato ad approntare una disciplina il più possibile onnicomprensiva, senza lasciare spazio a vuoti normativi.

Tuttavia, in relazione ad appalti e concessioni – ma più propriamente a quest’ultime, poiché per gli appalti è prevista una regolamentazione nazionale specifica (v. *supra*) – occorre capire quale rilevanza assuma in concreto l’allocazione del rischio e se esso renda le concessioni dei contratti aleatori.

²³³ Per una ricostruzione in chiave storica e comparata si veda Ambrosoli M., op.cit., *passim*.

Come detto, in controtendenza rispetto alla pregressa definizione *per differentiam* delle concessioni rispetto agli appalti, la direttiva 2014/23/UE ha per la prima volta optato, in un unico testo normativo *ad hoc*, per l'autonoma definizione delle concessioni di lavori e di servizi senza più far riferimento agli appalti.

L'art. 5, par. 1, lett. a) e b), infatti, definisce la “*concessione di lavori/servizi*” un *contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto* in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano *l'esecuzione di lavori/la fornitura e la gestione di servizi* ad uno o più operatori economici, *ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori/servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.*

Ancora, ai sensi dell'art. 5, *l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile* (enfasi aggiunta).

Fin qui il diritto di origine sovranazionale.

A ciò si deve aggiungere che, in Italia, la normativa e la giurisprudenza hanno sviluppato un concetto di rischio assolutamente effimero, scalzato dal ruolo assunto dall'equilibrio economico-finanziario interno alla concessione, sulla scorta degli appalti.

Quest'ultimo, se ha indubbiamente ragion d'essere in relazione alle sopravvenienze eccezionali, *ex lege* o per *factum principis*, sembra invero divenire eccessivamente invasivo quando arriva persino a sovrapporsi all'autonomia privata delle parti.

Viene da chiedersi allora in che cosa consiste – se sussiste (il dubbio pare lecito) – la distinzione fra appalti e concessioni.

Per la scienza giuridica i primi sono certamente commutativi: l'equilibrio economico corrisponde all'alea “normale” del tradizionale contratto d'appalto privato, ovverosia il rischio di prestazione “a regola d'arte”: o meglio, che la stessa risponda alle aspettative della controparte conformemente alle previsioni legali e convenzionali.

Qualora ciò non fosse, l'appaltatore è responsabile per i vizi, i difetti ed ogni altro inadempimento o errore di previsione, con la conseguenza che il corrispettivo pattuito può risultare insufficiente a coprire i costi.

Il che significa che una quota di rischio – nel senso fatto proprio dalla norma definitoria contenuta nel codice civile²³⁴ – è presente anche nell'appalto.

Tuttavia, nella tassonomia giuridica, questo è classificato come contratto commutativo poiché il sinallagma genetico e funzionale fra le prestazioni delle parti tende ad ammortizzare quella quota di rischio, in particolare per quel che attiene alle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, attraverso rimedi di riequilibrio convenzionali (e.g. revisione dei prezzi oltre una certa soglia, limite alle varianti oltre il quale è consentito il recesso unilaterale)²³⁵ o giudiziali (esecuzione in forma specifica o per equivalente in caso d'inadempienze, salvo ricorrere alla risoluzione nelle ipotesi più gravi).

In aggiunta, il pagamento dell'appaltatore per progressivi stati d'avanzamento, con il correlato svincolo delle eventuali cauzioni poste a garanzia del corretto adempimento, tende a differire il rischio dell'appaltatore alla sede giudiziale.

Siffatte cautele appaiono ragionevoli in considerazione del fatto che, come detto, l'appaltatore si impegna in una obbligazione nell'interesse specifico della controparte, alla cui committenza risulta soggetto per tutto il corso dell'esecuzione.

Per quanto riguarda le concessioni il discorso si fa più complicato.

Verosimilmente il rischio concessorio non può essere il medesimo appena delineato, altrimenti poco senso avrebbe non solo la stesura del presente elaborato, ma anche la dicotomia definitoria e regolamentare fra appalti e concessioni.²³⁶

Di conseguenza, è opportuno analizzare ed individuare dei criteri ermeneutici affinché si possa stabilire una linea di demarcazione fra gli istituti in parola.

²³⁴ L'art. 1655 cod. civ. parla di "gestione a proprio rischio" da parte dell'appaltatore, nell'accezione di organizzazione dell'impresa in maniera tale da portare a compimento l'appalto entro i tempi e costi stimati ed in conformità al progetto iniziale. Sul punto si rinvia a Lipari M., *Il rischio nell'appalto e l'alea normale del contratto*, Giustizia Civile II: 223-240, 1986, Luminoso A., *Codice dell'appalto privato*, Giuffrè, Milano, 2010 e Cuffaro V., *I contratti di appalto privato*, in Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Utet, 2011.

A conferma di ciò, l'art. 1673 regola il rischio di perimento o deterioramento fortuito della cosa stabilendo che detto rischio ricade sull'appaltatore fino al momento dell'accettazione o della messa in mora del committente. Sul rischio di perimento si veda Delfini F., *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 123-192.

²³⁵ Per l'appalto comune cfr. artt. 1660-1661 (varianti *in executivis*) e 1664 (revisione dei prezzi) cod. civ.; per quello pubblico v. *supra*.

²³⁶ Ad onor del vero, talvolta può riscontrarsi una sostanziale specularità fra essi (v. Parte III *infra*).

Il problema interpretativo sorge dalla differente conformazione della concessione, la quale – rispetto al contratto d'appalto – prevede, in veste di normale alea prestazionale, connaturata allo specifico tipo contrattuale, un rischio operativo che condiziona la ricezione del corrispettivo alla risposta del mercato.

Ne deriva un'alea che travalica la soglia della “normalità” osservata negli appalti, ossia quella in cui alla prestazione esatta corrisponde il pagamento del corrispettivo pattuito (salve le normali oscillazioni di valore), per ricadere nella peculiarità della situazione ove la prestazione esatta è remunerata tramite il diritto di sfruttamento economico della medesima nei confronti dell'utenza. Ciò che fa comunemente pensare ad un rapporto trilaterale (committenza, prestatore, utenza), seppur nulla esclude che la committenza sia pure utenza: a cambiare non è infatti il soggetto *ex se*, ma il modo in cui interagisce con il prestatore.

Nell'un caso si ha una sorta di relazione biunivoca in cui al risultato promesso deve corrispondere il corrispettivo promesso, fatti salvi carenze ed errori di previsione delle parti.

Nell'altro, invece, compare una variabile: al risultato promesso corrisponderà il corrispettivo preventivato solamente a condizione che il mercato se ne faccia carico.

Ed è proprio in questa peculiarità che si sostanzia il rischio concessorio.

Dall'alea cd. “normale” si passa a quella commerciale, mercantile e “mercatoria”: dal rischio puro si giunge a quello speculativo.

È importante sottolineare questo passaggio perché cambia la prospettiva da cui guardare il campo d'indagine.

In particolare risulta più chiaro il concetto di sopravvenienza.

In materia di appalto, anche pubblico, in passato si è affermata la compensazione in favore dell'appaltatore per le predette sopravvenienze perturbative non imputabili, a meno dell'espressa previsione negoziale in senso contrario (laddove consentito: v. *supra*).²³⁷

²³⁷ Ad esempio, l'abrogato D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, recante il capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici, all'art. 24 prevedeva la possibilità di escludere ogni compenso all'appaltatore per danni cagionati da forza maggiore.

Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 26 novembre 1984, n. 6106: “Ai sensi dell'art. 1664, comma 2, c.c., applicabile anche al contratto di appalto di opere pubbliche, il diritto dell'appaltatore ad un equo compenso per difficoltà di esecuzione, derivanti da cause geologiche, idriche e simili, postula che detti eventi non siano stati oggetto di previsione contrattuale, e pertanto va escluso ove le disposizioni del capitolato speciale neghino ogni indennizzo all'appaltatore per il verificarsi degli eventi medesimi”.

Anche per la revisione dei prezzi la giurisprudenza aveva ravvisato la derogabilità della disposizione: cfr. Cass. Civ., Sez. I, 13 febbraio 2003, n. 2146, per gli appalti pubblici.

Ciò non solo contraddice quanto visto in precedenza per gli appalti pubblici, ma significa che pure per i contratti tradizionalmente commutativi esiste la possibilità per le parti di includere un ulteriore margine di rischio sul prestatore, modellando l'alea normale tipizzata dalla legge.²³⁸

Tale facoltà, in ogni caso, non deve destare preoccupazioni perché rappresenta l'eccezione che conferma la regola: solo in via del tutto eccezionale l'appalto può divenire un contratto aleatorio, in generale trovando applicazione la revisione dei prezzi e l'equo compenso per le varianti (*v. supra*).²³⁹

Si è già sottolineato, infatti, come l'ordinamento nazionale, nel silenzio di quello sovranazionale, abbia codificato gli appalti come contratti commutativi all'interno del codice civile e del codice dei contratti pubblici.

All'appaltatore è riservata una adeguata tutela sia per quanto riguarda la revisione dei prezzi (oltre una certa soglia di alea a suo carico), sia per quanto attiene alle varianti che dovessero intervenire su richiesta della committenza o per caso fortuito e forza maggiore.

Benché la giurisprudenza amministrativa sugli appalti sia molto più rigorosa di quella civile (da notare ancora una volta gli effetti del modello dualistico di giurisdizione), la prima non ammettendo deroghe alla tutela dell'appaltatore, a differenza della seconda, può dunque desumersi il principio generale della commutatività degli appalti.

Come anticipato, in Italia, dagli appalti il principio è stato esteso alle concessioni sulla base dell'interpretazione analogica, sul presupposto che entrambi i contratti abbiano carattere commutativo.

In tal modo trova spiegazione l'applicabilità alle concessioni dei rimedi manutentivi contro le sopravvenienze (revisione dei prezzi e riequilibrio in corso d'esecuzione), che sono talvolta fatti addirittura oggetto del diritto positivo.

Nel nostro ordinamento, quindi, la concessione finisce col divenire sostanzialmente un *alter ego* dell'appalto: un appalto misto di lavori e/o servizi, esteso alla fase di gestione,

²³⁸ Cfr. Luminoso A., *Codice dell'appalto privato*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 14 ss., e Musolino G., *Dei Singoli Contratti - Artt. 1655-1802 c.c.*, a cura di D. Valentino, Commentario del Codice civile diretto da E. Gabrielli: Vol. II, Utet, 2011, p. 112 ss..

²³⁹ Ritengono che un appalto non divenga mai aleatorio Cervale M.C., "La struttura dell'appalto" (pp. 105-106) e Pennalisico M., "Il corrispettivo" (pp. 158-159) in Cuffaro V., *I contratti di appalto privato*, in Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Utet, 2011 e bibliografie ivi indicate.

In giurisprudenza cfr. Cass. Civ., Sez. I, 20 settembre 1984, n. 4806, e Sez. II, 12 marzo 1992, n. 3013.

a cui si applicano le relative disposizioni ed in ordine al quale vige la regola dell'equilibrio economico-finanziario.

La circostanza è lapalissiana se solo si pensa che la revisione della concessione per tutte le evenienze che “comunque incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario” è resa *ex lege* “necessaria”, “da attuare mediante nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza”.²⁴⁰

E non solamente per le variazioni dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, apportate dalla committenza e/o da norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari, ma altresì per quelle variazioni non imputabili al concessionario che determinino una modifica dell'equilibrio.

In mancanza della revisione, il concessionario può recedere dal contratto.

Già queste righe rievocano la disciplina dei contratti commutativi, ove lo squilibrio sopravvenuto fra le prestazioni pone le parti davanti ad un bivio: o si contemperano gli interessi di entrambe in modo equo, oppure la parte eccessivamente gravata si svincola.

Ma l'evidenza della commutatività della concessione nel contesto italiano risulta ancor più nitida in relazione al meccanismo in forza del quale la revisione del piano va effettuata a favore del concedente qualora le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario.

Da quanto appena illustrato emerge chiaramente come il rapporto sinallagmatico fra le prestazioni del concedente e del concessionario sia estremamente invasivo e improntato alla permanente reciprocità dell'equilibrio economico della concessione.

Viene allora da chiedersi quale sia il rischio operativo assunto dal concessionario.

Se nell'ipotesi peggiore si ha il riequilibrio della concessione e in quella migliore si pone in essere una estrazione di rendita, non si riscontra alcun rischio operativo diverso dalla puntuale espletazione del contenuto del contratto – *rectius*: PEF – della concessione.

Dato che la concessione definisce i presupposti e le condizioni di equilibrio del piano economico-finanziario, facendo riferimento ad indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito, nonché la procedura di verifica e la cadenza temporale degli adempimenti connessi, pare assai improbabile che il risultato finale possa essere diverso da quello impresso *per tabulas*.

²⁴⁰ In questi termini è formulato l'art. 143, commi VII-VIII, del Codice.

A maggior ragione in considerazione del fatto che la bozza di piano economico finanziario e gli studi di fattibilità della concessione sono predisposti dall'amministrazione, e non dal concessionario, il quale può solo formulare la propria offerta sulla base dei documenti stilati dalla p.a. concedente e, se del caso, proporre varianti e aggiustamenti.

Ne consegue una sorta di spirito solidaristico fra le controparti, le quali hanno vicendevolmente contribuito alla concezione della concessione e ne partecipano per tutta la durata dell'affidamento.

Si apre dunque uno spiraglio alla metodica collaborativa nelle concessioni.

Il problema è che nel caso italiano sembra doversi ravvisare più una cautela della p.a. nei confronti del concessionario, il quale si imbarca in una impresa concepita da altri, che una vera e propria dinamica di cooperazione delle parti.

Si constata la mitigazione del rischio, ma non la sua assunzione, come negli appalti.

Cosa che pare scontrarsi con il portato del diritto europeo in tema di concessioni.

Il dilemma è il seguente: a rigor di logica, essendo anche le concessioni contratti a prestazioni corrispettive ad esecuzione continuata o periodica o differita, dovrebbero valere le stesse regole degli appalti, come peraltro accade in Italia? Oppure il rischio operativo del concessionario influisce sulla causa e natura giuridica del contratto di concessione ed abbisogna pertanto di uno statuto differente?

In altre parole, è possibile reputare le concessioni quali contratti commutativi e trattarle alla stregua degli appalti? O esse sono invece contratti aleatori?

Per poter rispondere all'interrogativo e delineare la distinzione fra appalti e concessioni, occorre come al solito partire dalla nuova direttiva 2014/23/UE e indagare sulla effettiva incidenza del rischio operativo concessorio.

§5.2. Rischio operativo e alea normale

Nelle pagine precedenti si è visto che il contesto europeo conosce un concetto di "operating risk", molto diverso dagli schemi interpretativi utilizzati dai giuristi domestici, che necessita di essere inquadrato nell'ordinamento nazionale.

Ai sensi della nuova direttiva 2014/23/UE sulle concessioni:

- 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”;

- *“la parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile”;*

- *“il fatto che il rischio sia limitato sin dall’inizio non dovrebbe escludere che il contratto si configuri come concessione”;*

- il *“rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti”* e *“dovrebbe essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato”;*

- per *“rischio sul lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto”;*

- per *“rischio sul lato dell’offerta si intende 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”*.²⁴¹

Sul tema sono sicuramente d’aiuto, oltre ai considerando n. 18-19-20 della direttiva ed alla norma definitoria di cui all’art. 5, le statuizioni della Corte di Giustizia, la quale ha fissato due capisaldi incontrovertibili in materia di rischio operativo:

- la remunerazione del concessionario non deve garantire *ex post* il recupero totale degli investimenti (il *quomodo* del rischio);

- il rischio cui è sottoposto il concessionario non può essere meramente nominale, ma deve essere significativo, pur se ridotto rispetto a quello che sopporterebbe la p.a. in caso di autogestione (il *quantum* del rischio).²⁴²

²⁴¹ Cfr. cons. 18-19-20, ove – in aderenza al portato giurisprudenziale della Corte di Giustizia – sono ritenuti irrilevanti i rischi come quelli legati a una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell’operatore economico o a cause di forza maggiore dato che rischi del genere sono insiti in ogni contratto, indipendentemente dal fatto che si tratti di un appalto pubblico o di una concessione.

Ciò lascia pensare che il diritto europeo abbia voluto estromettere i rischi che compongono l’alea normale, seppur patologica, del *public procurement*; meglio ancora, che oltre ad essi nella concessione si aggiungano altri tipi di rischio che rendono la fattispecie più rischiosa del normale appalto o persino aleatoria.

²⁴² V. *supra* in particolare nota 52: Corte Giust. UE, Sez. II, 18 luglio 2007, C-382/05, *Commissione/Italia*; nota 54: Corte Giust. UE, Sez. III, 13 novembre 2008, C-437/07, *Commissione/Italia*; nota 65: Corte Giust. UE, Sez. III, 10 marzo 2011, C-274/09, *Stadler*; nonché nota 66: Corte Giust. UE, Sez. II, 10 novembre 2011, C-348/10, *Norma-A*.

Soprattutto da quest’ultima decisione della Corte si può desumere la consistenza effettiva del rischio caratterizzante una concessione: nel caso in cui l’amministrazione aggiudicatrice compensi l’aggiudicatario per le perdite subite a causa della prestazione e garantisca pure una percentuale di utili, non vi è alcuna assunzione di rischio da parte del prestatore.

In relazione a quest'ultimo punto, la direttiva 2014/23/UE ammette le modifiche che:

- a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara in clausole chiare, precise ed inequivocabili (clausole di revisione dei prezzi o opzioni), senza alterare la natura generale del contratto;
- sono determinate da circostanze imprevedibili con l'ordinaria diligenza e non alterano la natura generale del contratto;
- cambiano l'equilibrio economico del contratto a favore del concessionario in modo previsto dalla concessione iniziale senza mutare sostanzialmente la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa.

Cerchiamo dunque di capire quale sia l'alea "normale" delle concessioni europee e se esse debbano assurgere a contratti aleatori entro l'ordinamento nazionale.

Per comodità espositiva, come matrice di rischi, usiamo i tre accolti nella decisione di Eurostat dell'11 Febbraio 2004 sui PPP: di costruzione, di domanda e di disponibilità.²⁴³

§5.2.1. Offerta

Come detto, l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un *rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi*.

Lasciamo per un attimo da parte l'ultima ipotesi, ovverosia la contemporanea presenza in capo al concessionario di rischi d'offerta e domanda, e cominciamo dal rischio sul lato dell'offerta, quello più problematico.

La direttiva lo definisce 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*".

Mai definizione fu più sintetica e controversa.

Non è chiaro, anzitutto, se nell'offerta di lavori e/o servizi debbano ricomprendersi non solo la fase di costruzione e quella di disponibilità, ma anche quelle di finanziamento e progettazione.

Secondo la Corte di Giustizia, per potersi configurare una concessione, è necessario che, in forza delle norme di diritto pubblico e delle clausole contrattuali, il contraente assuma in misura significativa il rischio in cui incorre l'amministrazione aggiudicatrice.

²⁴³ Cfr. *ESA95 manual on government deficit and debt - Long term contracts between government units and non-government partners* (Part IV): "construction risk" (covering events like late delivery, respect of specifications and additional costs); "availability risk" (covering volume and quality of output); "demand risk" (covering variability of demand).

L'art. 5 della direttiva 2014/23/UE ci dice solamente che per "esecuzione dei lavori" si intende l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori o di un'opera, oppure la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore che esercita un'influenza decisiva sul tipo di opera o sulla sua progettazione.

Anche questa definizione tautologica non aiuta l'interprete.

Possiamo allora dire che la direttiva UE non stabilisce un modulo predeterminato per le concessioni di lavori e servizi, consentendo versatilità e duttilità.

È pertanto rimessa alla p.a. la decisione di configurare la concessione a seconda del caso concreto, potendo scegliere di progettare da sé l'operazione e corrispondere un contributo pubblico per assicurarne la fattibilità (equilibrio economico-finanziario iniziale).

Non pare quindi essenziale il totale finanziamento privato della concessione.

Così come non sembra indispensabile l'assenza di contribuzione pubblica, a prescindere dall'eventuale prezzo volto a compensare gli obblighi di servizio universale, deve ammettersi altresì la progettazione da parte dell'ente concedente.

Entrambi questi profili, seppur giustificabili per l'ampio spettro delle concessioni, creano alcune difficoltà nella ricostruzione dell'istituto in quanto finiscono col ridurre o snaturare il rischio operativo del concessionario.

Diventa infatti poco sensato attribuire al concessionario il rischio operativo su un progetto concepito e finanziato in larga parte da altri.

Semmai, dato il collegamento fra il rischio operativo e la paternità dell'operazione, pare ragionevole far intervenire il concessionario sin dalle battute iniziali al fine di coinvolgerlo il più possibile nella progettazione e nel finanziamento della concessione.

Ciò non toglie che il concessionario è libero di assumersi il rischio operativo anche su progetti di iniziativa prevalentemente pubblica.

La considerazione nasce dall'ammissibilità di concessioni dal rischio limitato.

In generale, però, dovrebbe propendersi per una consistente partecipazione del concessionario alla riuscita dell'operazione di pubblico interesse, con conseguente ideazione e implementazione della medesima.

Cosa che suggerirebbe di impostare la competizione su requisiti funzionali e prestazionali atti a stimolare diverse proposte da parte dei partecipanti alla gara per l'aggiudicazione della concessione.

In tal modo ogni partecipante sarebbe incentivato ad assumersi i rischi relativi alla propria offerta, senza poter obiettare circa i difetti intrinseci dell'operato pubblico iniziale.

Il discorso vale anche e soprattutto per la fase preparatoria di costruzione – di prestazione per i servizi – che anticipa la gestione vera e propria.

Il rischio di costruzione riguarda gli eventi che possono accadere durante la realizzazione della concessione, come i ritardi, le inadempienze, gli aumenti di costi e prezzi, le difficoltà tecniche, i danni ed in genere ogni contingenza esterna che possa dar luogo a sopravvenienze perturbative.

La direttiva europea non prende espressamente in considerazione tali rischi, perciò non è pacifico che essi, rientrando nel rischio d'offerta, ricadano sul concessionario.

Come visto, la giurisprudenza nazionale ha risolto l'incognita estendendo analogicamente la disciplina prevista per gli appalti, pubblici e privati, sul presupposto che le concessioni siano contratti commutativi.

Lo stesso ha fatto sinora (in attesa della riforma) il legislatore del Codice, attraverso l'art. 143, prevedendo la revisione necessaria del piano economico-finanziario per ogni variazione non imputabile al concessionario che alteri l'equilibrio del rapporto.

Ne discenderebbe la sostanziale omologazione fra appalti e concessioni per tutto quanto precede (e segue) l'esercizio del diritto di gestione da parte del concessionario.

Dunque, il rischio di costruzione, che per i servizi diviene di prestazione, si profila pressoché identico per appalti e concessioni, in quanto costituisce il nucleo centrale del contratto e rappresenta la causa giuridica del medesimo entro i confini dell'alea "normale" (così si spiegano, oltre una certa soglia, i correttivi delle varianti e revisioni dei prezzi), oppure è possibile svolgere una diversa ricostruzione?

La direttiva 2014/23/UE specifica che il concessionario assume 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. Nelle concessioni, inoltre, *il corrispettivo per l'esecuzione di lavori/la fornitura e la gestione di servizi* consiste unicamente nel *diritto di gestire i lavori/servizi oggetto del contratto* o in tale diritto accompagnato da un prezzo (a compensazione degli eventuali obblighi di servizio universale).

Occorre poi ricordare che la definizione di concessione non menziona più l'appalto come modello di riferimento.

Dal complesso delle disposizioni appena elencate sembra conseguire il distacco non solo formale, ma anche sostanziale, delle concessioni dagli appalti.

Il che lascia presumere che il *diritto di gestire i lavori/servizi oggetto del contratto*, quale corrispettivo della concessione, risenta del *rischio operativo* anche nella fase che anticipa la gestione vera e propria, implicando possibili perdite o, comunque, l'assenza di una garanzia pubblica.

Sembra quindi essere smentita la scienza del diritto nazionale che vuole un rischio di costruzione/prestazione identico per appalti e concessioni, con la correlata applicazione dei rimedi della revisione dei prezzi e del riequilibrio economico contrattuale.

Del resto, se l'eventuale prezzo pagato dalla p.a. è giustificato dagli obblighi di servizio universale, sicuramente non può includere anche quella parte di sovraccosti che riguardano la prestazione in generale; così come negli altri casi è possibile che il contratto preveda la revisione dei prezzi (*cost-plus*) oppure sia a corrispettivo fisso (*fixed price*).

Dipende dalla concreta allocazione dei rischi fra le parti in seno al contratto.

Deve però escludersi l'estensione analogica della disciplina prevista per gli appalti, ossia l'applicazione automatica e generalizzata del meccanismo di revisione dei prezzi (che la direttiva europea individua quale modalità eccezionale di modifica delle concessioni).

Dovrebbe valere lo stesso per le sopravvenienze perturbative non imputabili ad alcuna delle parti²⁴⁴ (facendovi rientrare anche quelle *ex lege*; discorso diverso per quelle dipendenti da scelte potestative della p.a. di carattere amministrativo o politico: v. *infra*).

²⁴⁴ In materia leggesi la pronuncia del T.A.R. Roma, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 9292.

La vertenza ha riguardato il ricorso proposto da una concessionaria autostradale contro l'atto di perizia di variante suppletiva, resasi necessaria in avanzato corso d'opera, con il quale la concedente ha approvato, con numerosi stralci e decurtazioni di spesa, il progetto relativo ai lavori di adeguamento.

Nel corso dell'esecuzione dei lavori erano emerse una serie di circostanze, definite impreviste ed imprevedibili, che impedivano la corretta esecuzione delle opere secondo l'originaria impostazione progettuale, sicché la concessionaria era stata costretta a proporre alla concedente una perizia di variante.

La proposta di modifiche progettuali avanzata dalla ricorrente era stata approvata dalla concedente con rilevanti modifiche, consistenti nello stralcio di taluni interventi, nella riduzione di numerose voci di costo, nonché nella riduzione dei tempi contrattuali d'esecuzione delle nuove opere.

Dapprima, disattesa l'eccezione di difetto di giurisdizione amministrativa avanzata da parte resistente – a detta della quale la perizia di variante si colloca nella fase esecutiva del contratto, sicché le relative controversie sono ordinariamente della giurisdizione ordinaria (v. T.A.R. Basilicata, 9 marzo 2012, n. 113) –, la controversia è stata ascritta alla giurisdizione amministrativa esclusiva sotto il duplice disposto dell'art. 133, comma 1, c.p.a., lett. b (in quanto attiene al rapporto tra concessionario del servizio e concedente, e non riguarda il canone di concessione o altri corrispettivi) e c (posto che la concessione riguarda la costruzione e la gestione di un'autostrada, ossia di un servizio economico di interesse generale, ossia di pubblico servizio).

E qui si può rinviare a quanto già scritto in precedenza riguardo alla idiosincrasia dell'ordinamento nazionale per le concessioni, ritenute ancora manifestazioni di potere d'imperio nell'interesse pubblico.

La pronuncia tuttavia si rivela interessante allorché si occupa del rapporto fra concessione e sopravvenienze (pt. 4.1.2 dir.): “Quanto alla voce "Ritrovamenti archeologici", il Collegio non può convenire con quanto affermato dal verificatore, che ha ritenuto riconoscibile la voce di spesa a causa dell'imprevedibilità del ritrovamento di reperti etruschi e per l'eccezionale entità e rilevanza del sito, attestata dalla competente Soprintendenza.

4.1.2.1 - È innanzitutto evidente che la grande importanza archeologica dei rinvenimenti non può costituire, di per sé, giustificazione di una perizia di variante.

Ciò che rende necessaria tale variazione progettuale è, invece, la circostanza che la scoperta archeologica non fosse prevedibile nell'ordinaria fase progettuale: circostanza che, nel caso in esame, non emerge né dagli atti del giudizio, né dalla relazione di verifica, assai laconica sul punto.

Non risulta, in altri termini, che la presenza di importanti vestigia etrusche abbia costituito evento imprevedibile, e non, invece, carenza progettuale dovuta a negligenza o imperizia, ovvero mancato approfondimento della situazione archeologica del sito.

Occorre osservare che proprio l'entità e l'importanza del sito archeologico in questione (comprendente numerose strutture murarie, e riferibile a livelli antropici diversi), quale si può apprezzare, negli atti del giudizio, soprattutto dalla relazione dei consulenti tecnici di parte ricorrente, inducono a ritenere che una preventiva verifica di eventuali risultanze archeologiche non fosse del tutto imprevedibile, e che la relativa ipotesi dovesse, al contrario, essere presa in considerazione al momento dell'elaborazione del tracciato autostradale; sul quale, invece, il sito in questione pare insistere quasi per intero, a giudicare dalla medesima relazione dei periti di parte ricorrente.

Pertanto, non è decisiva la questione (valorizzata nella medesima perizia) se a norma dell'art. 22 del contratto d'appalto la vera e propria campagna di scavi condotta a seguito dei primi ritrovamenti rientrasse, o non rientrasse (a causa dell'eccezionalità del sito) nelle obbligazioni dell'appaltatore.

Rileva, piuttosto, che la stessa commissione all'appaltatore di effettuare dei sondaggi archeologici dopo la consegna dei lavori (avvenuta nel 2007), a fronte della notevole entità dei ritrovamenti, attesta inequivocabilmente la grave negligenza che ha contraddistinto le fasi progettuali di competenza della concessionaria.

4.1.2.2 - In ogni caso, uno specifico punto dell'art. 22 del contratto d'appalto addossava all'esecutore dei lavori l'effettuazione di indagini e scavi archeologici così come prescritti dalle Autorità preposte, senza specificazioni o limitazioni di sorta”.

Ne è seguito il rigetto della censura.

A prescindere dall'imprecisione con cui più volte il giudice si riferisce al contratto indifferentemente come concessione o appalto, colpisce il ragionamento sotteso alla decisione.

La variante viene posta a carico del contraente non in virtù del rischio operativo che connota la concessione, bensì a causa dell'imputabilità all'appaltatore per negligenza progettuale ed esecutiva.

Il che significa enfatizzare l'imputabilità dell'evento (eccetto il caso di straordinaria imprevedibilità), anziché l'allocatione dei rischi in aderenza al tipo contrattuale.

L'errore d'impostazione risulta palesemente grave se solo si considera che la soluzione asserita dal giudice vale ugualmente per appalti e concessioni.

Ciò che invece avrebbe potuto fare la differenza è la considerazione del rischio operativo.

Nel caso dell'appalto occorre invece l'imputabilità della sopravvenienza all'appaltatore, mentre nelle concessioni l'evento ricade sul concessionario in quanto ricompreso nella sua sfera di rischio contrattuale: se nel primo caso è necessario l'elemento soggettivo, nel secondo si ha una sorta di responsabilità oggettiva.

Adottando siffatto percorso logico si riesce allora a comprendere la distinzione fra gli istituti incentrata sul rischio.

Nella fattispecie, etichettata sotto il *nomen* di concessione, sarebbe stato sufficiente rilevare che il rischio operativo assunto dal prestatore in sede contrattuale includeva anche i ritrovamenti archeologici.

Una volta appurato questo requisito, la responsabilità del concessionario è automatica, salvo che non dimostri che l'evento è talmente straordinario ed imprevedibile da eccedere persino l'alea concessoria e confliggere con l'allocatione contrattuale dei rischi e l'ordinamento giuridico generale.

Un simile temperamento è ragionevole anche in relazione alle concessioni non tanto in ossequio al brocardo latino *ad impossibilia nemo tenetur*, quanto per la naturale ed ovvia esigenza di non intimorire e far scappare i candidati alla commessa, i quali devono comunque investire a rischio i propri capitali.

Se la concessione assurgesse ad un azzardo totale, quasi ad essere contrassegnata con la scritta *“Lasciate ogni speranza, voi ch'intrate”* evocante l'inferno dantesco, si vanificherebbe in radice il coinvolgimento dei privati nella realizzazione di obiettivi di pubblico interesse.

Semberebbe infatti essere vero il contrario, vale a dire che non si applicano tali rimedi a meno dell'espressa disposizione negoziale delle parti all'interno del contratto concessorio.²⁴⁵

Tanto più che la direttiva pare utilizzare l'espressione "gestione dei lavori/servizi" in un'accezione onnicomprensiva, senza distinguere tra fasi preparatorie, esecutive e commerciali, e che la concessione ha sempre riguardato sia la costruzione sia la gestione.

Del resto, risulterebbe paradossale fondare la concessione sulla nozione di rischio operativo e poi rinnegare il tutto mediante un rischio d'offerta che tralascia completamente gli stadi precedenti che hanno portato il concessionario ad offrire le proprie prestazioni.²⁴⁶

Oltre alla manifesta illogicità, si può addurre un altro argomento a sostegno della teoria appena esposta.

La direttiva 2014/23/UE, che originariamente menzionava il rischio di disponibilità, nella versione definitiva utilizza la denominazione di "rischio sul lato dell'offerta" seguita dall'inciso "*in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda*".

Non è chi non veda la inclusione del rischio di disponibilità proprio in quell'inciso.

Com'è noto, la disponibilità fa riferimento alla responsabilità del contraente per la cattiva gestione ("*bad performance*"), con ripercussioni sulla quantità (volume più basso) e qualità (mancato rispetto di standard) delle prestazioni erogate, in violazione degli accordi contrattuali.

Non è opportuno far coincidere il rischio d'offerta con quello di disponibilità.

Interpretare la direttiva in questi termini, oltre ad andare contro il testo della medesima, provocherebbe una lettura travisata della concessione e un'accezione di rischio operativo d'offerta che escluderebbe gran parte delle evenienze che lo compongono.

²⁴⁵ L'eterointegrazione del contratto è, del resto, espressamente prevista dall'art. 1374 c.c., a norma del quale il contratto obbliga le parti non solo a ciò che è espressamente pattuito, ma anche per quanto è previsto dalla legge (in questo caso europea: *i.e.* la direttiva 2014/23/UE).

Di conseguenza, ove le parti non abbiano previsto diversamente, richiamando se del caso la disciplina per gli appalti, non si potrà far riferimento alla medesima *ex officio*.

A governare la materia sarà l'impostazione europea in relazione alle concessioni, nella quale l'enfasi è posta sul rischio operativo del concessionario.

²⁴⁶ Ai soli fini di contabilità pubblica, nell'ESA95 è previsto che per considerare un'*asset off balance* il partner privato deve sopportare il rischio di costruzione, e almeno uno fra quelli di disponibilità o di domanda.

Pertanto, se il rischio di costruzione è a carico dell'amministrazione, o il partner privato della p.a. assume soltanto il rischio di costruzione, l'*asset* sarà classificato come pertinenza pubblica.

Se il rischio operativo del concessionario deriva dall'effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato, con correlata possibilità di perdite significative e diseconomie reali, la diretta conseguenza non può che essere un rischio d'offerta che copre l'intera trafila della concessione.

Tanto più che non solo è prevista l'alternatività rispetto al rischio di domanda, ma anche la facoltà per le parti di apporre alla concessione clausole di adeguamento e di rinegoziazione, ossia le cd. "*hardship clauses*", per gli eventi assolutamente straordinari ed imprevedibili che, oltre ad essere inassicurabili, sconvolgono l'equilibrio contrattuale.

Non avrebbe alcun senso acconsentire ad ulteriori forme di mitigazione di un rischio operativo di per sé già mitigato *ab origine*.

Esiste, infine, un altro elemento che depone in favore dell'interpretazione in parola.

Si tratta delle clausole penali per gli inadempimenti del soggetto esecutore.

Queste clausole accompagnano l'esecuzione del contratto dall'inizio sino alla fine, sia per la costruzione, sia per la prestazione, che per l'operatività e disponibilità.

Circostanza che avalla un rischio d'offerta che si snoda su tutta la concessione.

Per essere effettive e non meramente simboliche, tali clausole devono incidere pesantemente sul profilo patrimoniale dell'operazione ed in maniera automatica (secondo presupposti e modalità di irrogazione sanciti in seno al contratto).

Invero l'applicazione delle penali, per natura forfettarie e surrogati dei risarcimenti, comporta sempre la possibilità di valutazioni soggettive, delle parti o del giudice, che possono condizionarne gli effetti.

È inoltre possibile che siano fissati dei massimali, oltre i quali non è più consentito imputare addebiti alla controparte a titolo di penale per inadempienza.

Ciò che ingenera una serie di criticità ermeneutiche.

Affidare unicamente a questi strumenti la tutela della pubblica amministrazione sembra di fatto ricreare la situazione già esaminata per gli appalti, riproducendone il modello per la fase gestionale successiva alla costruzione/prestazione del concessionario.

Soprattutto se si invocasse un rischio privato d'offerta limitato alla disponibilità.

Il soggetto esecutore finirebbe col rispondere esclusivamente delle proprie mancanze, proprio come negli appalti, mentre sarebbe garantito per le sopravvenienze perturbative non imputabili.

Con buona pace del rischio operativo concessorio.

Occorre invece convenire sul fatto indiscutibile che se la p.a. remunera il contraente sulla base dei costi operativi che esso sostiene (al netto degli inadempimenti riscontrati), e non per i risultati di mercato che esso produce, si ha identità fra appalto e concessione.

Quale rischio operativo si assume il contraente se, nonostante l'allocazione iniziale, è prevista la compensazione delle sopravvenienze non imputabili (come in Italia)?

Ma soprattutto ha senso che, tramite l'esternalizzazione, l'amministrazione deleghi un terzo quale proprio sostituto e poi si ritrovi a indennizzarlo come se fosse essa stessa il gestore della prestazione che risente in prima persona dell'andamento del mercato?

Non è semplice fornire una risposta a questi interrogativi, anche perché le direttive europee sul *public procurement* non prendono una posizione univoca.

Da un lato, si collocano le norme che definiscono il rischio operativo concessorio e lo enfatizzano come *discrimen* rispetto agli appalti.

Dall'altro, le norme che disciplinano in maniera analoga le modifiche contrattuali e consentono di introdurre clausole contrattuali che mitigano siffatto rischio operativo.

Con riguardo al rischio sul lato dell'offerta, in definitiva, si può per ora soltanto dire che in linea generale deve ricomprendere tutte le prestazioni che caratterizzano il lato dell'offerta, e non solo il segmento finale (rischio di disponibilità), con conseguente responsabilità del concessionario per le sopravvenienze e gli inadempimenti.

Da ciò può quindi derivare l'insorgenza di perdite e ammanchi di cassa per il concessionario, al pari di quel che avviene nei contratti aleatori.

Vedremo che questa regola generale non è tassativa né perentoria, potendosi avere situazioni differenti da quella illustrata, allorché le parti abbiano di comune accordo deciso di allocare i rischi in maniera diversa, in ossequio a quanto contenuto nella *lex specialis* di gara (*condicio sine qua non*), specialmente quando convivono rischi di offerta e domanda.

§5.2.2. Domanda

Il rischio di domanda costituisce l'altra faccia della medaglia del rischio operativo.

È definito "*rischio sul lato della domanda*" quello "*associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto*".

La direttiva europea 2014/23/UE lo prevede, invero, quale alternativa nel caso in cui non vi sia nessuna assunzione del rischio d'offerta da parte del concessionario, oppure come complemento di quest'ultimo.

Detto rischio afferisce alla variabilità della domanda di mercato, che può voler dire livelli più alti o più bassi rispetto alle stime attese, indipendentemente dalla condotta tenuta dal concessionario (in quanto, come visto, rientrante nel rischio di offerta).

Sono vari i fattori esterni che possono influenzare l'andamento della domanda: l'emergere di nuove tendenze, la particolare congiuntura economica, l'obsolescenza tecnica e via discorrendo.

Il concessionario che si assuma il rischio di domanda deve aver ben presente che le previsioni contenute nel piano economico-finanziario di copertura degli investimenti rappresentano solamente stime, quindi non obbligazioni giuridiche in senso stretto tali da poter azionare rimedi negoziali o giudiziali in caso di errore.

Questo è un punto fondamentale, peraltro già ben presente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale di fatto si è occupata soprattutto di concessioni di servizi incentrate sul rischio di domanda.

È qui, più che nel rischio d'offerta (collegato ad accadimenti del mondo empirico), che il rischio operativo dipende effettivamente dalle fluttuazioni del mercato.

Un dubbio ermeneutico sorge in relazione alla “domanda effettiva di lavori”, come alternativa a quella “di servizi” (emblematico l'uso della congiunzione “o” da parte della direttiva 2014/23/UE).

Con questa espressione la direttiva europea vuol forse dire che, una volta terminati i lavori, il concessionario rischia di ritrovarsi con un *opus* di cui non c'è più bisogno, e che l'ente concedente potrebbe impedirgli di remunerarsi attraverso la gestione dei servizi?

Ovviamente la risposta sensata non può che essere negativa.

Pur trattandosi di un'iperbole fantasiosa, un simile contratto aleatorio sarebbe, però, ammissibile qualora il concessionario realizzasse lavori o opere riutilizzabili nel mercato (ad esempio, gli uffici e le strutture facilmente riconvertibili ad usi diversi da quelli pattuiti con la p.a. e non più necessitati).

In generale, comunque, deve rimarcarsi la normale presenza del rischio di domanda per lavori “e” servizi, poiché sono essenzialmente quest'ultimi che permettono al concessionario di recuperare gli investimenti impiegati nei lavori.

Il rischio di domanda attiene infatti alla fase prettamente gestionale che scaturisce dopo la realizzazione degli interventi prodromici e propedeutici da parte del concessionario.

Se è la p.a. il *main buyer/payer* delle prestazioni del concessionario, il rischio di domanda consiste nella effettuazione della controprestazione – *i.e.* la remunerazione – solo per l’effettivo livello di domanda, propria o di terzi, registrato (“*take and pay*”).

Devono di conseguenza essere escluse clausole del tipo “*take or pay*”²⁴⁷, mediante le quali viene assicurato un flusso di cassa al prestatore corrispondente all’intera domanda stimata ma non verificatasi (mentre potrebbe essere prevista una compensazione parziale, residuando una parte di rischio sul concessionario).

Se invece gli utenti fruitori e pagatori sono terzi rispetto all’ente concedente, si pone la questione delle tariffe, in primo luogo, e, in secondo luogo, dell’obbligazione di terzi.

Normalmente i livelli tariffari sono stabiliti dall’amministrazione o da autorità indipendenti in funzione del costo standard, maggiorato di una quota di utile (*v. supra*).

Al concessionario non è consentito di stabilire i prezzi di mercato delle proprie prestazioni e questo rappresenta un grosso inconveniente.

È vero che è prevista la compensazione per gli obblighi di servizio universale che fuoriescono dalle logiche di mercato ed impresa, ma la competenza amministrativa della programmazione dei servizi spetta agli enti preposti.

Questa limitazione al diritto di gestione ha fatto sì che solamente i contratti di servizio che conservino un margine di rischio, seppur ridotto, siano considerate concessioni ai sensi della nuova direttiva 2014/23/UE.

Non è però detto che le tariffe regolamentate possano assicurare al concessionario il rientro dei capitali investiti quando il livello di domanda sia scarso, non potendosi coartare la volontà dei terzi a richiedere le prestazioni (si pensi alle autostrade lombarde esaminate).

Il rischio di domanda in tale ipotesi coincide con quello di ogni impresa commerciale che si presenta sul mercato e ne attende la risposta per conoscere la propria sorte, con l’unica differenza di non poter decidere autonomamente le condizioni di servizio.

Il mercato delle concessioni soffre pertanto di un intrinseco difetto genetico che rende il concessionario particolarmente vulnerabile, soprattutto perché alla limitata libertà di gestione viene per di più associato un notevole rischio operativo.

²⁴⁷ Si veda De Gaudio L., *L’obbligo di take or pay: qualificazione e gestione delle sopravvenienze*, Contratti 6: 605, 2013, sulla sostanziale sterilizzazione del rischio nel mercato del gas naturale; e Macario F., *Clausola di rinegoziazione del prezzo* (nota a Cass. Civ., Sez. III, 26 febbraio 2014, n. 4557), Contratti 4: 381, 2014, per l’invariabilità del prezzo senza l’accordo delle parti.

Il primo contributo mette in luce la necessità di mitigare i rischi nei contratti di durata che implicano notevoli e specifici investimenti, il secondo sconfessa la regola della automatica revisione dei prezzi.

§5.2.3. Offerta e/o domanda

Nei due paragrafi precedenti sono stati illustrati il rischio di offerta e di domanda come entità a sé stanti, per il caso che la concessione ne preveda uno solo.

Su tali presupposti non parrebbe ragionevole limitare ulteriormente il rischio operativo tramite clausole negoziali, salvo che per le circostanze operative anormali.

Deve infatti escludersi che esistano in natura concessioni fondate su uno solo dei due rischi, offerta o domanda, appena descritti.

L'alternanza tra essi discende esclusivamente da una selezione artificiale umana.

Il rischio operativo è composto da due elementi complementari: offerta e domanda si completano a vicenda.

Il concessionario sopporta il rischio di offerta per realizzare le condizioni volte al soddisfo della domanda, a sua volta rischiosa, da cui dipende la remunerazione.

Orbene, in una situazione del genere nessuno andrebbe ad investire i propri capitali, visti i vincoli gestionali e le peculiarità amministrative che connotano le concessioni.

Perciò la direttiva consente la mitigazione del rischio operativo concessorio.

Come detto, anche se requisito della concessione è 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 in condizioni operative normali, nella direttiva 2014/23/UE è previsto che una parte del rischio possa restare a carico dell'amministrazione.

L'importante è che l'ente concedente non sollevi l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi da sostenere in relazione all'esecuzione del contratto.

Pertanto i contratti che non implicano pagamenti al contraente e ai sensi dei quali il contraente è remunerato in base a tariffe regolamentate, calcolate in modo da coprire la totalità dei costi e degli investimenti sostenuti dal contraente per la fornitura del servizio, sono esclusi dalla direttiva al pari di quelli per i quali la regolamentazione settoriale elimini il rischio prevedendo una garanzia a favore del concessionario per il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti.²⁴⁸

Ai sensi della direttiva europea questi contratti non dovrebbe configurare una concessione.

²⁴⁸ Cfr. cons. 17 e 19 della direttiva 2014/23/EU.

Dal momento che in Italia l'art. 117 del TUEL dispone che le tariffe dei servizi pubblici sono calcolate in modo tale da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione (alla luce di vari criteri, tra i quali: la corrispondenza tra costi e ricavi; l'equilibrio tra finanziamenti raccolti e capitale investito; l'entità dei costi di gestione delle opere e del servizio; l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito, coerente con le prevalenti condizioni di mercato), non si tratterebbe di concessioni.

In realtà, nonostante qualche imprecisione nella formulazione, la direttiva mira ad escludere solamente quei contratti per cui è garantito l'equilibrio economico-finanziario non all'inizio, ma alla fine dell'affidamento.

Il che è ragionevole se si pensa alla fatuità di un rischio operativo concessorio in presenza di regolamentazioni o garanzie che lo obliterino.

Per converso la direttiva, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia, ammette che il rischio operativo del concessionario sia limitato sin dall'inizio, per esempio, in settori con tariffe regolamentate o 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.

Oltre a confermare quanto già detto in relazione alle tariffe, la direttiva europea ribadisce l'apertura nei confronti delle concessioni dal rischio ridotto.

È questa la maggiore criticità ermeneutica in ordine alla natura delle concessioni.

Sicuramente, dopo l'enfasi posta sul concetto di rischio operativo, al plesso europeo è parso doveroso mitigarne la portata per non scoraggiare gli investitori privati, ma ciò affievolisce la già controversa distinzione delle concessioni rispetto agli appalti.

Considerato che la concessione implica rischi operativi sia di domanda che di offerta, la regolamentazione e le parti possono adoperarsi per dar vita ad una allocazione che tenda a massimizzare il risultato finale per entrambe.

Scaricare indiscriminatamente tutti i rischi sul concessionario vorrebbe dire non solo intraprendere una operazione impossibile da realizzare e destinata al fallimento, ma soprattutto farlo a condizioni costose ed inefficienti sotto ogni profilo.

Di conseguenza, è presumibile che una parte di ciascun rischio (offerta e domanda), o persino uno dei due venga mantenuto in capo all'amministrazione concedente.

Per tali ragioni, con la direttiva 2014/23/UE vengono autorizzate sia le clausole che le modifiche *in fieri* alla concessione che non alterano la natura generale del contratto.²⁴⁹

In particolare, sono previsti due tipi di mitigazione del rischio:

- le clausole chiare, precise ed inequivocabili (es. revisione dei prezzi o opzioni) che, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara e quelle che cambiano l'equilibrio economico del contratto a favore del concessionario in modo previsto dalla concessione iniziale;

- le modifiche determinate da circostanze imprevedibili con l'ordinaria diligenza.

In ambo i casi è vietato mutare sostanzialmente la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa.

Ciò significa che non è possibile eliminare completamente il rischio operativo per come fuoriuscito dalla allocazione originaria in sede di aggiudicazione, quantunque sia lecito immaginare clausole di rinegoziazione che lascino una certa flessibilità alle parti.

Questa annotazione si riferisce specialmente al secondo tipo di modifiche, quelle provocate da sopravvenienze imprevedibili, per le quali la direttiva consente la modifica non specificando chi si debba far carico del relativo rischio.

Se, per le clausole espresse, è infatti stabilito che esse possano ripristinare l'equilibrio originario o introdurre un nuovo equilibrio contrattuale nei termini esplicitati, per le modifiche impreviste si pone il problema di come porre rimedio alle stesse.

La direttiva non se ne occupa e lascia aperto un problema non di poco conto.

Dalla soluzione interpretativa a questa incognita discende invero la natura giuridica, aleatoria o commutativa, delle concessioni.

²⁴⁹ In linea con quanto già emerso in sede unionale, grazie alla Corte di Giustizia e al CES (v. *supra*).

Cfr. pt. 4.3 del parere del Comitato economico e sociale sul tema «Rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico-privato (PPP)» (2001/C 14/19) in cui si auspicava che la direttiva definisse le concessioni in funzione del loro carattere di lunga durata e dei loro elementi costitutivi fondamentali (concezione, realizzazione, finanziamento, manutenzione e gestione delle opere), ma al contempo si sottolineava la necessità di raggiungere e di rispettare l'equilibrio contrattuale senza il quale nessun operatore stipulerebbe un contratto di concessione. Pertanto nel diritto europeo si sarebbero dovuti creare dei principi che permettessero una ripartizione equilibrata dei rischi fra concedente e concessionario sia nella concessione di lavori che in quella di servizi: i rischi di una concessione devono essere identificati, quantificati e chiaramente assegnati alla parte che è maggiormente in grado di assumerli.

Particolare risalto era stato attribuito al principio di stabilità del contratto, per il quale concessionario e finanziatori devono avere la garanzia che il contratto venga concluso senza modifiche, salvo che la modifica sia giustificata dal caso fortuito e dalla forza maggiore oppure dal mutamento del quadro economico previsto nel contratto. Inoltre, l'ente concedente deve prendere disposizioni per il caso di rischio eccezionale: avvenimento imprevedibile, improvviso e tale da aumentare il costo del contratto.

§5.3. La natura giuridica delle concessioni

Le concessioni presuppongono rischi di prestazione sia di domanda che di offerta, oppure solo uno dei due, e ciò ingenera una certa difficoltà d'inquadramento dogmatico.²⁵⁰

Proprio in quest'ambito assume valore pregnante la natura commutativa o aleatoria della concessione.²⁵¹

Soprattutto per quanto riguarda il rischio d'offerta perché, come sopra illustrato, esso dovrebbe ricomprendere anche la fase prodromica alla gestione vera e propria, vale a dire quella di costruzione e preparazione alla prestazione.

Allo stesso tempo occorre precisare che alcuni accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore dovrebbero configurarsi come concessioni qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda o dalla loro fornitura.

E questo smentisce definitivamente la presunta trilateralità della concessione, che in Italia ha spopolato e, di tanto in tanto, continua a spopolare nella scienza giuridica.

Facciamo un esempio pratico per rendere più chiare le idee.

A seguito di procedura ad evidenza pubblica, la p.a. stipula un contratto di durata in forza del quale la controparte deve eseguire una certa prestazione in aderenza al capitolato, ricevendo come corrispettivo il diritto di sfruttamento della stessa.

Premetto che ho scelto di proposito di non etichettare la fattispecie in questione: procederemo per passi successivi.

A qualcuno la soluzione potrà sembrare ovvia dato che il diritto di sfruttamento economico connota la concessione, non l'appalto, ma in realtà non è così semplice.²⁵²

²⁵⁰ È importante aver chiara in mente la separazione fra i due rischi in esame, sebbene sia presumibile la contemporanea presenza di entrambi: ad esempio si veda T.A.R. Trento, Sez. I, 31 gennaio 2014, n. 30.

²⁵¹ Contratti aleatori sono quelli con funzione di rischio, nei quali l'alea negoziale si manifesta quale "funzione di lucro incerto", implica cioè che il risultato economico finale dipende da circostanze esterne.

La dottrina interna afferma, infatti, che "per riconoscersi un contratto aleatorio è necessario tanto il dato «strutturale» quanto quello «funzionale». I contratti aleatori, pertanto, saranno quelli che: a) abbiano nella causa concreta l'alea negoziale, quale funzione essenziale di rischio necessario, riferito ad un elemento esterno espressamente voluto e previsto dalle parti; b) ed in cui, proprio per questo, le prestazioni delle parti, intese come effetti giuridici che incidono sulle parti medesime, siano indeterminate – senza reciproca correlatività – nell'*an* o nel *quantum* al momento del perfezionamento contrattuale.

Perché il contratto possa definirsi aleatorio occorre, inoltre, che l'alea sia essenziale, nel senso che le parti si siano determinate al contratto per la prospettiva di un lucro incerto in esso individuato sicché il richiamo a questo interesse, che può non essere prevalente su tutti gli altri, deve essere determinante e caratterizzare il negozio fin dal suo nascere" (Di Giandomenico G.; Riccio D., *I contratti speciali: I contratti aleatori* - Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone, vol. XIV, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 73-74).

Qualora le previsioni contrattuali o le norme di legge pongano un obbligo di ripristino dell'equilibrio economico a posteriori per compensare gli scarsi risultati, o addirittura fissino delle condizioni "fuori mercato" in maniera tale da obliterare ogni rischio operativo del contraente, non sarà possibile parlare di concessione.

Il problema delle sopravvenienze è ascrivibile alla funzione allocativa del contratto, specialmente con riferimento alle sfere di rischio oggettivo e soggettivo.

L'allocazione dei rischi deve garantire che il soggetto, il quale si sia fatto carico di determinati fatti, ne risponda a prescindere dalla relativa imputabilità (sotto quest'aspetto differenziandosi nettamente dal risarcimento in forma specifica o per equivalente).²⁵³

In relazione a tali fatti non è possibile il riequilibrio economico, se non alle condizioni previste nella concessione iniziale e in nessun modo tale da eliminare il rischio; altrimenti verrebbe vanificata la competizione propedeutica all'assegnazione della concessione poiché l'offerta risultata vincente sarebbe surrettiziamente alterata.

La pretesa di essere tenuti indenni da ogni sopravvenienza negativa si scontra con il concetto stesso di rischio, al pari dell'eventualità di recesso o risoluzione del contratto (mentre assai improbabile pare l'ipotesi di rescissione).

Detti rimedi, come noto, si fondano sulla nozione di "inadempimento efficiente", trovando giustificazione nella logica dell'efficienza degli incentivi negoziali in proporzione all'equo contemperamento degli interessi delle parti.²⁵⁴

²⁵² Forse può essere d'aiuto illustrare la fattispecie con alcune formule numeriche.

Ipotizziamo che il contratto abbia un valore complessivo di 100 su un periodo di 10 anni, e preveda un canone annuo di 1 in favore della p.a. (per un totale di 10), una quota di investimenti/costi pari a 35, ed un ritorno stimato di 55. Se tutto va secondo le aspettative, il contraente guadagna 10; se invece sopravvengono eventi negativi (indipendenti dalla p.a. ed a carico della controparte secondo il contratto) si avranno perdite che possono essere minime (inferiori a 10) o superare addirittura il canone da versare alla p.a., col rischio di fallimento dell'operazione.

Le alternative sono: il riequilibrio economico a posteriori dell'operazione; oppure il *bail out* pubblico o il subentro privato con nuova gara.

Laddove la p.a. decida di riequilibrare l'economia dell'operazione si avrà l'eliminazione del rischio operativo privato.

²⁵³ Sulla distinzione fra assunzione di rischi contrattuali e responsabilità per inadempimento si veda Delfini F., *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1999, *passim*, in particolare pp. 1-8.

²⁵⁴ Su queste problematiche si rinvia a Trimarchi P., *Il contratto. Inadempimento e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2010.

In generale, l'efficienza dell'inadempimento consiste nel maggior vantaggio del debitore rispetto al danno del creditore, ma cosa accade se quest'ultimo è portatore di istanze di interesse collettivo?

Nel caso dei contratti pubblici, a prescindere dal fatto che si tratti di una concessione o di un appalto, la difficoltà di individuare in maniera ben definita tutte le possibili componenti del danno, in relazione agli aspetti sia qualitativi che quantitativi, suggerisce di inserire all'interno dei contratti delle clausole penali che stabiliscano forfettariamente la misura del ristoro in favore del soggetto pubblico.

Tuttavia le penali possono essere disapplicate e comportano valutazioni d'interessi soggettive.

Senza dimenticare che gli interessi delle parti nell'ambito dei contratti pubblici – coinvolgendo l'interesse pubblico generale ed istanze superindividuali – non sono mai pienamente disponibili, emerge la difficoltà di conciliare il rischio operativo concessorio con strumenti giuridici che, entro determinati limiti, consentono di svincolarsi dagli accordi già stipulati e divenuti eccessivamente onerosi o lesivi per una delle parti.

Non a caso, come già ricordato, tali strumenti non sono in linea di principio applicabili ai contratti aleatori, scontrandosi con la radicata presenza del rischio nella causa giuridica sottesa al contratto (*e.g.* rendite, *emptio spei*, gioco e scommessa).

Se così non fosse, il contraente gravato dal rischio troverebbe sicuramente più conveniente limitare i danni alle prime complicazioni ed esercitare la propria facoltà di *exit*, piuttosto che portare a termine l'impegno assunto, magari sperando di poter trovare altrove occasioni più redditizie.

Lo stesso vale per i rimedi manutentivi diversi da quelli già previsti in contratto (altrimenti il contraente ad ogni occasione avanzerebbe la richiesta di rinegoziare).

A tutto ciò, ad avviso di chi scrive, osta la concezione europea di concessione come emersa dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalla nuova direttiva 2014/23/UE.

Ecco perché ritengo con cognizione di causa che non si possano estendere *de plano* le regole valide per gli appalti privati e pubblici.

La concessione con rischio di domanda non comporta grandi sforzi ermeneutici, costituendo senza dubbio un contratto aleatorio: il concessionario accetta negozialmente l'incertezza del lucro finale in quanto le prestazioni dipendono da fattori esterni al contratto (se pure le parti adempiono i rispettivi impegni può accadere che la risposta del mercato sia scarsa in conseguenza a periodi di crisi o cambiamento nei consumi).

Sono comunque ammessi dei correttivi per l'evenienza di accadimenti del tutto eccezionali che superino la normalità dell'alea voluta dalle parti (*i.e.* clausole chiare e precise di *hardship* o riequilibrio economico in favore del concessionario, stabilite *ex ante*, che avvicinano la concessione ai contratti commutativi).

D'Alpaos C.; Vergalli S., *Time Overruns in Public Procurement and Concession Contracts: Penalty Fee and Option Value to Delay*, Review of Environment, Energy and Economics (Re3), March 2014, sottolineano come le penali siano correlate all'incertezza sui costi e all'inefficienza del sistema giudiziario: "In both procurement and concession settings, committed penalties for delays may consequently not represent significant losses to the defaulting party because the enforcement of the penalty results weak, or because the penalty to be paid is small by comparison with the supplier's option value to delay the works".

Per le problematiche che possono riferirsi alle penali vedasi anche la nota 268 *infra*.

E quindi l'aleatorietà del rischio operativo concessorio è talvolta limitata dalla *lex specialis* di gara e dalla volontà delle parti, sin dalle battute iniziali, al fine di agevolare la realizzazione della concessione, ma non al punto di scomparire del tutto.

Quando la concessione comprende solo il rischio di offerta sembra palesare invece un contratto commutativo connotato da rischi economico-giuridici entro l'alea normale.²⁵⁵

Le prestazioni dipendono sì da fattori esterni al contratto e collegati all'empiria, ma non sono completamente al di fuori del controllo delle parti – le quali possono sempre premunirsi (si pensi al caso annotato dei ritrovamenti archeologici: v. nota 244 *supra*) –, e perciò l'incertezza dell'esito finale risulta contenuta (non essendovi presenza di utenti terzi, *nulla quaestio* se le parti adempiono correttamente i rispettivi impegni).

Dette considerazioni sono peraltro avvalorate dalla circoscrizione dell'alea normale della concessione, con esclusione degli eventi eccezionali e di forza maggiore.

Resta ferma anche qui, infatti, la possibilità di rimediare alle vicende straordinarie esorbitanti le “*condizioni operative normali*” di cui alla direttiva europea (v. *infra*).

In questa seconda ipotesi, in relazione al rischio di offerta, diventa più flebile la distinzione fra appalti e concessioni, dal momento che in entrambi il rischio sul lato dell'offerta coinciderà col normale rischio d'impresa a carico di qualsiasi imprenditore (responsabile delle proprie carenze: basti pensare, ad esempio, alle clausole penali).

Le variabili che condizionano l'esecuzione contrattuale (*i.e.* standard qualitativi) sono infatti incluse nell'accordo stipulato fra le parti e non fuoriescono dalla loro sfera soggettiva di controllo (cosa che non si può viceversa dire della risposta di mercato, inevitabilmente influenzata dalle preferenze individuali del momento).

La distinzione riacquista valore se rapportata a quanto anzidetto, nel caso che le sopravvenienze fossero fatte rientrare nel rischio operativo del concessionario.

²⁵⁵ Al massimo potrebbe forse inquadrarsi, per gli amanti dei sofismi, come contratto commutativo con rischio economico-giuridico elevato, caratterizzato da un'alea normale illimitata, ma in tal caso si scontrerebbe con la disposizione della direttiva sulle concessioni che limita il rischio alle condizioni normali.

Sul concetto di “alea normale illimitata” si veda Di Giandomenico G.; Riccio D., *I contratti speciali: I contratti aleatori* - Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone, vol. XIV, Giappichelli, Torino, 2005, p. 117 ss.: “Se per aversi contratto aleatorio sono necessari sia l'elemento funzionale (e cioè il fine di lucro incerto), sia quello strutturale (ossia l'indeterminatezza delle prestazioni), appare evidente che nei casi in cui può realizzarsi il primo, ma non il secondo – avendosi solo oscillazioni di valore – non può parlarsi di negozio aleatorio, ma di negozio con rischio economico, e quindi sottoposto ad alea normale, magari illimitata”.

Per quanto riguarda la (presunta) differenza tra alea e rischio si veda *ibidem*, *passim*, in part. p. 76.

Nella sostanza cambia invero molto poco fra contratti aleatori e contratti con alea normale illimitata: ai contratti illimitatamente rischiosi entro l'alea normale si applicherebbero le disposizioni sulla rescissione, mentre entrambi non sono passibili di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Può darsi il caso – similmente a quanto descritto nella decisione Eurostat sui PPP – che il concessionario si accoli il rischio di prestazione/costruzione per un canone fisso e non venga manlevato per i ritardi, le varianti necessarie (non ordinate dalla committenza) o per le variazioni dei costi di manodopera e materie prime, rendendo il contratto aleatorio anche sul lato dell’offerta e così agevolando la distinzione dagli appalti tradizionali.²⁵⁶

In generale, però, resta la problematicità della contemporanea presenza di entrambi i tipi di rischio, sui lati della domanda e dell’offerta, all’interno di una concessione.

Benché la direttiva non richieda la necessaria presenza di ambedue i rischi, situazioni del genere comportano la necessità di operare un giudizio unificato in ordine alla particolare natura della concessione quale *genus*, vale a dire un contratto aleatorio (in cui dall’esposizione del concessionario agli imprevisti e alle fluttuazioni del mercato consegue il rischio di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati ed i costi sostenuti) oppure commutativo (in cui le clausole di revisione e riequilibrio mitigano il rischio operativo).

In definitiva, non esiste soluzione immediata al *busillis* che intitola il paragrafo.

Ciò non toglie che, a fini di indirizzo, debbano essere individuati dei criteri che consentano un’adeguata interpretazione dei contratti concessori e dei relativi rischi.

Anzitutto, vista la sostanziale equivalenza tra alea e rischio, deve propendersi per la esclusione di qualsivoglia rimedio a tutela dell’equilibrio economico-contrattuale postumo che non sia stato previsto nella concessione, lasciando intatto il rischio operativo allocato.

Con riferimento alla sussistenza dei rischi di costruzione/prestazione, domanda e disponibilità, deve di regola escludersi che possano essere utilizzati *ex post* gli strumenti di protezione contro le sopravvenienze (oltre al già visto ripristino dell’equilibrio contrattuale, la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ai sensi dell’art. 1467 cod. civ.).

²⁵⁶ In disparte le questioni legate alla revisione dei prezzi per gli appalti – ammessa oltre il decimo in quelli privati (cfr. art. 1664, comma I, cod. civ.), mentre in quelli pubblici (v. *supra*), essendo esclusa l’applicazione della norma civilistica appena citata, l’art. 132 del Codice fissa un regime ordinario parametrato sull’inflazione ed uno straordinario che riprende la soglia del decimo e compensa metà dell’eccedenza –, la problematica riguarda soprattutto le varianti di cui al secondo comma dell’art. 1664, richiamato anche dall’art. 133 del Codice.

Se nel corso dell’opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell’appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso.

Orbene, nelle concessioni dovrebbe valere la regola inversa, ossia che, fatta salva diversa previsione, il concessionario non ha diritto ad alcun indennizzo per le varianti dovute a sopravvenienze del genere.

Tale stato di cose non solo ha il proprio fondamento nel rischio operativo in capo al concessionario (sono ovviamente consentite pattuizioni che spostino gli equilibri), ma trova conferma nella diretta e attiva partecipazione del medesimo alla concezione e allo sviluppo dell’operazione complessiva.

L'affermazione che la concessione è un contratto commutativo al pari dell'appalto, non solo si pone in aperto contrasto coi dettami del diritto sovranazionale, ma appare viepiù un *nonsense* giuridico incoerente con il riconoscimento del rischio quale *proprium* delle concessioni. A maggior ragione se si pone attenzione al fatto che l'applicazione alle stesse della disciplina degli appalti di diritto comune finisce per obliterare qualunque distinzione.

Non si riesce a comprendere quale sia l'utilità di avere a disposizione due *species* giuridiche quando esse, salve le differenze teoretiche, all'atto pratico risultano indifferenti.

La dicotomia ha senso se la concessione viene interpretata come un contratto sinallagmatico *sui generis* non soltanto commutativo, bensì anche aleatorio.

Il rischio operativo presuppone infatti che il concessionario, aggiudicandosi la gara con l'offerta presentata alla p.a., approfittando della flessibilità procedurale assentita dalla direttiva (in aggiunta a prassi di buon senso: sopralluoghi ed ispezioni dei luoghi, accessi), abbia valutato i possibili scenari futuri e determinato le proprie stime secondo buona fede e diligenza nella convinzione di aver visto giusto, ma al contempo nella consapevolezza che il futuro è incerto ed imprevedibile.

Bisogna assicurare l'equilibrio economico iniziale per la fattibilità della concessione ed è possibile indennizzare il contraente per fatti che rientrano nella sfera potestativa altrui (*factum principis* e rischio cd. "amministrativo"); altro è garantire l'equilibrio in ogni caso – anche per i rischi assunti contrattualmente – con snaturamento della concessione.

La prova di resistenza è data dal fatto che se anche il concessionario esegue bene tutte le prestazioni, ma non raggiunge gli obiettivi di mercato prefissi (domanda e/o offerta) – per ragioni che non dipendono dalla controparte e di cui si è assunto i rischi (e.g. danni, obsolescenza, concorrenza di altri operatori, insolvenza, crisi) –, non è in grado di ottenere la piena copertura di costi ed investimenti.

Ovviamente, come ripetuto a più riprese, questa è solo la regola generale sul rischio, in ordine alla quale è possibile derogare tramite clausole apposite nella concessione, a patto di non rimuovere del tutto il rischio concessorio.

Altrimenti si avrà la metamorfosi da concessione ad appalto.

Prendendo a modello i vari tipi contrattuali presi in esame dalle direttive europee sul *public procurement* e volendo rappresentare la situazione di *default* – relativa alle condizioni operative normali e salva diversa disposizione delle parti – mediante una semplice tabella riepilogativa, si ha il seguente quadro sinottico:

Rischi operativi Contratti	Rischio di costruzione/prestazione (lavoro/servizio)	Rischio di gestione sul lato d'offerta e/o domanda (disponibilità e/o domanda)
Appalto	Sì (compensato)	No
Concessione	Sì (non compensato)	Sì (almeno uno dei due)

Se da un lato il rischio di gestione caratterizza unicamente le concessioni, dall'altro, nemmeno il rischio di prestazione è in via di principio omologabile a quello degli appalti.

Per spiegare meglio la distinzione è utile far riferimento ad esempi illustrativi.

Pensiamo alla realizzazione di un'opera di pubblica utilità.

Considerando il rischio di costruzione, ad eccezione del caso-limite di perimento, essa rileva quale *asset* dal valore certo, sebbene sottoposto alle consuete oscillazioni – compensate negli appalti oltre una certa soglia (revisione dei prezzi) o per intero (varianti), mentre di norma nelle concessioni ciò non avviene (salva diversa disposizione delle parti) – fra il momento della stipula del contratto ed il completamento dell'esecuzione.

Considerando il rischio di gestione concessorio, essa rileva invece come posizione di mercato soggetta alle fluttuazioni di domanda/offerta, con conseguente incertezza qualitativa: potrebbe allora non essere utilizzata o, al contrario, essere troppo utilizzata (con conseguente carenza di introiti o necessità di continua manutenzione, rispettivamente).

Pensiamo ora all'espletamento di un servizio di interesse generale.

Il discorso è analogo a quello appena sciorinato, differendo per la presenza sia negli appalti sia nelle concessioni di un rischio di prestazione variabile, con la costante, unicamente per il concessionario, del rischio economico legato alle condizioni di mercato.

Da quanto appena esposto deriva che, mentre nell'appalto commutativo il contratto prevede la remunerazione integrale del contraente (potendosi perfino immaginare un corrispettivo postergato dell'appaltatore da ricavare attraverso la gestione, purché con la garanzia pubblica di coprire le eventuali perdite e generare un utile), nelle concessioni tutto questo lascia spazio ad una operazione commerciale delegata al concessionario.

La funzione di scambio tipica dell'appalto commutativo, ove la remunerazione è costituita da un corrispettivo che ripaga i costi operativi dell'appaltatore, è sostituita dal ruolo assunto dal rischio operativo del concessionario, il quale prende il posto della p.a. (che pur rimane a supervisionare) nella realizzazione dell'impresa in regime di mercato.

Nel surrogarsi all'amministrazione il concessionario deve sopportare il rischio di gestire le proprie prestazioni e operare nel mercato al fine della propria remunerazione, generata dall'incontro fra domanda e offerta.

Dal canto suo l'ente concedente deve programmare e controllare l'operazione per i profili di competenza amministrativa, tenendo indenne la controparte per gli eventi che a quella sfera pubblicistica appartengono e, se del caso, per le sopravvenienze perturbative assolutamente straordinarie ed imprevedibili – tendenzialmente inassicurabili – che mettano in pericolo la buona riuscita della concessione.

Ciò è dovuto alla posizione di mercato “regolamentata” del concessionario.

Questo ragionamento presuppone che, nella fase di concezione e assegnazione del contratto, le parti abbiano collaborato alla pianificazione della concessione allocando i rischi in maniera ponderata e prevedendo gli opportuni rimedi manutentivi.

Un'ultima osservazione prende spunto dall'espressa circoscrizione del rischio alle “condizioni operative normali”.²⁵⁷

Il che lascia intendere l'esenzione del concessionario per eventi del tutto eccezionali (il caso di scuola è la caduta di un meteorite, ma il ragionamento può essere esteso a guerre, atti di ignoti, cataclismi, crisi globali come l'attuale).²⁵⁸

Si tratta di un doveroso contraltare rispetto alla presenza del rischio operativo.

E ciò non solo per gli accadimenti che esorbitano da ogni prevedibilità, ma altresì per quegli eventi “idiosincratici”, per così dire, al plesso pubblico (basti pensare ai movimenti di protesta “No-Tav” in Italia e Francia²⁵⁹).

²⁵⁷ Cfr. art. 5 della direttiva 2014/23/UE, cui si riconnette la scomparsa, in sede di stesura definitiva, del paragrafo 7 dell'art. 42 – ora divenuto 43 – sulla modifica delle concessioni durante la loro vigenza.

Nella proposta di direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione COM(2011) 897 def., Bruxelles, 20.12.2011, era infatti previsto che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori non si potessero avvalere delle modifiche alle concessioni nei casi seguenti:

(a) qualora la modifica intenda rimediare a carenze della prestazione del concessionario o alle relative conseguenze, cui si possa porre rimedio imponendo l'esecuzione degli obblighi contrattuali;

(b) qualora la modifica intenda compensare i rischi derivanti da aumenti di prezzi provocati da fluttuazioni dei prezzi che potrebbero influire sensibilmente sull'esecuzione di un appalto e che sono stati coperti dal concessionario.

²⁵⁸ Sul punto deve osservarsi che secondo Trimarchi P., *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967; *id.*, *Il contratto. Inadempimento e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2010, nell'ordinamento vige il principio generale dell'irresponsabilità per evenienze assolutamente straordinarie ed imprevedibili.

Il fondamento giuridico, oltre che etico, di tale limitazione starebbe nell'esigenza di una certa equità che mantenga nella giusta proporzione – in nessun caso eccessivamente sbilanciata, ma non sempre bilanciata – i valori assunti dalle parti.

Questo preambolo, valido sia per la responsabilità extracontrattuale (a tutela dell'ordine pubblico) che contrattuale (ispirata all'efficienza allocativa), precisa quale sia l'effettivo contenuto delle sfere di rischio, intese in termini di eventi non imputabili di cui l'agente deve comunque farsi carico.

Se è vero che il concessionario è mosso da una logica speculativa, è altrettanto vero che il contesto in cui si trova ad operare è inevitabilmente caratterizzato da elementi di natura pubblicistica che ne condizionano le sorti.

La consistenza e immanenza degli interessi superindividuali dell'ente concedente (di stampo economico, sociale ed ambientale), al pari delle criticità, si trasferiscono insieme alle prestazioni oggetto di concessione.

Sarebbe perciò irragionevole pretendere dal concessionario l'assunzione di rischi circa i quali non ha nessuna influenza (derivando da scelte discrezionali della p.a.) e neppure alcun interesse precipuo.

Come ampiamente dimostrato dall'empiria (emblematico ad es. il caso *Eurotunnel*), il concessionario non si svincola dalle pattuizioni, potendo semmai rinegoziare i termini originali (specialmente con i propri finanziatori) oppure beneficiare del *bail out* da parte del plesso pubblico.

In simili circostanze pare inconsulto far coincidere il rischio del concessionario con quello che si sobbarcherebbe la p.a. in caso di autoproduzione.

Come ha insegnato la Corte di Giustizia, e da quanto ora contenuto nella direttiva, conviene adottare delle opportune limitazioni alla sfera di rischio operativo da porre in capo al concessionario, pena la svalutazione della concessione da possibile strumento di perseguimento dell'interesse collettivo ad impraticabile metodo di scarico dei rischi su malcapitati soggetti privati (a voler concedere di riuscire ad individuarne).

Rispetto agli appalti, nelle concessioni si deve tuttavia constatare un'alea normale ben diversa, che solo eccezionalmente è ispirata all'equilibrio economico contrattuale (per gli aspetti commutativi e per quelli che, pur aleatori, godono di parziale compensazione), mentre di regola prevale la allocazione dei rischi divisata dalla legge e dalle parti, a partire dall'imprescindibile rischio operativo del concessionario.

²⁵⁹ In Italia si è addirittura provveduto legislativamente per tenere sotto controllo tali fenomeni.

Si veda l'art. 19 della legge 12 novembre 2011, n. 183 ("Interventi per la realizzazione del corridoio Torino-Lione e del Tunnel di Tenda"), mediante il quale, per assicurare la realizzazione della linea ferroviaria Torino-Lione e garantire, a tal fine, il regolare svolgimento dei lavori del cunicolo esplorativo de La Maddalena, sono stati dichiarati aree di interesse strategico nazionale i siti del Comune di Chiomonte, individuati per l'installazione del cantiere della galleria geognostica e per la realizzazione del tunnel di base della linea ferroviaria Torino-Lione.

Inoltre è stato disposto che chiunque si introduce abusivamente nelle predette aree di interesse strategico nazionale ovvero impedisce o ostacola l'accesso autorizzato alle aree medesime è punito a norma dell'art. 682 del codice penale (che vieta l'accesso a luoghi nell'interesse militare dello Stato), fatta salva l'ipotesi di più grave reato.

Così come quest'ultimo non può mai mancare all'interno di una concessione, dovendo peraltro essere reale e significativo, la direttiva 2014/23/UE è decisa nel vietare fermamente che gli eventuali rimedi manutentivi previsti dalle parti (revisione dei prezzi, opzioni, riequilibrio, *hardship clauses*, rinegoziazione, prolungamento della scadenza) possano apportare modifiche che altererebbero la natura generale della concessione.²⁶⁰

Vengono dunque escluse tutte quelle clausole negoziali non sottoposte a *disclosure* e che annullano del tutto i rischi operativi del concessionario (*take-or-pay* integrale, garanzie pubbliche di utile, e via discorrendo), oltre a quelle talmente elastiche da lasciare di fatto le parti libere di rinegoziare.

²⁶⁰ Cfr. art. 43, paragrafi 1-2, della direttiva 2014/23/UE e nota 227 *supra*.

Sul punto Capurro T., *La clausola di ius variandi tra giudizio di validità e sindacato sull'esercizio del diritto*, Contratto e Impresa 6: 1341, 2013, osserva che, a dispetto del fatto che il principio di buona fede va sempre più assumendo carattere integrativo del rapporto contrattuale, lo *ius variandi* non può in ogni caso consentire la modificazione della causa del contratto e della natura delle prestazioni del contratto.

In termini e, a maggior ragione, escludono che un tale potere possa spettare all'autorità giudiziaria: Ambrosoli M., *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2002, *passim*, in particolare p. 183: "Il rischio che deve essere evitato è quello di legittimare, attraverso un incontrollato ricorso alla clausola di buona fede, un intervento giudiziale sostanzialmente correttivo del regolamento convenzionale, che finirebbe per realizzare una riscrittura del contratto ad opera dell'interprete"; Gentili A., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, Contratto e Impresa 2, 2003, pp. 709-719; Marasco P.G., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, Contratto e Impresa 3: 539, 2005: "non si può pensare che ragioni di efficienza economica possano portare ad una soluzione che permetta al giudice di sostituirsi alla parte nella gestione dei propri interessi e nella assunzione delle conseguenti decisioni e, soprattutto, dei conseguenti rischi: il provvedimento del giudice può essere espressione dell'autonomia delle parti ma non surrogarsi ad essa.[...] Un intervento sostitutivo del giudice, invece, potrebbe ammettersi ogni volta che dal regolamento negoziale emerge in che termini le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale. In questo caso, il giudice più che intervenire dall'esterno, opera all'interno del contratto e in forza del contratto, utilizzando tutti gli strumenti di interpretazione forniti dal legislatore (artt. 1362-1371 c.c.) e, primo fra tutti, quello disciplinato dall'art. 1366 (della buona fede nell'interpretazione del contratto)"; Sicchiero G., *Buona fede e rischio contrattuale*, Contratto e Impresa 4-5, 2006, pp. 939-942: "Ritengo in conclusione che esistano alcuni valori, tra i quali quello dell'autonomia nelle scelte allocative operate dai contraenti, che non possano essere messe in discussione perché il singolo caso concreto possa apparire foriero di conseguenze negative. Ciò in particolare proprio a proposito della distribuzione contrattuale del rischio, che comporta evidentemente l'alea dell'atteggiarsi concreto degli eventi quale ragione strutturale della decisione dei contraenti, che il giudice non può modificare se non si riconosca che in tal modo egli confisca loro il governo delle proprie valutazioni anche al di qua del limite costituito dalla disciplina di protezione (art. 1467 c.c.).[...] Il giudice, insomma, non può modificarne il contenuto alterando il rischio che le parti contraenti hanno stabilito dettando l'equilibrio delle reciproche prestazioni e giungendo in tal modo al controllo sul merito dello scambio: l'autonomia privata, qui, è un bene supremo perché esprime un valore fondante dell'ordinamento. In questo senso ed in questi limiti si può dire che il contratto, dunque, non si tocca, cioè non può venir modificato nel suo equilibrio economico per mano del giudice e al di fuori delle ipotesi in cui siano le parti o la legge a consentirlo.[...] Al di là di questo limite non si tratterebbe più di eseguire il contratto in buona fede, ovvero secondo ciò che ragionevolmente ci si attende nell'economia dello scambio voluto dalle parti, ma di creare un contratto nuovo e diverso. Contratto nel quale l'allocazione dei rischi e dei guadagni non è quella nascente dall'accordo, ma una diversa, derivante dalla personale valutazione del giudice di ciò che dovrebbe essere giusto in quella situazione e che per uno dei contraenti sarà invece sovversivo delle scelte che lo hanno determinato al prestare il consenso".

Conclusivamente, incide sulla natura negoziale di una concessione la circostanza che l'esito finale dipende da fattori aleatori – e ciò non solo con riguardo all'*an* e al *quantum* delle prestazioni, ma soprattutto perché il contraente è comunque tenuto ad effettuare la propria prestazione (che non sia divenuta impossibile) al rischio di perdite e di *default*.²⁶¹

Il rischio concessorio pare allora escludere il mero carattere commutativo delle concessioni, non rilevando unicamente sul piano dell'equilibrio economico finanziario dell'operazione complessiva (alea economica) da ripristinare in caso di eventi del tutto straordinari ed imprevedibili, ma penetrando all'interno della causa del contratto (alea giuridica), che presuppone la relativa assunzione da parte del concessionario.

Tale conclusione è corroborata, in primo luogo, dal fatto che l'allocatione dei rischi mira a ripartire i medesimi in maniera tale da agevolare la loro gestione e mitigazione, attraverso l'attribuzione a chi è meglio attrezzato, e, in secondo luogo, dalla impalcatura europea che prevede numerosi strumenti di mitigazione e garanzia.²⁶²

²⁶¹ L'aggiudicatario si accolla il rischio dell'antieconomicità del servizio, vale a dire l'alea sottesa al calcolo di convenienza alla base dell'offerta, accettando consapevolmente che i ricavi attesi dall'esecuzione del contratto, dedotta la percentuale da riconoscere quale canone all'amministrazione concedente, possano rivelarsi insufficienti a consentire la formazione di un utile in favore della concessionaria: in tali termini v. Consiglio di Stato, Sez. V, 1° dicembre 2014, n. 5915.

Nel caso di specie la *lex specialis* esplicitava che l'offerta economica si intendeva accettata a tutto rischio e pericolo dall'assuntore, poiché col solo fatto della presentazione della proposta, egli ammetteva di aver eseguito gli opportuni calcoli, sopralluoghi ed accertamenti e tenuto conto di tutte le circostanze relative all'ordinario esercizio del servizio.

²⁶² Sul punto cfr. parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (C/2012 191/16), Bruxelles, 26 aprile 2012, pt. 5.10: "Nella proposta di direttiva, aspetti quali la definizione delle concessioni, la trasmissione di rischi all'operatore privato o la modifica delle concessioni in vigenza delle stesse e la loro rescissione, devono essere definiti in modo tale da non costituire ostacolo al finanziamento e allo sviluppo di questo tipo di contratti, dato che, in considerazione degli attuali piani di adeguamento e di riduzione degli investimenti pubblici che condizionano le economie degli Stati membri, essi devono avere un ruolo di primo piano come strumenti per rilanciare l'attività economica e creare posti di lavoro".

In proposito, preme evidenziare che anche in Italia esistono strumenti di garanzia del contraente.

Gli enti locali (comuni, province e città metropolitane) possono rilasciare, a mezzo di deliberazione consiliare, una garanzia fideiussoria per l'assunzione di mutui destinati ad investimenti e per altre operazioni di indebitamento. L'art. 207, comma III, del D.lgs. 267/2000 prevede, in linea generale, che "la garanzia fideiussoria può essere rilasciata anche a favore di terzi per l'assunzione di mutui destinati alla realizzazione o alla ristrutturazione di opere a fini culturali, sociali o sportivi, su terreni di proprietà dell'ente locale, purché siano sussistenti le seguenti condizioni: a) il progetto sia stato approvato dall'ente locale e sia stata stipulata una convenzione con il soggetto mutuatario che regoli la possibilità di utilizzo delle strutture in funzione delle esigenze della collettività locale; b) la struttura realizzata sia acquisita al patrimonio dell'ente al termine della concessione; c) la convenzione regoli i rapporti tra ente locale e mutuatario nel caso di rinuncia di questi alla realizzazione o ristrutturazione dell'opera".

Nella recente sentenza del T.A.R. Milano, Sez. I, 20 novembre 2014, n. 2778, si può scorgere l'apparente contraddittorietà di un sistema che introduce la finanza di progetto per attrarre capitali privati, salvo poi dover garantire tali investimenti con fondi pubblici.

Emerge insomma che la distinzione fra appalti e concessioni non è tanto incentrata su un elemento, il rischio operativo del partner della p.a., che in una fattispecie è presente e nell'altra non lo è, quanto sulle implicazioni e ripercussioni di tale elemento.

A livello europeo la concessione nasce non come modalità di ricorso al mercato, bensì quale forma di esternalizzazione di una prestazione al fine di creare il mercato.

Se nell'appalto l'amministrazione effettua uno scambio diretto con l'appaltatore (prestazione verso corrispettivo), nella concessione si ha l'assegnazione di una posizione di mercato al concessionario, il quale funge da ausiliario del plesso pubblico e si remunera attraverso lo sfruttamento economico del diritto di gestire le proprie prestazioni.

Ne consegue una differente "alea normale" fra le due fattispecie, con correlata applicazione di regole diverse in relazione a tale aspetto: a differenza dell'appalto, dove l'equilibrio economico è garantito *ex ante* ed *ex post*, nelle concessioni il rischio operativo del contraente può solo essere mitigato *ex ante* ed *in itinere*, ma mai annullato *ex post* (anche perché non esiste un equilibrio economico da ripristinare, essendo le condizioni del piano economico-finanziario mere previsioni e stime, specialmente riguardo alla domanda).

In questo consiste la natura ibrida della concessione, aleatoria e commutativa.

Aleatoria per natura in quanto il diritto la configura come contratto caratterizzato da un forte rischio operativo del concessionario.

Commutativa per volontà delle parti in quanto al contempo il diritto acconsente a varie forme di riduzione di tale rischio a tutela dei contraenti.

Per il resto, possono valere regole simili o identiche in materia di aggiudicazione qualora vi siano molti rischi nella commessa (v. Parte II *infra*).

La differenza fra appalti e concessioni sta infatti nell'allocazione dei rischi, che nella concessione ricadono anche sul privato contraente e da lì non possono essere rimossi, ma soltanto mitigati nei modi che abbiamo visto e che vedremo a breve.²⁶³

La verità sta nel mezzo: occorrono entrambe le componenti, pubblica e privata, per addivenire a buoni risultati nell'area del *public procurement*, fermo considerato l'ampio *range* di interessi ed obiettivi da perseguire, ai quali si ricollegano numerosi e rilevanti rischi.

²⁶³ Come detto, nemmeno il giudice può arrivare a modificare l'allocazione dei rischi divisata dalle parti e cristallizzata nel contratto di concessione.

Osserva Marasco P.G., op. cit.: "Si afferma in dottrina che contrarre è "prevedere" gli eventi futuri (disciplinandone le conseguenze) e i rischi connessi ad un certo affare. Se dal complesso del contratto, anche in via ermeneutica, risulta che le parti hanno previsto un certo rischio e lo hanno disciplinato, il giudice non può che attenersi a tale ripartizione senza possibilità di sostituire il proprio giudizio a quello originariamente espresso dai contraenti".

Nell'appalto, invece, l'appaltatore non sopporta un vero e proprio rischio operativo, perché equamente compensato, ma è comunque interesse di entrambe le parti identificare e mitigare i rischi per agevolare la realizzazione.

Anche qui dunque è importante che l'allocazione dei rischi sia ben fatta e che le parti tengano un atteggiamento cooperativo nel pubblico interesse.

In fin dei conti, se è vero che negli appalti l'amministrazione deve indennizzare la controparte per le sopravvenienze non imputabili, con conseguente esborso di denaro pubblico, è altrettanto vero che nelle concessioni, ove una parte dei rischi ricade sui privati, occorre che l'investimento sia attrattivo per quest'ultimi (proprio perché alcuni rischi rimangono a carico dell'ente concedente).

Detta statuizione risulta particolarmente rilevante in un contesto quale quello italiano in cui i giudici, come evidenziato, trattano le concessioni al pari degli appalti, né più né meno.

Ciò che deve considerarsi inammissibile poiché, se per un verso tralascia completamente il contenuto negoziale voluto dalle parti dando vita ad un'irragionevole surrogazione giudiziale, per l'altro verso trascura il portato del diritto sovranazionale e si pone in aperto contrasto con esso, ingenerando seri dubbi di legittimità.

A sostegno di quanto appena esposto può esser fatta menzione dei Principi Unidroit (2010) relativi ai contratti commerciali internazionali, ove all'interno del Capitolo 6 (Adempimento), Sezione 2 (*Hardship*), l'art. 6.2.1 – rubricato “Obbligatorietà del contratto” – sancisce la regola che nel caso in cui l'adempimento del contratto divenga più oneroso per una delle parti, tale parte rimane ugualmente obbligata ad adempiere le sue obbligazioni, salvo quanto previsto dalle disposizioni sull'*hardship*.

E qual è il contenuto di tali disposizioni di *soft law* in merito alle sopravvenienze? È presto detto.

L'art. 6.2.2 definisce *hardship* – con conseguente diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto – ogni evento che altera sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti o per la diminuzione del valore della controprestazione, a condizione che:

- (a) si verifichi o divenga noto alla parte svantaggiata successivamente alla conclusione del contratto;
- (b) non potesse essere ragionevolmente preso in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto;
- (c) sia estraneo alla sfera di controllo della parte svantaggiata;
- (d) il rischio di tale evento non fosse stato assunto dalla parte svantaggiata.

Proprio quest'ultimo presupposto sconfessa l'atteggiamento italiano nei confronti della concessione.

Sebbene anche gli altri presupposti lasciano presumere che allorché il contraente debba reputarsi consapevole dei rischi che assume non possa in seguito dolersi appunto per i rischi assunti, l'espressa investitura dell'allocazione del rischio a baluardo della *sanctity of contract* impone alcune riflessioni.

La scienza del diritto ha infatti aderito alla *communis opinio* secondo cui l'allocazione del rischio esclude la sopravvenienza giuridicamente rilevante, ovvero sia che l'assunzione di un certo rischio da parte di un contraente comprende anche l'eventuale *hardship*.

Ciò significa vincolare le parti a quanto fra loro pattuito, rendendo impraticabile la rinegoziazione.

Applicando tali criteri ermeneutici alla dicotomia appalti-concessioni trova pertanto conferma la contrapposizione fra equilibrio economico contrattuale, da un lato, ed allocazione del rischio, dall'altro.

L'*hardship* e la rinegoziazione hanno ragion d'essere solo laddove il contratto sia incompleto o, all'opposto, le preveda *expressis verbis* o *ipso iure*. In caso contrario, come è da ritenersi per le concessioni, non possono operare in maniera generalizzata ed estensiva.

Deve quindi essere riconsiderata la prassi interna non solo giurisprudenziale, ma anche legislativa, che vede il ricorso alla disciplina in materia di appalti al fine di dare una cornice normativa alle concessioni.

Appalti e concessioni conoscono una diversa “alea normale”: il rischio operativo del concessionario comporta uno scostamento dalla figura tipica dell'appalto.

Non si tratta in ogni caso di un rischio concessorio illimitato: ad onor del vero, un correttivo esiste ed è rappresentato dall'irresponsabilità per cause di forza maggiore (cfr. l'art. 7.1.7 dei Principi Unidroit 2010), in aggiunta alle altre forme di mitigazione del rischio.

Osservazioni conclusive

Conviene ora cercare di tirare le fila del lungo discorso che ha riempito le pagine precedenti, indicando al lettore quali sono i contenuti da fissare.

La prima cosa da dire è che la distinzione fra appalti e concessioni – o meglio, l'elemento che distingue le due fattispecie – ha subito un *restyling* nel corso del tempo.

Dall'originaria definizione della concessione sulla base del diritto di sfruttamento economico, risalente alla direttiva 89/440/CEE²⁶⁴, anche per opera della Corte di Giustizia, si è pervenuti all'odierna nozione di rischio operativo.²⁶⁵

Concetto, questo, estremamente astratto e problematico, implicante la possibile assenza di totale remunerazione pubblica *ex post* (a posteriori) del concessionario, in capo al quale gravano rischi di domanda e/o offerta.

In un primo momento, però, la prospettiva era altra: ciò che si voleva evitare era la totale remunerazione pubblica *ex ante* (a priori) del concessionario, il quale doveva in qualche misura rivalersi su soggetti diversi dalla committenza pubblica.

La conformazione primigenia del *discrimen* fra appalti e concessioni consisteva dunque nel rischio di domanda, essenzialmente.

Lo scenario è molto diverso oggi.

Ai rischi sul lato della domanda si sono ora aggiunti quelli sul lato dell'offerta, riguardo ai quali è difficile escludere la remunerazione pubblica diretta del concessionario.

Ne discende una serie di ripercussioni ermeneutiche degne di nota, delle quali tuttavia la direttiva 2014/23/UE non si occupa affatto.

²⁶⁴ L'art. 1, lett. d), della direttiva 89/440/CEE del 18 luglio 1989 originariamente definiva la concessione come un contratto avente le stesse caratteristiche degli appalti ad eccezione della controprestazione dei lavori consistente unicamente nel diritto di gestire l'opera oppure in detto diritto accompagnato da un prezzo.

Il legislatore comunitario riteneva pertanto che l'essenza della concessione fosse costituita dalla mancanza di una remunerazione totale corrisposta dall'ente concedente al concessionario, il quale doveva effettivamente trarre una parte quanto meno significativa del proprio corrispettivo non dall'amministrazione ma dallo sfruttamento del servizio.

Addirittura si tendeva a far rientrare nel campo di applicazione delle direttive sugli appalti tutti i contratti nei quali il corrispettivo fosse *ab initio* fisso o determinabile (in tal senso vedasi la nota 55 *supra*: Corte Giust. UE, Sez. IV, 11 giugno 2009, C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns*).

²⁶⁵ In realtà, un primo abbozzo di tale nozione era comparso nella proposta di direttiva del Consiglio relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua ed energia, e dei trasporti COM(88) 377 def., 11 ottobre 1988 (88/C 319/02), laddove all'art. 1, par. 1, n. 6 – soppresso dal Parlamento con un emendamento al testo della Commissione – la concessione era stata definita un contratto, concluso per iscritto tra uno degli enti aggiudicatori definiti come autorità pubbliche ed una controparte non ente aggiudicatore, avente per oggetto di affidare a quest'ultima impresa l'incarico di costruire, rifornire o gestire una rete, assumendone le spese ed i rischi ed avendo il diritto di ricevere un corrispettivo in denaro.

In relazione al rischio di domanda, circa il quale – pur essendo d’aiuto – non basta la giurisprudenza della Corte di Giustizia, resta aperto l’interrogativo su come conciliare gli interessi economici del concessionario con le istanze socio-ambientali superindividuali.

A tal fine non pare essere sufficiente la previsione di un prezzo quale corrispettivo che può accompagnare il diritto di gestire i lavori o i servizi.

Non si tratta infatti di assicurare l’universalità della prestazione, bensì di integrare considerazioni sociali e ambientali nelle procedure di aggiudicazione ed esecuzione delle concessioni, per soddisfare la particolare domanda di servizi d’interesse generale.

Tali fattori incidono inevitabilmente sulla capacità degli stessi di autofinanziarsi, ossia di generare un flusso di cassa tale da consentire la remunerazione dell’investimento.

Qualora si accompagni anche al rischio di offerta, si pone il problema di trasferire ai privati non solo rischi di tipo economico-generale (*i.e.* fluttuazioni del mercato) ma altresì rischi idiosincratici di tipo pubblico-collettivo (*e.g.* innovazione e sviluppo sostenibile).

Come affibbiarli ai privati, a loro rischio e pericolo, senza garanzie pubbliche?

Soprattutto se si considera la disomogeneità di un mercato, quello pubblico, in cui non tutte le commesse sono equivalenti e non è possibile favorire l’evoluzione dell’offerta se non si rende maggiormente omogenea e stabile la domanda.²⁶⁶

Proprio con riferimento a queste problematiche potrebbe essere recuperato il concetto di trilateralità, per come sviluppato nell’ordinamento nazionale, ovvero sia nel senso di coinvolgimento dei terzi – soprattutto se futuri utenti – nella concessione.

Anzi, l’ideale sarebbe trovare degli idonei spazi procedimentali anche per le comunità interessate dagli interventi previsti nei contratti pubblici (come avviene, del resto, per i procedimenti di valutazione ambientale: cd. “*interest representation model*”).

Lasciare esclusivamente alla discrezionalità della p.a. ciò che dovrà essere non solo accettato, ma anche utilizzato dalle popolazioni, comporta un notevole rischio di domanda (basta pensare alle stime di utilizzo per capire che potrebbe essere utile fare dei sondaggi, effettuare pubbliche consultazioni o indire dei *referendum* popolari).²⁶⁷

Il caso delle nuove autostrade lombarde *docet*: oltre a creare scontento sul territorio, si è verificato un divario fra i bisogni reali e le aspettative dei promotori.

²⁶⁶ Si rinvia alla lettura della nota 327 *infra* per quanto attiene alla volontarietà e parcellizzazione del cd. “*green public procurement*”.

²⁶⁷ Sul modello e della *enquête publique* francese e delle *inquiries* britanniche: si rinvia a Cassese S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010, *passim*, in particolare pp. 75 e 94.

Tutto quanto appena esposto si rivelerebbe appropriato anche sul versante della prevenzione di eventuali manifestazioni di protesta e contestazione nei confronti delle prestazioni oggetto di concessione, che rappresentano rischi da non sottovalutare.

Relativamente al rischio d'offerta concessorio, poi, non è dato sapere la differenza dal rischio insito negli appalti, in particolare per quanto attiene alle clausole penali.²⁶⁸

S'è visto che un primo dubbio attiene alla fase prestazionale che precede temporalmente la gestione: essa rimane assoggettata alla comune disciplina degli appalti, quindi dei contratti commutativi, oppure può considerarsi aleatoria in virtù del rischio operativo concessorio?

Un secondo ordine di dubbi sorge dalla constatazione che se il rischio differenzia le concessioni dagli appalti deve pure avere qualche ripercussione sul piano regolamentare.

Nel presente elaborato si è suggerito di agevolare l'interpretazione attraverso la esclusione delle concessioni dall'applicazione delle specifiche regole dedicate agli appalti (ad esempio, in materia di revisione dei prezzi e varianti in corso d'esecuzione).

L'esigenza di separare concettualmente le due fattispecie – appalti e concessioni – deriva dalla constatazione che i rischi d'offerta, specialmente nei servizi, non sono pienamente indipendenti ed autonomi rispetto a quelli che abbiamo qui definito di “prestazione/costruzione”. Anzi, finiscono spesso per sovrapporsi.

Non a caso nella direttiva 2014/23/UE, come detto, è fatta menzione solamente dei rischi sul lato dell'offerta e sul lato della domanda.

In generale, le varie fasi in cui sono identificabili i rischi sono: *pre-construction*, *construction*, *operation*, *post-operation*.

Se il rischio di domanda attiene per lo più alla fase operativa (salve le doverose cautele in fase progettuale e realizzativa), quello di offerta si estende lungo tutta la trafila: ciò significa che quest'ultimo comprende pure la fase di progettazione e di realizzazione.

²⁶⁸ Si rinvia ad Aiello G., *Assunzione del rischio operativo e sostenibilità economico-finanziaria nel nuovo sistema concessorio*, relazione al seminario: “Il recepimento della direttiva concessioni (2014/23/UE): *L'in house providing* e il rinnovo dei rapporti esistenti”, 9 marzo 2015, presso la Camera dei deputati, Roma.

Secondo l'autore, benché l'applicazione delle penali debba essere automatica ed avere un impatto significativo – e non puramente simbolico – sul reddito o profitto del concessionario, occorre tenere presente che nell'ordinamento italiano esiste un limite cui può andare incontro il ricorso a dette clausole: quello sotteso al potere accordato al giudice di ricondurre, anche *ex officio*, l'importo ad equità quand'anche le parti abbiano convenuto l'irriducibilità delle penali, con possibili ripercussioni sull'equilibrio economico finanziario.

Ciò può rappresentare un ostacolo alla tutela degli interessi pubblici di difficile qualificazione e quantificazione (le esternalità su tutti).

L'osservazione non è banale perché permette di impostare una differenza strutturale fra appalti e concessioni negli stadi procedimentali in cui entrambi gli istituti presentano rischi operativi in capo al contraente privato.

Negare in via di principio l'applicabilità alle concessioni dei rimedi previsti in materia di appalti, insomma, vuol dire fissare un primo criterio ermeneutico volto a tenere distinte le fattispecie.

Allorché sia invece consentita l'estensione analogica degli strumenti di riequilibrio, vuoi per volontà delle parti vuoi per effetto di disposizioni dell'ordinamento positivo, con soppressione del rischio sul lato dell'offerta, il contratto potrà essere qualificato come concessione solo in presenza di un rischio di domanda.²⁶⁹

L'alternatività dei due rischi ai sensi della direttiva 2014/23/UE, così come l'espressa possibilità di includere nella concessione clausole di riequilibrio che abbiano superato il vaglio della competizione e negoziazione, provoca dunque incertezza.

Ergo è impresa assai ardua tracciare linee di confine nette fra appalti e concessioni.

L'unica conclusione da trarre, prendendo in considerazione i rischi assunti dal contraente, è che soltanto per il concessionario – e non per l'appaltatore – si profila la reale possibilità di perdite economiche a causa di eventi non imputabili a sé, ma al mercato, mentre in entrambi – sia appalti sia concessioni – si ha la responsabilità del contraente per le proprie inadempienze ed errori.

D'altronde, la direttiva sulle concessioni non sembra dire molto di più.

Una volta identificato e definito il rischio operativo quale elemento distintivo delle concessioni, essa non sembra preoccuparsi troppo delle aporie lasciate all'interpretazione del giurista.

La nuova direttiva europea mira a garantire ampia libertà nella procedura di scelta del concessionario, al quale è consentito partecipare attivamente alla procedura finalizzata all'aggiudicazione e al *design* contrattuale; per converso, durante l'esecuzione del contratto, le modifiche possibili sono solamente quelle già previste in clausole specifiche e quelle non sostanziali.

²⁶⁹ Riguardo al quale, se non esistono norme relative agli appalti che possono essere fatte oggetto di interpretazione analogica, il Codice dei contratti pubblici (non quello civile) contiene però delle disposizioni che potrebbero riproporre il problema (segnatamente l'art. 143 già esaminato: v. *supra*).

Allora si dovrebbe invertire il ragionamento e considerare il contratto una concessione se, compensato il rischio di domanda (ad esempio, mediante una clausola di *take or pay* integrale), al contraente rimane quello di offerta.

In definitiva, la disciplina pare ricalcare quelle contenute nelle direttive sugli appalti (nei settori speciali in particolar modo, ma anche nei settori ordinari sono talvolta ammesse procedure flessibili a fronte di una esecuzione abbastanza rigida: v. *infra*), talchè deve constatarsi il medesimo problema già riscontrato nel contesto italiano.

Allora che fine fa il rischio se a concessione e appalto si applicano le stesse regole?

Alla grande enfattizzazione del rischio concessorio da parte dell'Unione Europea non è corrisposta eguale attenzione per quanto riguarda le ripercussioni del medesimo.

Il dilemma ermeneutico sorge dalla constatazione che se è vero che il rischio, non potendo essere la mera alea imprenditoriale, deve dipendere da fattori esterni alle parti, dall'imprevedibile incontro fra domanda e offerta, nel diritto interno la concessione si trasformerebbe in un contratto anche aleatorio, e non soltanto commutativo, nonostante il rapporto sinallagmatico fra le prestazioni.

Ciò scongiurerebbe l'estensione analogica delle norme dedicate agli appalti, se non altro perché in tal modo la distinzione delle fattispecie verrebbe vanificata e rimarrebbe solo a livello definitorio.

Ma la questione è ben più rilevante: come anticipato, mentre la definizione di concessione (quindi di rischio) è materia riservata al diritto unionale e, per via del principio di primazia, opera pertanto un effetto d'integrazione diretta nell'ordinamento nazionale con conseguente obbligo di conformazione da parte degli operatori, per la Corte di Giustizia, fermo restando che le prestazioni derivanti dai contratti pubblici sono giuridicamente vincolanti e devono essere esigibili in sede giudiziale, spetta invece al diritto nazionale determinare le conseguenze di un eventuale inadempimento del contraente.

Ricade quindi sul potere legislativo e su quello giudiziario degli Stati membri l'onere di dare concreta attuazione alla disciplina europea.

Perciò occorre cercare di capire in cosa consiste la vera essenza del rischio operativo delle concessioni in contrapposizione agli appalti.

La questione riguarda principalmente la cd. "alea normale" concessoria.

Già s'è detto che entro i confini di tale nozione, derivante sia dal modello legale sia dalla volontà delle parti, non è di regola consentito alcun riequilibrio economico contrattuale.

Ciò impone una seria riflessione sulla fase esecutiva di appalti e concessioni.

Detta premessa si rivela particolarmente opportuna in relazione al contesto nazionale italiano (come dimostra la giurisprudenza della Corte di Giustizia esaminata), dove, essendo l'attività ermeneutica degli interpreti fortemente influenzata dalla tradizione domestica (cd. "*path dependence*"), la scienza giuridica non si è dimostrata all'altezza nella definizione della concessione, meno che mai sulle conseguenze contrattuali.

Il legislatore ha spesso posto l'accento sull'equilibrio economico-finanziario, più che sul rischio operativo, con evidenti antinomie rispetto al diritto europeo.

Anche la maggior parte dei giudici, dal canto suo, si è limitata ad estendere analogicamente la disciplina civilistica e pubblicistica in materia di appalti, rendendo pressoché indifferente il distinguo con le concessioni.

Occorre invece indagare il diritto positivo nazionale per capire se sia possibile e doveroso percorrere una diversa via in ragione dell'elemento "rischio concessorio".

In caso contrario, non è dato comprendere in cosa consista effettivamente il *discrimen* fra le fattispecie.

La maggior flessibilità operativa auspicata per le concessioni – dove il concessionario "ci rimette di tasca propria", per così dire – finirebbe non solo per essere effimera (ridotta ad una gara più flessibile, invero non diversa da quelle dei settori speciali, seguita da un'esecuzione vincolata) ma anche inutile (il rischio di gestione verrebbe snaturato e ricondotto a quello degli appalti).

Tanto varrebbe mantenere un solo modello.

A mio avviso, al contrario, può ravvisarsi una concreta distinzione fra gli istituti.

Se pensiamo ai contratti pubblici rischiosi, ovvero complessi, possiamo immaginare una gara flessibile sia per appalti che per concessioni al fine di consentire la partecipazione privata alle varie fasi (concezione, progetto, *design* contrattuale), ma con la fondamentale differenza che negli appalti manca il rischio di mercato a carico dell'appaltatore.

L'appaltatore deve realizzare un *asset* (lavoro, servizio e/o fornitura), in relazione al quale la p.a. si fa carico della futura gestione, ma non è esente da responsabilità per i rischi assunti (ad es. carenze progettuali o esecutive): è il rischio di prestazione/costruzione.

Il concessionario deve sì realizzare un *asset* (lavoro e/o servizio) ma deve parimenti farsi carico di gestire il mercato dell'*asset* realizzato: qui il contraente non solo risponde di inadempienze, difetti e vizi, essendo altresì onerato dell'annesso rischio commerciale (domanda e/o disponibilità).

Intendo dire che i rischi all'interno dei due differenti tipi contrattuali sono i medesimi: a cambiare è la diversa allocazione oggettiva e soggettiva fra la parte pubblica e la controparte privata.

Il che comporta, a dispetto di qualche assimilazione sostanziale a livello europeo²⁷⁰, la netta separazione sul piano delle regole interne.

Altrimenti il rischio, quale discriminante, è da considerarsi *tamquam non esset*.

Di conseguenza, l'alea normale concessoria deve necessariamente essere diversa da quella degli appalti.

Se per il diritto sovranazionale il rischio concessorio presenta alcuni caratteri d'ambiguità (da un lato, la limitazione alle "circostanze operative normali", dall'altro, la possibilità di ridurre e supplire al rischio, ma non di cancellarlo, tramite clausole negoziali), nell'ordinamento nazionale esso incontra la regola dell'irresponsabilità soggettiva per gli eventi assolutamente imprevedibili, eccezionali e straordinari (guerra, crisi sistemica, attentato terroristico, caduta del meteorite, diaspora, emigrazione di massa e desolazione...) e la garanzia dell'equilibrio economico finanziario in caso di variazioni non imputabili al concessionario o apportate dalla committenza e/o da norme legislative e regolamentari.

In questo articolato contesto bisogna ravvisare il parziale disallineamento fra i livelli che comporta la necessità di un'attività di riassetto da parte dell'interprete.

Il rischio operativo implica che al concessionario, 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 concessione può tuttavia prevedere modifiche dell'equilibrio economico a favore del concessionario, a condizione che siano state preliminarmente rese note in sede di gara e che non obliterino il rischio assunto dal concessionario.

Questa risulta essere la cornice europea del rischio concessorio.

E, di riflesso, l'alea normale caratterizzante le concessioni come *genus* contrattuale.

Il diritto interno, non solo conferma l'esigenza di tenere indenne il concessionario per le circostanze operative anormali, ma si spinge oltre ed impone *ope legis* il ripristino dell'equilibrio per tutti gli eventi non imputabili al concessionario.

Sorgono di conseguenza delle questioni interpretative.

²⁷⁰ Il riferimento è da intendersi tanto alle nuove direttive sul *public procurement* quanto alle varie forme di mitigazione dei rischi previste a livello europeo: sul punto si tornerà tra breve (v. *infra*).

Le fluttuazioni del mercato non sono per definizione imputabili al concessionario, appunto perché prodotte dai meccanismi di incontro fra domanda e offerta (ad esempio, concorrenza da parte di altri operatori, squilibrio tra domanda e offerta, insolvenza degli utenti, mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o, ancora, responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio: v. *supra* causa *Stadler*).

Se però la legge dispone che in tal caso deve procedersi alla necessaria revisione dell'equilibrio economico della concessione, impedendo alle parti di derogare alla norma imperativa, è ancora vero che il rischio operativo di mercato connota la concessione?

In altre parole, esiste effettivamente una distinzione nei confronti dell'appalto?

Per ridare un senso alle domande e fornire una risposta occorre rammentare quanto s'è scritto sull'aleatorietà della concessione, a dispetto della commutatività dell'appalto.

La concessione, in termini di qualificazione giuridica, deve ritenersi un contratto ibrido sia aleatorio (per la parte di rischi assunti dal concessionario) sia commutativo (per la parte di rischi non assunti e per quelli che, pur assunti, prevedono parziali compensazioni).

In sostanza, l'allocatione del rischio riguarda singoli rischi derivanti da singoli fattori ed eventi.

Relativamente alle concessioni, tali rischi riguardano la gestione dei lavori/servizi sul lato della domanda, dell'offerta, o di entrambi.

Ad ogni modo, il rischio operativo di gestione in nessun caso può compromettere l'obiettivo ultimo della concessione, ossia la realizzazione di un'operazione di pubblica utilità.²⁷¹

Ecco perché i rischi devono essere allocati al meglio sia oggettivamente che soggettivamente.

²⁷¹ Ciò si pone anche in linea con quanto disposto dall'art. 106, par. 2, del TFUE, a tenore del quale "Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata".

Indubbiamente la previsione di un rischio operativo eccessivamente oneroso in capo al concessionario finirebbe con l'essere controproducente, inibendo gli investimenti privati piuttosto che attrarli.

E, quand'anche vi fosse la disponibilità di questi a partecipare, i costi sarebbero troppo elevati.

In materia il *leading case* è la sentenza del Tribunale UE di primo grado (Terza Sezione ampliata) del 27 febbraio 1997, causa T-106/95, *FFSA e a./Commissione*, che ha ammesso la compensazione del costo supplementare generato dall'adempimento della missione particolare incombente ad un'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale quando la concessione dell'aiuto si riveli necessaria affinché la suddetta impresa possa garantire il rispetto degli obblighi di servizio pubblico ad essa imposti in condizioni di equilibrio economico.

Proprio in questa attività risiede la vera distinzione fra appalti e concessioni, con i primi caratterizzati dall'equilibrio economico-finanziario contrattuale, salve inadempienze; mentre le seconde presuppongono un certo rischio operativo privato che può sconvolgere l'equilibrio iniziale fissato dalle parti (chi ha assunto determinati rischi deve provvedere a farsi carico delle conseguenze o indennizzare la controparte, a seconda dei casi).

Ciò non toglie che anche negli appalti vi siano rischi su ambo le parti, ma significa che nelle concessioni si assiste ad una maggiore partecipazione del contraente al rischio che normalmente ricade sulla pubblica amministrazione.

L'equilibrio economico-finanziario – che negli appalti, contratti commutativi, garantisce di regola all'appaltatore il corrispettivo pattuito – nelle concessioni è sottoposto a condizione aleatoria per quanto riguarda il rischio operativo assunto dal concessionario.

Limitatamente a quel rischio la concessione diviene un contratto aleatorio, per il resto rimanendo un contratto commutativo per il concessionario (indennizzato, ad esempio, per il *factum principis* della p.a. e per gli eventi assolutamente straordinari).

L'equilibrio economico-finanziario perciò compare anche nelle concessioni.

Si scorge così una duplice dimensione d'indagine per le concessioni: una endogena, in cui l'equilibrio economico-finanziario serve a bilanciare – sia *ex ante* sia *ex post* – le prestazioni delle parti come risultanti dall'originale allocazione dei rischi in capo alle medesime; ed una esogena, dove l'equilibrio economico-finanziario manifesta la continuità o meno dell'oggetto della concessione, cui segue l'obbligo di rimessione in concorrenza tutte le volte che siano convenute condizioni diverse da quelle già esternate e conosciute dai partecipanti al confronto concorrenziale iniziale, con alterazione della natura del contratto da concessione ad appalto.

All'infuori di siffatti momenti in cui rileva l'equilibrio economico complessivo, deve invece constatarsi la recessività di quest'ultimo a tutto vantaggio dei rischi operativi per come allocati in seno alla concessione.

Ne fuoriesce uno scenario poliedrico delle concessioni, fondate appunto sul rischio, dove residua pochissimo spazio per l'applicazione analogica della disciplina sugli appalti pubblici, ed ancor meno per quella comune di diritto privato.

Quel che è certo è che l'ordinamento nazionale, soprattutto la giurisprudenza, dovrà compiere un enorme sforzo di rinnovamento ed aggiornamento se vuole recuperare il terreno perduto e mettersi in pari col diritto europeo, il quale vorrebbe le concessioni

connotate da un rischio operativo, seppur talvolta ridotto, tale da non assicurare in ogni caso la completa remunerazione del concessionario per i rischi ad esso allocati.²⁷²

Essendo il diritto positivo, sia sovranazionale che nazionale, per natura incompleto, tocca al potere giudiziario colmare le ineluttabili lacune facendo sfoggio di lungimiranza e larghezza di vedute.

Cosa che non caratterizza lo stato attuale, ove le concessioni sono sovente associate agli appalti (si pensi alla pretesa commutatività) sulla base di un travisamento del concetto di equilibrio economico-finanziario o ne sono dissociate (si pensi alla onnipresente trilateralità) in virtù di logiche campanilistiche o anacronistiche.

Come si diceva, ne risulta un quadro in cui alla bisogna si ricorre all'analogia *legis* e/o *juris* nei confronti degli appalti, oppure tutto il contrario, senza timore di incorrere in contraddizione.

Il dato di fatto è che nel contesto nazionale non sempre si è dato il giusto peso al rischio operativo quale *proprium* delle concessioni.²⁷³

Forse perché il rischio non è categoria concettuale abituale per i giuristi classici, o magari perché intrattiene strette relazioni con altri istituti assorbendone alcuni contenuti.

²⁷² La stessa distinzione fra opere cd. "calde", "tiepide" e "fredde" non tiene affatto in considerazione una diversa allocazione dei rischi, ma semplicemente la provenienza della remunerazione: in poche parole, non è detto che il rischio non ricada sul contraente quando è la p.a. a remunerarlo.

²⁷³ Lo ha fatto, ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3474, in cui il giudice d'appello ha ritenuto del tutto legittimo l'annullamento in autotutela di una deliberazione con cui, alla scadenza, era stata rinegoziata una concessione per correggerne gli esiti economici non favorevoli al concessionario in una finanza di progetto relativa a loculi cimiteriali (rimasti in larga parte invenduti).

Il Consiglio di Stato, confermando *in toto* la pronuncia di primo grado (T.A.R. Napoli, Sez. I, n. 16862/2010), ha rilevato che nella concessione il rischio di domanda ricade sul concessionario e che l'equilibrio economico-finanziario cui è pervenuta la gara tramite il confronto concorrenziale può essere soltanto ristabilito (a seguito di circostanze eccezionali previste in concessione o *ex lege*), ma non rinegoziato in termini del tutto innovativi (in tal modo vanificando la primigenia competizione intervenuta *ab origine*).

In questo senso, allora, le concessioni sarebbero aleatorie, e non solo commutative.

D'altro canto, se fosse vero il contrario, non si avrebbe alcuna distinzione con l'appalto: nelle concessioni vi sarebbe una diversa allocazione del rischio *ex ante*, in sede di gara e di contratto, ma la diversità verrebbe poi ad essere cancellata dalla rinegoziazione che riporta surrettiziamente l'equilibrio contrattuale a quello degli appalti (in una situazione in cui sostanzialmente il rischio è *tamquam non esset*).

Il che significa negare l'impostazione europea, da ultimo espressa nella direttiva sulle concessioni, per cui l'allocazione del rischio si colloca di regola in sede di gara (mentre è assolutamente eccezionale in corso d'esecuzione, una volta che è intervenuta la "trasformazione fondamentale" di cui parla O. Williamson), fungendo da incentivo per l'operatore privato a svolgere al meglio le proprie prestazioni.

Come detto, all'estrema flessibilità caratterizzante l'assegnazione delle concessioni si contrappone una restrizione dei casi in cui è consentita la rinegoziazione *in itinere*, al fine di non vanificare la pregressa competizione e di non alterare la funzione concorrenziale.

Riaffiora la pregnanza delle libertà di circolazione – e dei principi generali da esse ricavati – garantite dal diritto europeo, le quali se, da un lato, sembrano assicurare il *fair play* e l'apertura del mercato, dall'altro, possono tuttavia compromettere lo sviluppo delle concessioni frenando gli investimenti privati (si vedrà più avanti che, in ogni caso, esistono altri strumenti per attirare i capitali privati).

Non è certamente semplice inquadrare il rischio in sé, figuriamoci utilizzarlo quale lente d'ingrandimento per classificare le concessioni, altrettanto controverse e sfuggenti, e distinguerle dagli appalti (questi sì conosciuti ed esplorati da lungo tempo).

Ne è risultato un ritorno al formalismo del diritto positivo.²⁷⁴

Non sono immuni nemmeno le direttive europee che, ribaltando la teoria secondo cui nei contratti di durata è più importante la reciproca interazione fra le parti rispetto al contenuto dell'accordo stipulato²⁷⁵, imprimono una marcata dimensione contrattuale al *public procurement*, legittimando solo ciò che è espressamente incluso nei contratti.

È vero che le direttive accolgono la tesi secondo cui, nei rapporti giuridici di durata, dev'essere presa in considerazione quell'alterazione dell'equilibrio contrattuale che non sia determinata dal verificarsi del rischio normale assunto dalle parti al momento della stipulazione, ma che sia effetto di un evento sopravvenuto successivamente e che non fosse né previsto né prevedibile al momento della conclusione dell'accordo.²⁷⁶

Ma in generale prevale l'atteggiamento di chiusura verso la collaborazione delle parti durante l'esecuzione del rapporto (all'infuori dei modi predeterminati).²⁷⁷

²⁷⁴ Cfr. Murray J. E. Jr., *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*, *Fordham Law Review* 71(3), 10, 2002, p. 891: "Judicial discomfort with broad and unfamiliar norms that depart from vested understanding invites a resort to formalism, which "spares the lawyer or judge from a messy encounter with empirical reality" (Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* 41, 1990)".

²⁷⁵ Si rinvia *ex plurimis* a Campbell D.; Harris D., *Flexibility in long-term contractual relationship: the role of cooperation*, *Journal of law and society*, 170, 1993, ove si sostiene che, anziché dar vita a trattative lunghe e costose per concludere contratti di durata onnicomprensivi, comunque incompleti, è preferibile concentrarsi su una struttura negoziale ispirata a un afflato collaborativo che permetta alle parti di risolvere agevolmente gli eventuali contrattempi.

²⁷⁶ Si veda la pronuncia del Tribunale UE di primo grado (Quinta Sezione), 1° luglio 2010, nella causa T-53/08, *Repubblica italiana contro Commissione europea*, ove è stata respinta la difesa italiana circa presunti aiuti di Stato ad una impresa perché non sono stati ravvisati i caratteri di imprevedibilità e straordinarietà della sopravvenienza.

Argomentando *a contrario* è possibile ammettere l'intervento pubblico in soccorso della controparte secondo quanto previsto in contratto e in casi eccezionali (come nel caso *Eurotunnel: v. supra*).

L'Unione Europea sembra dunque aver tratto insegnamento dalle esperienze passate.

²⁷⁷ Si veda la pronuncia del Tribunale UE di primo grado (Seconda Sezione Ampliata), 16 marzo 2004, nella causa T-157/01, *Danske Busvognmænd contro Commissione delle Comunità europee*, in materia di aiuti concessi dagli Stati nei trasporti regionali pubblici mediante autobus.

Nella fattispecie gli obblighi di esercizio, di trasporto e di incasso delle tariffe fissate non erano stati imposti unilateralmente all'impresa e quest'ultima non era obbligata ad eseguire i suoi compiti di trasporto a condizioni non redditizie, contrarie al suo interesse commerciale.

Essa aveva assunto volontariamente tali obblighi dopo aver vinto talune gare che non prevedevano alcuna sovvenzione statale alle quali era libera, in funzione dei suoi interessi economici, di partecipare oppure no. Le prestazioni di trasporto fornite erano state remunerate con il prezzo che essa stessa aveva proposto nelle sue offerte per dette gare e che era stato riprodotto nei contatti conclusi in seguito alle stesse.

Per il Tribunale occorre dunque riferirsi a tali contratti – nei quali era possibile inserire clausole addizionali e apportare modifiche per tener conto dei mutamenti imprevedibili – per determinare i pagamenti idonei ad essere autorizzati in quanto finanziamento del servizio di trasporto mediante autobus.

I contratti pubblici divengono così “veicoli” sia dei principi di contabilità pubblica (per la fattibilità ed economicità), sia di *par condicio* (per l’efficienza del mercato), che di istanze superindividuali (per l’efficacia socio-ambientale), perdendo la loro essenza di contratti nella misura in cui le parti non sono più titolari di autonomia privata.

Questa forte spinta neoformalista, volta a tutelare il mercato comune, tende ad allontanare le parti invece di avvicinarle.

L’osservazione si rivela maggiormente calzante per le concessioni, dove entrambe le parti assumono dei rischi, ma deve altresì far riflettere su un punto nevralgico cruciale.

Come scegliere fra appalti e concessioni?

Alla luce di quanto esaminato, è emersa la distinzione fra le due fattispecie.

Il passo successivo è capire quale sia l’opzione più valida in concreto.

Non ho la pretesa di indicare la via, semmai di sollevare alcuni dilemmi.

Nell’ordinamento nazionale esistono infatti una serie di criticità strutturali che mettono in evidenza il troppo peso attribuito alle decisioni dell’amministrazione pubblica.

Ad essa spetta sempre la valutazione concernente non soltanto i vantaggi di ordine economico di cui godrebbe l’ente, in base al principio generale di buon andamento, ma anche di individuare gli interessi della collettività da soddisfare ed i servizi da erogare in termini di efficacia ed efficienza dell’attività ed economicità della gestione, oltre che la considerazione delle ricadute sul territorio.²⁷⁸

Le perdite accumulate dall’impresa non erano state causate direttamente ed esclusivamente dal servizio di trasporto in quanto tale, ma risultavano essenzialmente dalla gestione generale dell’impresa stessa, in particolare dalla presentazione di offerte di prezzo troppo basso per vincere le gare.

Il Tribunale ha così sancito l’inammissibilità di un “aiuto operativo” al funzionamento, che fa il paio con le già viste sentenze della Corte di Giustizia che considerano appalti i contratti dove opera la compensazione postuma del contraente (v. *supra*), a cui va aggiunta la Direttiva 2006/111/CE della Commissione, del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria delle imprese private che svolgono un servizio di interesse economico generale (in particolare per la compensazione delle perdite di gestione; la rinuncia ad una remunerazione normale delle risorse pubbliche impegnate; gli apporti di capitale o le dotazioni; gli apporti a fondo perduto o i prestiti a condizioni privilegiate; la concessione di vantaggi finanziari sotto forma di mancata riscossione di benefici ovvero di mancato rimborso di debiti; la compensazione di oneri imposti dai poteri pubblici).

In dottrina vedasi Casalini D., *Aiuti di stato alle imprese, servizi di interesse economico generale e criterio dell’investitore privato in economia di mercato*, Foro Amministrativo C.D.S., 2003, 2690 ss.; *id.*, *Concessionario, organismo di diritto pubblico o gestore in house: chi sopporta il rischio economico della gestione delle autostrade?*, commento a T.A.R. Roma, Sez. III, 9 marzo 2009, n. 2369, Urbanistica e appalti 7: 882-889, 2009.

²⁷⁸ L’art. 14 del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 dispone che lo studio di fattibilità si compone di una relazione illustrativa contenente le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali, economico-finanziarie dei lavori da realizzare; l’analisi dello stato di fatto, nelle sue eventuali componenti architettoniche, geologiche, socio-economiche, amministrative; la descrizione, ai fini della valutazione preventiva della sostenibilità

Deve pertanto desumersi che nel contesto italiano troppe competenze ricadono sull'amministrazione.²⁷⁹

ambientale e della compatibilità paesaggistica dell'intervento, dei requisiti dell'opera da progettare, delle caratteristiche e dei collegamenti con il contesto nel quale l'intervento si inserisce, con particolare riferimento alla verifica dei vincoli ambientali, storici, archeologici, paesaggistici interferenti sulle aree o sugli immobili interessati dall'intervento, nonché l'individuazione delle misure idonee a salvaguardare la tutela ambientale e i valori culturali e paesaggistici.

A ciò devono aggiungersi l'analisi delle possibili alternative rispetto alla soluzione realizzativa individuata e la verifica della possibilità di realizzazione mediante i contratti di partenariato pubblico-privato.

Qualora lo studio di fattibilità sia posto a base di gara, alla relazione illustrativa generale contenente l'inquadramento territoriale e socio-economico dell'area oggetto dell'intervento (verifica della compatibilità con gli strumenti urbanistici e analisi dell'impatto socio-economico) si accompagna l'analisi della domanda e dell'offerta attuale e di previsione con riferimento al bacino d'utenza e alla stima dei bisogni dell'utenza, l'analisi delle alternative progettuali dal punto di vista delle scelte tecnologiche, organizzative e finanziarie, e lo studio dell'impatto ambientale riferito alla soluzione progettuale individuata e alle possibili alternative.

Inoltre, è competenza della p.a. redigere la relazione tecnica contenente le caratteristiche funzionali e tecniche dei lavori da realizzare; l'analisi sommaria delle tecniche costruttive; il cronoprogramma; la stima sommaria del costo complessivo dell'intervento; gli elaborati progettuali.

Già da questo elenco emerge come il compito dell'amministrazione sia assai complesso, ma l'art. 14 conferisce alla p.a. anche la redazione dell'elaborato tecnico-economico contenente:

1. la verifica della possibilità di realizzazione mediante concessione rispetto all'appalto;
2. l'analisi della fattibilità finanziaria (costi e ricavi) con riferimento alla fase di costruzione e, nel caso di concessione, alla fase di gestione;
3. l'analisi della fattibilità economica e sociale (analisi costi-benefici);
4. lo schema di sistema tariffario, nel caso di concessione;
5. e gli elementi essenziali dello schema di contratto.

Sembra davvero eccessivo attribuire alla p.a. (anche se pienamente efficiente) un simile coacervo di incombenze, soprattutto quando i capitali di rischio debbano essere impegnati da soggetti privati.

²⁷⁹ Si è ricordato che le concessioni di lavori pubblici hanno, di regola, ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di lavori ad esse strutturalmente e direttamente collegati, mentre soltanto nella finanza di progetto e per le infrastrutture strategiche il concessionario si occupa dell'intera progettazione (progetto preliminare, definitivo, esecutivo).

L'art. 93 del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 disciplina i livelli della progettazione per gli appalti e per le concessioni di lavori (cfr. art. 16 L. n. 109/1994).

La progettazione in materia di lavori pubblici si articola secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici, in preliminare, definitiva ed esecutiva. È consentita l'omissione di uno dei primi due livelli di progettazione purché il livello successivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso.

Il progetto preliminare definisce le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire e consiste in una relazione illustrativa delle ragioni della scelta della soluzione prospettata in base alla valutazione delle eventuali soluzioni possibili, anche con riferimento ai profili ambientali e all'utilizzo dei materiali provenienti dalle attività di riuso e riciclaggio, della sua fattibilità amministrativa e tecnica, accertata attraverso le indispensabili indagini di prima approssimazione, dei costi, da determinare in relazione ai benefici previsti, nonché in schemi grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare.

Il progetto definitivo individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti nel progetto preliminare e contiene tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni. Esso consiste in una relazione descrittiva dei criteri utilizzati per le scelte progettuali, nonché delle caratteristiche dei materiali prescelti e dell'inserimento delle opere sul territorio; nello studio di impatto ambientale ove previsto; in disegni generali, nelle opportune scale, descrittivi delle principali caratteristiche delle opere, e delle soluzioni architettoniche, delle superfici e dei volumi da realizzare, compresi quelli per l'individuazione del tipo di fondazione; negli studi e indagini preliminari occorrenti con riguardo alla natura e alle caratteristiche dell'opera; nei calcoli preliminari delle strutture e degli impianti; in un disciplinare descrittivo degli elementi

L'applicazione di questo assetto di regole fa sì che la pubblica amministrazione decida di fatto se dar vita a un appalto od una concessione, stabilendo perfino i contenuti essenziali di entrambi.

Di conseguenza, dovrà essere in grado di svolgere alcune operazioni complesse: dovrà saper valutare il rapporto costi/benefici che comporterebbe l'esternalizzazione mediante ciascun modulo contrattuale di partenariato pubblico-privato, la definizione degli obiettivi delle politiche pubbliche, finanche la definizione di un piano economico-finanziario con la previsione dei costi degli interventi e delle prospettive di remunerazione degli investimenti a fronte delle disponibilità finanziarie dell'amministrazione.

Viene allora da chiedersi se esista veramente un'entità onnisciente di tal fatta e per quale motivo occorra far ricorso alle esternalizzazioni (cd. "outsourcing").

Quel che pare certo è che in Italia è necessario ripensare le concessioni.

Lasciamo da parte per un momento le problematiche d'inquadramento esaminate (trilateralità, riparto di giurisdizione, aleatorietà, equilibrio economico-finanziario) e concentriamo l'attenzione sulla distinzione fra appalti e concessioni.

Se essa ha una *ratio* e una finalità è quella di approntare due strumenti diversi che consentano al plesso pubblico di perseguire gli interessi collettivi.

prestazionali, tecnici ed economici previsti in progetto; nonché in un computo metrico estimativo. Gli studi e le indagini occorrenti, quali quelli di tipo geognostico, idrologico, sismico, agronomico, biologico, chimico, i rilievi e i sondaggi, sono condotti fino ad un livello tale da consentire i calcoli preliminari delle strutture e degli impianti e lo sviluppo del computo metrico estimativo.

Il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare e il relativo costo previsto e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. In particolare il progetto è costituito dall'insieme delle relazioni, dei calcoli esecutivi delle strutture e degli impianti e degli elaborati grafici nelle scale adeguate, compresi gli eventuali particolari costruttivi, dal capitolato speciale di appalto, prestazionale o descrittivo, dal computo metrico estimativo e dall'elenco dei prezzi unitari. Esso è redatto sulla base degli studi e delle indagini compiuti nelle fasi precedenti e degli eventuali ulteriori studi e indagini, di dettaglio o di verifica delle ipotesi progettuali, che risultino necessari e sulla base di rilievi planoaltimetrici, di misurazioni e picchettazioni, di rilievi della rete dei servizi del sottosuolo. Il progetto esecutivo deve essere altresì corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera.

In relazione a tale stato di cose, il documento "5 semplici proposte, d'impatto immediato e a costo zero, per la razionalizzazione del sistema dei contratti pubblici" in progetti d'infrastruttura, Gennaio 2012, (http://www.urbanisti.it/attachments/article/57/U&S_12001_5%20semplici%20proposte%20razionalizzazione%20contratti%20pubblici-1.pdf) evidenzia che se in Italia, quale retaggio del Regio Regolamento del 1865, conserviamo tre livelli di progettazione (preliminare, definitivo ed esecutivo), con tre approvazioni e un inutile allungamento dei tempi, nel contesto internazionale i livelli di progettazione sono due: il *Preliminary* (che corrisponde al nostro progetto definitivo) e il *Final Design* (che corrisponde al nostro esecutivo).

Eliminando il progetto preliminare, si otterrebbe una razionalizzazione del processo decisionale e un risparmio nei tempi di attuazione, senza il rischio di sfondamento del *budget* durante la fase di progettazione, perché la decisione di finanziamento avviene così sul *preliminary* (il nostro progetto definitivo, che contiene le indagini di campo) e la stima di costo tra *preliminary* e *final* non cambia in maniera sostanziale.

Questo significa che devono esistere delle differenze ontologiche fra le fattispecie, con correlata applicazione di regole specifiche.

Non è sensato né opportuno prevedere i medesimi meccanismi per entrambe.

Nel nostro ordinamento si dovrebbe sfruttare l'occasione del recepimento delle nuove direttive sul *public procurement* al fine di separare appalti e concessioni, magari facendo meglio del nomopoieta europeo nel concepire discipline diversificate.

Non tanto per la procedura competitiva d'aggiudicazione, quanto per le fasi dell'ideazione iniziale e dell'esecuzione contrattuale.

De jure condendo, sia sotto il primo che il secondo profilo, potrebbe essere utile prendere spunto dall'attuale 160-ter del Codice che, nel regolamentare il contratto di disponibilità, offre numerosi addentellati per configurare una concessione europea.

In primo luogo, l'affidatario del contratto di disponibilità è retribuito con corrispettivi assoggettati ad adeguamento monetario secondo la revisione dei prezzi prevista nel contratto.

Viene così risolta la questione del compenso revisionale di prezzi e tariffe.

In secondo luogo, il canone di disponibilità viene versato soltanto in corrispondenza alla effettiva disponibilità dell'opera ed è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice.

È previsto l'eventuale riconoscimento di un contributo pubblico in corso d'opera, anche se limitato al cinquanta per cento del costo di costruzione e al caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice.

In quest'ultima ipotesi il prezzo di trasferimento va parametrato, tenendo conto dei canoni già versati e dell'eventuale contributo in corso d'opera, al valore di mercato residuo dell'opera, da corrispondere al termine del contratto.

Inoltre il contraente affidatario assume tutto il rischio – non solo di disponibilità – sul lato dell'offerta, ossia il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice.

Il contratto determina le modalità di ripartizione dei rischi tra le parti, che possono comportare variazioni dei corrispettivi dovuti per gli eventi incidenti sul progetto, sulla realizzazione o sulla gestione tecnica dell'opera, derivanti dal sopravvenire di norme o provvedimenti cogenti di pubbliche autorità.

Salva diversa determinazione contrattuale, i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico del soggetto aggiudicatore.

Dall'allocazione dei rischi stabilita in sede contrattuale, dunque, potrà discendere che il contraente non dovrà sopportare l'alea d'offerta *ex lege* e per *factum principis* oppure che dovrà sobbarcarsi il cd. "rischio amministrativo".

Il tutto è rimesso agli accordi contrattuali fra le parti e alla *lex specialis* di gara.

Il bando di gara è pubblicato, ponendo a base di gara un capitolato prestazionale, predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice, che indica, in dettaglio, le caratteristiche tecniche e funzionali che deve assicurare l'opera costruita e le modalità per determinare la riduzione del canone di disponibilità.

Il bando indica i criteri, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse offerte.

L'amministrazione aggiudicatrice valuta le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Le offerte devono contenere un progetto preliminare rispondente alle caratteristiche indicate nel capitolato prestazionale e sono corredate da cauzioni provvisorie e definitive.²⁸⁰

Al contratto di disponibilità si applicano le disposizioni in materia di requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento e di qualificazione degli operatori economici.

È ovvio che le modalità di partecipazione alle competizioni pubbliche debbano essere comuni a tutti i contratti pubblici, senza distinzioni fra appalti e concessioni, come del resto dimostrano le nuove direttive europee sul *public procurement*.

Non è invece affatto scontato attribuire ad ogni candidato la progettazione dell'operazione in risposta alle esigenze della p.a., da cui deriva la responsabilità dello stesso per i rischi assunti su una propria idea.

In tal modo si restituisce alla concessione la propria funzione originaria, coinvolgendo il privato e lasciando la p.a. a supervisionare (come nel caso *Eurotunnel*).

L'amministrazione aggiudicatrice può attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante ai sensi del testo unico di cui al D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327.

²⁸⁰ Dalla data di inizio della messa a disposizione da parte dell'affidatario è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla messa a disposizione dell'opera, nella misura del dieci per cento del costo annuo operativo di esercizio.

La mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale.

Il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le eventuali varianti in corso d'opera sono redatti a cura dell'affidatario, il quale si fa carico dell'intera fase realizzativa.

L'affidatario ha la facoltà di introdurre le eventuali varianti finalizzate ad una maggiore economicità di costruzione o gestione, nel rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e provvedimenti di pubbliche autorità vigenti e sopravvenuti.

Desti qualche preoccupazione il fatto che il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le varianti in corso d'opera siano ad ogni effetto approvati dall'affidatario, previa comunicazione all'amministrazione aggiudicatrice e, ove prescritto, alle altre autorità competenti.

In realtà sembra giusto assegnare una certa libertà di iniziativa al contraente, considerato il rischio operativo da questi assunto, come il rischio della mancata o ritardata approvazione della progettazione e delle eventuali varianti da parte di terze autorità, ma occorre evitare variazioni sostanziali del progetto iniziale in conformità con le disposizioni delle direttive europee. Viepiù deve escludersi che possa darsi vita ad una alterazione dell'oggetto contrattuale rispetto a quanto posto a base della aggiudicazione.

L'attività di collaudo, posta in capo alla stazione appaltante, verifica la realizzazione dell'opera al fine di accertare il puntuale rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e disposizioni cogenti, e consente all'amministrazione aggiudicatrice, a questi soli fini, modificazioni, varianti e rifacimento di lavori eseguiti ovvero, sempre che siano assicurate le caratteristiche funzionali essenziali, la riduzione del canone di disponibilità.

Il contratto individua, anche a salvaguardia degli enti finanziatori, il limite di riduzione del canone di disponibilità superato il quale il contratto è risolto.

L'adempimento degli impegni dell'amministrazione aggiudicatrice resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione dell'opera ed alla messa a disposizione della stessa secondo le modalità previste dal contratto di disponibilità.

In definitiva, se da un lato viene garantita al contraente la libertà necessaria ad esercitare il proprio diritto di gestione, dall'altro tale libertà è controbilanciata dal rischio che la gestione non sia remunerativa in conseguenza di inadempimenti e sopravvenienze.

L'allocazione dei rischi – insieme alla previsione di eventuali contributi pubblici, della progettazione privata sulla base delle esigenze pubbliche, delle cauzioni, delle penali, della traslazione di potestà pubbliche, del collaudo finale ad opera dell'ente pubblico –

riesce a creare al contempo le condizioni per la partecipazione del contraente e per la sua effettiva responsabilizzazione.

Trovano infine risposta anche le questioni della revisione dei prezzi e delle varianti in corso d'opera, l'una rimessa al contratto e le altre poste di norma a carico del contraente, salva diversa disposizione delle parti, almeno fino al momento del collaudo pubblico (momento a partire dal quale al rischio sul lato dell'offerta del contraente si aggiunge quello di domanda: se l'opera è collaudabile e non risulta difforme da quanto previsto, allora può iniziare la fase di gestione vera e propria da cui dipende la remunerazione).

Pertanto, a seguito dell'indagine effettuata, non è corretto affermare che in Italia non esiste la concessione europea, bensì deve ritenersi che essa esista sotto il *nomen* di "contratto di disponibilità".

Le fattispecie che ad oggi figurano sotto l'etichetta di "concessione" non sempre sono ben qualificate dal punto di vista giuridico e destano alcune perplessità, come ampiamente dimostrato.

Da queste premesse occorre partire per riformare il diritto nazionale delle concessioni.

Premesse che erano ben presenti nel nostro ordinamento e che poi sono scomparse all'improvviso, senza lasciare tracce.²⁸¹

²⁸¹ L'art. 23 del R.D. 8 febbraio 1923, n. 422 – Norme per l'esecuzione delle opere pubbliche – stabiliva che potevano essere fatte concessioni ai privati per la costruzione di opere pubbliche, soltanto quando la concessione comprendesse anche l'esercizio. Nella convenzione, che doveva precedere il decreto di concessione, dovevano essere determinati il prezzo *à forfait* o i prezzi unitari per la costruzione e, eventualmente, tutte le condizioni relative all'esercizio. La determinazione del prezzo a mezzo di arbitri poteva ammettersi soltanto per i lavori suppletivi o imprevisi, mentre era vietata la clausola del pagamento del prezzo col metodo del rimborso delle spese.

Si veda poi la legge 24 giugno 1929, n. 1137 – "Disposizioni sulle concessioni di opere pubbliche", abrogata dall'art. 231, comma 1, lett. g), del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (abrogazione ribadita, a decorrere dal 16 dicembre 2009, dall'art. 2, comma 1, del D.L. 22 dicembre 2008, n. 200).

Una legge brevissima, di soli sei articoli, che stona con le pletoriche norme del Codice dei contratti e del regolamento attuativo.

Eppure nell'art. 1 racchiudeva la quintessenza delle concessioni.

Potevano essere concesse in esecuzione a province, comuni, consorzi e privati, opere pubbliche di qualunque natura, anche indipendentemente dall'esercizio delle opere stesse, e negli atti di concessione poteva disporsi che la spesa a carico dello Stato fosse corrisposta in unica soluzione al momento della liquidazione dei lavori o ripartita in non più di trenta rate annuali costanti, comprensive di capitale e interesse.

Non solo era previsto il contributo pubblico per la fattibilità iniziale della concessione ma altresì l'allocazione del rischio di modifiche in corso d'opera: "Qualora occorra, per i lavori suppletivi ed imprevisi, di fissare nuovi prezzi, si provvederà con atto aggiuntivo, da approvare con le forme usate per la concessione. Tuttavia l'importo complessivo dei contributi non potrà superare di oltre un quinto quello prima previsto, rimanendo a totale carico del concessionario la eventuale maggiore spesa occorrente per l'opera".

Una norma del genere non esiste attualmente nel nostro ordinamento.

Per fortuna, perché altrimenti questa tesi di dottorato sarebbe forse risultata inutile.

Al di là della parvenza contraddittoria, occorre quindi fare un salto nel passato e rispolverare qualche vecchio istituto per rinnovare le concessioni in Italia.²⁸²

²⁸² Proprio come ha fatto, di recente, la Cassazione civile, Sez. I, 20 febbraio 2015, n. 3455.

La controversia ha riguardato una convenzione stipulata tra un Comune e un'ATI per la costruzione di un asse stradale, in particolare la sua risoluzione per inadempimento dell'amministrazione concedente.

La Corte di appello aveva confermato la pronuncia del Tribunale che l'aveva dichiarata risolta osservando: a) che la concessione di costruzione era stata equiparata dalla L. n. 584 del 1977 all'appalto, nel caso affidato all'ATI sulla scorta di un progetto esecutivo predisposto dallo stesso comune; b) che su detto ente ricadevano di conseguenza le deficienze della progettazione, a nulla rilevando le contrarie disposizioni della convenzione da interpretarsi in modo sistematico ed in funzione della volontà dei contraenti; c) che sulla concedente ricadevano le sospensioni dei lavori, i cui danni erano stati richiesti dall'appaltatore mediante tempestive riserve, allorché ne aveva percepito gli effetti pregiudizievoli; d) che andava corrisposta anche la revisione prezzi *ex art.* 33 L. n. 41 del 1986, con riferimento alla tabella vigente al momento dell'offerta.

Il Comune presentava ricorso in Cassazione, deducendo la violazione della L. n. 1137 del 1929 s.m., artt. 1 e ss., e addebitando alla sentenza di appello di avere esaminato le obbligazioni delle parti della convenzione e determinato i relativi inadempimenti muovendo dal presupposto che, malgrado la denominazione alla stessa attribuita, si trattasse di un appalto di opere pubbliche, a cui la L. n. 584 del 1977 aveva equiparato la concessione di sola costruzione, mentre detta equiparazione era limitata all'osservanza delle procedure di aggiudicazione richieste dalle Direttive europee; e né la L. n. 584 del 1977, né la successiva L. n. 406 del 1991 avevano modificato la differenza strutturale tra i due istituti, né mutato il contenuto della concessione di costruzione, caratterizzata dall'assunzione da parte del concessionario di poteri del concedente, quali proprio quello della progettazione dell'opera. Inoltre, il Comune denunciava la violazione degli artt. 1362 e ss., 1218 e 1456 cod. civ. e censurava la decisione per avere omesso l'esame delle principali disposizioni della convenzione che qualificavano il rapporto come concessione di costruzione e ponevano ogni obbligo di progettazione a carico del concessionario (in particolar modo l'omessa considerazione del contenuto delle obbligazioni assunte dal concessionario con le disposizioni della convenzione, ignorate del tutto sia nella determinazione dell'onerosità dei lavori da quest'ultimo lamentata, sia nelle conseguenti responsabilità per non averli eseguiti a regola d'arte), dando prevalenza a proposizioni di contenuto contrario senza alcuna motivazione ed in base ad una illogica contrapposizione fra il criterio letterale di interpretazione, ritenuto ininfluenza, e gli altri posti dagli artt. 1363 e ss. cod. civ..

Ecco come s'è espressa la Corte di Cassazione (ptt. 5-6-7 dir.): "Tutte queste doglianze sono fondate. I giudici di appello muovono dalla premessa che la concessione di sola costruzione contenuta nella convenzione stipulata il 13 aprile 1990 sia stata equiparata all'appalto dalla L. n. 584 del 1977, vigente all'epoca della licitazione; e che quindi in conformità a quest'ultimo contratto la stazione appaltante dovesse rispondere delle deficienze della progettazione esecutiva e delle attività derivanti dalla stessa: perciò a nulla rilevando il contrario tenore letterale degli artt. 1, 2, 8, 9, 10 e 20 della convenzione medesima sulle obbligazioni e responsabilità del concessionario che andavano interpretate in funzione del suo obbligo di attenersi al progetto esecutivo. In tal modo hanno disatteso sia il quadro legislativo allora vigente sull'istituto, sia i principi che ne ha tratto la costante giurisprudenza di legittimità, secondo i quali: a) la concessione di sola costruzione introdotta dalla L. n. 107 del 1919, L. n. 1657 del 1926 e L. n. 1137 del 1929 è istituto diverso dall'appalto perché il concessionario non assume la sola obbligazione di compiere l'opera pubblica (vale a dire di svolgere la semplice attività materiale di costruzione di questa), ma nella sua figura tipica è investito di poteri e facoltà propri dell'ente concedente, quali progettazione dell'opera o dei lavori, direzione degli stessi, sorveglianza, scelta degli appaltatori ecc. (Cass. 4145/2003; 15687/2001); b) in questa ottica l'ambito della concessione di lavori, è stato ampliato in modo da includere tutte indistintamente le fasi dei lavori pubblici commesse al concessionario, insieme alla realizzazione dell'opera: dalle attività tecniche e/o amministrative preparatorie, accessorie e connesse o comunque funzionali rispetto a detta realizzazione, come la programmazione, la progettazione, l'acquisizione delle aree e delle autorizzazioni, l'espletamento delle procedure espropriative, la stipulazione degli appalti delle costruzioni da realizzare, la vigilanza sull'andamento dei lavori, ed i collaudi; fino ad ogni altro compito, pur atipico che possa qualificarsi ulteriore rispetto a quello di eseguire l'opera, ma non estraneo per sé al contratto di appalto (Cass. sez. un. 73/2000; 287 e 580/1999; 12622/1998); c) tale distinguo non è venuto meno con la L. n. 584 del 1977 (così come con quella successiva 406/1991) che ha equiparato i due istituti soltanto "ai fini della presente legge", contenente norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione alle direttive comunitarie: infatti nel caso osservate

dal comune di Bari, che, attenendosi ad esse, ha attribuito la concessione in seguito a gara di licitazione privata con Delib. 18 dicembre 1989 (Cass. sez. un. 12166/1993; 12966/1991; 12221/1990). Si deve aggiungere per completezza che tale normativa è mutata solo a partire dalla legge sui lavori pubblici 109 del 1994, che in attuazione della Direttiva comunitaria 89/440/CEE ha disposto nell'art. 19: "I lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici...", qualificando i primi come "contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un soggetto di cui all'art. 2, comma 2, aventi per oggetto non solo la esecuzione dei lavori pubblici di cui all'art. 2, comma 1, ma anche "la progettazione esecutiva di cui all'art. 16, comma 5, e l'esecuzione dei lavori pubblici di cui all'art. 2, comma 1..." (di cui ha indicato le condizioni). E contrapponendovi nel comma 2 le concessioni di lavori pubblici definiti come "contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore e una amministrazione aggiudicatrice, aventi a oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica" (Cass. sez. Un. 28804/2011; 19391/2012, 11022/2014). Pertanto, solo la nuova ripartizione, mantenuta ferma nelle successive Direttive comunitarie (cfr. dir. 18/2004), e da ultimo ribadita dal cod. contratti approvato con D.Lgs. n. 163 del 2006, ha recepito la concezione comunitaria di "concessione dei lavori", includendo nella relativa categoria ormai unitaria tutti i "contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché "la loro gestione funzionale ed economica", che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente codice. Ma nel caso la stessa Corte di appello ha accertato che al momento del bando di gara, della Delib. di aggiudicazione nonché della convenzione, vigevano le leggi appena menzionate sulla concessione di costruzione, nonché quella L. n. 584 del 1977 che non ne aveva modificato le profonde differenze con l'appalto di o.p.; per cui le obbligazioni e le responsabilità assunte dal concessionario - nonché l'intera convenzione 13 aprile 1990 - non potevano essere individuate al lume degli elementi caratterizzanti quest'ultimo contratto, bensì inserendole nell'effettivo strumento giuridico di natura pubblicistica di cui le parti avevano inteso avvalersi: come del resto hanno confermato in ordine al rapporto tra le parti le recenti decisioni di questa Corte 18611 e 19228/2008 che, sull'accertato presupposto che la concessione di sola costruzione aveva comportato il trasferimento al concessionario di poteri e facoltà appartenenti alla P.A. hanno ritenuto l'ATI Impregilo, cui era stato delegato il compimento delle espropriazioni di cui agli artt. 1 e 2 della Convenzione, responsabile unica - o comunque corresponsabile unitamente al comune - delle espropriazioni illegittime compiute in danno dei proprietari di terreni dall'Impregilo occupati per la realizzazione dell'opera pubblica: in tal modo smentendo le contrarie conclusioni della sentenza impugnata (pag. 15) per cui il contenzioso sugli espropri che aveva concorso a provocare le sospensioni dei lavori, fosse imputabile (esclusivamente) all'amministrazione concedente. Conseguenza che anche le pattuizioni degli artt. 1, 2, 8, 9, 10 e 20 della Convenzione, che secondo la stessa sentenza (punto terzo), specificavano le principali obbligazioni gravanti sul concessionario "legate alla realizzazione dell'opera", dovevano essere valutate ed interpretate secondo il loro tenore letterale, peraltro conforme alla natura ed al contenuto della peculiare concessione prescelta dalle parti (cd. interpretazione sistematica); e che soprattutto dalla loro lettura congiunta e complessiva dovevano esserne determinati comportamenti e responsabilità: e quindi apprezzato il fondamento tanto degli eventuali inadempimenti addebitati dal comune a sostegno della rescissione, quanto, per converso, della legittimità della risoluzione che l'ATI ha ritenuto di trarre dall'art. 1456 cod. civ. Invece, alcune di dette disposizioni, come quella dell'art. 20, comportanti particolari oneri a carico dell'Impregilo, sono state ignorate in radice dalla Corte di appello, mentre il significato delle altre è stato consapevolmente stravolto onde adeguarlo ad un non ben identificato principio generale - attribuito all'appalto - di responsabilità della concedente per deficienze progettuali (nel caso neppure identificate), nonché per le prescrizioni imposte dalle autorità preposte alla salvaguardia di interessi storico, artistici, archeologici e naturalistici (pag. 9): principio a sua volta giustificato in punto di fatto in base alla pacifica circostanza che la progettazione esecutiva generale dell'opera fosse stata predisposta dal comune concedente già all'epoca del bando di gara (cfr. punto primo sent.). La quale costituendo, invece, una situazione comune sia delle concessioni di costruzione (cfr. Cass. sez. un. 12221/1990), che degli appalti meno recenti, risultava del tutto irrilevante, come già osservato dalle Sezioni Unite di questa Corte (sent. 12966/1991), per attenuarne o eliminarne la diversità di funzione nonché di regime giuridico; e non impediva all'amministrazione concedente di avvalersi di detto strumento pubblicistico onde attribuire al concessionario ulteriori e più

Il che non vuol dire riproporre quegli antichi retaggi che non hanno ragion d'essere, quali la trilateralità o il carattere provvedimentoale della concessione, bensì quelle buone pratiche che, seppur a tratti, hanno contrassegnato la concessione nel diritto nazionale.²⁸³

Se è vero che la distinzione fra appalti e concessioni ha sinora trovato impedimento nella definizione delle seconde come contratti che presentano “*le stesse caratteristiche di un appalto pubblico*”, ad eccezione del fatto che il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestione o in tale diritto accompagnato da un prezzo (art. 3, c. 11-12, del Codice), deve farsi notare che le ultime direttive europee hanno posto rimedio a tale *impasse*.

specifici oneri di programmazione e progettazione (cfr. artt. 2 e 10 conv. trascritti dal comune) rispetto a quella già predisposta: come del resto ha finito per riconoscere la stessa Corte di appello, smentendo la sua apodittica conclusione, laddove: a) ha riportato l'art. 4 della convenzione in base alla quale “i lavori oggetto dell'intervento costruttivo affidato al concessionario dovranno essere progettati e realizzati in conformità agli schemi urbanistici, agli elaborati della amministrazione ed alle indicazioni e prescrizioni di cui al disciplinare ed al capitolato speciale” (pag. 8); b) ha ricordato (pag. 2) l'obbligazione complessiva assunta dall'ATI – dell'esecuzione dell'opera “chiavi in mano”, che pur risultava decisiva per valutarne comportamenti e responsabilità nella esecuzione dei lavori, indicando la finalità ultima intesa conseguire dalle parti con lo strumento giuridico prescelto; c) ha riferito degli inviti, nel corso di essi, dell'Alta Sorveglianza all'impresa (pag. 9 sent.) a redigere gli elaborati di affinamento ed adeguamento della progettazione per la cantierizzazione tenendo conto delle esigenze storico, artistiche, archeologiche e naturalistiche di cui si è detto; d) ha giustificato “le scelte progettuali diverse” del concessionario rispetto a quelle del progetto esecutivo, con l'esigenza “di tener conto della concreta situazione locale” (pag. 9): in palese violazione della regola fondamentale introdotta nell'appalto di o.p. già dalla L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 342, all. F), e mantenuta nelle disposizioni legislative successive (cfr. L. n. 109 del 1994, art. 25) che hanno vietato sempre anche all'appaltatore (ed a maggior ragione al concessionario) di eseguire variazioni o lavori non richiesti o non autorizzati dall'amministrazione committente, ma introdotti per sua iniziativa unilaterale, e perciò di per sé costituenti inadempimento alle obbligazioni assunte: per queste ragioni escludendone il diritto ad alcun aumento di prezzo o compenso aggiuntivo, perfino a titolo di indebito arricchimento della committente, ad eccezione dell'ipotesi, qui neppure prospettata, che le variazioni siano “indispensabili” per l'esecuzione dell'opera e concorrano gli altri presupposti di cui al R.D. 25 maggio 1895, n. 350, art. 103: vale a dire che esse siano state ritenute meritevoli di collaudo e che l'importo totale dell'opera, compresi i lavori non autorizzati, rientri nei limiti delle spese approvate (Cass. 16366/2014; 18937/2012; 5278 e 15221/2007). Per cui la sentenza impugnata non solo ha applicato uno strumento diverso da quello predisposto e disciplinato dalle parti, ma è incorsa anche nella sistematica violazione degli artt. 1362 segg. cod. civ. per avere determinato le obbligazioni a loro carico, e della concessionaria in particolare, in base ad un percorso esegetico non consentito dalla menzionata normativa, più volte stigmatizzato da questa Corte (Cass. fin da 3853/1985; 1257/1983 succ.): quale quello di utilizzare esclusivamente frammenti di clausole o di disposizioni da interpretare (nel caso, degli artt. 5 e 32 della convenzione), ovvero circostanze fattuali isolate dal loro contesto, e quindi fissare il contenuto delle contrapposte obbligazioni in base alla sola considerazione atomistica degli uni o delle altre per poi esaminare “ex post” le altre pur principali disposizioni convenzionali onde ricondurle ad armonia con il senso attribuito aprioristicamente alle circostanze considerate come primarie e determinanti per individuare la disciplina data all'intero rapporto dalle parti”.

Dunque, secondo la Cassazione, l'omologazione fra appalti e concessioni, un tempo nettamente distinti, è una conquista recente del diritto nazionale, sulla scorta di quello sovranazionale, che non può in nessun caso comportare l'obliterazione del contenuto contrattuale voluto dalle parti.

Ad onor del vero, già al termine del scorso millennio il diritto europeo aveva cominciato a formulare le concessioni come distinte dagli appalti in virtù del rischio operativo del concessionario (v. *supra*).

E ciò ben prima delle direttive europee del 2004 e del Codice dei contratti del 2006.

²⁸³ Oltre alla citata legge 24 giugno 1929, n. 1137, deve farsi menzione del R.D. 14 settembre 1931, n. 1175, testo unico per la finanza locale.

L'attenzione deve essere rivolta al diritto (*rectius*: rischio operativo) di gestione del concessionario.

Ora anche l'Italia ha una nuova opportunità per correggere gli errori commessi e adottare la giusta prospettiva nella disciplina di un istituto, la concessione, che di fatto non esiste se non come variazione sul tema dell'appalto.²⁸⁴

De jure condendo, è pertanto auspicabile che si proceda alla disciplina separata delle fattispecie, fornendo indicazioni legislative di massima e riservando il giusto spazio alla contrattazione, in linea con la cornice europea.

In questa parte dell'elaborato si è tentato di esporre a grandi linee la distinzione fra appalti e concessioni alla luce del diritto sovranazionale e nazionale per delineare il divario (sia fra appalti e concessioni, sia fra ordinamenti); nella prossima si cercherà di dimostrare che le anzidette fattispecie, le quali si vorrebbero distanti e separate, in realtà non lo sono sempre e comunque.

In effetti, lo iato esistente fra appalti e concessioni sembra sussistere solamente agli antipodi (appalti semplici e concessioni complesse), denotando invece il progressivo avvicinamento dei due istituti all'aumentare della rischiosità e complessità delle commesse.

Inaspettatamente è l'appalto che finisce con l'essere attratto dalle concessioni verso una maggior flessibilizzazione.

Ciò si riscontra nel partenariato pubblico-privato (PPP), ove l'allocatione dei rischi e la collaborazione delle parti assurgono a cardini del sistema e riescono a portare a metamorfosi persino una pietra miliare come l'appalto.

La disciplina dei contratti pubblici nell'ambito dei PPP travalica infatti l'originaria sfera della contabilità di Stato e dell'apertura del mercato, per diventare la spinta propulsiva verso una gestione efficiente della *res publica* che soverchia la tradizionale azione amministrativa basata su autorità, gerarchia e burocrazia, come anche la mera concorrenza.

Diviene allora imprescindibile l'inclusione di ulteriori istanze (economiche, sociali ed ambientali) a cui si ricollegano altrettanti rischi operativi che influenzano non solo i procedimenti, ma anche la filosofia di fondo del *public procurement*.

In tal modo, adottando una prospettiva di tal fatta, è possibile studiare il rischio nei contratti pubblici per comprenderne l'essenza e delinearne i contenuti.

²⁸⁴ L'equiparazione della concessione all'appalto, ai fini della tutela giurisdizionale e non solo, è intervenuta a seguito della L. n. 109/1994 e s.m.i.: cfr. in particolare gli artt. 31, comma 4-*bis*, e 31-*bis*, comma 4. La situazione si è ulteriormente aggravata per effetto della L. n. 166/2002.

La questione tornerà d'interesse più avanti – quando si discuterà di appalti e concessioni nell'ambito del partenariato pubblico-privato (PPP) – poiché non è affatto chiaro, in considerazione di quel che accade nei contratti complessi, se e come la differenziazione, incentrata sul rischio operativo ricadente sul soggetto privato, permanga anche sul piano procedurale oltre che su quello definitorio.

Profilo, questo, che invero solleva altrettante criticità ermeneutiche relativamente alla esecuzione contrattuale di appalti e concessioni, poiché la loro distinzione comporta notevoli ripercussioni sulle regole da applicare (v. *supra*).

Come è facile intuire, il confine fra le fattispecie non è ben definito né definitivo, facendo capo ad un concetto puramente descrittivo e per lo più soggettivo.²⁸⁵

Se ne evince l'impossibilità di fissare una volta per tutte la distinzione fra appalti e concessioni, ma ciò non rappresenta un inconveniente insormontabile poiché, come si vedrà nella Parte II seguente *infra*, il diritto europeo sembra apprestare per le due fattispecie uno statuto comune (lasciando pertanto ogni criticità interpretativa al giurista interno).

Finora si è parlato del rischio quale *discrimen* fra appalti e concessioni.²⁸⁶

²⁸⁵ Ai sensi del diritto europeo, come detto, “*la parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile*” (v. art. 5 della direttiva 2014/23/UE) ed il rischio di gestione nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto, deve essere perciò “*assunto integralmente o in misura significativa dalla controparte contrattuale*” (cfr. Corte Giust. UE, Sez. III, 10 settembre 2009, C-206/08, *WazvGotha*, meglio nota come *Eurawasser*).

Spetta al giudice nazionale stabilire se il trasferimento del rischio al concessionario sia significativo e dia vita ad un reale rischio di mercato che implica potenziali perdite per il medesimo concessionario.

In caso contrario dovrà riconoscersi la qualifica di appalto anziché di concessione.

²⁸⁶ I quali, ai sensi del diritto comunitario, sono i due modelli fondamentali di *public procurement* a cui vanno ricondotte tutte le svariate figure contrattuali che si sono formate nel corso del tempo (in tal senso v. anche l'art. 53 del Codice).

Il discorso riguarda in particolar modo l'Italia, la quale conosce un numero elevato di istituti codificati dal diritto positivo (la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, l'affidamento a contraente generale, i contratti di sponsorizzazione,...) oltre all'appalto di lavori, servizi, forniture ed alla concessione di lavori e/o di servizi.

Esemplificativamente, può citarsi il caso della locazione finanziaria, o *leasing* immobiliare che dir si voglia, di cui all'art. 160-*bis* del d.lgs. 163/2006.

Il comma primo del testo vigente statuisce che “Per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti [...] possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria, che costituisce *appalto pubblico* di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo” (corsivo aggiunto).

L'art. 3, comma 15-*ter*, del Codice invece la annovera espressamente tra le varie figure di PPP, elenco nel quale – giova ripeterlo – non è contemplato l'appalto.

Delle due l'una: o la locazione finanziaria non configura mai un appalto (di lavori, servizi e/o fornitura), in aperta contraddizione con la nozione codicistica, oppure si deve concludere che il PPP ricomprende anche gli appalti.

È innegabile che in genere il *leasing* immobiliare, traslativo (*financial*) o in godimento (*operative*), non include alcun rischio di domanda ma si sobbarca, fra gli altri, quelli di costruzione e di disponibilità.

Ora è quindi giunto il momento di vedere come il rischio contraddistingue il partenariato pubblico-privato (PPP).

C'è il rischio che il locatore non riesca a realizzare l'opera e a renderla funzionale alle esigenze della p.a., ma se riesce nell'intento riceve una remunerazione integrale garantita dalla p.a. medesima.

Ne deriva l'incerta qualificazione giuridica come appalto o concessione, ad avviso di chi scrive.

Ecco perché risulta utile considerare il PPP quale categoria onnicomprensiva di appalti e concessioni.

In senso parzialmente difforme Fidone G., "Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 292 e 298, riconduce al rischio di gestione solamente il rischio di domanda, giungendo ad affermare che il contratto di *leasing* e quello di disponibilità sono PPP, ma non concessioni.

Parte II: L'allocazione del rischio nel PPP

Capitolo I. Il PPP tra appalti e concessioni nel diritto sovranazionale e nazionale

§1.1. Il PPP tra appalti e concessioni nel diritto sovranazionale

Allorché un giurista debba prepararsi ad affrontare una trattazione sul PPP, il maggior impedimento è dato dalla enorme stratificazione e variegatura del contesto normativo e disciplinare in cui si trova ad operare.²⁸⁷

Il che provoca, se non confusione, almeno qualche ambito di incertezza.

²⁸⁷ In questo elaborato si è scelto di privilegiare la prospettiva sovranazionale, non solo e non tanto per il noto principio del primato comunitario, bensì in ragione della speciosità dell'ordinamento italiano che, dietro ad una iper-regolamentazione al limite del parossismo (sul tema si rinvia a Cartei G.F., "Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale", in Cerrina Feroni G., *Il partenariato pubblico-privato: modelli e strumenti*, Giappichelli, Torino, 2011, nonché a Travi A., "Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria", Ricchi M., "Il partenariato pubblico-privato: nuove competenze e nuovi strumenti di regolazione della P.A." e, soprattutto, Fidone G., "Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013), nasconde la sostanziale inoperatività dell'istituto.

In particolare, dal documento dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto (UTFP), *Partenariato Pubblico Privato in Italia. Stato dell'arte, futuro e proposte*, 2010, emerge come il mercato italiano del PPP, in primo luogo affidamenti di opere pubbliche mediante i contratti di concessione di costruzione e gestione, rappresenti circa il 20% del totale dei bandi per opere pubbliche (era circa il 14% nel 2003) con una percentuale di aggiudicazione che si aggira intorno al 50%. Si ricorre maggiormente a operazioni di PPP per la realizzazione di opere di piccolo e medio importo (fino a 10 milioni di euro), come parcheggi, impianti sportivi, scuole, cimiteri e progetti di sviluppo urbano. I settori interessati dalla realizzazione di grandi progetti (importo maggiore di 50 milioni di euro) di PPP sono prevalentemente strade e autostrade, metropolitane e ospedali. Accanto alle questioni correlate a fenomeni globali, come la crisi internazionale, in Italia agiscono fattori di contesto specifici, che richiedono risposte "nazionali": la necessità di "regole del gioco" chiare e stabili, soprattutto con riferimento ai procedimenti di affidamento dei contratti di PPP, che consentano alle p.a. e agli operatori privati di crescere *learning by doing* in un quadro di certezze; il rafforzamento delle *expertise* all'interno del settore pubblico, capaci di mettere a punto modelli contrattuali adeguati alla complessità tecnica, legale ed economico-finanziaria delle operazioni di PPP; la semplificazione delle procedure di gara, al fine di sostenere la concorrenza, migliorare il tasso di successo delle operazioni di PPP e accrescere il *Value for Money* (la convenienza dell'investimento per il settore pubblico) dalla realizzazione dei progetti; la crescita di operatori privati in grado – per dimensione, esperienza e competenze tecniche interne – di proporre al settore pubblico soluzioni innovative e finanziariamente sostenibili (come accade, ad esempio, nel Regno Unito dove il mercato del PPP conosce la presenza di una cerchia di *incumbent* specializzati per settore: cfr. Mosey D., *Early Contractor Involvement in Building Procurement Contracts, Partnering and Project Management*, John Wiley & Sons Inc, 2009; Blanc-Brude F.; Jensen O., *Competing for Public Sector Risk Transfer Contracts: Evidence from PFI Schools in the UK*, Contracts, Procurement and Public-Private Agreements, Paris, 2010).

Ad onor del vero, come mostrato da Ricchi M., op. cit., per quanto riguarda il mercato nazionale del PPP, fra il 2002-2011 si è assistito alla decuplicazione delle gare bandite, sia per numero sia per valore, passando dal 6% del 2002 a circa il 45% del 2011.

Ciò non toglie che a livello Ue l'Italia resta lontana – salvo l'*exploit* dovuto alla Brebemi nel 2013 – dai Paesi capofila (Regno Unito, Olanda, Francia) per transazioni concluse: cfr. EPEC, *Market Update. Review of the European PPP Market in 2012 e First half of 2013*, nonché CMS, *PPP in Europe*, 2010.

A maggior ragione se si tiene presente che sia nel diritto nazionale sia in quello sovranazionale manca una vera e propria definizione – tanto meno una disciplina *ad hoc* – del partenariato pubblico-privato (PPP).²⁸⁸

Non sfuggerà allo sguardo di un osservatore attento che il PPP compare sempre affiancato dagli inseparabili compagni “appalti” e “concessioni”.

È il caso, ad esempio:

- del Libro Verde della Commissione relativo ai “*Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*” (COM(2004) 327 def., Bruxelles, 30.4.2004)²⁸⁹

²⁸⁸ Cfr. Libro Verde della Commissione relativo ai “Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni” COM(2004) 327 def., Bruxelles, 30.4.2004, il cui *incipit* è il seguente: “Il termine partenariato pubblico-privato (“PPP”) non è definito a livello comunitario. Questo termine si riferisce in generale a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’infrastruttura o la fornitura di un servizio”.

In precedenza si era espresso in termini simili il Comitato economico e sociale nel parere in merito alla «Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni sulla “Partecipazione del settore pubblico e privato ai progetti di reti transeuropee di trasporto”» (98/C 129/14), pt. 2.4: “Per PPP si intende un partenariato fra, da un lato, più amministrazioni ed enti pubblici e, dall’altro, persone giuridiche soggette al diritto privato, allo scopo di ideare, pianificare, realizzare, finanziare e/o gestire un progetto d’infrastruttura. Non è opportuno tuttavia imporre una definizione rigida di cosa sia o dovrebbe essere una PPP, dal momento che ciascun progetto darà vita ad una forma di partenariato a se stante a seconda delle proprie esigenze e caratteristiche, nonché delle modalità adottate dalle amministrazioni pubbliche per coinvolgere i privati nelle diverse fasi progettuali”.

Da ultimo è intervenuta la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni — Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato COM(2009) 615 def., Bruxelles, 19.11.2009: “I PPP rappresentano forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il settore privato finalizzate a modernizzare la creazione di infrastrutture e la fornitura di servizi pubblici strategici. In alcuni casi i PPP comprendono finanziamento, progettazione, costruzione, ristrutturazione e gestione o manutenzione di un’infrastruttura, mentre altre volte riguardano la fornitura di un servizio generalmente garantito dalle istituzioni pubbliche. I PPP dovrebbero essere incentrati principalmente sulla promozione dell’efficienza nei servizi pubblici tramite la condivisione dei rischi e lo sfruttamento delle competenze del settore privato, ma possono anche alleggerire la pressione immediata sulle finanze pubbliche offrendo una fonte di capitale aggiuntiva. A sua volta, la partecipazione del settore pubblico ad un progetto può offrire garanzie importanti agli investitori privati, in particolare per quanto riguarda la stabilità dei flussi di cassa a lungo termine provenienti dalle finanze pubbliche, e può apportare ad un progetto importanti vantaggi di ordine sociale o ambientale”.

Non è chi non veda come la prospettiva sia mutata nel corso del tempo: ad una originaria impostazione abbastanza semplicistica si è sostituita una visione globale e maggiormente consapevole dei PPP e delle loro potenzialità.

²⁸⁹ Cfr. Libro Verde della Commissione relativo ai “Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni” COM(2004) 327 def., Bruxelles, 30.4.2004, il quale “analizza il fenomeno dei PPP alla luce del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni. Il diritto comunitario non prevede regimi specifici comprensivi del fenomeno dei PPP”.

Successivamente è intervenuta la relazione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni (2006/2043(INI), 16.10.2006), ove s’auspicava a fini di flessibilità – per i PPP sotto forma di appalti – la procedura di aggiudicazione tramite un dialogo competitivo e si invitava la Commissione a precisare la condizione di “complessità giuridica e finanziaria” in

- e della Comunicazione “*sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni*” (COM(2005) 569 def., Bruxelles, 15.11.2005),
- nonché della Comunicazione interpretativa della Commissione “*sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*” (2008/C 91/02, Bruxelles, 12.4.2008).

La ragione di tale stato di cose risiede, in primo luogo, nel fatto che l’Unione Europea ha rilevato la mancanza d’interesse da parte degli operatori per iniziative comunitarie che definiscano dettagliatamente il quadro dei PPP a livello comunitario.²⁹⁰

Alla stregua del Libro Verde sui PPP del 2004, una delle poche certezze del settore è la distinzione fra partenariati “contrattuali” e “istituzionali” (*rectius*: “istituzionalizzati”), a seconda che il partenariato si sviluppi attraverso una relazione contrattuale tra le parti oppure dia, per converso, scaturigine ad una entità giuridica terza (cd. “SPV” - “*Special Purpose Vehicle*”) rispetto alle parti originarie, seppur costituita o partecipata dalle medesime.

In secondo luogo, si è reputato più agevole riutilizzare l’*acquis communautaire* maturato nel campo di appalti (soprattutto) e concessioni anziché dover partire da zero nella creazione e diffusione di un nuovo modello operativo incentrato sul PPP, fermo restando il grande divario esistente fra le pratiche dei diversi Paesi.

Emerge *ictu oculi* come il legame intercorrente fra il PPP, gli appalti e le concessioni rappresenta ben più di una clausola di stile mediante la quale intitolare gli atti

modo da permettere il maggior spazio di negoziazione possibile, ritenendo altresì presunta la “complessità giuridica e finanziaria” in presenza di caratteristiche tipiche dei PPP, quali il concetto di ciclo di vita e il trasferimento a lungo termine del rischio a operatori privati; allo stesso modo – per i PPP qualificabili come concessioni – il Parlamento europeo riteneva che la futura normativa dovesse permettere alle autorità pubbliche di selezionare il partner migliore mediante procedure flessibili, trasparenti e non discriminatorie, tramite un approccio unitario (schema del ciclo di vita) e una concorrenza in termini di innovazione che migliorasse l’efficienza attraverso un’ottimale condivisione dei rischi, ma soprattutto premeva affinché l’atteso testo legislativo contenesse una definizione chiara delle concessioni in quanto distinte dagli appalti pubblici, nonché la fissazione di criteri di selezione obiettivamente verificabili fra le due fattispecie.

²⁹⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni COM(2005) 569 def., Bruxelles, 15.11.2005, al § 2.3.1. rubricato “Nessuna normativa nuova riguardante tutti i PPP contrattuali”, ove si afferma che “In quanto rientrano nell’ambito di applicazione del trattato CE, tutte le forme di PPP sono qualificabili come appalti pubblici o concessioni. Tuttavia, poiché all’aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni si applicano regole diverse, nel diritto comunitario non esiste una procedura di aggiudicazione uniforme specificamente pensata per i PPP. Stando così le cose, la Commissione ha chiesto ai soggetti interessati se essi sarebbero favorevoli ad una nuova normativa in forza della quale tutti i PPP contrattuali, siano essi qualificabili come appalti pubblici o come concessioni, verrebbero sottoposti a regimi d’aggiudicazione identici (domanda 7 del Libro verde). La consultazione ha rivelato che i soggetti interessati sono sostanzialmente contrari ad un nuovo regime riguardante tutti i PPP contrattuali, siano essi qualificati come appalti pubblici o come concessioni. Di conseguenza, la Commissione non intende sottoporli a procedure di aggiudicazione identiche”.

comunitari, sottendendo una intima connessione degli stessi sin dall'origine. Tant'è che la citata Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni — *Mobilizzare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato* COM(2009) 615 def., Bruxelles, 19.11.2009 – ha addirittura sancito *expressis verbis* che i “PPP si articolano attorno ad un contratto d'appalto pubblico oppure prendono la forma di concessioni di lavoro o di servizi”.²⁹¹

Ne discende l'impossibilità di inquadrare l'istituto del PPP senza tenere in debita considerazione le influenze derivanti dalle continue interazioni operanti fra esso e le due diverse fattispecie sopraccitate.

Sul piano ontologico, a dire il vero, sarebbe opportuno parlare di partenariati pubblici privati poiché nella suddetta macrocategoria concettuale è compreso un insieme – solo in apparenza omogeneo, ma in realtà eterogeneo – di procedure di affidamento e di forme contrattuali caratterizzate dalla comunanza della *partnership* fra uno o più soggetti pubblici ed uno o più soggetti privati.

Non si tratta comunque di una omissione involontaria o di una lacuna dovuta a disattenzione, bensì di una cosciente presa di posizione da parte dell'apparato comunitario il quale, pur avvertendo la necessità di far chiarezza sulla materia, è ben consapevole delle tradizioni giuridico-economiche estremamente diverse invalse negli Stati membri.

Il diritto comunitario – al di là dei numerosi atti di *soft law* dedicati al tema dei PPP in generale, che si limitano a statuire l'applicazione del diritto degli appalti o di quello delle concessioni ed in ogni caso delle norme e dei principi derivanti dal Trattato – preferisce perciò lasciarne la regolamentazione ai singoli Stati.²⁹²

²⁹¹ Statuizione da ultimo confermata nel documento di lavoro dei servizi della Commissione “Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno” SWD(2013) 53 final/2, Bruxelles, 29.4.2013.

²⁹² Cfr. il parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla «Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni — *Mobilizzare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*» COM(2009) 615 def. (2011/C 51/12) al punto 3.2.1:

“Sotto il profilo giuridico e dei testi normativi manca, in realtà, una precisa definizione del concetto di «partenariato pubblico-privato» elaborata alla luce dell'insieme delle disposizioni che disciplinano gli appalti pubblici, le concessioni e l'intero settore della realizzazione di infrastrutture.

Se l'assenza di un orientamento al riguardo nel testo della Commissione sembra significare che essa non avverte la necessità di una definizione più precisa, probabilmente il CESE può e deve sottoscrivere tale punto di vista, che rimanda al potere discrezionale di ciascuno Stato membro una definizione di PPP che meglio si adatti al suo contesto specifico e ai suoi usi”.

§1.2. Il PPP tra appalti e concessioni nel diritto nazionale

In Italia è l'art. 3, comma 15-ter, del d.lgs. 163/2006 – cd. “Codice dei Contratti” – a tentare una definizione: “*i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un’opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l’affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l’affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell’opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell’opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall’articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat*”.

Come emerge abbastanza chiaramente dalla lettera della norma appena riportata, pur sempre avente mero valore esemplificativo, la *raison d’être* del *genus* giuridico in esame deve ravvisarsi nel progressivo allontanamento delle fattispecie negoziali pubbliche dal tradizionale modello dell’appalto (ne è emblema la consapevole esclusione dall’elenco), in cui la p.a. finanzia il privato selezionato tramite gara e quest’ultimo esegue la prestazione.

Tuttavia, nonostante l’apparenza, non è affatto pacifico che l’appalto sia escluso *tout court* dalla famiglia dei PPP. Se infatti il nomopoeta italiano ha optato per l’esclusione dell’appalto dall’elenco normativo appena riportato, l’Unione Europea da sempre lo considera parte integrante dei PPP assieme alle concessioni (v. *infra*).

Per converso, rispetto ad altri Paesi dell’Unione Europea, nell’ordinamento italiano sono proliferate le forme di PPP con annesse discipline.

Ma l’interesse principale della disposizione riportata è un altro: affermando che i contratti di PPP sono caratterizzati da una “*allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti*”, la norma attribuisce specifico risalto all’allocazione del rischio, segnatamente nella conformazione europea, quale *discrimen* del PPP.

Diventa dunque d'importanza capitale esaminare quali siano in concreto le prescrizioni e gli indirizzi esistenti a livello unionale circa l'allocazione del rischio.

Come si vedrà, essendo anch'essa fondata sul rischio, tornerà in discussione pure la consueta distinzione fra appalti e concessioni.

§1.3. Il PPP: caratteri dell'istituto

Di norma, fra le varie teorie, si suole identificare gli elementi essenziali del PPP nel cd. “*bundling*” (l'insieme delle prestazioni a sottolineare la complessità dell'operazione), nella lunga durata del rapporto, nel trasferimento (*rectius*: allocazione) del rischio, e, ovviamente, nell'interazione pubblico-privato (*nomina sunt consequentia rerum*, ndr).

Una vera e propria definizione non esiste – a meno di voler ritenere tale l'art. 3, comma 15-ter, del d.lgs. 163/2006 – cd. “Codice dei Contratti” di cui sopra. Tanto che, lasciando perdere i risvolti cosmogonici, potrebbe utilizzarsi l'iperbolica espressione “*àPPPeiron*”.²⁹³

Come sarà stato certamente rilevato da parte di chi legge, si è volutamente ommesso il destinatario del trasferimento in relazione all'allocazione del rischio di cui al titolo del presente elaborato.

Potrà sembrare strano ai più, ma la ragione di tale omissione va ravvisata nella profonda complessità della questione:

- *in primis*, con riferimento all'oggetto, per la quantità e qualità dei rischi rilevanti;
- *in secundis*, riguardo ai soggetti, per le differenti combinazioni possibili;

²⁹³ Cfr. Libro Verde della Commissione relativo ai “Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni” COM(2004) 327 def., Bruxelles, 30.4.2004, ove sono individuati gli elementi che caratterizzano normalmente – non sempre e comunque – le operazioni di PPP:

- la durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una cooperazione tra il partner pubblico ed il partner privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare;
- la modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte dal settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti. Spesso, tuttavia, quote di finanziamento pubblico, a volte assai notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati;
- il ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento). Il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi;
- la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato, sul quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore pubblico. I PPP non implicano tuttavia necessariamente che il partner privato si assuma tutti i rischi, o la parte più rilevante dei rischi legati all'operazione. La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti di valutare, controllare e gestire gli stessi.

Come si vedrà a breve, è proprio quest'ultimo elemento – ossia l'allocazione del rischio – a caratterizzare maggiormente il PPP e a diventare la vera peculiarità dell'istituto.

- *in tertiis*, in relazione alle modalità, per i riflessi sui meccanismi di allocazione dei rischi.

Qualcuno vorrebbe che nei PPP si operasse il totale trasferimento del rischio in capo al privato, proprio come è opinione diffusa nei confronti delle concessioni, salvo poi però doversi ricredere dinanzi alle numerose iniziative da parte dell'apparato europeo atte a mitigare tale assunto (in particolare da parte della Corte di Giustizia: v. *supra*) ed altresì a porre in essere misure di garanzia del privato che attenuano siffatto trasferimento di rischi (garanzie e finanziamenti pubblici: v. *infra*).

Non è chi non veda come un simile trasferimento integrale risulta assolutamente effimero in quanto il privato assume responsabilità che, nella peggiore delle ipotesi, ritorneranno a cadere sul soggetto pubblico.

A dire il vero, non stupisce affatto che il meccanismo funzioni nei termini sopra descritti, dal momento che in caso contrario non si comprende quale dovrebbe essere l'incentivo dei privati a sopportare i rischi in progetti molto complessi e dagli esiti incerti (quali, ad esempio, le TEN).

Si è appena visto, in sintesi, quali sono gli elementi caratteristici del PPP.

Ciò non deve tuttavia trarre in inganno poiché, ad un esame più approfondito, si noterà che ciascun elemento si presta ad includere sia le concessioni sia gli appalti, per lo meno quelli complessi e rischiosi.

In effetti, se l'obiettivo finale è quello di individuare una peculiarità idiosincratca del PPP, essa non può che essere costituita dall'allocazione del rischio.

Mentre infatti il cd. "*bundling*" (l'insieme delle prestazioni a sottolineare la complessità dell'operazione), la lunga durata del rapporto e l'interazione pubblico-privato si configurano in maniera pressoché identica sia per gli appalti che per le concessioni, potendo peraltro addirittura mancare²⁹⁴, l'allocazione del rischio normalmente differisce nelle due fattispecie.

Laddove il rischio dell'operazione sia posto in capo al soggetto pubblico, *nulla quaestio*: siamo nel tradizionale campo degli appalti pubblici classici.

Per converso, allorché una quota parte di rischi venga trasferita ai privati, si attua un cambiamento di modello in direzione delle concessioni.

²⁹⁴ Si rinvia a Iossa E.; Martimort D., *The Simple Micro-Economics of Public-Private Partnerships*, CEIS Research Paper 139, Tor Vergata University, CEIS, 2008, e *Risk allocation and the costs and benefits of public-private partnerships*, RAND Journal of Economics, RAND Corporation, 43(3): 442-474, 2012.

La questione non è affatto banale, non solo per quanto attiene ai risvolti di tassonomia ed inquadramento dottrinale, ma anche perché sembra produrre taluni stravolgimenti sul piano dello statuto giuridico applicabile.

Infatti, come si osserverà più avanti, i tratti salienti della disciplina del PPP – inteso come intersezione di appalti e concessioni – sono comuni ed assimilabili fra le due fattispecie allorché si debba fronteggiare una serie di rischi rilevanti.

Ciò è dovuto al fatto che all'interno delle macrocategorie “appalti” e “concessioni” esiste una zona comune, quella dei contratti complessi (*rectius*: rischiosi).

§1.4. PPP e rischio: la *ratio*

Quando si parla di rischio spesso il pensiero corre automaticamente al rischio economico, ma è necessario indagare sulla polisemia di quest'ultimo concetto per comprendere quali e quanti fattori incidono effettivamente sull'economicità di un'operazione contrattuale della p.a., soprattutto se complessa.

La questione è emersa nell'ambito delle reti transeuropee, in relazione alle quali si è dovuta constatare l'impossibilità del finanziamento con soli fondi pubblici e la necessità di ricorrere, oltre che alle competenze, anche a capitali privati.²⁹⁵

Del resto, le reti sono caratterizzate dalla grande diversità dei progetti da realizzare, dalla loro durata di vita (talvolta molti secoli), da considerevoli rischi (finanziari, tecnici, ambientali, politici, etc.) e quindi da un tasso di redditività su cui gravano forti incertezze.

La partecipazione congiunta di finanziamenti pubblici e privati rappresenta, allo stato, l'unico mezzo attraverso il quale addivenire allo scopo della realizzazione delle reti.²⁹⁶

Esiste invero una componente irrinunciabile di pubblico interesse all'interno dei PPP, come in ogni altra manifestazione dell'*agere* amministrativo.

²⁹⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione “Sviluppare la rete transeuropea di trasporto: finanziamenti innovativi, interoperabilità del telepedaggio” COM(2003) 132 def.

Non a caso l'anno seguente è stato pubblicato il Libro Verde della Commissione relativo ai “Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni” COM(2004) 327 def., Bruxelles, 30.4.2004.

²⁹⁶ La Commissione ha presentato la Comunicazione “Un bilancio per la strategia Europa 2020” COM(2011) 500, Bruxelles, 29.6.2011, nella quale vengono enunciate le linee direttive delle prospettive finanziarie per il periodo 2014-2020. Con particolare riferimento agli interventi di carattere infrastrutturale nei settori del trasporto, dell'energia e delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, la Commissione sottolinea in primo luogo come essi appaiano indispensabili per garantire un mercato unico pienamente funzionante. Per il periodo 2014-2020, in base alle stime, occorreranno circa 200 miliardi di € per completare le reti transeuropee dell'energia, 250 miliardi di € per le tecnologiche e 540 miliardi di € per i trasporti.

Nello specifico, il PPP si mostra intrinsecamente connesso con le prestazioni di servizi d'interesse generale (economico, sociale, ambientale).²⁹⁷

Non è affatto semplice, pertanto, fornire una risposta univoca all'annoso interrogativo riguardante le *rationes* che si celano dietro all'allocazione del rischio pubblico-privato quale peculiarità caratteristica del PPP.²⁹⁸

Esistono diverse motivazioni – le cd. “3E” (economicità, efficienza, efficacia) – che sembrano peraltro coincidere con altrettante fasi evolutive, nel tempo, non solo del concetto di PPP, ma anche di quello dell'evidenza pubblica in generale.

§1.4.1. L'esigenza di fondo del PPP: Economicità

Un primo ordine di ragioni fa sicuramente capo all'obiettivo di creare e consolidare il mercato unico europeo sia sul versante interno (sviluppare una rete funzionale ai flussi di beni e persone *intra moenia*) sia su quello esterno (aumentare il livello di competitività con i maggiori concorrenti a livello mondiale: Usa, BRICST²⁹⁹ e Giappone).³⁰⁰

²⁹⁷ Dopo aver esaminato i PPP in considerazione della necessità di reperire finanziamenti per lo sviluppo delle reti, nel Libro verde sui servizi di interesse generale COM(2003) 270 def. e nel Libro bianco sui servizi di interesse generale COM(2004) 374 def., la Commissione analizza i PPP sotto la diversa prospettiva del conseguimento degli obiettivi di interesse generale.

L'erogazione dei servizi di interesse generale può essere organizzata in collaborazione con il settore privato o affidata a imprese pubbliche o private. Per contro, la definizione degli obblighi e delle funzioni del servizio pubblico spetta alle autorità pubbliche competenti, le quali devono mantenere i poteri necessari per garantire l'effettiva realizzazione degli obiettivi di politica pubblica e il rispetto delle scelte democratiche, tenendo conto anche del livello di qualità e dei costi ad esso associati.

²⁹⁸ Per una *summa* di quanto anzidetto si legga la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni — Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato COM(2009) 615 def., Bruxelles, 19.11.2009: “A livello di UE, i PPP3 possono stimolare progetti essenziali per la realizzazione di obiettivi comuni, ad esempio la lotta ai cambiamenti climatici, la promozione di fonti energetiche alternative e dell'efficienza energetica e in termini di risorse, la promozione del trasporto sostenibile o la garanzia di un'assistenza medica di alto livello e accessibile, e consentono di realizzare importanti progetti di ricerca, come le iniziative tecnologiche comuni (ITC), volte a dare all'Europa un ruolo di primo piano nel settore delle tecnologie strategiche. I PPP possono anche potenziare la capacità innovativa dell'Europa e stimolare la competitività dell'industria europea in settori con un elevato potenziale di crescita e occupazione”.

Nel parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla Comunicazione *de qua* (2011/C 51/12) vengono passati in rassegna gli argomenti a favore del PPP: consentire una migliore condivisione dei rischi tra settore pubblico e privato, l'ottimizzazione del fattore tempo, accrescere la coerenza di un progetto e, in definitiva, l'efficienza economica per la collettività.

²⁹⁹ Acronimo di Brasile, Russia, India, Cina, Sudafrica e Turchia.

³⁰⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione “Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva” COM(2010) 2020 def., Bruxelles, 3.3.2010, in particolare il pt. 3.

Da ultimo EPRS - European Parliamentary Research Service, *The Cost of Non- Europe in the Single Market* (Cecchini Revisited): An overview of the potential economic gains from further completion of the European Single Market, Author: Zsolt Pataki, European Added Value Unit, September 2014 – PE 510.981, conclude che l'ulteriore implementazione del mercato unico potrebbe aumentare il PIL EU-28 tra il 5 e l'8.63%, equivalente ad una crescita economica compresa tra i 651 e 1.100 miliardi di euro per anno.

Già nel Libro Bianco di Delors del 1993 “Crescita, competitività ed occupazione – Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo” COM (93)700 si sottolineava la necessità di dotare l’Unione Europea (*recte*: ancora Comunità Europea *illo tempore*) di infrastrutture TEN (*Trans-European Networks*)³⁰¹ in grado di unificare effettivamente le diverse componenti del mercato comune e di ridurre, se non addirittura eliminare, gli svantaggi affliggenti alcune di esse (in special modo i cd. “PECO”, Paesi dell’Europa Centrale e Orientale).

L’obiettivo era preparare le condizioni per una miglior coesione europea attraverso l’installazione di reti di trasporto, energetiche e digitali che consentissero al contempo una maggior omogeneità e un certo dinamismo fra gli Stati membri.³⁰²

³⁰¹ In Italia l’espressione è tradotta Reti Trans-Europee (RTE).

³⁰² Per il trasporto, cfr. il Libro Verde della Commissione europea “La rete dei cittadini – Realizzare le potenzialità del trasporto pubblico di viaggiatori in Europa” COM(95) 601 def., Bruxelles, 29.11.1995 e la successiva Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni sulla partecipazione del settore pubblico e privato ai progetti di reti transeuropee di trasporto COM(97) 453 def., Bruxelles, 10.09.1997.

In relazione a quest’ultima, occorre rammentare che il Gruppo ad alto livello sulla partecipazione del settore pubblico e privato al finanziamento dei progetti di reti transeuropee di trasporto – presieduto dal Commissario Kinnock ed incaricato di valutare in quale modo le forme di partecipazione del settore pubblico e privato (PPP) potessero contribuire ad accelerare la realizzazione della rete transeuropea di trasporto per la competitività e crescita europea – e la Commissione erano giunti alla conclusione che i PPP possano svolgere un ruolo fondamentale in considerazione dei vincoli cui sono soggetti i bilanci pubblici, rendendo disponibili risorse complementari (soprattutto per i progetti cd. “caldi”) e migliorando la redditività, favorendo così lo sviluppo di progetti sempre più vicini all’efficienza finanziaria.

Nella Comunicazione della Commissione “Sviluppare la rete transeuropea di trasporto: finanziamenti innovativi, interoperabilità del telepedaggio” COM(2003)132 def. era fotografato proprio tale stato di cose:

“La Comunità si è dotata di nuove competenze in materia di pianificazione delle reti transeuropee che non si sono però accompagnate ad una dotazione finanziaria adeguata per realizzarle.

Parallelamente, a parte le intenzioni, gli Stati membri registrano problemi, a causa dei vincoli di bilancio, a finanziare le infrastrutture identificate nella decisione del Parlamento europeo e del Consiglio sugli orientamenti per lo sviluppo della rete transeuropea di trasporto, in particolare le sezioni transfrontaliere. Occorre un quadro più adatto a questi problemi di finanziamento per rispondere alle sfide poste dalla realizzazione di queste infrastrutture.

I fondi disponibili - in particolare pubblici (anche comunitari) - sono coordinati male, a scapito dell’efficacia e gli investimenti privati - molto selettivi - restano molto insufficienti rispetto al fabbisogno finanziario”.

Per promuovere una nuova cultura di finanziamento delle infrastrutture di trasporto in Europa, la Commissione ha riconosciuto la necessità un “nuovo approccio” in quanto l’implicazione dei capitali privati richiede clausole innovative, quali sistemi di concessione (che attribuiscono la maggioranza dei rischi all’investitore privato sulla base di una gestione attiva della domanda) o diversi sistemi che consentano ai partecipanti privati di intervenire già nella fase progettuale di un progetto, come ad esempio il sistema dell’iniziativa privata o l’organizzazione e messa in concorrenza sulla base di requisiti funzionali generali (*output specifications*).

Nel parere del 20 novembre 2003, in merito alla Comunicazione della Commissione appena menzionata, il Comitato delle regioni evidenziava la necessità di prevedere un quadro normativo adeguato per il partenariato pubblico-privato nelle TEN in modo da garantire il costante rispetto dei principi della concorrenza.

Ovviamente, a tal fine era necessario incoraggiare gli investitori privati a prender parte a siffatta operazione di respiro comunitario soprattutto attraverso il finanziamento dei progetti. Per far sì che ciò fosse possibile, diventava indispensabile, per un verso, la riduzione dei rischi finanziari, amministrativi e ambientali legati agli interventi programmati, per l'altro, il trasferimento degli stessi anche ai privati.³⁰³

In tal modo, il settore imprenditoriale assurgeva al ruolo di socio imprescindibile sul piano sia finanziario sia tecnico-operativo, garantendo capitali e *know how*, ma si trovava altresì a fungere a mo' di filtro rispetto ai progetti che si intendeva realizzare.

Ne discende che il fondamento principale della genesi dei PPP va certamente ravvisato nell'attuazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità in ogni loro declinazione:

- fra Unione Europea e Stati Membri (art. 5 TUE), in quanto la disciplina generale spetta alla prima mentre quella di dettaglio ai secondi;
- fra pubblica amministrazione e privati (art. 118 Cost.) – *rectius*: fra autorità e libertà – in quanto l'obiettivo ultimo è la sinergia ed il coordinamento delle rispettive competenze;
- fra Stato e Mercato, in quanto il rapporto fra le due sfere d'intervento – sempre fluido e quanto mai eterogeneo a seconda del contesto spazio-temporale – è cambiato radicalmente negli ultimi anni in seguito alla progressiva svolta neoliberista che ha ormai relegato lo Stato, non più attore protagonista, a mero regolatore e controllore del Mercato.

Il Comitato appoggiava l'obiettivo di aumentare gli investimenti privati, ma insisteva affinché la Commissione si adoperasse per prevenire tendenze monopolistiche nei contratti e nei progetti da parte delle imprese private; appoggiava l'introduzione dello statuto della società europea, ma esortava a tenere sotto stretto controllo le attività delle imprese private nell'ambito del partenariato pubblico-privato, al fine di impedire sul nascere le violazioni delle regole di concorrenza; chiedeva di integrare nei contratti di partenariato pubblico-privato le politiche sostenibili in materia di costruzioni; invitava la Commissione a esprimersi in chiari termini politici riguardo alle implicazioni dei vari regimi fiscali applicabili alle imprese private partecipanti ai PPP (dato che le imprese interessate a partecipare ad un PPP avrebbero potuto rivolgere la loro attenzione verso Stati membri dal regime fiscale più vantaggioso, ciò sarebbe risultato deleterio per lo sviluppo dei PPP nell'intera rete TEN, con gli enti regionali e locali che non avrebbero avuto un accesso adeguato alle imprese del settore privato); riconosceva che la riluttanza degli investitori privati a esporsi ai rischi derivanti dalla partecipazione a progetti nel settore dei trasporti pubblici poteva incoraggiare il ricorso al partenariato pubblico-privato; riconosceva anche le legittime preoccupazioni del settore pubblico rispetto all'esposizione al rischio derivante dalla partecipazione a un progetto pubblico-privato, nonché all'entità della perdita di controllo sulle opere infrastrutturali di grandi dimensioni che talvolta i PPP possono comportare; esortava infine la Commissione a pubblicare quanto prima il Libro verde sul partenariato pubblico-privato e ad assicurarsi che sin dall'avvio del progetto gli schemi di finanziamento incentivassero l'utilizzo di meccanismi di calcolo dei costi che tenessero conto dell'intero ciclo di vita dell'opera.

³⁰³ Cfr. Libro Bianco "Crescita, competitività ed occupazione – Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo" COM (93)700 del 1993, *passim*, in part. pp. 29-30, 68-69, 76-77.

L'Unione sviluppa così un approccio pragmatico (*pragmatic joint approach*) inteso a realizzare i progetti in modo integrato; e si spinge addirittura oltre, volendo affermare che l'integrazione deve estendersi a tutti i soggetti interessati – ovverosia p.a. (comunitarie, nazionali, locali), imprese (imprenditori e lavoratori), utenti (consumatori e collettività) – poiché i rispettivi ruoli sono complementari al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno, il rafforzamento della competitività e la promozione della crescita economica e della coesione economica e sociale.³⁰⁴

§1.4.2. L'eliminazione degli ostacoli al PPP: Efficienza

Un secondo ordine di ragioni deve essere poi individuato nel progressivo affiorare della limitata compatibilità fra la disciplina comunitaria e lo schema del PPP.

Detta considerazione emerge manifestamente sin dal Libro Verde della Commissione “Gli appalti pubblici nell'Unione europea - Spunti di riflessione per il futuro” COM(96) 583, adottato il 27 novembre 1996 su proposta del Commissario Monti.

Se, dunque, in precedenza l'attenzione era incentrata sull'individuazione di una soluzione alternativa al finanziamento esclusivamente pubblico delle infrastrutture europee, ora l'incombenza prevalente diveniva quella di capire in che modo porla in atto.

La sottolineata importanza dei finanziamenti privati, nell'ambito degli sforzi compiuti per accrescere gli investimenti nelle infrastrutture TEN, ha così indotto l'Unione Europea a dare ascolto alle organizzazioni del settore privato disposte ad investire capitali di rischio nei progetti TEN a condizione del superamento di un certo numero di ostacoli ancora esistenti.

³⁰⁴ Cfr. Libro Bianco “Crescita, competitività ed occupazione – Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo” COM (93)700 del 1993, p. 96: “Il passaggio verso una società dell'informazione è un processo molto complesso che richiede nuove forme di partenariato e di cooperazione tra i settori pubblico e privato. Nelle misure proposte di seguito, il principio di sussidiarietà deve essere applicato integralmente tra il settore privato e le autorità pubbliche ed anche tra le autorità comunitarie e le amministrazioni nazionali”.

A tal fine la Commissione europea sottolinea l'importanza delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ITC) nonché della formazione degli operatori nelle aree di interesse (ambiente, energia, trasporto, tempo libero, arti, sport e assistenza).

Le considerazioni appena sciorinate sono state confermate dal Comitato economico sociale europeo: si rinvia, ad esempio, ai pareri in merito alla «Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo: Collegamento della rete infrastrutturale di trasporto dell'Unione con i paesi vicini — Verso una politica paneuropea delle reti di trasporto in cooperazione» (98/C 129/19) e in merito alla «Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni sulla “Partecipazione del settore pubblico e privato ai progetti di reti transeuropee di trasporto”» (98/C 129/14).

Sulla sussidiarietà come fondamento del PPP si rinvia a Rizzo G., *La concessione di servizi*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 85 ss..

Trattavasi, in sostanza, di individuare i mezzi per eliminare gli ostacoli al finanziamento privato dei progetti TEN, i quali denotavano una certa lentezza di sviluppo rispetto alle previsioni comunitarie.

Gli ostacoli consistevano, oltre alla difficoltà di garantire una redditività accettabile, nel problema dei rischi extra-commerciali connessi al cambiamento di politica da parte delle pubbliche autorità e nell'applicazione delle norme comunitarie in materia di contratti pubblici, ritenute in alcuni casi ostative alla partecipazione del settore privato.³⁰⁵

Soprattutto quest'ultimo è stato indicato dai privati quale limite di grande rilevanza, che impediva ad essi di svolgere il compito di apportare l'innovazione tecnica necessaria ed assicurare la validità finanziaria dei progetti.

Nonostante l'iniziale rifiuto di una simile asserzione – dal momento che l'obiettivo finale delle direttive comunitarie sui contratti pubblici è quello di creare i presupposti indispensabili per promuovere una concorrenza leale ed aperta e di facilitare, non già di ostacolare, la partecipazione del settore privato ai progetti³⁰⁶ –, la Commissione europea ha comunque ritenuto utile chiarire tale disciplina ed esaminare, insieme alle parti interessate, i problemi al fine della rimozione di ogni ostacolo alla collaborazione fra il settore pubblico e quello privato.

Ciò è dovuto anche al contributo del Comitato Economico e Sociale che, con il suo parere sul Libro Verde del 1996, ha invitato l'UE ad *“una riflessione globale e a lungo termine sugli obiettivi reali che una politica europea degli appalti pubblici”*³⁰⁷ deve

³⁰⁵ Nel Parere del Comitato economico e sociale sul tema «Rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico-privato (PPP)» (2001/C 14/19) sono annoverati gli stessi ostacoli economici e giuridici: si rinvia in particolare al pt. 2.2.

³⁰⁶ Cfr. pt. 5.21 del Libro Verde della Commissione “Gli appalti pubblici nell'Unione europea - Spunti di riflessione per il futuro” COM(96) 583: “La Commissione ritiene che le norme comunitarie sugli appalti pubblici siano tali da facilitare la partecipazione di questo settore alle reti transeuropee, senza che sia necessario, allo stato attuale delle cose, modificare la disciplina giuridica vigente”.

Da notare il difetto di traduzione: il riferimento è da intendersi al *public procurement* in generale.

Nello specifico, i problemi segnalati dalle imprese riguardavano la fase che precede l'emissione dei bandi di gara (reticenza del settore privato ad impegnarsi in qualsiasi tipo di studio o di discussione prima della pubblicazione del bando di gara, senza avere la garanzia di non essere successivamente escluso dalle procedure di aggiudicazione), l'assegnazione delle concessioni ai consorzi (i quali, partecipando a proprio rischio, volevano presentare le offerte per le concessioni sapendo di poter stipulare i contratti con i loro soci per le necessarie forniture o prestazioni di servizi e di lavori) ed il ricorso alla procedura negoziata (se con bando, procedura generale solamente nei settori speciali; mentre per quel che riguardava i settori classici era possibile avvalersi della procedura negoziata – con o senza bando – solo in casi ben determinati e tassativamente enumerati).

³⁰⁷ Di nuovo refuso di traduzione: il riferimento è da intendersi al *public procurement* in generale.

Il titolo originale del Libro Verde è *Public procurement in the European Union: exploring the way forward* e concerne sia appalti che concessioni. Anche nel prosieguo occorre tenerne debito conto.

perseguire. Questa riflessione deve pertanto essere aperta e completa. Tale riflessione deve d'altra parte tenere conto dell'evoluzione dei mercati e delle procedure contrattuali in vigore in Europa, segnatamente nel quadro dello sviluppo del finanziamento privato delle pubbliche infrastrutture".³⁰⁸

Proponimento che il Comitato replica in sede di conclusioni, ove sollecita la Commissione a promuovere nuovi metodi contrattuali basati sul finanziamento privato delle pubbliche infrastrutture.

Degna di rilievo è senza dubbio l'enfasi posta sulle implicazioni di carattere superindividuale sempre sottese all'affidamento di un contratto pubblico.³⁰⁹

Oggetto di discussione è la nozione di "corretta gestione" dei contratti pubblici, nozione circa la quale occorre mutare approccio in favore dei cd. "*life cycle assessment*" e "*whole life costing*".³¹⁰

Dal profilo di mera economicità e concorrenza del vincitore in gara ci si sposta progressivamente verso una valutazione a 360 gradi dei progetti, dell'offerta, coinvolgendo anche le popolazioni, le quali costituiranno in ogni caso i destinatari finali dei benefici o degli inconvenienti, a seconda degli esiti.³¹¹

Ciò non toglie che, pur a fronte dei chiarimenti e dei correttivi volti a rimuovere gli ostacoli inerenti al PPP, la disciplina comunitaria sul *public procurement* presentava (e presenta tuttora: v. *supra*) delle carenze in relazione alle quali non basta rimuovere ma occorre sviluppare ed integrare.³¹²

³⁰⁸ Cfr. ptt. 1.1-1.2 del parere del Comitato economico e sociale in merito al Libro Verde: "Gli appalti pubblici nell'Unione europea - Spunti di riflessione per il futuro" (97/C 287/20).

³⁰⁹ Cfr. pt. 2.3 del medesimo parere: "Il Comitato tuttavia lamenta l'assenza di una riflessione di fondo sull'impatto di una corretta gestione degli appalti pubblici. Il Comitato auspica che la Commissione europea effettui studi più precisi sulle ripercussioni, sulla durata delle regolamentazioni comunitarie in termini di competitività, di economie di bilancio, di posti di lavoro e in termini di qualità dei lavori realizzati e dei servizi forniti".

³¹⁰ Cfr. pt. 2.4 del medesimo parere: "Il prezzo non è l'unico criterio determinante. Ci sono infatti altri elementi che possono essere presi in considerazione: la qualità, il rispetto delle scadenze, la tutela ambientale, la funzionalità, la sicurezza ... in breve, il costo globale delle operazioni calcolato sulla durata".

³¹¹ Cfr. pt. 2.5 del medesimo parere: "In alcuni Stati membri si praticano offerte a prezzi eccezionalmente bassi, una situazione nociva per tutte le parti interessate. È la collettività che deve sopportarne nel tempo tutte le conseguenze: difetti e vizi di costruzione, scomparsa di imprese, rincaro finale del prezzo (clausole aggiuntive ai contratti o lavori complementari resi necessari). Tali pratiche inoltre falsano le condizioni di concorrenza tra le imprese e mettono a repentaglio le condizioni di lavoro e la stabilità dei posti di lavoro. Oggi, una politica europea degli appalti pubblici non può non tener conto di questo problema e deve cercare di porvi rimedio".

³¹² Cfr. pt. 3.8 del medesimo parere nel quale il Comitato domandava alla Commissione di rivedere il proprio approccio circa le concessioni per renderle più autonome rispetto alla definizione di appalto di lavori: "la questione delle concessioni dovrebbe essere esaminata attentamente, fermo restando che la loro

§1.4.3. Il rafforzamento del PPP: Efficacia

Il terzo ed ultimo stadio, una volta individuato il PPP quale soluzione ideale e riconosciuti i possibili intralci esistenti, risiede nell'implementazione di strumenti adeguati.

L'abbrivio di questa fase finale coincide con la Comunicazione della Commissione "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea" COM(1998) 143 def., Bruxelles, 11.03.1998 e dalla constatazione che *"il quadro normativo attuale non costituisce un fine in se stesso: esiste per permettere di cogliere i frutti del mercato unico nel settore degli appalti pubblici. Gli orientamenti politici, le regole e le modalità di applicazione dovrebbero riflettere la realtà e non il contrario"*.³¹³

Sotto un primo profilo, si assiste alla semplificazione e istituzione di procedure più duttili – in special modo la procedura di dialogo competitivo³¹⁴ – per evitare disfunzioni in

attribuzione dovrebbe essere oggetto di trasparenza e criteri obiettivi. *Tra una concessione e un contratto d'appalto esistono differenze sostanziali attinenti l'oggetto, la durata, le condizioni di finanziamento, le modalità di gestione ai fini della portata della responsabilità.* Per favorire lo sviluppo di tali contratti, specie ai fini delle reti transeuropee, la Commissione europea potrebbe studiare un adeguato strumento giuridico concernente il loro regime di esecuzione" (corsivo aggiunto: si rinvia a quanto precede, Parte I *supra*).

³¹³ Di nuovo refuso di traduzione: il riferimento è da intendersi al *public procurement* in generale.

Cosciente dei notevoli cambiamenti intervenuti dopo la pubblicazione delle prime direttive negli anni '70, la Commissione riconosce la necessità di conferire un nuovo orientamento alla propria politica e di snellire la normativa semplificando la complessità del quadro giuridico e rendendo più flessibili le procedure.

³¹⁴ L'introduzione del dialogo competitivo a livello comunitario è stata caratterizzata da un percorso a dir poco travagliato. Nella sopraccitata Comunicazione del 1998, pt. 2.1.2.2, la Commissione constatava che "soprattutto negli appalti particolarmente complessi ed in evoluzione costante come, ad esempio, nel settore dell'alta tecnologia, gli acquirenti conoscono le proprie esigenze, ma, agli inizi, ignorano quale sia la migliore soluzione tecnica per soddisfarle. Di conseguenza, in tali casi, risultano necessari una discussione sull'appalto ed un dialogo tra acquirenti e fornitori. Ora, le procedure di diritto comune previste dalle direttive «classiche» lasciano un margine molto ridotto per la discussione in corso di procedura d'aggiudicazione e sono, pertanto, ritenute troppo rigide per questo tipo di situazione. La Commissione proporrà, dunque, di modificare i testi attuali delle direttive per conferire maggiore flessibilità alle procedure e fare sì che il dialogo nel corso di queste ultime non rivesta più carattere di eccezionalità. La Commissione proporrà una nuova procedura di diritto comune, il «dialogo competitivo», che andrà ad aggiungersi alle procedure «aperta» e «ristretta» e sostituirà l'attuale procedura negoziata con pubblicazione. Le condizioni e le modalità nelle quali le amministrazioni aggiudicatrici potranno ricorrere a questa procedura, nonché lo svolgimento della stessa, dovranno essere precisati sulla base, in particolare, dei principi di trasparenza e di parità di trattamento. Sussisterà, dunque, come procedura eccezionale, unicamente una procedura detta «procedura di trattativa privata» le cui condizioni d'applicazione devono essere interpretate restrittivamente conformemente alla giurisprudenza della Corte".

Nei piani della Commissione, dunque, la procedura negoziata sarebbe sopravvissuta solo nella sua veste non competitiva, surrogata per il resto dal dialogo competitivo. Ma la storia ha avuto tutt'altro corso per lo più a causa di un *revirement* del plesso comunitario in sede di elaborazione della direttiva n. 18 del 2004: "La versione iniziale della Direttiva prevedeva, infatti, in luogo di tale dialogo competitivo il ricorso ad una "trattativa privata" con preventiva pubblicazione del bando di gara. Tale impostazione è stata criticata nel corso dell'*iter* di discussione della Direttiva (in particolare si veda il Comitato delle regioni nel parere del 16.05.2001 in G.U.C.E. C 144/24) ed, infine, sostituita nella versione definitiva. Si veda in proposito quanto stabilito dal Consiglio, nella posizione comune del 24.06.2003 in G.U.C.E. C 147 E/132 - emendamento 9, nella parte in cui dispone che: *"Il consiglio non ha potuto accogliere questo emendamento. Ha convenuto di introdurre una nuova procedura invece di creare una nuova fattispecie per la procedura negoziata preceduta*

sede di aggiudicazione, ed all'inquadramento di taluni fenomeni, come le concessioni o i contratti di servizio pubblico e altre forme di partenariato tra settore pubblico e privato (PPP), in modo da conciliare il loro buon funzionamento con quello del mercato interno.³¹⁵

Sotto un secondo profilo, vengono esaminate le condizioni a cui criteri ambientali³¹⁶ e criteri sociali³¹⁷ possono essere presi in considerazione nei contratti pubblici.

*da pubblicazione...". In dottrina v. R. SCREPANTI - G. PASQUINI *Le procedure: i nuovi strumenti di flessibilità* in *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici* di L. FIORENTINO - C. LACAVA cit. 75 ss." (così Urbani P.; Passeri L., *Guida al codice dei contratti pubblici* (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, D.Lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113 e Corte cost. 23 novembre 2007, n. 401), Giappichelli, Torino, 2008, p. 155).*

³¹⁵ Nella Comunicazione del 1998, COM(1998) 143 def., pt. 2.1.2.4, la Commissione si occupava del trattamento delle concessioni e delle altre forme di partenariato pubblico-privato (PPP) per permettere di sviluppare tali forme di partenariato garantendo al contempo il rispetto delle norme di concorrenza e dei principi fondamentali del Trattato. Essendo regolamentate da una direttiva solamente le concessioni di lavori, il problema della certezza del diritto si poneva per le concessioni di servizi, i contratti di servizi pubblici o le altre forme di partenariato.

Nell'intento di pervenire ad una semplificazione e ad un chiarimento delle norme applicabili, la Commissione si proponeva di elaborare, in una prima fase, un documento interpretativo destinato a chiarire e precisare le norme e i principi applicabili alle concessioni ed, in un secondo momento, una modifica delle direttive destinata a coprire tutte le forme di concessione non ancora regolamentate.

In questo contesto, la Commissione si proponeva anche di esaminare le altre forme di partenariato pubblico-privato al fine di determinare in quale misura le regole sui contratti pubblici fossero o meno un contesto normativo appropriato per garantire il rispetto delle disposizioni del Trattato permettendo, al contempo, lo sviluppo di tali forme di cooperazione. Si trattava di garantire che la scelta del partner avesse luogo dopo un'apertura alla concorrenza comunitaria con una pubblicazione preliminare e l'applicazione di un minimo di regole procedurali che, per rispondere ad un'esigenza di flessibilità, consentissero un ampio ricorso al dialogo tra le parti interessate, rispettando, peraltro, il principio della parità di trattamento. Inoltre, per tener conto delle legittime preoccupazioni espresse da taluni operatori, si sarebbe prevista, per il consorzio prescelto, la possibilità di stipulare direttamente contratti con i propri partner, a condizione che l'esistenza di tali contratti fosse stata annunciata all'avvio della procedura di aggiudicazione.

³¹⁶ Nella sopraccitata Comunicazione del 1998, pt. 4.3, eleggendo il Trattato di Amsterdam gli obiettivi ambientali a priorità dell'Unione, la Commissione ribadiva che il diritto comunitario ed, in particolare, le direttive sui contratti pubblici offrivano numerose possibilità di prendere in considerazione la protezione ambientale negli acquisti della pubblica amministrazione in sede di definizione dei prodotti o dei servizi da acquistare (specifiche tecniche, criteri di selezione e/o aggiudicazione, modalità d'esecuzione), e di esclusione dei candidati. In generale, però, la Commissione ricordava che l'obiettivo dei contratti pubblici rimaneva essenzialmente economico e che, pertanto, era fondamentale determinare, per ogni procedura di aggiudicazione, gli elementi ambientali connessi ai prodotti ed ai servizi richiesti, dei quali tener conto.

Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione "Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici" COM(2001) 274 def., Bruxelles, 4.7.2001.

³¹⁷ Nella sopraccitata Comunicazione del 1998, pt. 4.4, erigendo il Trattato di Amsterdam, tra le priorità, l'eliminazione delle disuguaglianze, la necessità di combattere qualsiasi tipo di discriminazione e la promozione della parità tra uomini e donne, la Commissione precisava, oltre alla possibilità di includere l'obbligo di rispettare il diritto del lavoro esistente – in particolare la legislazione sociale comunitaria e quella emanata dall'Organizzazione internazionale del lavoro (O.I.L.) –, quella di prendere in considerazione il perseguimento di obiettivi sociali in occasione degli acquisti della pubblica amministrazione (come condizione di realizzazione dei contratti pubblici aggiudicati, volti a promuovere il lavoro femminile od a favorire la tutela di determinate categorie svantaggiate o le cosiddette "azioni positive", cioè utilizzare un contratto pubblico come mezzo per raggiungere un certo obiettivo, per esempio, la costituzione di un mercato ristretto per unità produttive che impiegano disabili) e in sede esclusione dei candidati.

Prende corpo l'idea che l'obiettivo dell'uso ottimale del denaro pubblico non esclude a priori di tenere in considerazione aspetti di ordine sociale ed ecologico e di tutela del consumatore, a condizione del rispetto del diritto comunitario ed, in particolare, dei principi di trasparenza e di non discriminazione, nonché delle norme sui contratti pubblici.

La politica socio-ambientale, dopo il Trattato di Amsterdam, dunque finisce col rivestire un'importanza fondamentale per l'Unione Europea.

Essa è volta, tra l'altro, ad ottenere un elevato livello di protezione ambientale, occupazionale e sociale, nonché dei consumatori, per i quali la realizzazione di una politica più efficace del *public procurement* potrà avere degli effetti positivi, in particolare grazie a servizi ed infrastrutture qualitativamente migliori ed economicamente più vantaggiosi.³¹⁸

Ad ogni modo, a conclusione della Comunicazione *de qua*, la Commissione fissava in calendario, per il 1998, due appuntamenti assolutamente degni di menzione: una comunicazione sulle concessioni e sui problemi connessi alle reti transeuropee (RTE), diventata poi la nota Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, 29 aprile 2000, (2000/C 121/02), ed una riflessione sui problemi inerenti alle diverse forme di partenariato pubblico-privato, venuta alla luce in seguito all'intervento sostitutivo da parte del Comitato Economico e Sociale, il quale ha deciso di elaborare un parere d'iniziativa sul rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico-privato (PPP) come strumenti di rilancio della crescita europea al servizio dei cittadini europei e dell'integrazione dei mercati (2001/C 14/19).³¹⁹

Così si chiude, per il momento, questo rapido *excursus* sull'evoluzione della contrattualistica pubblica in sede comunitaria.

Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici COM(2001) 566 def., Bruxelles, 15.10.2001.

³¹⁸ Nella sopraccitata Comunicazione del 1998, pt. 4.5, la Commissione ravvisava la necessità di prendere maggiormente in considerazione la politica dei consumatori nella politica dei contratti pubblici dell'Unione, soprattutto per quanto riguarda la promozione della trasparenza e del dialogo con le organizzazioni dei consumatori.

Si rinvia ad Alberti C., *Tutela ambientale, politica sociale e appalti: verso uno sviluppo sostenibile del Mercato unico. Primi interventi interpretativi della Commissione Ce*, Rivista trimestrale degli appalti 1: 161-181, 2002 (www.osservatorioappalti.unitn.it).

³¹⁹ Entrambi esaminati nel Capitolo I, paragrafo §1.2, della Parte I (v. *supra*), a cui si rinvia.

Capitolo II. Il PPP sostenibile

Come si è cercato di delineare nelle sezioni che precedono, l'evoluzione del *public procurement* a livello europeo³²⁰, aderendo alla trasformazione del plesso comunitario in Unione, ha progressivamente spostato il proprio baricentro dalla mera concorrenza di mercato all'inclusione di istanze ulteriori di stampo economico, sociale ed ambientale (i cd. "tre pilastri").³²¹

E ciò è accaduto secondo un percorso sostanzialmente bifasico in cui ad una prima fase reattiva, volta per lo più a rimediare ai problemi esistenti ed alla loro eliminazione (evitando ogni discriminazione fra Stati membri durante l'apertura del mercato unico), è poi seguita una fase proattiva, finalizzata alla promozione di obiettivi generali da

³²⁰ Per una panoramica sulla evoluzione recente del *public procurement* a livello europeo in funzione della rivalutazione di alcune esigenze delle amministrazioni (come quelle sociali, ambientali e dell'innovazione), esigenze in precedenza sacrificate in nome di una rigida ed esasperata tutela della concorrenza, si rinvia a Cozzio M., "Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement" e D'Aleo E., "La revisione delle direttive sui contratti pubblici: criticità e prospettive", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013.

³²¹ Il Titolo XVIII del TFUE, rubricato "Coesione economica, sociale e territoriale" e composto dagli artt. 174-178, rende evidente il perseguimento di tali obiettivi da parte sia dell'Unione che degli Stati membri.

Già nella Comunicazione della Commissione "Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile" (Proposta della Commissione per il Consiglio europeo di Göteborg) COM(2001) 264 def., Bruxelles, 15.5.2001, era stato sancito che la crescita economica, la coesione sociale e la tutela dell'ambiente devono andare di pari passo in vista del raggiungimento del benessere della società nel suo complesso. A tal fine, secondo la Commissione, si rende necessaria una nuova *leadership* politica che coordini e coinvolga tutti i soggetti interessati, pubblici e privati (essendo i cittadini e le imprese, in definitiva, ad apportare i cambiamenti nei modelli di consumo e di investimento necessari per realizzare lo sviluppo sostenibile).

Per poter fare ciò, a detta della Commissione, sono necessari un processo politico più aperto, improntato ad un dialogo tempestivo e sistematico (in particolare con i rappresentanti dei consumatori, di cui si tende spesso a trascurare gli interessi, come anche con i paesi terzi), ed investimenti nella scienza e nella tecnologia per il futuro (incentivando l'innovazione è possibile sviluppare tecnologie nuove in grado di utilizzare meno risorse naturali, di ridurre l'inquinamento o i rischi per la salute e la sicurezza, e che risultino meno costose delle precedenti).

In dottrina è pacifica la possibilità di considerare fattori socio-ambientali come elementi di giudizio nelle scelte di carattere prettamente politico-economico.

Sull'argomento si rinvia ad Arrow K.J., *Political and Economic Evaluation of Social Effects and Externalities*, NBER Chapters, in: *The Analysis of Public Output*, pages 1-30, National Bureau of Economic Research, Inc., 1970; Arrow K.J.; Cropper M.L.; Eads G.C.; Hahn R.W.; Lave L.B.; Noll R.G.; Portney P.R.; Russell M.; Schmalensee R.; Smith V.K.; Stavins R.N., *Is There a Role for Benefit-Cost Analysis in Environmental, Health, and Safety Regulation?*, American Association for the Advancement of Science 272: 221-222, 1996; Arrow K.J.; Cropper M.L.; Eads G.C.; Hahn R.W.; Lave L.B.; Noll R.G.; Portney P.R.; Russell M.; Schmalensee R.; Smith V.K.; Stavins R.N., *Benefit-Cost Analysis in Environmental, Health, and Safety Regulation: A Statement of Principles*, American Enterprise Institute, The Annapolis Center, and Resources for the Future, 1996; Arrow K.J.; Amartya K.S.; Kotaro S., *Handbook of Social Choice and Welfare*, vol. I, North-Holland, 2002.

raggiungere nel lungo periodo tramite una lungimiranza opportunamente lenitiva della cd. “miopia del mercato”.³²²

L’idea di fondo è che il miglior prezzo non sempre vuol dire miglior costo.

Il mercato come limite (*i.e.* le clausole negoziali o condizioni di esecuzione devono rispettare il diritto comunitario ed in particolare non devono avere effetti discriminatori diretti o indiretti nei confronti di offerenti non nazionali) lascia spazio al mercato come opportunità per l’innovazione e la maggiore considerazione di problematiche economiche, sociali e ambientali.³²³

A tal fine diviene assolutamente imprescindibile la nozione di sviluppo sostenibile e la sua stretta connessione con la contrattualistica pubblica, in particolare con il PPP.

³²² L’apogeo della svolta è sicuramente coinciso con il Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di contratti pubblici, aperto con una consultazione pubblica nel gennaio 2011, mediante il quale l’Unione Europea ha avviato una revisione del sistema UE dei contratti pubblici per accrescerne l’efficienza e l’efficacia (strettamente intrecciata con gli obiettivi della Strategia Europa 2020).

Losada F., *The Green Paper on the modernization of public procurement policy of the EU: Towards a socially-concerned market or towards a market-oriented society?*, Oñati Socio-legal Series 2(4), 2012, p. 73, rileva che “The Green Paper creates a link between some of the social objectives of the Europe 2020 strategy and public procurement in such a way that their promotion comes from using the purchasing power of Member States “to procure goods and services with higher ‘societal’ value in terms of fostering innovation, respecting the environment and fighting climate change, reducing energy consumption, improving employment, public health and social conditions, and promoting equality while improving inclusion of disadvantaged groups” (European Commission 2011, p. 33-34). How are these political objectives translated into the technical terminology required to de-politicize them and thus avoid the risks inherent to politics? The Green Paper proposes two different strategies, basically related to “how to buy” and “what to buy”. The former establishes some procedural requirements guaranteeing a certain degree of social or environmental protection, while the latter grants such protection via substantive requirements, *i.e.* through the way the works, services or supplies to be hired protect such issues. In any case, both procedural and substantive requirements imposed by public authorities in order to foster some environmental or social protection cannot mean that the state aid rules (articles 107 to 109 TFEU) are somehow not observed”.

³²³ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni “Appalti pre-commerciali: promuovere l’innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa” COM(2007) 799 def., Bruxelles, 14.12.2007: “Nell’UE, come altrove nel mondo, il settore pubblico deve fare fronte a importanti sfide sociali. Si tratta, tra l’altro, di assicurare cure sanitarie di elevata qualità a prezzi accessibili per affrontare l’impatto dell’invecchiamento della popolazione, di lottare contro i cambiamenti climatici, di accrescere l’efficienza energetica, di migliorare l’accesso ad un insegnamento di elevata qualità e di gestire più efficacemente le minacce alla sicurezza. Per far fronte a tali sfide sono necessarie soluzioni nuove e migliori. Saranno necessarie nuove apparecchiature, ad esempio, per svolgere ricerca medica di punta, per effettuare la diagnosi precoce delle malattie e per scoprire nuove cure, per ridurre il consumo energetico degli edifici e dei trasporti pubblici, per proteggere la popolazione dalle minacce alla sicurezza, senza violarne la *privacy*. Alcuni dei miglioramenti necessari sono di tale complessità tecnologica che non esistono ancora sul mercato soluzioni stabili dal punto di vista commerciale ovvero le soluzioni esistenti presentano carenze che richiedono ulteriori attività di R&S. Elaborando strategie lungimiranti in materia di appalti, che includano appalti di R&S per sviluppare nuove soluzioni ai predetti problemi, il settore pubblico può avere un impatto significativo a medio e lungo termine sull’efficienza dei servizi pubblici e sulla capacità di innovazione e sulla competitività delle imprese europee”.

Si suole infatti parlare di “*Sustainable Public Private Partnership*” (SPPP) e di “*Sustainable Public Procurement*” (SPP).³²⁴

E non solo in relazione al profilo sostanziale, ovverosia all’effettiva considerazione di elementi non meramente economici, ma soprattutto a quello procedimentale, vale a dire il coinvolgimento di tutti i portatori di interessi correlati.³²⁵

In sintesi, occorre migliorare la comunicazione e mobilitare i cittadini e le imprese.

Le sfide principali per lo sviluppo sostenibile richiedono invero un approccio globale e intersettoriale.

Gli interventi concreti nei settori specifici devono ispirarsi ai ricordati principi di economicità, efficienza, efficacia e le politiche unionali devono puntare a massimizzare il contributo che esse forniscono agli obiettivi strategici fissati.

§2.1. L’uso strategico dei contratti pubblici

In tutte le nuove direttive sui contratti pubblici approvate nel 2014 è presente il seguente considerando³²⁶:

³²⁴ Sul punto cfr. Dragos D.; Neamtu B., *Sustainable Public Procurement: Life Cycle Costing (LCC) in the New EU Directive Proposal*, *European Public-private Partnership Law Review* 1: 19, 2013.

³²⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni “Appalti pubblici per un ambiente migliore” COM(2008) 400 def., Bruxelles, 16.7.2008 e Comunicazione della Commissione “Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva” COM (2010) 2020 def., Bruxelles, 3.3.2010.

Da ultimo si veda la proposta di Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio su un programma generale di azione dell’Unione in materia di ambiente fino al 2020 “Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta”, Bruxelles, 29.11.2012 COM(2012) 710 final 2012/0337 (COD), confluita poi nella Decisione N. 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013 su un programma generale di azione dell’Unione in materia di ambiente fino al 2020 «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta», tramite la quale è stato adottato un programma generale di azione dell’Unione in materia di ambiente per il periodo fino al 31 dicembre 2020 («7° programma di azione per l’ambiente» o «7° PAA»). In particolare, all’art. 3, è stabilito che l’Unione e gli Stati membri sono responsabili – secondo i principi di attribuzione, di sussidiarietà e di proporzionalità – per l’adozione delle azioni appropriate ai fini della realizzazione degli obiettivi prioritari stabiliti nel 7° PAA e che le autorità pubbliche a tutti i livelli attuano il 7° PAA in collaborazione con gli operatori economici, le parti sociali, i rappresentanti della società civile e i privati cittadini.

³²⁶ Cfr. cons. 2 della direttiva sugli appalti ordinari, cons. 4 della direttiva sugli appalti nei settori speciali, e cons. 3 di quella sulle concessioni. Preme far notare – non per una mera questione di traduzione, semmai per una di traduttologia – che nel testo in lingua inglese compare l’espressione “*public procurement*” da tradurre, come a più riprese segnalato, “approvvigionamento pubblico” o “contratti pubblici”. La ragione è presto detta: utilizzando la traduzione “appalti pubblici” vengono *de plano* escluse anzitutto le concessioni; cosa che porta al paradosso se si pensa alla direttiva sulle medesime.

Inoltre il cons. 95 (v. anche il 123) della direttiva sugli appalti ordinari e il cons. 100 (v. anche il 129) della direttiva sugli appalti nei settori speciali ribadiscono l’importanza degli appalti pubblici al fine di realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva.

Sul tema si rinvia a Cozzio M., “Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement” e D’Aleo E., “La revisione delle direttive sui contratti pubblici: criticità e prospettive”,

“Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo “Europa 2020 - Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva” (“strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l’uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. A tal fine, la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l’efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale. È inoltre necessario chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell’Unione europea in materia”.

La cristallizzazione dell’uso strategico dei contratti pubblici conferma quanto premesso ed anzi, semmai ve ne fosse stato bisogno, amplifica la forte connotazione politica assunta dal *public procurement* a livello europeo.

Per quanto riguarda la componente ambientale, il riferimento più ovvio e scontato è al cd. “*Green Public Procurement*” (GPP).³²⁷

in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013.

³²⁷ Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione “Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici” COM(2001) 274 def., Bruxelles, 4.7.2001.

La sopraccitata Comunicazione COM(2008) 400 definisce il *Green Public Procurement* (GPP) come “un processo mediante cui le pubbliche amministrazioni cercano di ottenere beni, servizi e opere con un impatto ambientale ridotto per l’intero ciclo di vita rispetto a beni, servizi e opere con la stessa funzione primaria ma oggetto di una procedura di appalto diversa”.

Anche qui giova rammentare – come peraltro puntualizzato dalla Comunicazione stessa – che il GPP si riferisce tanto agli appalti quanto alle concessioni, senza distinzioni di sorta, ed in generale a tutti i contratti pubblici sia sopra che sottosoglia. Basti pensare che fra i settori in ordine ai quali sono stati enucleati i criteri GPP rientrano le costruzioni, i trasporti e l’energia, aree solitamente oggetto di concessione.

Sull’argomento si rinvia a Spagnuolo F., *Il green public procurement e la minimizzazione dell’impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 2: 397, 2006; Gaverini F., *Attività contrattuale della p.a. e protezione dell’ambiente: gli appalti verdi*, Rivista Giuridica dell’Edilizia 5-6: 153, 2009; Appolloni A.; D’Amato A.; Wenjuan C., *Is Public Procurement Going Green? Experiences and Open Issues*, 2011; Colosimo C., “L’oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse” in Comporti G.D., *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; Antonioli M., *Consensualità e tutela ambientale fra*

Più in generale, però, vale il principio di integrazione fissato dall'art. 11 del TFUE (ex articolo 6 del TCE), il quale dispone che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile.³²⁸

Con riferimento alla tematica sociale, oltre a far presente che il TFUE contiene un apposito titolo sulla politica sociale, il X (artt. 151-161), è sufficiente constatare che l'UE è impegnata su vari fronti: alcune azioni mirano a dare attuazione al potenziale europeo per

transazioni «globali» e accordi di programma, Diritto Amministrativo 4: 749, 2012; Fidone G., *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 5: 819, 2012; Cucuzza G., *La strategia europea per lo sviluppo sostenibile e gli acquisiti pubblici verdi*, XL Incontro di Studio del Ce.S.E.T.: 203-211, Firenze University Press (www.fupress.com/ceset), 2013; Clarich M.; Fidone G., *La considerazione di variabili ambientali nella scelta del contraente (i cd. appalti verdi)*, relazione al convegno "Il diritto degli appalti pubblici all'alba delle nuove direttive comunitarie" presso la Camera dei deputati, Roma, 15 novembre 2013; Kunzlik P., *Green Public Procurement - European Law, Environmental Standards and 'What To Buy' Decisions*, Journal of Environmental Law, Oxford University Press, 2013.

In particolare, sul carattere volontario del GPP, si vedano Bratt C.; Hallstedt S.; Robèrt K.-H.; Broman G.; Oldmark J., *Assessment of criteria development for public procurement from a strategic sustainability perspective*, Journal of Cleaner Production 52: 309-316, 2013: "Being a market-based instrument, GPP is intended to provide incentives for both procurers and suppliers to change their decisions and product portfolios on a voluntarily basis. The GPP is a policy instrument that aims at encouraging the use of increasingly effective environmental requirements in public procurement. Its potential lies in that suppliers and supply chains are given incentives to gradually and innovatively move the production in a direction that can be foreseen with regards to communicated requirements".

Gli autori mostrano il sostanziale insuccesso del GPP a causa di numerosi fattori, in qualche caso endogeni (incapacità della p.a.), in qualche altro esogeni (timore di ricorsi): "However, several studies point to the uptake of green procurement being slow and that innovative solutions are weakly supported by public procurement (Foray et al., 2011; Centre for European Policy Studies, 2012). Acquisitions cost is still the predominant criterion for awarding public contracts and the EU target of having 50% of all public tendering procedures green by 2010 has not been met (Centre for European Policy Studies, 2012). Public procurers still tend to stick to past practices (Palmujoki et al., 2010) and in a recent study of construction contracts in Sweden it was shown that environmental evaluation criteria are rare, and if they exist, they seldom seem to affect the outcome of the evaluation (Varnäs et al., 2009). Suggested reasons for the slow implementation of GPP in general are lack of top level support and thus legitimacy, lack of individual commitment and competence, internal incapacity to see long-term costs instead of only the purchasing price, unclear, complex legislation, fear of appeal by suppliers who did not win the contract, and also a desire to simplify the tendering procedure (Walker et al., 2008; PricewaterhouseCoopers et al., 2009; Varnäs et al., 2009; Palmujoki et al., 2010; Swedish Environmental Protection Agency, 2010). Moreover, procurement is rarely used as a support and driver of innovation and value creation (Foray et al., 2011). According to Preuss (2005) and Meehan and Bryde (2011), there is, above all, a discrepancy between rhetoric in corporate policy statements and missions and the organizational reality of supply chain management and procurement practices".

Sui limiti del GPP si vedano anche Marklund P.-O.; Lundberg S.; Brännlund R., *Assessment of Green Public Procurement as a Policy Tool: Cost-efficiency and Competition Considerations*, 2009.

Per una analisi empirica del fenomeno all'interno dell'UE, si segnala: Centre for European Policy Studies (CEPS) and College of Europe, *The uptake of Green Public Procurement in the EU27*, submitted to the European Commission, DG Environment, Bruxelles, 2012.

³²⁸ Premesso che il TFUE dedica all'ambiente il Titolo XX (artt. 191-193), occorre dire che le nuove direttive europee sugli appalti, ai cons. 91 per i settori ordinari e 96 per quelli speciali, richiamano espressamente l'art. 11 del TFUE sancendo che le amministrazioni aggiudicatrici contribuiscono alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile ottenendo per i loro appalti il migliore rapporto qualità/prezzo.

una piena occupazione tramite un miglioramento quantitativo e qualitativo dell'occupazione, prevedendo e gestendo il cambiamento e adattandosi al nuovo ambiente di lavoro, sfruttando il potenziale offerto dall'economia cognitiva e promuovendo la mobilità; altre si basano sull'ammodernamento ed il miglioramento della protezione sociale, la promozione dell'integrazione sociale, il rafforzamento della parità fra i sessi e dei diritti fondamentali e sulla lotta contro la discriminazione; inoltre esistono iniziative volte alla preparazione dell'allargamento e alla promozione della cooperazione internazionale e che mirano a fare in modo che il dialogo sociale possa contribuire a raccogliere le varie sfide che si presenteranno.³²⁹

Ai fini della considerazione di aspetti socio-ambientali in un contratto pubblico è importante evidenziare la problematica dei rischi collegati alle diverse variabili che discendono dalla decisione della p.a. di dar rilievo a questo o quell'elemento che condiziona la realizzazione della commessa pubblica.

³²⁹ Cfr. Libro bianco sulla politica sociale del 1994 COM(94)333 def. del 27 luglio 1994, ove si afferma *expressis verbis* che “L'Europa ha bisogno di un piano per la gestione del cambiamento”, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni “Agenda per la politica sociale” COM (2000) 379 def., Bruxelles, 28.6.2000 e Comunicazione interpretativa della Commissione sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici COM(2001) 566 def., Bruxelles, 15.10.2001.

L'amministrazione dispone di un'ampia gamma di possibilità per la definizione di clausole contrattuali in materia sociale con riferimento all'esecuzione della prestazione, quali, ad esempio, l'obbligo di assumere disoccupati, in particolare di lunga durata, o di introdurre azioni di formazione per disoccupati o giovani ai fini dell'adempimento della prestazione; l'obbligo di realizzare misure atte a promuovere le pari opportunità tra uomini e donne o la diversità etnica o razziale; l'obbligo di rispettare le disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'OIL sul luogo di esecuzione della prestazione; l'obbligo di assumere un numero di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale dello Stato membro in cui ha luogo l'esecuzione dell'appalto o di quello del titolare del contratto.

Con specifico riferimento all'Italia, si segnala il Decreto ministeriale (MATTM) 6 giugno 2012 “Guida per l'integrazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici”, ove riscuote interesse la procedura di dialogo strutturato (pt. 3) per i criteri sociali che, in ossequio all'art. 154 del TFUE, prevede la costruzione di un processo di facilitazione tra le amministrazioni aggiudicatrici e i relativi fornitori, attraverso il quale si sviluppa la dimensione della responsabilità sociale nell'ambito del settore degli approvvigionamenti pubblici. Il dialogo strutturato si propone gli obiettivi di migliorare la conoscenza relativa alle condizioni di lavoro e al rispetto dei diritti umani lungo la catena di fornitura, di trasmettere segnali di attenzione sugli standard sociali lungo la stessa catena, e di permettere il monitoraggio dell'applicazione dei criteri sociali, compresa l'attivazione di eventuali meccanismi correttivi in caso di mancato rispetto degli stessi.

Anche qui giova rammentare che la categoria si riferisce tanto agli appalti quanto alle concessioni, senza distinzioni di sorta, ed in generale a tutti i contratti pubblici.

Per una ricostruzione storica dell'evoluzione dell'elemento sociale e della relativa ricognizione nell'ambito delle attività delle istituzioni comunitarie e non, in virtù del rapporto di stretta interdipendenza tra la dimensione economica e la dimensione sociale nel processo di integrazione europea e di unificazione del mercato, si rinvia ad Alberti C., *Tutela ambientale, politica sociale e appalti: verso uno sviluppo sostenibile del Mercato unico. Primi interventi interpretativi della Commissione Ce*, Rivista trimestrale degli appalti 1: 161-181, 2002 (www.osservatorioappalti.unitn.it); McCrudden C., *Using public procurement to achieve social outcomes*, Natural Resources Forum 28: 257-267, 2004; Cerbo P., *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della «dignità umana»*, Foro Amministrativo T.A.R. 5: 1875, 2010.

Nella fase che riguarda la scelta dell'oggetto contrattuale l'amministrazione è infatti libera di prendere in considerazione aspetti sociali e ambientali, scegliendo un prodotto o un servizio rispondente ai propri obiettivi; se ed in che misura ciò si realizzi in concreto dipende dal livello di consapevolezza e dalle conoscenze dell'amministrazione.³³⁰

Sebbene questa breve panoramica sull'uso strategico della contrattualistica pubblica possa *ictu oculi* sembrare ridondante, la finalità della stessa non è affatto sterile.

Basta pensare al problema dei contratti complessi: essendo caratterizzati da incertezza e rischi non banali (a differenza, per intenderci, dell'acquisto di beni in serie), tali contratti – per natura incompleti – presentano almeno due ordini di criticità.

³³⁰ Il nuovo quadro giuridico unionale per i contratti pubblici ha contribuito ulteriormente a chiarire le modalità con cui i committenti pubblici possono inserire considerazioni di tipo socio-ambientale nelle proprie procedure all'insegna della strategia dell'UE per lo sviluppo sostenibile che coniuga la crescita economica, il progresso sociale e il rispetto dell'ambiente.

Ad oggi tutte e tre le nuove direttive contengono generali disposizioni di principio che impongono agli Stati membri di adottare misure adeguate per garantire che gli operatori economici rispettino gli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro: cfr. art. 18, par. 2, della direttiva sugli appalti ordinari, equivalente all'art. 36, par. 2, di quella sugli appalti nei settori speciali e all'art. 30, par. 3, di quella sulle concessioni, ai quali si aggiungono i cons. 37 (dir. app. ord.), 52 (dir. app. spec.), 55 (dir. conc.) sull'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro nelle procedure di approvvisionamento pubblico, i cons. 39 (dir. app. ord.), 54 (dir. app. spec.), 57 (dir. conc.) sulla trasposizione degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro in clausole contrattuali, i cons. 40 (dir. app. ord.), 55 (dir. app. spec.), 58 (dir. conc.) sulla vigilanza circa l'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, i cons. 41 (dir. app. ord.), 56 (dir. app. spec.), 59 (dir. conc.) sulla non ostatività delle direttive all'applicazione di misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali o altre misure ambientali in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE.

Come noto, le macrofasi procedurali idonee ad ospitare istanze di natura sociale o socio-ambientale possono essere:

- la definizione dell'oggetto (in Italia l'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006 afferma che il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito, ai criteri ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile);
- la definizione dei requisiti e delle specifiche tecniche o funzionali, che devono permettere l'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza nonché il conseguimento degli obiettivi di sostenibilità e di accessibilità (cfr. cons. 74-76 dir. app. ord. e 83-84 dir. app. spec., nonché art. 36 dir. conc.; in part. per l'ecoetichettatura cons. 75, artt. 43-44 dir. app. ord., equivalenti a cons. 85, artt. 61-62 dir. app. spec.; per i sistemi di gestione ambientale cons. 88 e art. 62 dir. app. ord., equivalenti a cons. 93 e art. 81 dir. app. spec.);
- la definizione di criteri di aggiudicazione e/o condizioni di esecuzione comprendenti aspetti ambientali, sociali o relativi all'innovazione riguardanti lavori, forniture o servizi in qualsiasi fase dei loro cicli di vita (cfr. cons. 92, 93, 94, 97, 98, 99, e artt. 67, 70 dir. app. ord. e cons. 97, 98, 99, 102, 103, 104 e artt. 82, 87 dir. app. spec., nonché cons. 64, 65, 66, 73 e artt. 36, 41 dir. conc.).

Tuttavia, la condizione di un collegamento con l'oggetto contrattuale esclude criteri e condizioni riguardanti la politica aziendale generale, che non può essere considerata un fattore che caratterizza il processo specifico di produzione o fornitura dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto dell'acquisto.

Resta da evidenziare che l'osservanza degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro imposti al contraente principale si estende pure ai subcontraenti (cfr. cons. 105 e art. 71 dir. app. ord., cons. 110 e art. 88 dir. app. spec., e cons. 72 dir. conc.).

Il primo deriva dal fatto che essi si fondano molto spesso su *output* (non *input*), con la conseguenza che sia sul lato della domanda sia su quello dell'offerta residua un enorme spazio di manovra per modellare un'offerta e per valutarne il pregio.

Il secondo, che discende dal primo, si colloca nella dinamicità del rapporto posto in essere: se infatti già in sede di offerta e di aggiudicazione rileva la magmaticità dell'oggetto del contratto (e dei rischi correlati), in fase di esecuzione del medesimo sono ancora più accentuate la rischiosità e la volatilità delle prestazioni negoziali.

Potrebbero dunque coesistere diverse proposte private in risposta alle esigenze della committenza: come valutare costi/benefici, ossia i rischi, e su chi devono ricadere?

Entrambe le parti, pubbliche e private, presentano lacune informative in quanto non possono sapere precisamente quali evenienze accadranno in futuro e devono perciò affidarsi alla competenza altrui in un clima di reciproca fiducia.³³¹

Altrimenti il rischio è di non addivenire a soluzioni idonee a soddisfare le esigenze funzionali della p.a., e ciò non solo dal punto di vista tecnico (*i.e.* qualità delle prestazioni) ed economico-finanziario (*i.e.* aderenza ai costi pattuiti nel contratto), ma anche logistico (*i.e.* rispetto dei tempi e dei luoghi).

Al fine di attenuare ed evitare siffatti inconvenienti, le procedure di *public procurement* hanno gradualmente sviluppato un approccio al contempo elastico e globale, allontanandosi dalla matrice puramente mercantile che le aveva originate.³³²

È quindi emersa la consapevolezza che la “mano invisibile” del mercato non può funzionare *per se* nell'ambito delle commesse pubbliche, dovendo essere incorporate ulteriori istanze che non possono in nessun caso essere trascurate.

La semplicistica regola secondo cui l'amministrazione deve precisare una serie di criteri da soddisfare – operazione nella quale essa mantiene un certo margine di libertà, pur restando fermo il diretto rapporto fra l'oggetto del contratto e i criteri di aggiudicazione – vede quale presupposto irrinunciabile il vantaggio economico, apportato dalla concorrenza,

³³¹ La cosiddetta “atmosfera” di cui parla O. E. Williamson: cfr. “Mercati e gerarchie”, p. 182 ss., in Nacamulli R.C.D.; Rugiadini A., *Organizzazione e mercato*, Il Mulino, Bologna, 1985.

³³² Siamo ormai distanti dalla sentenza *Beentjes* del 20.9.1988, C-31/87, in cui la Corte di Giustizia aveva precisato che per realizzare la finalità delle direttive, consistente nel garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici, l'interesse principale sottendeva al principio di parità di trattamento fra tutti gli offerenti.

Ad ogni modo, per la Corte una clausola che avesse richiesto all'aggiudicatario di impiegare, per l'esecuzione di un appalto, un certo numero o percentuale di disoccupati stabili o di giovani apprendisti, senza tuttavia imporre disoccupati o apprendisti di una data regione o collegati ad un ente nazionale, non avrebbe costituito di per sé una discriminazione nei confronti degli offerenti di altri Stati membri.

all'amministrazione aggiudicatrice. Il *punctum dolens* sta nella ristretta considerazione del destinatario del vantaggio economico, dovendosi rimarcare che esso è istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale (come da definizione di organismo pubblico).

Ne discende, per certi versi, l'inconciliabilità di una visione marcatamente liberista con la natura pubblica del committente.³³³

È proprio lì, nel carattere pubblico della committenza, che risiede la peculiarità del *public procurement*: l'obiettivo della *par condicio* non può soffocare le ulteriori istanze di cui sono innatamente portatori gli enti pubblici.

Più che al vantaggio economico della p.a. in assenza di discriminazioni si dovrebbe mirare al divieto di discriminazioni fondate su considerazioni economiche e non.³³⁴

Ciò significa che il vero obiettivo è ottenere il miglior risultato per la collettività, coinvolgendola nell'attività amministrativa e rappresentandone efficacemente le istanze.³³⁵

³³³ Una certa dottrina – cfr. Edquist C.; Hommen L., “Public technology procurement and innovation theory”, in Edquist et al., *Public Technology Procurement and Innovation*, Kluwer Academic Publishers (2000) – distingue tra *Direct Procurement* (basato sulle esigenze intrinseche interne all'organizzazione), *Cooperative Procurement* (basato su esigenze condivise tra gli utenti del settore pubblico e privato), e *Catalytic Procurement* (basato sulle esigenze di altri utenti finali, esterni all'organizzazione). Si rinvia a Hommen L.; Rolfstam M., *Public procurement and innovation: towards a taxonomy*, *Journal of public procurement* 9(1): 17-56, 2009.

Tale distinzione, sebbene relativa al *public procurement* tecnologico, non sembra rendere merito all'immanenza dell'interesse pubblico – nel senso della collettività, non solo della p.a. – quale elemento indefettibile dell'*agere* amministrativo.

³³⁴ Cfr. sentenza del 3.10.2000, causa C-380/98 *Università di Cambridge*, punto 17 – nella quale la Corte cita le sentenze del 15.1.1998, *Mannesmann*, causa C-44/96, punto 33, e *BFI Holding* del 10.11.1998, causa C-360/96, punti 42 e 43 – e sentenza dell'1.2.2001, causa C-237/99 *Commissione contro Repubblica francese*, punti 41 e 42, ove i Giudici di Lussemburgo hanno ribadito che l'obiettivo delle direttive è di escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare, nelle sue scelte, da considerazioni non economiche.

³³⁵ Oltre a citare la celeberrima decisione del 17 settembre 2002 sulla causa C-513/99, *Concordia Bus*, in tema di criteri ecologici (ammessi purché collegati all'oggetto dell'appalto, espressamente menzionati nella *lex specialis* di gara e rispettosi di tutti i principi fondamentali del diritto comunitario e, in particolare, del principio di non discriminazione) – in cui la Corte, pur stigmatizzando una libertà incondizionata di scelta in capo alla amministrazione aggiudicatrice, statuisce che il principio della parità di trattamento non osta a che siano presi in considerazione criteri collegati alla tutela dell'ambiente per il solo fatto che la azienda di trasporti propria dell'amministrazione aggiudicatrice rientra fra le rare imprese che hanno la possibilità di offrire un materiale che soddisfi i detti criteri –, è doveroso far notare il *revirement* dell'Unione in relazione ai cd. “contratti riservati”.

A fronte dell'iniziale atteggiamento di chiusura per cui sarebbero state incompatibili con le direttive sugli appalti pubblici le quote di appalti riservate a certe categorie di fornitori, le nuove direttive europee proseguono il percorso già avviato dalle precedenti del 2004 (anno della prima codificazione dei contratti riservati): v. conss. 36, 93, 98-99 e artt. 20 e 76 per gli appalti ordinari; conss. 51, 88, 103-104 e artt. 38 e 93 per i settori speciali; conss. 65-66 e art. 24 per le concessioni riservate.

Il che equivale altresì a dare ingresso agli interessi generali, i medesimi della Strategia Europa 2020, all'interno dell'approvvigionamento pubblico e, di conseguenza, a modellare le procedure per ottenere delle soluzioni del tipo “triple win”.

La ricaduta più evidente di tali accorgimenti non è certamente il portato di una demagogia spicciola, bensì deriva dalla già ricordata constatazione che il miglior prezzo non sempre corrisponde al miglior costo, affermazione che ben si attaglia a casi di cronaca che sono venuti alla ribalta (si pensi al movimento “No-Tav” in Italia e Francia, o al gruppo “Keep Hasankeyf Alive” contrario alla diga Ilisu nel Kurdistan Turco).

Del resto, pare irragionevole misurare la fattibilità di una commessa, *a fortiori* se pubblica, dimenticando di calcolare i sovraccosti connessi alle esternalità socio-ambientali ed alle proteste delle popolazioni: volendo tralasciare la sindrome cd. “nimby”, è innegabile che i possibili ritardi ed imprevisti arrecati in corso di esecuzione rappresentano dei rischi operativi di cui non è possibile omettere la valutazione se si vuole avere una stima verosimile dei costi di realizzazione.

§2.2. Innovazione e *Total life cycle cost* (TLCC)

Accanto all'uso strategico dei contratti pubblici appena delineato ne esiste un altro.

Si tratta dell'incentivazione allo sviluppo tecnologico in generale, ed in particolare della cd. “eco-innovation”.³³⁶

³³⁶ Con *Environmental Technology* (“tecnologia ambientale”) si intende qualsiasi tecnologia volta ad evitare o ridurre l'impatto ambientale, in tutte le fasi del ciclo di vita di prodotti e attività.

L'innovazione è il cardine della strategia dell'UE per favorire la crescita e creare occupazione entro il 2020. Come emerge dal dossier di EIO and CfSD, *Eco-innovate! A guide to eco-innovation for SMEs and business coaches*, Eco-Innovation Observatory, funded by the European Commission, DG Environment, Bruxelles, 2013, i Paesi dell'UE dovranno investire, da qui al 2020, il 3% del PIL in R&S (1% di finanziamenti pubblici, 2% di investimenti privati) con l'obiettivo di creare 3,7 milioni di posti di lavoro e realizzare un aumento annuo del PIL di circa 800 miliardi di euro.

L'art. 173 (ex articolo 157 del TCE) del Titolo XVII del TFUE, dedicato all'industria, prevede che, affinché siano assicurate le condizioni necessarie alla competitività dell'industria dell'Unione, nell'ambito di un sistema di mercati aperti e concorrenziali, l'Unione e gli Stati membri provvedono ad accelerare l'adattamento dell'industria alle trasformazioni strutturali, a promuovere un ambiente favorevole all'iniziativa ed allo sviluppo delle imprese di tutta l'Unione, segnatamente delle piccole e medie imprese, a promuovere un ambiente favorevole alla cooperazione tra imprese, e – quel che qui più interessa – a favorire un migliore sfruttamento del potenziale industriale delle politiche d'innovazione, di ricerca e di sviluppo tecnologico (cfr. Titolo XIX Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, articoli da 179 a 190, e Comunicazioni della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni “Potenziare la ricerca e l'innovazione – Investire per la crescita e l'occupazione: una strategia comune” COM(2005) 488 def., Bruxelles, 12.10.2005, “Mettere in pratica la conoscenza: un'ampia strategia dell'innovazione per l'UE” COM(2006) 502 def., Bruxelles, 13.09.2006, “Iniziativa faro Europa 2020. L'Unione dell'innovazione” COM(2010) 546 def., Bruxelles, 06.10.2010, “Programma quadro di ricerca e innovazione Orizzonte 2020” COM(2011) 808 def., Bruxelles, 30.11.2011).

Scopo di quest'ultima è implementare nuove tecnologie che consentano di limitare i costi complessivi e ridurre gli sprechi di risorse in ragione dell'efficientamento, ossia mira al connubio tra crescita intelligente, sviluppo sostenibile e inclusione sociale.

Le due tematiche cui si riferisce la rubrica del paragrafo vanno di pari passo.³³⁷

Ed il *trait d'union* coincide con la problematica del rischio, o, meglio, della sua allocazione fra i vari partecipanti (diretti o indiretti) ad una commessa pubblica.

Se infatti, dal punto di vista sostanziale, numerose sono le istanze che devono essere ricomprese nell'azione del plesso amministrativo, non meno rilevante diventa il profilo dinamico degli strumenti mediante i quali perseguire gli interessi di turno.

Nell'UE il potenziale del *public procurement* come volano per la *green economy* è stato messo in rilievo per la prima volta negli anni 2000: cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione "Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici" COM(2001) 274 def., Bruxelles, 4.7.2001 e Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo dal titolo "Politica integrata dei prodotti – Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale" COM(2003) 302 def., Bruxelles, 18.6.2003, nelle quali comparve il concetto di "*Life-Cycle Thinking*", ovvero la possibilità di prendere in considerazione tutti i costi sostenuti nel corso dell'intera esistenza di un prodotto ("dalla culla alla tomba") e si raccomandava agli Stati membri di adottare piani di azione nazionali a favore di tale tipo di soluzioni. Da ultimo si segnala la Raccomandazione della Commissione del 9 aprile 2013 relativa all'uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni (2013/179/UE).

In dottrina si vedano: Dutz M.A.; Sharma S., *Green Growth, Technology and Innovation*, The World Bank, Poverty Reduction and Economic Management Network, Economic Policy and Debt Department, Policy Research Working Paper 5932, 2012; Edquist C.; Zabala-Iturriagoitia J.M., *Public Procurement for Innovation as mission-oriented innovation policy*, Research Policy 41: 1757– 1769, 2012; Hoppe E.I.; Schmitz P.W., *Public-private partnerships versus traditional procurement: Innovation incentives and information gathering*, MPRA Paper No. 41966 (online at <http://mpa.ub.uni-muenchen.de/41966/>), 2012.

³³⁷ Non è un caso che le nuove direttive europee sul *public procurement* abbiano espressamente definito entrambi i concetti.

Il "ciclo di vita" si riferisce a tutte le fasi consecutive e/o interconnesse – compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione – della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione (cfr. art. 2, par. 1, n. 20 della direttiva sugli appalti ordinari, equivalente all'art. 2, par. 1, n. 16 di quella sugli appalti nei settori speciali, ma anche cons. 92, 95, 96, 97 e artt. 67, 68 dir. app. ord. e cons. 97, 100, 101, 102, e artt. 82, 87 dir. app. spec., nonché cons. 64 e art. 36 dir. conc.).

I costi del ciclo di vita comprendono sia i costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti (come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale), sia quelli imputati ad esternalità ambientali (emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici), a condizione che possano essere monetizzati e controllati. Possono essere considerati anche i costi sociali del ciclo di vita.

Per "innovazione" si intende invece la realizzazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o significativamente migliorato, tra cui, ma non solo, i processi di produzione, di edificazione o di costruzione, di un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne, tra l'altro allo scopo di contribuire ad affrontare le sfide a valenza sociale o di sostenere la strategia Europa 2020 (cfr. art. 2, par. 1, n. 22 della direttiva sugli appalti ordinari, equivalente all'art. 2, par. 1, n. 18 di quella sugli appalti nei settori speciali ed all'art 5, par. 1, n. 13 di quella sulle concessioni, ma anche cons. 35, 47, 48, 49, 95 dir. app. ord. e cons. 42, 57, 58, 59, 100 dir. app. spec., nonché cons. 73 e art. 41 dir. conc.).

Con riferimento alla politica socio-ambientale, a completamento di quanto esposto, occorre in particolare dar conto della possibilità di considerare tutti i costi del ciclo dell'esistenza del prodotto o del servizio.³³⁸

Esistono infatti numerosi rischi – specialmente di origine naturale e sociale o legati allo sviluppo tecnologico – che non possono essere adeguatamente presi in considerazione qualora si effettui un'analisi strettamente venale della prestazione, talché diventa assai importante l'uso di un metodo di calcolo che assicuri una visione globale.

Inoltre, un elemento da cui non si può prescindere è sicuramente la remunerazione dell'operazione, ossia chi deve sopportare i relativi rischi dal punto di vista economico.

A seconda della tipologia contrattuale prescelta nel caso specifico, i costi ricadranno in prima battuta sul soggetto pubblico e/o su quello privato, ma in definitiva sempre sulla collettività.

Sono basilariamente individuabili tre tipi d'interazione fra rischio d'innovazione ed esigenze di fondo:

³³⁸ Come già anticipato, miglior prezzo non significa inequivocabilmente miglior costo: “One of the most important barriers to innovative procurement is failure to distinguish between direct purchasing cost and overall cost. The best overall value of procurement is realised through calculating life-cycle cost or even through the contribution of innovation to overall economic growth. The most economical procurement is an important clause for public funds and should by no means be eliminated but policies should highlight longer term aspects of return on public investment, like life-cycle costs, capturing high-technology markets etc. Gathering intelligence and calculating risks are inputs in this process and lead again to the crucial issues of training and professionalization” (Fraunhofer ISI – Institute Systems and Innovation – Research, *Innovation and Public Procurement. Review of Issues at Stake*, Study for the European Commission (No ENTR/03/24), 2006).

Nella prassi deve tuttavia registrarsi uno scarso utilizzo del sistema in parola rispetto agli abituali: “Life Cycle Costing (LCC) and Total Cost of Ownership (TCO) methods are not frequently used by public authorities. The most commonly used criterion is still the purchasing cost (64%), followed by a mix of the latter and LCC or TCO (30%); and finally, by the predominant use of LCC/TCO (6%)” (Centre for European Policy Studies (CEPS) and College of Europe, *The uptake of Green Public Procurement in the EU27*, submitted to the European Commission, DG Environment, Bruxelles, 2012).

Colangelo R., *Total life cycle cost e Risk analysis: Come migliorare l'efficacia del Procurement*, Il Giornale della Logistica 10: 32-35, 2011, sottolinea come il metodo del “*Total Cost of Ownership*” (cd. TCO) evidenzia solo una parte dei costi sostenuti, cioè quelli esterni e deterministici (i.e. costi d'acquisto, accessori e di utilizzo), mentre in realtà devono essere considerati anche i costi indiretti, dovuti all'impiego di risorse interne, e quelli probabilistici, derivanti dai rischi legati all'acquisto.

A tal fine è necessario adottare un metodo maggiormente completo, vale a dire il “*Total Life Cycle Cost*” (cd. TLCC), che comprende tutti gli elementi di costo anche se probabilisticamente connotati da condizioni di rischio. A siffatti rischi corrispondono invero altrettante voci di costo: prevenzione dei rischi, riparazione di eventuali danni, mancato raggiungimento dei target in termini di prestazioni, tempi e costi.

Di conseguenza, occorre esercitare un'azione di gestione del rischio (cd. “*Risk Management*”) tramite analisi e mitigazione degli eventi – in particolare se gravi e difficilmente prevedibili come quelli naturali e sociali (cd. “*Black Swan Risks*”) – che possono incidere negativamente sull'oggetto della prestazione. Le misure possono essere finalizzate ad evitare che il rischio si verifichi (prevenzione), a ridurne l'impatto (protezione), ad allocarlo ad altri (trasferimento).

- *Highly uncertain procurement/High risk procurement* si riferisce al caso di estrema novità della commessa in quanto viene effettuata una operazione di *market initiation*, ossia la creazione di un nuovo mercato (*Development*);³³⁹
- *Medium risk procurement* riguarda la diffusione di soluzioni già esistenti o la loro estensione ad un settore diverso attraverso un'operazione di *market escalation* (*Adaptation*);

³³⁹ È il caso degli appalti (*rectius*: contratti) pre-commerciali e dei partenariati per l'innovazione.

Per quanto attiene ai primi vedasi la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Appalti Pre-Commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" COM(2007) 799 def., Bruxelles, 14.12.2007, accompagnata dall'allegato documento dei servizi della Commissione "Commission Staff working document: example of a possible approach for procuring R&D services applying risk – benefit sharing at market conditions, i.e. pre – commercial procurement" SEC(2007) 1668, Bruxelles, 14.12.2007, e cons. 47 della nuova direttiva sugli appalti ordinari, equivalente al cons. 57 di quella sugli appalti nei settori speciali.

In argomento si rinvia a Nulli M., *Gli appalti precommerciali*, 2013 (www.osservatorioappalti.unitn.it), il quale non manca di far notare che anche in questo caso si pone il problema terminologico, a più riprese segnalato nel presente elaborato, circa la traduzione dell'originale "pre-commercial procurement" nel più circoscritto ambito dell'appalto. I contratti precommerciali rappresentano infatti una forma di partenariato pubblico-privato in cui il nucleo essenziale è dato dalla cooperazione fra committente pubblico e più operatori economici. Secondo l'autore "l'approccio dell'appalto precommerciale è di grande stimolo per l'innovazione, in quanto aumenta i livelli di investimento, favorisce l'adozione delle relative politiche in tema di ricerca e sviluppo e riduce allo stesso tempo i rischi mediante la condivisione di rischi e benefici delle attività di ricerca e sviluppo che paiono necessarie per sviluppare quelle soluzioni innovative, in quanto più efficienti di quelle disponibili sul mercato. Le autorità pubbliche possono così ottenere un doppio risultato: da un lato, erogare servizi di interesse generale a favore della collettività in modo più rapido ed innovativo; dall'altro, offrire alle imprese un ventaglio di opportunità per conquistare *leadership* commerciale e nuovi mercati".

In relazione ai secondi, cioè ai partenariati per l'innovazione, cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Partenariati nella ricerca e nell'innovazione" COM(2011) 572 def., Bruxelles, 21.09.2011 e cons. 48 e art. 31 della nuova direttiva sugli appalti ordinari, equivalenti a cons. 59 e art. 49 di quella sugli appalti nei settori speciali. Se l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, le amministrazioni aggiudicatrici possono istituire un partenariato per l'innovazione. Si tratta di un contratto a lungo termine, a cui sono applicabili le norme procedurali sulla procedura competitiva con negoziazione e l'unico criterio di aggiudicazione è quello del miglior rapporto qualità/prezzo.

Ancora Nulli M., op. cit., rileva che "la speciale procedura del partenariato (europeo) per l'innovazione, strutturata nel lungo termine, combina sviluppo e acquisto di nuovi, innovativi lavori e servizi tramite la sequenza di fasi del processo di ricerca e innovazione in maniera molto simile all'appalto precommerciale. Peraltro, i partenariati europei per l'innovazione, pur non essendo secondo le fonti comunitarie né partenariati pubblico - pubblico né partenariato pubblico - privato, sono preordinati a fornire: (1) un quadro che aggrega soggetti di ambiti politici, settori e paesi diversi, ottimizzando e semplificando l'uso degli strumenti esistenti; (2) al fine di integrare o avviare iniziative sul versante sia della domanda che dell'offerta nell'intero ciclo di ricerca e innovazione, dove innovazione non è solo quella generata dalla ricerca ma può essere organizzativa e sociale; (3) con l'effetto di incoraggiare gli scambi e garantire un elevato livello di impegno politico nella realizzazione delle iniziative concordate. I partenariati per l'innovazione, in altre parole, avranno nel collegare offerta e domanda il compito di superare gli ostacoli di ordine tecnico, giuridico e operativo che impediscono in Europa l'innovazione. Tale procedura speciale, che fa riferimento anche a soluzioni innovative non disponibili sul mercato, non può comunque essere adoperata per ostacolare, limitare e distorcere la concorrenza".

- *Low risk procurement* concerne infine attività di *market consolidation* che necessitano di minor adattamento (*Standardisation*).

Le due ultime categorie sono quelle che probabilmente più si attagliano ad appalti e concessioni, nei quali oggetto di competizione è una proposta/offerta tecnico-economica (mentre nel primo caso vi sarà verosimilmente un prototipo d'innovazione).

È comunque presente un elemento comune alle tre tipologie anzidette: si tratta dell'importanza della condivisione dei benefici e dei rischi.³⁴⁰

Ne discende la necessità di un cambiamento nel funzionamento interno del *procurement* sia sul fronte delle competenze dei funzionari sia su quello dei *modi operandi*: importanza della circolazione dell'informazione, apprendimento reciproco, dialogo e negoziazione estesi lungo tutto il corso delle procedure.

A conclusione e completamento di quanto appena detto, anche per chiarire le ragioni che hanno portato alla disamina dell'evoluzione dell'approvvigionamento pubblico a livello unionale, e di riflesso in ambito nazionale, preme chiosare che si è inteso porre le basi per quella che rappresenta la vera anima dell'elaborato, ossia l'allocazione del rischio – *rectius*: rischi (ora più correttamente e a ragion veduta può utilizzarsi il plurale) – tra i vari *genera* di contratti e le loro *species* per comprendere cosa accade quando entra in gioco l'elemento rischio e quali rimedi sono previsti dall'ordinamento e dalla dottrina.

Scopo ultimo del PPP vorrebbe essere l'incentivazione dell'apporto privato, specialmente economico-finanziario, perciò è necessario approntare le condizioni affinché l'investimento privato sia fattibile.

In caso contrario, considerata l'avversione al rischio, nessun investitore privato si renderà disponibile a contribuire in prima persona – eccetto casi di filantropia e salvi i limitati benefici dell'effetto moltiplicatore – alla realizzazione delle necessità collettive.

³⁴⁰ Nulli M., op. cit., evidenzia la metamorfosi di cui diviene oggetto l'evidenza pubblica nei contratti pre-commerciali ma le medesime considerazioni non possono non valere per i contratti complessi in genere: “la matrice (procedura), la traiettoria (percorso) e la prospettiva (risultati attuali o potenziali) caratterizzano nella cornice della condivisione dei rischi e dei benefici questo istituto, che è di scelta (non solo) del contraente ma anche di esplorazione dell'innovazione possibile, e, di conseguenza, mutano, mutando la funzione della procedura, i ruoli di committente (pubblico) e affidatari (privati). Non può, infatti, sfuggire che, se per evidenza pubblica intendiamo la selezione dell'unico contraente mediante un processo di rigida separazione dei ruoli fra stazione appaltante e imprese candidate in vista di uno scambio predefinito, nell'evidenza aperta mettiamo in luce non solo la presenza di più contraenti, ma anche la coesistenza fra scambio di utilità e mutua collaborazione, il grado di cooperazione in luogo della separatezza fra pubblico e privato e il raggiungimento di un bene della vita, che non può essere limitato ai prototipi finali, ma guarda alle nuove frontiere della conoscenza cogenerata e trasferita”.

Capitolo III. PPP come zona comune di concessioni e appalti (complessi)

In apertura si è analizzato il percorso evolutivo che ha riguardato, principalmente a livello unionale, il fenomeno del partenariato pubblico-privato, descrivendone brevemente le caratteristiche (*bundling*, lunga durata, rischi e investimenti privati oltre che pubblici) e mettendo in risalto la circostanza che la scienza giuridica si interroga tuttora sulla effettiva consistenza dell’*“áPPPeiron”*.³⁴¹

Nella pratica è invalsa la convinzione che il partenariato pubblico-privato (PPP) coincida con l’istituto concessorio, restandone escluso *tout court* l’appalto (v. *supra*).

Si tratta di una generalizzazione errata che necessita di essere precisata.

Per chiarire e correggere tale errore conviene partire da una premessa di base: il rischio che abbiamo visto contrassegnare le concessioni, distinguendole dagli appalti, continua a svolgere la propria funzione di criterio distintivo anche all’interno del PPP.

Molto, se non tutto, dipende dall’allocazione dei rischi in concreto.

Di fatto, dunque, il PPP viene ad assumere la veste di “chiave di volta” del sistema agevolando l’arduo compito dell’interprete che si trova a dover discernere fra appalti e concessioni.

Mi spiego meglio: sebbene la coabitazione di appalti e concessioni nel PPP possa far apparire *prima facie* ancora più difficoltoso stabilire il confine fra le due fattispecie – soggette a discipline distinte, è bene ricordarlo (v. *supra*) –, il fatto che queste vi convivano provoca importanti ripercussioni di regime attenuando le reciproche diversità.

³⁴¹ Hodge G.A.; Greve C., *Public – Private Partnerships: An International Performance Review*, *Public Administration Review*, 67 (3), 545–58, 2007, danno conto del dibattito relativo alla nozione di PPP.

Una ricostruzione abbastanza soddisfacente è di Hathorn M., “IPSASB: Service Concession Arrangements”, in Corbacho A.; Funke K.; Schwartz G., *Public Investment and Public-Private Partnerships: Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risks*, Palgrave MacMillan, 2008, pp. 245-246: “The term “public-private partnership” is described in a number of ways by various organizations around the world. The common characteristic of these descriptions is that a PPP is an arrangement between public and private sector entities related to the delivery of a public sector asset and/or services associated with a public sector asset. In this way, PPPs are an alternative to traditional procurement methods used by public sector entities as a means to accomplish a public duty or responsibility. Unlike traditional procurement methods, in a PPP arrangement the risks associated with the underlying project are generally allocated between the public sector entity and the private sector entity. These risks commonly include construction risk, availability risk, demand risk, operational and maintenance risk, residual value risk, and financing risk. “PPP” is an umbrella term used to refer to arrangements that apply this broad concept of the public sector engaging the private sector to assist in delivering public sector assets and/or services”.

L’autore ha il merito di puntare l’attenzione sull’allocazione dei rischi mostrando come i vari modelli di PPP sono caratterizzati dal coinvolgimento diretto del privato, i quale si assume i relativi rischi e riceve un corrispettivo di vario genere (pagamenti fissi o variabili, canoni di disponibilità, *shadow tolls*, tariffe d’uso).

Il PPP, il cui *ubi consistam* deve ravvisarsi nella collaborazione fra pubblico e privato in relazione a progetti di elevata rischiosità, configura quindi una zona comune ad appalti e concessioni, creando una sorta di “statuto dei contratti complessi”.³⁴²

Naturalmente, il suddetto statuto non costituisce un *quid* monolitico e statico, bensì una materia fluida e magmatica connotata da due anime: appalti e concessioni.³⁴³

Possano pertanto ricavarsi dei tratti comuni che affievoliscono le asimmetrie.

³⁴² In tal senso può riportarsi l'esempio dell'ordinamento spagnolo, che ha optato per una disciplina minimalista del PPP conformandolo come categoria onnicomprensiva in cui rientrano i contratti di speciale complessità, da affidare mediante dialogo competitivo e con remunerazione a carico dell'amministrazione (cfr. artt. 11, 134, 313 e 314 del RDL 3/2011). L'obiettivo è quello di apprestare quel tanto di certezza del diritto sufficiente a garantire la sicurezza della controparte privata, alla quale peraltro non devono necessariamente essere trasferiti i rischi in maniera prevalente. Si rinvia a Tornos Mas J.; Del Mar Martinez Martinez M., “Las concesiones en el dercho español. Concesión de obra pública y colaboración público-privada”, in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, p. 70 ss., 2013.

³⁴³ Come evidenziato in dottrina, il fenomeno del PPP non pare adatto ad una definizione propriamente giuridica poiché in esso confluiscono esperienze diverse, caratterizzate da una certa complessità sotto il profilo soggettivo, oggettivo, e funzionale.

Per Raganelli B., “Pubblico, Privato e Concessioni in Europa”, in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 215, “è inevitabile che sfumino quelle rigide distinzioni, tipicamente continentali, tra categorie giuridiche sostanziali. Si impone una prospettiva funzionale, come suggeriscono quegli ordinamenti che hanno deciso di inquadrare il fenomeno, definendo figure contrattuali aperte che forniscono agli operatori di settore ed alle pubbliche amministrazioni strumenti flessibili. Quale che sia la loro definizione, comunque, nei rapporti di Partenariato Pubblico Privato l'obiettivo fondamentale per l'amministrazione resta la selezione del “contraente migliore”, in grado di proporre la migliore offerta e di garantire, dopo la conclusione del contratto, la buona esecuzione dello stesso, come corretto adempimento”.

Sulla medesima lunghezza d'onda, come già segnalato in precedenza nel testo, si sono collocate anche le istituzioni unionali, le quali hanno ricondotto al PPP appalti e concessioni allo stesso modo.

Fra gli ordinamenti che hanno codificato il PPP occorre registrare la opportuna scelta di adottare atti di *soft law* da parte del Regno Unito, nell'intento di non costringere in modo rigido qualcosa che per natura è fluido e dinamico: cfr. Rangone C., *Flessibilità procedurale e aderenza al diritto Ue nel Regno Unito*, Intervento al Convegno - Appalti: uno sguardo sull'Europa - organizzato da IGI in Roma, 17 novembre 2011 (www.osservatorioappalti.unitn.it).

Da segnalare è anche la predisposizione da parte del *Joint Construction Tribunal* (JCT), organismo bipartisan rappresentativo di soggetti pubblici e privati, di modelli contrattuali di base su cui poi innestare le specifiche clausole e pattuizioni del caso (sul punto si rinvia a Mosey D., *Early Contractor Involvement in Building Procurement Contracts, Partnering and Project Management*, John Wiley & Sons Inc, 2009, p. 42: “The publication of standard form building contracts, in particular the JCT forms now available for over 75 years, has enabled large numbers of contractual relationships to be concluded in a short space of time and with minimal cost involved in drafting or negotiation”).

Sul versante opposto si segnala l'esperienza italiana che ha prodotto una speciosa disciplina molto più estesa dell'effettivo uso del PPP nella pratica (emblematico il menzionato caso della finanza di progetto): “Il Legislatore sta scegliendo la strada della molteplicità dei modelli codificati e tipizzati rispetto alla strada della flessibilità dei contratti e delle procedure. La legge predetermina i modelli contrattuali e sistemi di aggiudicazione, cercando di sostituirli alla discrezionalità dell'amministrazione (da esercitarsi nell'individuazione di un contratto su misura o della procedura di aggiudicazione più adatta al caso concreto), che in teoria e se bene utilizzata consente maggiore efficienza. Dunque, la tendenza è quella di condizionare *ex ante* le scelte dell'amministrazione con dettagliate procedure di aggiudicazione e con modelli contrattuali pre-determinati” (così Fidone G., “Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli”, in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., op. cit., p. 287).

A pensarci bene, pare ragionevole una simile conclusione se si considera la difficoltà di separare le fattispecie, da una parte, ed il continuo riaffiorare del cordone ombelicale che lega le medesime, dall'altra.

In questa maniera l'ordinamento si cautele contro le possibili finalità elusive di cui s'è detto, spegnendole sul nascere, ed evita ogni strumentalizzazione degli istituti.

La questione è interessante perché evidenzia il rinnovato *imprinting* teleologico-funzionale che connota i contratti pubblici, specialmente se complessi, anzitutto quali strumenti di perseguimento degli interessi delle parti (in ossequio al principio di buon andamento, oltre che di concorrenza e imparzialità).³⁴⁴

Ciò si desume *de plano* dalle nuove direttive europee sul *public procurement* che riappropriano i contratti pubblici del loro ruolo fondamentale, ossia di autentici metodi negoziali per allocare i rischi insiti in un'operazione economica di pubblico interesse.

Automaticamente la circostanza, da appalti e concessioni, si riflette sui PPP.

Di conseguenza, il PPP offre l'importante occasione di riempire di contenuto il concetto di rischio, di per sé intriso di notevoli sfaccettature (*species, quantum, quomodo*), che si è visto essere portatore di rilevanti strascichi giuridici non solo sulla tassonomia, ma anche sulla politica del diritto e sulla scienza dell'amministrazione.³⁴⁵

³⁴⁴ Proprio quest'ultimo profilo diviene assolutamente rilevante in quanto la prospettiva funzionale è quella che consente di inquadrare il fenomeno, definendo figure contrattuali flessibili e fluide con l'obiettivo finale della selezione del miglior contraente non solo per quel che attiene al *best value for money* ma soprattutto in termini di benessere complessivo.

L'uso strategico dei contratti pubblici ha appunto la missione di raggiungere obiettivi ulteriori rispetto all'imparzialità della p.a. e alla libera concorrenza nel mercato unico, mirando a consolidare istanze superindividuali derivanti da interessi sensibili della collettività.

Quanto appena statuito trova conferma nelle nuove direttive europee sul *public procurement*.

In particolare, l'art 19 della direttiva 2014/23/UE, gli artt. 76-77 della direttiva 2014/24/UE e gli artt. 93-94 della direttiva 2014/25/UE predispongono un regime speciale per l'aggiudicazione degli appalti pubblici relativi a servizi specifici (ad esempio sanitari, sociali e culturali).

Gli Stati membri devono introdurre apposite norme a livello nazionale per l'aggiudicazione di questi appalti, al fine di garantire il pieno rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici da parte degli enti aggiudicatori, ma contempo sono liberi di determinare le norme procedurali applicabili per consentire agli enti aggiudicatori di prendere in considerazione le specificità dei servizi in questione.

Pertanto gli Stati membri devono assicurare che in sede di attribuzione gli enti aggiudicatori possano prendere in considerazione la necessità di garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, anche economica, la disponibilità e la completezza dei servizi, le esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e vulnerabili, il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti e l'innovazione.

Oltre agli appalti riservati per determinati servizi, gli Stati membri possono altresì prevedere che la scelta del prestatore di servizi avvenga sulla base dell'offerta che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo, tenendo conto dei criteri di qualità e sostenibilità dei servizi sociali.

³⁴⁵ Cfr. Libro Verde della Commissione relativo ai "Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni" COM(2004) 327 def., Bruxelles, 30.4.2004, par. 2.3.1,

Ne discende una peculiare caratterizzazione del rischio sotto diversi punti di vista a seconda che si abbia a che fare con un appalto o una concessione complessi.

Normalmente si guarda all'appalto pubblico come ad un contratto interamente finanziato dalla p.a., in cui l'operatore privato si limita a partecipare ad una gara impostata dalla p.a. stessa e ad eseguire le prestazioni aggiudicate.

Viceversa, come esposto nelle pagine precedenti, nelle concessioni il candidato deve predisporre un piano economico-finanziario che predetermini il rientro degli investimenti dallo stesso impegnati e, a tal fine, partecipa attivamente insieme alla p.a. alla concezione della gara e del contratto.

In mezzo alle due situazioni si pone l'eventualità della corresponsione di un *pretium* da parte della p.a., a titolo di compensazione del concessionario, che può limitare il rischio operativo ma non eliminarlo del tutto.

Questa è l'idea che si è sviluppata nella prassi a partire dalle condizioni "usuali".

Ma non è l'unica possibilità: se ne possono immaginare altre, specialmente in caso di complessità (*rectius*: rischiosità) della commessa.

Ora sappiamo, in base agli insegnamenti della Corte di Giustizia e alle direttive UE, che il *discrimen* fra appalti e concessioni è il maggior rischio operativo posto in capo al concessionario, il quale sopporta l'alea (seppur talvolta ridotta) di non raggiungere il pareggio di bilancio in ordine all'operazione economica svolta.

Ciò non toglie che il finanziamento privato possa riguardare anche l'appalto.³⁴⁶

pt. 45: "Il successo di un PPP dipende soprattutto dalla completezza del quadro contrattuale del progetto, e dalla messa a punto ottimale degli elementi che disciplineranno la sua attuazione. In questo contesto sono determinanti una valutazione pertinente ed una ripartizione ottimale dei rischi tra il settore pubblico ed il settore privato, in funzione della capacità di ciascuna parte di assumersi tali rischi. Inoltre, appare importante prevedere meccanismi che permettano di valutare con regolarità le prestazioni dei titolari di PPP. In questo contesto, il principio di trasparenza impone che gli elementi che permettono di procedere alla valutazione e alla ripartizione di rischi, come anche alla valutazione della prestazione, siano comunicati nei documenti di gara, consentendo così agli offerenti di tenerne conto nell'elaborazione delle proprie offerte".

³⁴⁶ Come avviene nel Regno Unito con la cd. "*Private Finance Initiative*" (PFI), ove il privato è di regola integralmente remunerato dalla p.a. con pagamenti periodici a seguito del buon esito delle prestazioni: cfr. Spackman M., *Public-private partnerships: lessons from the British approach*, *Economic Systems* 26: 283-301, 2002; Froud J., *The Private Finance Initiative: risk, uncertainty and the state*, *Accounting, Organizations and Society* 28(6): 567-589, 2003; Corner D., *The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge of Allocating Risk*, *OECD Journal on Budgeting 2006 - volume 5 - no. 3* (<http://www.oecd.org/gov/budgeting/43479923.pdf>).

Del resto, già nella relazione del Parlamento europeo del 16 ottobre 2006 su partenariati pubblico-privati e diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni (2006/2043(INI)), si prevedeva che: "la finalità dei contratti PPP è quella di far beneficiare le collettività pubbliche delle capacità di concezione, costruzione e gestione delle imprese private come pure, *se necessario*, delle loro capacità finanziarie" (considerando G; corsivo aggiunto).

La differenza sta nel fatto che l'investimento privato dell'appaltatore si risolverebbe in un "anticipo" a vantaggio dell'amministrazione con obbligo di restituzione integrale (dinamica molto simile a quella che connota taluni casi di *leasing* e di disponibilità³⁴⁷).

In sostanza, una volta realizzata l'opera a regola d'arte, l'appaltatore non avrebbe alcun rischio gestionale – tipico delle concessioni – poiché la p.a. garantirebbe il totale rientro dei capitali investiti, fatta salva la normale alea d'impresa relativa a inadempienze ed irregolarità.

Ciò che invero connota già in una certa misura l'appalto, ove il contraente finanzia l'*opus* con mezzi propri (salvo eventuale acconto iniziale) e viene poi remunerato per stati d'avanzamento fino al saldo finale.

L'enorme beneficio per la p.a. risiederebbe nella possibilità, ad esempio, di postergare la corresponsione dell'intero corrispettivo al positivo collaudo dell'opera; l'inconveniente sarebbe invece dato dalla verosimile maggior costosità dell'operazione.³⁴⁸

L'idea di un appalto finanziato dall'appaltatore tramite capitali privati non è solo una suggestione.

Per l'Italia ciò potrebbe rappresentare una soluzione al calo degli investimenti pubblici nel settore. Sul punto cfr. Santilli G., *Grandi opere al palo: Italia ultima nella Ue* - Il Sole 24 Ore - 18 maggio 2014, il quale osserva come la spesa nazionale per investimenti pubblici sia scesa dal 3,5% del Pil del 1981 al 3,1% del 1991 al 2,4% del 2001 all'1,7% di oggi destinato a calare fino all'1,4% del 2017, mentre delle 37 grandi opere strategiche programmate negli ultimi 15 anni sono solo 11 quelle arrivate al traguardo ed in funzione: "Il dato più imbarazzante per il sistema, l'indice di credibilità del Paese all'estero su questi temi, è però il confronto fra noi e l'Europa in fatto di spesa per investimenti pubblici. Non c'è economista - di scuola keynesiana o neoliberalista che sia - che non sostenga che bisogna fare una forte cura dimagrante sulla spesa corrente per salvare semmai quella in conto capitale. Un problema fondamentale di mix. Da noi accade il contrario: abbiamo rinunciato a uno dei grandi motori dell'economia per non essere capaci di tagliare sprechi e privilegi nella macchina corrente dello Stato. Dal 2009 al 2013 gli investimenti sono stati tagliati del 34%, mentre la spesa corrente primaria è cresciuta dell'1,7%. Dieci anni che danno l'idea dell'arretramento del Paese sull'asse della crescita. Dal 2004 al 2013 i dati Eurostat aggiornati dicono che la Francia ha speso in investimenti 606,9 miliardi, la Germania 383, il Regno Unito 367,9, la Spagna 336,1, l'Italia 335,2. Nel 2004 l'Italia era seconda dietro la Francia, per quasi tutto il decennio, anno dopo anno, è rimasta all'ultimo posto, dal 2011 ha scavalcato la Spagna che, dopo una lunga galoppata, ha drasticamente tagliato la spesa pubblica. Nel 2013 la spesa è stata pari a 27,2 miliardi, 11,4 miliardi meno di quello che spendeva nel 2009. Dal 2004 al 2011, mentre l'Italia perdeva il 19,6%, la Germania cresceva del 30,7%, la Francia del 26%, il Regno Unito del 19 per cento" (<http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2014-05-18/grandi-opere-palo-italia-ultima-ue-081012.shtml>). Si veda anche Iossa E.; Antellini Russo F., *Potenzialità e criticità del Partenariato Pubblico Privato in Italia*, Rivista di Politica Economica, SIPI Spa, 98(3): 125-158, 2008.

Occorre concepire degli *escamotage* per rimediare alla situazione di progressiva desertificazione degli investimenti pubblici: uno, certamente non l'unico, può essere la rivisitazione dell'appalto in una chiave più simile alle concessioni, con finanziamento privato e connessa maggior flessibilità procedurale in gara.

³⁴⁷ Si rinvia a Fidone G., *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità: l'evoluzione del contratto di leasing immobiliare pubblico = From the 'locazione finanziaria' to the 'contratto di disponibilità': the evolution of the immovable property leasing contract with a public administration*, Foro Amministrativo T.A.R. 3: 1039, 2012, Fantini S., *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, aggiornamento dei magistrati amministrativi tenutosi in Roma, presso il T.A.R. Lazio, nei giorni 2 e 3 luglio 2012 (pubblicato in www.giustizia-amministrativa.it), ed alla determinazione dell'AVCP, 22 maggio 2013, n. 4, *Linee guida sulle operazioni di leasing finanziario e sul contratto di disponibilità*.

Si può ipotizzare anche un altro scenario degno di menzione.

Tradizionalmente il corrispettivo dell'appalto viene fatto risalire al solo denaro³⁴⁹, ma l'onerosità di tale contratto potrebbe essere altresì assicurata, come avviene nelle concessioni, da un diritto di sfruttamento in natura (proprietà o godimento).

Si pensi, per esempio, al caso di un appaltatore che realizzi un parcheggio pubblico e ottenga una quota dello stesso a titolo di corrispettivo per i lavori effettuati; o al caso di un appaltatore che riceva i terreni su cui realizzare un piano edilizio concordato con la p.a.; o, ancora, ad un appaltatore che si veda conferire un bene sdemanializzato.³⁵⁰

In tutte le ipotesi appena illustrate, sia quelle attinenti al finanziamento privato dell'appalto che quelle riguardanti il corrispettivo in natura dell'appaltatore, oltre alle varie combinazioni delle due, si riscontra l'assenza di un vero e proprio rischio operativo privato (eccetto quello di costruzione ed ammesso un valore venale della contropartita equivalente alle prestazioni).

Qui, infatti, non si tratta di sfruttare le proprie prestazioni nell'incertezza del mercato, poiché il contraente gode di un diritto "acquisito" su beni (*in cash* o *in kind*)³⁵¹ aventi un certo valore intrinseco (del resto, anche nelle concessioni la facoltà di usare beni in natura come corrispettivo mira a scontare il prezzo in denaro).

³⁴⁸ Sul punto Blanc-Brude F.; Goldsmith H.; Vålilä T., *Ex Ante Construction Costs In The European Road Sector: A Comparison Of Public-Private Partnerships And Traditional Public Procurement*, EIB, Economic and Financial Report 01/2006 (http://www.eib.org/attachments/efs/efr_2006_v01_en.pdf) mostrano come in fin dei conti il sovrapprezzo dovuto al maggior costo del denaro per i soggetti privati rispetto a quelli pubblici – per lo meno in condizioni di stabilità istituzionale – viene generalmente compensato dall'incremento nell'efficienza di realizzazione.

Nel settore delle strade il ricorso a fattispecie di PPP più lunghe, costose, ed implicanti il finanziamento privato ha prodotto risultati essenzialmente equivalenti a quelli delle procedure tradizionali: *ergo* i maggiori oneri di tempo e risorse "a monte" nel PPP si sono rivelati pratici surrogati dei maggiori oneri occorsi "a valle" nei contratti tradizionali, con il vantaggio però della certezza dei tempi.

³⁴⁹ L'unica disposizione di diritto positivo che prevede *expressis verbis* il corrispettivo in danaro è l'art. 1655 cod. civ. sull'appalto privatistico, sul quale si rinvia in dottrina a Pennalisico M. "Il corrispettivo" in Cuffaro V., *I contratti di appalto privato*, in Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Utet, 2011, p. 120 ss. e bibliografia ivi indicata.

³⁵⁰ Nella legislazione previgente il comma 5-ter dell'art. 19 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, (aggiunto dall'art. 3, comma 9, della L. 18 novembre 1998, n. 415), stabiliva che in sostituzione totale o parziale delle somme di denaro costituenti il corrispettivo dell'appalto, il bando di gara poteva prevedere il trasferimento all'appaltatore della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice in quanto non assolvessero più a funzioni di interesse pubblico.

Detto trasferimento doveva avvenire non appena approvato il certificato di collaudo dei lavori, salvo che il bando di gara prevedesse un momento antecedente per l'immissione nel possesso dell'immobile.

Ora analoga disciplina è contenuta nei commi 6-12 dell'art. 53 del Codice.

³⁵¹ Per l'illustrazione delle forme "*in kind*" e "fiscale" di contributo pubblico in Italia si rinvia a Ricchi M., "Il partenariato pubblico-privato: nuove competenze e nuovi strumenti di regolazione della P.A." in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 327-329.

Ne dovrebbe discendere la correttezza teoretica della qualificazione come appalti, sul presupposto che il rischio di costruzione di regola ricade sull'appaltatore.

Ma occorre approfondire la tematica del rischio per avere maggiore chiarezza.

Il margine di errore dipende infatti dalla concreta allocazione dei rischi, i quali si riverberano non solo sulla modalità e quantità della remunerazione.

Quel che è certo è che il rischio operativo va indagato sotto diversi aspetti.

Abbiamo già visto quelli concernenti il *quomodo* e il *quantum*; a questo punto resta da esaminare il *quid* del rischio.

In primo luogo, si devono prendere in considerazione il rischio oggettivo (progetto) e quello soggettivo (partecipanti).

In secondo luogo, viene in rilievo il profilo generale dell'apporto del soggetto privato (capitale e/o lavoro) in relazione alla commessa pubblica. Più in dettaglio, invero, deve verificarsi a quale prestazione corrisponda il contributo di capitale e/o lavoro.

Infine, una volta identificati i rischi inerenti ai contratti pubblici, se ne dovranno constatare i risvolti e gli effetti sulle procedure.

§3.1. Le varie tipologie di rischio: il *quid* del rischio

Esiste, insomma, una virtuale intersezione fra le categorie dogmatiche degli appalti e delle concessioni allorquando il rischio implicato dalla commessa non sia banale.

Complessità, in sostanza, vuol dire rischio: non solo legato all'oggetto (progetto da realizzare), ma anche ai soggetti (p.a., partecipanti alla gara, parti contrattuali, terzi).³⁵²

Dall'intricato intreccio delle due componenti fuoriescono i rischi da allocare.

Uno studio empirico effettuato nel Regno Unito ha identificato tre livelli di rischi: *macro, meso, micro*.³⁵³

³⁵² In argomento si rinvia ad Akintoye A.; Beck M.; Hardcastle C.; *Public-Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities*, Blackwell, 2003; Alonso-Conde A.B.; Brown C.; Rojo-Suarez J., *Public private partnerships: Incentives, risk transfer and real options*, *Review of Financial Economics* 16(4): 335-349, 2007; Loosemore M., *Risk allocation in the private provision of public infrastructure*, *International Journal of Project Management* 25(1): 66-76, 2007; Priemus H.; Flyvbjerg B.; van Wee B., *Decision-Making on Mega-Projects. Cost-Benefit Analysis, Planning and Innovation*, Edward Elgar, 2008; Demirag I.; Khadaroo I.; Stapleton P.; Stevenson C., *Risks and the financing of PPP: Perspectives from the financiers*, *The British Accounting Review* 43(4): 294-310, 2011; Brinkerhoff D.W.; Brinkerhoff J.M., *Public-private partnerships: perspectives on purposes, publicness, and good governance*, *Public Administration and Development* 31(1): 2-14, 2011.

³⁵³ Cfr. Bing L.; Akintoye A.; Edwards P.J.; Hardcastle C., *The allocation of risk in PPP construction projects in the UK*, *International Journal of Project Management* 23, 2005, p. 27: "The macro level of PPP/PFI risk comprises risks sourced *exogenously*, i.e., external to the project itself. This level

Ne risulta un quadro molto variegato e piuttosto esaustivo che dimostra, da un lato, come la sistematica quali-quantitativa dei rischi nel *public procurement* assurge a perno della materia in vista dell'ottimizzazione paretiana e, dall'altro, che tali rischi devono essere allocati, gestiti e mitigati in maniera adeguata se non si vuole incorrere nel risultato opposto, ovverosia nella totale inefficienza della contrattualistica pubblica.

È facile constatare che i possibili rischi che rilevano in una operazione pubblica sono indiscutibilmente superiori a quelli che possono materializzarsi in un'ipotesi privata, dato l'insieme eterogeneo di istanze sottese alla prima (*v. supra*).

Eterogeneità che si riverbera, come detto, sia sull'oggetto sia sui soggetti.

In relazione al primo segmento, emergono tutte le possibili criticità racchiuse nelle prestazioni da svolgere in concreto: la progettazione (*Design*); il finanziamento (*Finance*);

focuses on the risks at a national or industry level status, and upon natural risks. The risks at this level are often associated with political and legal conditions, economic conditions, social conditions and weather. In essence, these risks arise from risk events occurring beyond the system boundaries of a project, but whose consequences cross the project boundary to impact upon the project and its outcomes. The *meso* level of PPP/PFI risk includes risks sourced *endogenously*, i.e., risk events and their consequences occurring within the system boundaries of the project. These represent the PPP/PFI implementation problem, involving issues such as project demand/usage, location, design and construction and technology. The *micro* level of PPP/PFI risks represents the risks found in the stakeholder relationships formed in the procurement process, due to the inherent differences between the public and private sectors in contract management. These are also *endogenous* risks, but differ from *meso* risks in that they are party-related rather than project-related. The main reason for proposing this risk category rests on the fact that typically the public sector has social responsibility, while the private sector is profit driven" (corsivo originale degli autori).

Alla categoria *Macro* appartengono i seguenti rischi: *Political and government policy* (Unstable government, Expropriation or nationalisation of assets, Poor public decision-making process, Strong political opposition/hostility); *Macroeconomic* (Poor financial market, Inflation rate volatility, Interest rate volatility, Influential economic events); *Legal* (Legislation change, Change in tax regulation, Industrial regulatory change); *Social* (Lack of tradition of private provision of public services, Level of public opposition to project); *Natural* (Force majeure, Geotechnical conditions, Weather, Environment).

Nella categoria *Meso* rientrano: *Project selection* (Land acquisition (site availability), Level of demand for project); *Project finance* (Availability of finance, Financial attraction of project to investors, High finance costs); *Design* (Delay in project approvals and permits, Design deficiency, Unproven engineering techniques); *Construction* (Construction cost overrun, Construction time delay, Material/labour availability, Late design changes, Poor quality workmanship, Excessive contract variation, Insolvency/default of sub-contractors or suppliers); *Operation* (Operation cost overrun, Operational revenues below expectation, Low operating productivity, Maintenance costs higher than expected, Maintenance more frequent); *Residual risk*.

Infine, nella categoria *Micro* compaiono i seguenti rischi: *Relationship* (Organisation and co-ordination risk, Inadequate experience in PPP/PFI, Inadequate distribution of responsibilities and risks, Inadequate distribution of authority in partnership, Differences in working method and know-how between partners, Lack of commitment from either partner); *Third party* (Third Party Tort Liability, Staff Crises).

Ulteriori classificazioni dei rischi insiti nei contratti pubblici sono rinvenibili in Poschmann F., *Private Means to Public Ends: The Future of Public-Private Partnerships*, C.D. Howe Institute Commentary, Toronto, C.D. Howe Institute, 2003, e Monteiro Rui S., "PPPs and Fiscal Risks: Experience of Portugal", in Corbacho A.; Funke K.; Schwartz G., *Public Investment and Public-Private Partnerships: Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risks*, Palgrave MacMillan, 2008, pp. 128-130.

la costruzione (*Build*); lo sviluppo (*Develop*); la proprietà (*Own*); la locazione (*Lease*); la gestione (*Operate*); la manutenzione (*Maintenance*); il trasferimento (*Transfer*) del bene.³⁵⁴

Ad ogni prestazione corrisponde una gamma di rischi correlati.

Sarà quindi l'attribuzione di quest'ultimi alla parte pubblica o a quella privata, financo la loro condivisione in percentuale, a determinare l'inquadramento giuridico dell'operazione come appalto o come concessione.

Lo stesso vale per quanto riguarda i rischi connessi alle varie compagini soggettive che possono partecipare direttamente o indirettamente all'operazione.

Oltre alla p.a., la quale non può mai mancare, compaiono numerosi altri soggetti.

In primo luogo, sono da tenere in considerazione i candidati alla commessa pubblica, i quali possono in certi casi concorrere alla definizione dell'oggetto di gara – *ergo* alla qualificazione quale appalto o concessione – e, in ogni caso, comportano il rischio di litigiosità (molto elevata in Italia) giudiziale e non.

Qui, in realtà, i rischi si estendono molto più di quanto si possa immaginare poiché, come emerge da studi economici applicati al diritto³⁵⁵, i partecipanti alla competizione tendono ad agire egoisticamente, sfruttando le debolezze altrui, soprattutto della committenza, e massimizzando il proprio tornaconto.³⁵⁶

³⁵⁴ Si rinvia alla lettura del documento di United Nations Economic Commission for Europe (UNECE) - *A Guide to Promoting Good Governance in Public Private Partnerships*, presented to the International conference on knowledge sharing and capacity building on promoting successful Public Private Partnerships in the Unece region, Tel Aviv, Israel, 5-8 June 2007, pp. 2-5.

Volendo ipostatizzare una sorta di progressione da appalto a concessione, potrebbe darsi la seguente: DB (Design and Build)/OM (Operation and Maintenance); LDO (Lease-Develop-Operate); BOT (Build-Operate-Transfer); BFM (Build-Finance-Maintain); DBO (Design-Build-Operate); DBFM (Design-Build-Finance-Maintain); DBFO (Design-Build-Finance-Operate); DBFOM (Design-Build-Finance-Operate-Maintain); BOOT (Build-Own-Operate-Transfer); Concession.

Come si vede, a prescindere dall'oggetto specifico (lavori e/o servizi), non esiste uno schema unico per appalti e concessioni in quanto le varie forme intermedie si prestano a configurare pure una concessione.

La distinzione fondamentale non risiede dunque nelle prestazioni, bensì – come insegnano le direttive UE e la Corte di Giustizia – nel rischio allocato in concreto.

E ciò potrebbe favorire l'accennata illazione secondo cui anche gli appalti sono compatibili con il finanziamento privato, a patto che il rischio di rientro dell'investimento sia limitato o pressoché nullo.

³⁵⁵ Molti autori si sono occupati della tematica, ma il più illustre è il premio Nobel Williamson O.E.: *Le istituzioni economiche del capitalismo: imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1992; *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, Franco Angeli, Milano, 1996.

³⁵⁶ Si rinvia a Raganelli B., *Partenariato Pubblico Privato ed opere pubbliche in Europa. La ricerca di un equilibrio tra regole e flessibilità* (in part. p. 27), convegno I-COM "Procedure di scelta del contraente e modelli di affidamento nei rapporti di Partenariato Pubblico Privato: il caso delle infrastrutture", Roma, 29 ottobre 2008; *id.*, "Pubblico, Privato e Concessioni in Europa: alcuni limiti della disciplina", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013(in part. p. 223) e bibliografie ivi indicate.

In secondo luogo, occorre considerare il concorrente che si aggiudica la commessa.

Costui se, per un verso, non è esente dalle inclinazioni egoistiche appena esposte, per l'altro, si ritrova in una posizione di vantaggio o svantaggio a seconda del tipo di contratto che stipula con la p.a. e delle vicissitudini che avranno luogo in seguito.

Non esiste una soluzione valida in assoluto, perciò il rischio si conformerà alle varie scelte operate in sede negoziale dalle controparti (controparti che coinvolgono non solo una o più p.a. e uno o più aggiudicatari, ma anche i finanziatori, i subcontraenti ed i consulenti).

Da ultimo, si pone il problematico rapporto con i terzi, i quali possono essere: i membri delle comunità interessate dall'operazione, i soggetti eventualmente danneggiati, ed i contribuenti in generale.

Anche in questo caso le diverse interazioni fra le controparti ed i terzi dipenderanno dalle specificazioni di turno su chi sopporta quali rischi e in che percentuale.

Tutti i rischi trattati in questa sede hanno la peculiarità di essere variabili e mutevoli, secondo una prospettiva diacronica, con la conseguenziale necessità di valutazione sia in fase di gara, sia in fase di *contract design*, sia in fase di esecuzione delle prestazioni.

Solo così è possibile distinguere appalti e concessioni all'interno del PPP.

A questo punto, verificata la reale portata del rischio nel PPP, è possibile spendere qualche parola su una questione che appare degna di esame.

È chiaro che la complessità della materia va ben al di là dei rischi di costruzione, domanda e disponibilità canonizzati nella decisione di Eurostat dell'11 Febbraio 2004 – “*Treatment of public-private partnerships*”.³⁵⁷

La conseguenza più immediata è la palese impossibilità di reputare tale decisione quale “manifesto” generale dei rischi nel *public procurement*.³⁵⁸

Semmai è da considerarsi un breviario sul trattamento contabile dei PPP in correlazione all'allocazione di determinati rischi in capo alle parti contrattuali: l'attenzione

³⁵⁷ Si rinvia al documento dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto (UTFP), *Partenariato Pubblico – Privato per la realizzazione di opere pubbliche: impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico. Decisione EUROSTAT 11 Febbraio 2004 “Treatment of public-private partnerships”*, Roma, giugno 2004, e EPEC, *Eurostat Treatment of Public-Private Partnerships: Purposes, Methodology and Recent Trends*, 2010.

³⁵⁸ In questi termini sono la determinazione dell'AVCP, 11 marzo 2010, n. 2, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*; e Goisis F., *Concessione di costruzione e gestione di lavori e concessione di servizi*, *Ius Publicum*, 2011; *id.*, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, *Diritto Amministrativo* 4: 703, 2011.

è puntata essenzialmente sulla titolarità del bene, cioè a quale parte spetti prevalentemente la proprietà – in senso economico, non giuridico – dello stesso.³⁵⁹

A tal proposito essa non prende in esame i rischi non direttamente legati al bene e considera allocati i rischi attribuiti a ciascuna parte in misura prevalente (oltre il 50%), utilizzando come indici, in caso di dubbio, la misura dei finanziamenti pubblici (compresi quelli “in natura”), l’eventuale presenza di garanzie pubbliche e la fissazione di un prezzo di riscatto fuori mercato.

La decisione riguarda il caso di contratti a lungo termine, conclusi tra un *partner* privato e la p.a. nei casi in cui questa sia il principale acquirente dei beni e servizi forniti, che la domanda sia originata dalla stessa parte pubblica oppure da terze parti (e.g. servizi pubblici, come la sanità o l’istruzione, o infrastrutture stradali con sistemi di *shadow tolls*).

Se il partner privato si assume il rischio di costruzione (ritardo nei tempi di consegna; non rispetto degli standard di progetto; aumento dei costi; inconvenienti di tipo tecnico nell’opera; mancato completamento dell’opera) ed almeno uno fra il rischio di disponibilità (prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità) e quello di domanda, gli *assets* vanno registrati fuori dal bilancio delle amministrazioni pubbliche (*off balance*), non dovendo essere classificati come attivo patrimoniale pubblico.

Se invece l’*asset* è classificato nel bilancio pubblico (*on balance*), la spesa iniziale per la realizzazione avrà un impatto negativo sull’indebitamento statale complessivo.

La classificazione ha importanti conseguenze sul *deficit* e sul debito pubblico³⁶⁰, ma il profilo che più interessa la presente trattazione è la discrasia metodologica della prassi statistico-contabile rispetto al magistero della Corte di Giustizia in ordine al rischio.

Mentre quest’ultima, allo scopo di distinguere le concessioni dagli appalti, ha configurato un rischio operativo che può anche essere ridotto *ab origine*, la prima adotta il cd. “*Risk and reward criterion*” privilegiando la sostanza sulla forma.

³⁵⁹ A fini statistici e contabili esistono soltanto due alternative: o il bene è pubblico oppure è privato.

Sul tema si veda Hemming R., “PPPs: Some Accounting and Reporting Issues”, in Corbacho A.; Funke K.; Schwartz G., op. cit., p. 235 ss..

³⁶⁰ La scarsità di risorse pubbliche e, quindi, la volontà di evitare che l’*asset* vada ad incidere sull’indebitamento pubblico è uno dei maggiori moventi per il ricorso al PPP: sul punto cfr. Maskin E.; Tirole J., *Public-private partnerships and government spending limits*, International Journal of Industrial Organization, 26(2): 412-420, 2008.

In proposito Hawkesworth I., *Making the right choice for the right reason*, OECD Observer n. 278, marzo 2010, auspica che il PPP venga utilizzato in vista del cd. “*value for money*”.

Detto criterio sostanzialista, in linea con la nuova direttiva 2014/23/UE, non solo implica che il rischio del *non-government partner* deve superare il margine di profitto, andando ad incidere anche sul capitale di *equity* e sugli investitori, ma presuppone altresì la proprietà dell'*asset* da contabilizzare *on/off balance*.

Ne discende una notevole differenza quali-quantitativa fra le due interpretazioni, anche in virtù dei diversi punti di vista utilizzati.

Nel primo caso può bastare un rischio ridotto per aversi una concessione, nel secondo caso è necessario che il rischio trasferito al privato ecceda la soglia di quello trattenuto dalla p.a. per poter escludere il bene dal bilancio pubblico.

Com'è evidente, la difformità sia di oggetto (operazione economica; infrastruttura) sia di metodo (rischio ridotto; rischio prevalente), oltre che di funzione (distinzione fra appalti e concessioni; trattamento contabile dei PPP), crea una certa confusione.

Si rende pertanto opportuno fare alcune puntualizzazioni: in primo luogo, dal momento che all'interno del PPP si trovano sia appalti sia concessioni, è chiaro che la decisione Eurostat non possa servire al loro distinguo; in secondo luogo, facendo riferimento alla realizzazione di infrastrutture, essa non risulta adeguata ai servizi pubblici; in terzo luogo, le tre macrocategorie di rischi (costruzione, disponibilità, domanda) non esauriscono l'ampio spettro di fattori che condizionano l'esito di un contratto pubblico.

La decisione *de qua* si rivela comunque utile poiché, se, da un lato, conferma la possibilità che nel PPP l'utenza delle prestazioni sia costituita dalla p.a. medesima, dall'altro, aiuta la ricognizione delle opere cd. "fredde", "tiepide", "calde".³⁶¹

Riconoscere apertamente che rientrano nel PPP non soltanto le opere calde (il cui costo è rimborsato dai *cash flows*), ma anche quelle tiepide (ove vi è un contributo pubblico a titolo di compensazione) e addirittura quelle fredde (ove la p.a. è l'acquirente principale delle prestazioni, a prescindere dalla destinazione di queste a sé o a terzi), vuol dire ammettere un'estensione del PPP che va ben oltre il relativo regime contabilistico, inglobando tutte quelle fattispecie che, pur non presupponendo il finanziamento privato o prevedendo garanzie ed agevolazioni pubbliche che lo obliterano, comportano un coinvolgimento privato assai rilevante nella concezione e realizzazione dell'operazione.

³⁶¹ Sulle quali si rinvia alla citata determinazione dell'AVCP, 11 marzo 2010, n. 2, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*.

L'effetto prodotto è che, qualora il rischio privato sia sotto la soglia del 50%, l'*asset* deve comparire nel bilancio pubblico; di certo non avviene la sua estromissione dal PPP.³⁶²

Si vuole evitare la pratica elusiva di mascherare talune operazioni al solo scopo di alleggerire i bilanci pubblici del presente, in tal modo scaricando il peso degli investimenti sulle generazioni future.

Ciò non toglie che operazioni in cui la partecipazione finanziaria del privato è al di sotto della soglia paritaria appartengano comunque al *genus* dei PPP.

La ragione è presto detta: non sempre è conveniente trasferire il rischio del finanziamento sul privato in misura preponderante o esclusiva.³⁶³

³⁶² Sia il Libro Verde della Commissione relativo ai "Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni" COM(2004) 327 def., Bruxelles, 30.4.2004, sia la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni — Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato COM(2009) 615 def., Bruxelles, 19.11.2009, prevedono, quale modalità di finanziamento, la normale compartecipazione di finanziamenti pubblici e finanziamenti privati, in quote variabili e spesso con la prevalenza dei primi.

Il fine ultimo dei PPP è la promozione dell'efficienza tramite la condivisione dei rischi e lo sfruttamento delle competenze del settore privato, potendo questo essere una fonte di capitale aggiuntiva.

Allora l'interpretazione corretta dell'art. 3, comma 15-ter, del d.lgs. 163/2006 — secondo il quale "i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. [...] alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat" — non può che essere nel senso di definire una famiglia di contratti che prevedono una o più prestazioni (di regola comprensive del finanziamento, ma eccezionalmente potrebbe mancare) da parte del contraente privato selezionato, il quale si assume una serie di rischi che incidono, da un lato, sulla qualifica del contratto come appalto o concessione e, dall'altro, sulla contabilizzazione o meno nel bilancio pubblico.

In termini coerenti con quanto esposto si vedano Goisis F., *Concessione di costruzione e gestione di lavori e concessione di servizi*, Ius Publicum, 2011, per il quale "non sembra possibile giungere ad affermare che l'art. 3, co. 15 ter, del Codice abbia voluto davvero imporre il rispetto dei criteri della decisione Eurostat, quale condizione (necessaria e sufficiente) perché un rapporto contrattuale acceda alla natura (non solo di partenariato non incidente sui bilanci pubblici, ma altresì) di vera concessione" e Ricchi M., "Il partenariato pubblico-privato: nuove competenze e nuovi strumenti di regolazione della P.A.", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 338: "Preme ricordare come "l'allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti" sia l'obbligo principale a carico della Pa e, invece, il conseguente *off balance* pubblico può essere un effetto secondario".

³⁶³ Una simile opzione provoca l'imputazione di un sovraccosto derivante dal premio richiesto dal privato per accollarsi il rischio del finanziamento, premio che, in caso di errata allocazione, accentua l'estrazione di rendite e sottrae vigore all'incentivo dei capitali a rischio.

Moszoro M.; Gasiorowski P., *Optimal Capital Structure of Public-Private Partnerships*, IMF Working Paper 1/2008, mostrano come al miglior rendimento del settore privato in termini di *performance* vada abbinato il minor costo del denaro per il settore pubblico.

Si potranno pertanto avere PPP con finanziamento pubblico maggioritario o totalitario.

Sul finanziamento privato dei PPP quale regola generale si rinvia a De Bettignies J.-E.; Ross T.W., *Public-Private Partnerships and the Privatization of Financing: An Incomplete Contracts Approach*, 2007. Queen's School of Business Research Paper No. 02-08.

L'allocazione dei rischi mira ad attribuirli, e per quantità e per qualità, a chi è più abile a gestirli ed al minor costo.

Detta valutazione può avvenire solo caso per caso.

Di conseguenza, il finanziamento non rileva più di tanto sullo statuto dei contratti complessi, ai quali le nuove direttive europee sul *public procurement* dedicano appunto meccanismi procedurali molto simili.

A fronte di concessioni sempre connotate dal finanziamento privato (almeno parziale), sebbene si potranno anche avere casi di appalto tradizionale finanziato dalla p.a. (ma con un notevole apporto privato nell'implementazione della commessa: si pensi alle procedure flessibili del dialogo competitivo e della procedura negoziata, con e senza bando, oltre ai partenariati per l'innovazione), pure l'appalto sarà di regola finanziato dai privati.

L'inclusione degli appalti nel PPP li sottopone quindi ad una metamorfosi.

Come detto più volte, la differenza fra appalti e concessioni consta del diverso rischio operativo assunto dal contraente privato: mentre nelle seconde è possibile il mancato recupero degli investimenti, nei primi non si corre siffatto pericolo.

Nulla osta a che il privato anticipi le risorse necessarie alla realizzazione di un progetto di pubblico interesse anche negli appalti (cosa che peraltro avviene nel Regno Unito con la PFI ed in Italia con il *leasing* immobiliare e il contratto di disponibilità).

Capitolo IV. Dall'allocazione alla gestione e mitigazione del rischio

Il tema centrale del presente elaborato è stato sinora l'allocazione del rischio, con tutte le sue influenze su vari aspetti del *public procurement* (dalla distinzione fra appalti e concessioni al trattamento contabile, passando per l'uso strategico dei contratti pubblici).

Ad un esame più approfondito, però, ci si accorge che sotto il versante procedurale – proprio come successo in relazione alle concessioni – l'allocazione del rischio non rende bene l'idea delle concrete modalità mediante le quali si governa una materia tanto insidiosa.

Per propria indole innata il PPP si riferisce per lo più ad operazioni complesse di elevata rischiosità, specialità e costosità, cui sono connessi grossi movimenti di capitale.

Si rende quindi necessaria un'adeguata strategia di gestione della complessità.

Ed ecco che il rischio, in veste di fattore discriminante fra un'operazione ben condotta o fallimentare, ma anche di opportunità economica, assurge a preziosa risorsa da maneggiare con molta cura ed attenzione. Dal trasferimento del rischio si passa così all'allocazione e gestione del rischio nel PPP.

È questa una pratica che il mondo anglosassone già conosce da tempo e che comporta perciò un radicale ripensamento della contrattualistica pubblica nazionale in vista dell'innesto di prassi di differente matrice provenienti dal *common law*.³⁶⁴

Ne deriva una serie di effetti di non poco conto.³⁶⁵

L'attività allocativa si palesa infatti quale gestione e mitigazione dei rischi nel PPP.

Relativamente alla prima funzione, quella gestionale, occorre far notare che le nuove direttive europee su appalti e concessioni riservano sostanzialmente un medesimo regime ai contratti complessi (*rectius*: rischiosi).

³⁶⁴ Cfr. Rangone C., *Flessibilità procedurale e aderenza al diritto Ue nel Regno Unito*, Intervento al Convegno - Appalti: uno sguardo sull'Europa - organizzato da IGI in Roma, 17 novembre 2011 (www.osservatorioappalti.unitn.it).

³⁶⁵ Già nel 1997 Tucci M., *Appalto e concessione di pubblici servizi. Profili di costituzionalità e di diritto comunitario*, Cedam, Padova, sottolineava che il sempre più massiccio ingresso della disciplina comunitaria in alcuni settori del diritto pubblico, come nel caso dei contratti pubblici, da un lato abbia rimesso in discussione la posizione di supremazia sempre conservata in passato dalla pubblica amministrazione nell'ambito di una serie di rapporti giuridici con i privati (emblematico, nel caso della concessione, il potere di revoca unilaterale) in vista di un maggior contemperamento degli interessi e, dall'altro, abbia fatto sorgere l'esigenza di dover conciliare tradizioni giuridico-culturali distanti in vista dell'introduzione di prassi avventizie all'interno di sistemi consolidati.

Oggi giorno tale aria di cambiamento si percepisce ancora più forte alla luce di quanto qui esposto.

Potrebbe pertanto parlarsi di uno “statuto europeo dei PPP”, costituito dalle procedure flessibili di aggiudicazione e dalle norme generali sull’esecuzione dei contratti.³⁶⁶

Ciò si ripercuote positivamente nei casi di contratti misti o – per la verità, assai più probabili – di incerta qualificazione giuridica.³⁶⁷

³⁶⁶ Per quanto riguarda i partenariati per l’innovazione e le concessioni si è già detto in precedenza. Con riferimento agli appalti, le nuove direttive del 2014 nn. 24 (settori ordinari) e 25 (settori speciali) ribadiscono alcuni assunti ed introducono importanti novità.

Sia nei settori ordinari che in quelli speciali, i cons. 42-45 (cfr. 59-60 sett. spec.) e gli artt. 26, 29-32 (cfr. 44, 47-49 sett. spec.) confermano la necessità di adottare procedure flessibili quando l’oggetto della competizione non sia “*off the shelf*” ed il confronto competitivo con i candidati possa essere d’aiuto nella definizione e nell’assegnazione della commessa.

Salva l’esplicita ammissione di varianti (art. 45 dir. app. ord., equivalente all’art. 64 sett. spec.) nella *lex specialis*, resta di contro fermo il divieto di modifica successiva degli elementi sostanziali dell’oggetto di gara e di offerta.

A dispetto della conferma dell’applicabilità generale della procedura negoziata previa pubblicazione nei settori speciali, invero, in quelli ordinari quest’ultima ed il dialogo competitivo rimangono esperibili solo in casi predeterminati (seppure più laschi dei predecessori fissati dalla direttiva n. 18 del 2004: cfr. art. 30).

Ora è possibile svolgere una procedura competitiva con negoziazione o un dialogo competitivo, oltre al previgente caso della gara infruttuosa (che ingenera una procedura negoziata senza bando), quando:

- le esigenze dell’amministrazione aggiudicatrice non possono essere soddisfatte mediante soluzioni immediatamente disponibili e/o implicano progettazione o soluzioni innovative;
- l’appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari (natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica) o a causa dei rischi connessi;
- le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall’amministrazione aggiudicatrice con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune.

Se si effettua un raffronto con i presupposti antecedenti, è facile intuire come l’Unione Europea abbia recepito il bisogno di strumenti di *good governance* allorché l’operazione economica sia rischiosa.

Si deve consentire alla p.a. di affrontare la complessità, espressamente associata alla rischiosità, con mezzi adeguati allo scopo (come dimostra la necessità di tenerne debito conto nel fissare i termini di gara: cfr. art. 47 dir. app. ord., equivalente all’art. 66 sett. spec., per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, e art. 42 dir. app. ord., equivalente all’art. 60 sett. spec., per le specifiche tecniche in termini di prestazioni o di requisiti funzionali).

All’interno di entrambi i settori gli artt. 40 e 58 introducono le “consultazioni preliminari di mercato” ai fini della preparazione dell’appalto e per informare gli operatori economici degli appalti programmati.

A tal fine, gli enti aggiudicatori possono ad esempio sollecitare o accettare consulenze da parte di esperti o autorità indipendenti o di partecipanti al mercato. Tali consulenze possono essere utilizzate nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbiano l’effetto di falsare la concorrenza e non comportino una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza.

In realtà, non è esatto parlare di una vera e propria innovazione in quanto si tratta della rivisitazione del dialogo tecnico – di cui alle precedenti direttive nn. 17 (cons. XV) e 18 (cons. VIII) del 2004 – il quale, si rammenta, constava di un’interlocuzione col mondo delle imprese, applicabile in via generale nella fase preliminare all’eventuale indizione di una gara per cui l’ente competente non sapeva come convertire le sue necessità in una soluzione materialmente efficace. A prescindere dall’iniziativa privata o pubblica sottesa al dialogo tecnico, esso doveva in ogni caso assicurare una reale concorrenza, in modo da evitare l’abuso.

Permane ancor oggi il limite che il prescelto per la consulenza in detta fase sarà inevitabilmente avvantaggiato in sede di gara oppure, se rischia di esserne escluso, deciderà di non effettuare la consulenza: sul punto si veda Krüger K., *Ban-On-Negotiations in tender procedures: undermining best value for money?*, Journal of public procurement 4 (3), 2004, in part. p. 415.

L’*extrema ratio* resta la procedura negoziata senza bando (artt. 31, par. IV-V, dir. conc.; 32 app. ord.; 50 sett. spec.), in cui l’esclusività dev’essere giustificata da ragioni artistiche, tecniche, economico-giuridiche.

Per quanto riguarda l’esecuzione contrattuale, infine, si rinvia alla Parte I *supra*.

L'elasticità deve caratterizzare le regole disciplinanti l'intero *iter* procedimentale che va dalla concezione dell'oggetto, alla selezione del contraente, fino al *contract design* (come abbiamo visto, invece, la fase dell'esecuzione presenta una certa rigidità, sul piano delle direttive UE, a contrappeso della anzidetta elasticità iniziale).³⁶⁸

A tal fine, di regola, la p.a. fornirà indicazioni sulle proprie esigenze in termini di *output*, attraverso un capitolato prestazionale, e specificherà i requisiti, i criteri oggettivi e gli elementi minimi che non potranno essere modificati né in sede di gara né in corso d'esecuzione del contratto.

Nel PPP, assumendosi la controparte privata dei rischi che spetterebbero alla p.a., deve essere consentita non solo la partecipazione alle varie fasi di sviluppo del progetto³⁶⁹, ma anche la presenza di momenti di dialogo e di negoziazione nel corso della gara.³⁷⁰

³⁶⁷ Del tema si occupano gli artt. 20-23 della direttiva sulle concessioni n. 23 del 2014.

Laddove un contratto sia inseparabile è stabilita la regola della prevalenza degli appalti (sia ordinari sia speciali) sulle concessioni, mentre vi è maggior equilibrio fra concessioni e contratti di difesa e sicurezza.

L'attrazione delle parti concessorie dei contratti misti nella disciplina sugli appalti non confligge con quanto sostenuto nel presente elaborato circa l'avvicinamento degli appalti alle concessioni nei contratti complessi: pare del tutto ragionevole che trovino applicazione le norme più dettagliate in materia di requisiti, termini, pubblicazioni e criteri (se non altro per il fatto che godono di un certo consolidamento nella pratica).

In disparte la novità della regolamentazione delle concessioni, con il conseguente fisiologico rodaggio, si vuole evitare il ripetersi delle finalità elusive che hanno contrassegnato l'istituto in passato.

³⁶⁸ Si rinvia a Cafagno M., "Vincoli di gara ed affidamenti concessori nel diritto europeo", in *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, Editoriale scientifica, 2010; *id.*, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, relazione al convegno "Il diritto degli appalti pubblici all'alba delle nuove direttive comunitarie" presso la Camera dei deputati, Roma, 15 novembre 2013, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 2: 991-1019, 2013.

In particolare, sul *contract design*, si vedano Iossa E.; Spagnolo G.; Vellez M., *Best Practices on Contract Design in Public-Private Partnerships*, The World Bank, Policy report, 2007; e Athias L., *Political Accountability, Incentives, and Contractual Design of Public Private Partnerships*, IDHEAP/SPAN, University of Lausanne, 2008.

³⁶⁹ Si rinvia a Lawther W.C., *Flexible procurement approaches that facilitate relationship change and negotiation: the use of the invitation to negotiate*, *Journal of Public Procurement*, 2007.

Invero in dottrina sta sempre più prendendo piede il cd. "Early Contractor Involvement" (ECI): cfr. Van Valkenburg M.; Lenferink S.; Nijsten R.; Arts J., *Early Contractor Involvement: A new strategy for 'buying the best' in infrastructure development in the Netherlands*, 3rd International Public Procurement Conference, Amsterdam, 2008; Mosey D., *Early Contractor Involvement in Building Procurement Contracts, Partnering and Project Management*, John Wiley & Sons Inc, 2009; Walker D.H.T.; Lloyd-Walker B., "Understanding Early Contractor Involvement (ECI) procurement forms", in Smith, S.D (Ed) *Procs 28th Annual ARCOM Conference*, 3-5 September 2012, Edinburgh, UK, Association of Researchers in Construction Management, 877-887, 2012.

³⁷⁰ L'interazione fra asta e negoziazione nei procedimenti allocativi è stata studiata da diversi autori.

Si rinvia a Bulow J.; Klemperer P., *Auctions versus Negotiations*, *American Economic Review* 86(1): 180, 1996; Bajari P.; Tadelis S., "Incentives and Award Procedures: Competitive Tendering vs. Negotiations in Procurement", in *Handbook of Procurement*, N. Dimitri, G. Piga and G. Spagnolo, 121, 2006; Bajari P.; McMillan R.; Tadelis S., *Auctions versus Negotiations in Procurement: An Empirical Analysis*, *Journal of Law, Economics and Organization*, 2009.

In particolare, per la letteratura nazionale, si vedano Contessa C.; De Salvo N., *La procedura di dialogo competitivo fra partenariato pubblico-privato e tutela della concorrenza*, *Urbanistica e appalti* 5: 501,

In aggiunta, è utile predisporre degli appositi accorgimenti per gestire al meglio i rischi (cd. “*risk management*”), quali si sono rivelate le *best practices* in tema di registrazione e valutazione iniziale dei rischi grazie al lavoro di squadra (creando un cd. “*project team*” dedicato, composto da soggetti pubblici e privati), eventualmente anche attraverso l’ausilio di consulenti o di organismi specializzati (in Europa l’EPEC, in Italia l’UTFP).³⁷¹

Grazie alla preventiva cernita dei rischi potranno essere quindi congegnate delle clausole per far fronte alle eventuali sopravvenienze, da inserire nei contratti, evitando così la rinegoziazione vietata dalle direttive europee sopra una certa soglia e all’infuori di determinati casi.³⁷²

I PPP, infatti, sono un *modus operandi* teleologicamente improntato all’acquisizione di servizi di qualità attraverso l’appropriata condivisione di rischi fra soggetti pubblici e privati all’interno di contratti di durata, basati su *output* più che su *input*, e solitamente *multi-tasking* (comprendenti un “pacchetto” di prestazioni, il cd. “*bundling*”).

2006; Gaspari F., *Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e la sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto*, in giustamm.it (pubblicato l’1.3.2007); Mascolini A., *Il dialogo competitivo. In arrivo un nuova procedura che cambierà la gestione degli appalti pubblici complessi*, Progetto&Pubblico, 2007; Ricchi M., *Negoauction, discrezionalità e dialogo competitivo (Una teoria per l’affidamento dei contratti complessi di PPP)*, www.giustizia-amministrativa.it, 2008; Vinti S., *Il dialogo competitivo: troppo rigido nella fase creativa, poco regolato in quella comparativa*, in giustamm.it (pubblicato l’1.4.2009).

³⁷¹ Cfr. Fischer K.; Jungbecker A.; Alfen H.W., *The emergence of PPP Task Forces and their influence on project delivery in Germany*, International Journal of Project Management 24(7): 539–547, 2006; Mosey D., *Early Contractor Involvement in Building Procurement Contracts, Partnering and Project Management*, John Wiley & Sons Inc, 2009; Bottazzi M., *Attività di analisi dei rischi e trasferimento nella redazione dei bandi (cenni)*, relazione presentata in occasione del seminario in tema di “Redazione dei documenti di gara” organizzato a Milano il 14 ottobre 2013 nell’ambito delle iniziative dell’Osservatorio sui contratti pubblici presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell’Università Bocconi (www.osservatorioappalti.unitn.it).

³⁷² Si è visto come le nuove direttive destinano ad appalti e concessioni una medesima disciplina delle modifiche *in fieri*.

Se è vero che ciò testimonia l’avvicinamento delle due fattispecie allorché la commessa sia di notevole complessità e vi sia il rischio di sopravvenienze, è parimenti vero che esiste una non trascurabile questione di fondo.

Entro i limiti fissati dalle direttive per le rinegoziazioni occorre stabilire la natura aleatoria o commutativa delle concessioni.

Mentre gli appalti sono pacificamente commutativi (anche troppo, al punto che anche il rischio di costruzione ricade sul privato in maniera molto ridotta), il rischio che caratterizza le concessioni potrebbe far propendere per l’aleatorietà delle medesime, eliminando così sul nascere ogni possibile rinegoziazione (almeno per quanto riguarda i rischi specificamente allocati in capo al concessionario, mentre per gli altri pare lecito immaginare la possibilità di ristabilire l’equilibrio economico-finanziario in base al contratto o *ex lege*).

Non è chiaro comunque quanto il rischio incida effettivamente sulle concessioni, anche alla luce della giurisprudenza (sia sovranazionale che nazionale) e delle nuove direttive europee (v. *supra*).

Quel che è chiaro è che dinanzi a contratti complessi dovrebbe potersi adottare una prospettiva aderente alla mitigazione *ex ante* dei rischi che favorisca il coinvolgimento privato e la riuscita dell’operazione di PPP.

La complessità è manifesta ed estesa poiché ad ogni elemento corrisponde una infinita serie di variabili e rischi: non sempre è conveniente il finanziamento privato, così come spesso può essere controproducente il *bundling* delle prestazioni.³⁷³

Inoltre esistono fattori come i costi d'influenza³⁷⁴ e la corruzione³⁷⁵, senza dimenticare l'incidenza dei terzi (singoli o comunità)³⁷⁶, che talvolta possono addirittura sovvertire gli esiti di un PPP.

³⁷³ In argomento si rinvia a Iossa E.; Martimort D., *Risk allocation and the costs and benefits of public-private partnerships*, RAND Journal of Economics, RAND Corporation, 43(3): 442-474, 2012.

Sul problema delle esternalità positive e negative e sulla corretta valutazione degli elementi che influenzano un'operazione di PPP si veda Iossa E.; Martimort D., *The Simple Micro-Economics of Public-Private Partnerships*, CEIS Research Paper 139, Tor Vergata University, CEIS, 2008.

Sul fenomeno del cd. "overcontracting", ossia della predisposizione di contratti il più possibile completi al fine di usare clausole espresse per incentivare aspetti non contrattualizzati si veda Iossa E.; Spagnolo G., *Contracts as Threats: on a Rationale For Rewarding A while Hoping For B*, CEIS Research Paper 147, Tor Vergata University, CEIS, 2009.

Altri spunti interessanti sono rinvenibili in Hammami M.; Ruhashyankiko J.F.; Yehoue E.B., *Determinants of Public-Private Partnerships in Infrastructure*, International Monetary Fund, IMF Working Paper, pp. 1-39, 2006; Phang S.-Y., *Urban rail transit PPPs: Survey and risk assessment of recent strategies*, Transport Policy 14: 214-231, 2007; Jin X.-H.; Zhang G., *Modelling optimal risk allocation in PPP projects using artificial neural networks*, International Journal of Project Management 29: 591-603, 2011; Chou J.-S.; PingTserng H.; ChiehLin; Chun-PinYeh, *Critical factors and risk allocation for PPP policy: Comparison between HSR and general infrastructure projects*, Transport Policy 22: 36-48, 2012; Xu Y.; Sun C.; Skibniewski M.J.; Chan A.P.C.; Yeung J.F.Y.; Cheng H., *System Dynamics (SD)-based concession pricing model for PPP highway projects*, International Journal of Project Management 30: 240-251, 2012.

³⁷⁴ Sono detti "influence costs" i costi dovuti alle risorse sprecate ed alla distorsione delle decisioni: sul tema si rinvia a Milgrom P.; Roberts J., *Economia, Organizzazione e Management*, Il Mulino, Bologna, 1997, *passim*, in part. pp. 299, 371 e 401.

³⁷⁵ Doni N., *A Comparison of Alternative Procedures for the Selection of the Private Partner in PPP Projects*, 2007, dimostra che la flessibilità procedurale garantita dalla negoziazione coi candidati perde ogni valore concorrenziale in contesti di mercato chiusi e caratterizzati da un elevato tasso di corruzione.

A loro volta Iossa E.; Martimort D., *Post-Tender Corruption and Risk Allocation: Implications for Public-Private Partnerships*, CEIS Research Paper 195, Tor Vergata University, CEIS, 2011, evidenziano come il rischio di corruzione possa emergere altresì durante l'esecuzione del contratto, vanificando la precedente competizione trasparente e leale.

Da ultimo si rinvia a Klitgaard R., "Public-private collaboration and corruption", in Pieth M., *Collective Action on Anti-Corruption* (2012), Basel Institute on Governance. Prepared for the CBS-Sauder-Monash conference on public-private partnerships, Copenhagen Business School, 26-27 September 2012.

³⁷⁶ Un ulteriore profilo del PPP quale novità ordinamentale, almeno nelle intenzioni dell'UE, riguarda il coinvolgimento diretto della popolazione nelle decisioni strategiche che potrebbero essere oggetto di manifestazioni e proteste (si pensi al movimento "No-Tav" in Italia o al gruppo "Keep Hasankeyf Alive" contrario alla diga Ilisu nel Kurdistan Turco) al fine precipuo di evitarle: cfr. Andres L.A.; Guasch J.L., "Negotiating and Renegotiating PPPs and Concessions", in Corbacho A.; Funke K.; Schwartz G., *op. cit.*, p. 226: "to make new PPP programs sustainable, the social aspects causing the backlash need to be addressed through better communication to create popular support. It is essential to promote the program's infrastructure improvements, advertise the initiative, manage the expectations that the program may have on the *status quo*, and realistically argue the cost benefit trade-off of the program. Communication must not only justify the programs, but also periodically inform the public about the progress of the program, as well as about any changes or problems. Not only must the reforms be successful, but that success must also be communicated through greater transparency to provide a safeguard against corruption at all levels and to obtain greater popular support; through greater fairness and support to those adversely affected in the design of the transaction; and through the incorporation of social policies, such as social tariffs and financial assistance to

Se l'intento è quello di coinvolgere il settore privato non solo in termini di *know how* ma anche di capitale, occorre allora accompagnare l'allocazione e gestione dei rischi con apposite strategie di mitigazione *ex ante*. Questo però potrebbe vanificare gli incentivi intrinseci al PPP: è bene ripetere che l'allocazione dei rischi mira precipuamente ad esaltare l'efficienza attraverso l'oculata ripartizione degli stessi.

Sono infatti ravvisabili degli strumenti di mitigazione del rischio nel PPP che sembrano contraddire la missione, evocata dai più, di invogliare l'investimento privato e di evitare *in toto* il finanziamento pubblico: a partire dall'effetto moltiplicatore³⁷⁷, passando per finanziamenti³⁷⁸, agevolazioni³⁷⁹ e garanzie³⁸⁰ pubblici, fino al *bail-out* delle operazioni

those adversely affected by the programs, for instance those losing their jobs. Programs or policies should be implemented to support users and workers, and affected communities must be part of the strategy of a successful program from the start. Initiatives should be launched and supported from the bottom up in areas and locations where the benefits and costs will be incurred”.

Nei medesimi termini – ossia la necessità di una “*ethic of care*” nei confronti dei terzi interessati – è Yseult M., *Public-Private Partnerships and the Law: Regulation, Institutions and Community*, Edward Elgar, 2014. Si rinvia anche a Galetta D.U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 3-4: 819, 2005; *id.*, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Diritto Amministrativo 3: 601, 2010; e De Grazia D., *L'evoluzione della disciplina dei servizi pubblici nella prospettiva della tutela degli utenti* (http://www.academia.edu/3199484/Levoluzione_della_disciplina_dei_servizi_pubblici_nella_prospettiva_della_tutela_degli_utenti).

Al riguardo, si segnala che il disegno di legge S/1678 – delega per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE – prevede espressamente, da un lato, il coinvolgimento dei portatori qualificati di interessi nell'ambito dei processi decisionali dell'amministrazione finalizzati alla programmazione e all'aggiudicazione di appalti e concessioni nonché nella fase di esecuzione del contratto; dall'altro lato, forme di dibattito pubblico, ispirate al modello del *débat public* francese, delle comunità locali dei territori interessati dalla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali aventi impatto sull'ambiente o sull'assetto del territorio.

³⁷⁷ Cfr. Parere del Comitato economico e sociale in merito alla «Proposta di regolamento (CE) del Consiglio che modifica il Regolamento (CE) n. 2236/95 che stabilisce i principi generali per la concessione di un contributo finanziario della Comunità nel settore delle reti transeuropee» (98/C 407/23), pt. 5.3: “il termine «effetto moltiplicatore» vuole indicare l'ipotesi verosimile che, laddove il finanziamento pubblico è limitato, l'apporto di fondi comunitari di per sé genererà un finanziamento privato supplementare”.

A riprova di ciò, nel documento “Connettere l'Europa” (2011), ossia il pacchetto dell'UE che comprende i nuovi orientamenti di finanziamento per le reti transeuropee di trasporto TEN-T per il periodo 2014-2020, si evidenzia che al fine ottenere i 250 miliardi di euro necessari per completare la rete centrale “31,7 milioni di euro stanziati per i trasporti nell'ambito del meccanismo per collegare l'Europa del quadro finanziario pluriennale agiranno in pratica come “capitale di avviamento” per stimolare ulteriori investimenti da parte degli Stati membri, volti a completare collegamenti transfrontalieri difficili, che altrimenti potrebbero non essere realizzati. I finanziamenti TEN-T esercitano un forte effetto leva. L'esperienza degli ultimi anni mostra che ogni milione di euro speso a livello europeo genererà 5 milioni dai governi degli Stati membri e 20 milioni dal settore privato” (http://ec.europa.eu/italy/services/docs/connettere_europa_per_sito.pdf).

In definitiva, una parte di finanziamento – quindi di rischio – pubblico è inevitabile.

³⁷⁸ Per il contributo dell'UE ai progetti di PPP si rinvia alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni — Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato COM(2009) 615 def., Bruxelles, 19.11.2009 (pt. 3).

in stato di difficoltà o crisi³⁸¹, appare chiaro come il rischio economico, soprattutto in ragione dei settori particolarmente sensibili al pubblico, in effetti non sia mai oggetto di trasferimento *tout court* al privato.³⁸²

I principi che disciplinano i finanziamenti europei per gli anni 2014-2020 sono fissati dal regolamento n. 1316/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2013 che istituisce il meccanismo per collegare l'Europa ("MCE") modificando il regolamento (UE) n. 913/2010 ed abrogando i regolamenti (CE) n. 680/2007 e (CE) n. 67/2010.

Altre possibilità di finanziamento, oltre ai Fondi strutturali e al Fondo di coesione dell'UE, sono quelle della Banca europea per gli investimenti (BEI), fra i quali figurano lo Strumento per i finanziamenti strutturati (SFS) e lo Strumento di garanzia del prestito per progetti di trasporti RTE (LGTT), e nazionali.

Infine, pur non trattandosi di finanziamenti pubblici, è doveroso far menzione dell'apporto del settore privato tramite obbligazioni di progetto sotto la supervisione e garanzia della BEI al fine di ridurre il rischio: cfr. Mataluni F., "Il finanziamento delle concessioni attraverso il mercato: il Project Bond", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 644 ss., e Quaranta A., *Project Bond: un nuovo strumento per il rilancio delle infrastrutture?*, *Ambiente e sviluppo* 4: 339, 2013.

³⁷⁹ In particolare, per quanto riguarda le misure di defiscalizzazione in Italia, cfr. Gentiloni Silveri S., "Il coinvolgimento dei finanziatori nei contratti di partenariato pubblico-privato e l'opzione per "l'accordo diretto", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., op. cit., pp. 547-551.

Come detto, importanti misure di defiscalizzazione sono previste all'art. 18 della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'art. 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221 (v. Parte I *supra*).

³⁸⁰ Le quali possono consistere nella garanzia totale o parziale dei crediti e dei debiti dell'operatore privato, nella garanzia di un ricavo minimo o di una domanda minima, nella garanzia di rifinanziamento o nella garanzia di pagamenti al termine del contratto.

In proposito Medda F., *A game theory approach for the allocation of risks in transport Public-Private Partnerships*, *International Journal of Project Management* 25(3): 213, 2007, mostra che quando le garanzie annullano sostanzialmente il rischio di perdite sorgono fenomeni di *moral hazard* e di *adverse selection*.

Si rinvia a Cori R.; Paradisi I., "La fase di esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici", in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., op. cit., pp. 593-595, per lo scenario italiano e, più in generale, a Goldsmith H., "Combining PPP with EU Grants", in Corbacho A.; Funke K.; Schwartz G., *Public Investment and Public-Private Partnerships: Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risks*, Palgrave MacMillan, 2008, pp. 173-187, nonché al documento di UTFP ed EPEC, *Le garanzie pubbliche nel PPP. Guida alla migliore valutazione, strutturazione, implementazione e gestione*, agosto 2011 (la versione originale, in lingua inglese, *State Guarantees in PPPs, A Guide to Better Evaluation, Design, Implementation and Management* è disponibile sul sito web dell'EPEC).

³⁸¹ Ehrhardt D.; Irwin T., *Avoiding Customer and Taxpayer Bailouts in Private Infrastructure Projects: Policy toward Leverage, Risk Allocation, and Bankruptcy*, World Bank Policy Research, Working Paper No. 3274, 2004, evidenziano come un eccessivo trasferimento di rischi sul contraente privato finisce con l'aumentare il relativo indebitamento, con conseguente incremento dei costi per gli utenti e maggior rischio di *default*.

Si potrebbe parlare – mi sia passata l'espressione gergale – di "effetto boomerang" (emblematiche sono le ricordate vicende di Eurotunnel e delle autostrade lombarde: v. Parte I *supra*).

Sul punto scrive Ricchi M., "Il partenariato pubblico-privato: nuove competenze e nuovi strumenti di regolazione della P.A." in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 323: "Mentre nei paesi anglosassoni, in caso di fallimento, la circostanza del subentro della PA in tutte le obbligazioni contratte della società di progetto e nell'acquisizione degli *assets* è espressamente contemplata contrattualmente, nell'ordinamento italiano si preferisce ignorare lo scenario fallimentare ed illudersi di una irresponsabilità della Pa. Invece, in caso di *default* non solo la PA è tenuta a versare il valore dell'opera nei limiti del proprio arricchimento ma anche – e questo dipende dal grado di essenzialità del servizio che l'infrastruttura deve assicurare – a sostenere i costi di mantenimento e di esercizio del servizio che non può essere interrotto. Pertanto è necessario assicurare nel contratto la predeterminazione o i criteri per predeterminare l'indennizzo della Pa in

La *ratio* è abbastanza ovvia.

In disparte la situazione di crisi generale che contrassegna l'attuale periodo storico (la quale ha provocato una contrazione dei capitali circolanti, impoverendo non solo le casse pubbliche ma anche i prestiti delle istituzioni finanziarie) e premessa la normale avversità al rischio da parte degli operatori, appare evidente che nessuno oserebbe imbarcarsi in interventi tanto complessi e aleatori, quali sono i PPP, senza avere assicurazioni, sia economiche sia amministrative, provenienti dalla committenza.

Tale circostanza non desta alcuno stupore se solo si pensa alla grande varietà di istanze, anche superindividuali, sottese al *public procurement* ed alla quantità di fattori che possono incidere sul risultato finale.

Determinare chi si farà carico di certe sopravvenienze e in che misura diventa di capitale importanza.

Solo per fare alcuni esempi, conviene citare i vari fenomeni di cd. "*capture*" che possono verificarsi in seno ad una operazione di PPP.

Il plesso pubblico può rimanere vincolato a contratti soggetti ad obsolescenza o decidere di proseguire, per motivazioni di opportunismo elettorale, in progetti mal concepiti per previsioni rivelatesi errate.

Il privato può dover fronteggiare i ripensamenti politici o amministrativi e le reazioni delle comunità interessate.

Può allora accadere che la collettività si ritrovi ad avere servizi di scarsa qualità ed a prezzi elevati.

L'allocazione, gestione e mitigazione del rischio deve pertanto servire ad evitare simili criticità, approntando, sin dall'ideazione del progetto, tutte le cautele che si rendono necessarie in vista del soddisfacimento degli interessi di ciascuna parte coinvolta.

caso di fallimento della società di progetto e in generale di tutti i casi di chiusura contrattuale prima della scadenza specialmente con riguardo ai c.d. costi finanziari. La responsabilità ultima della Pa nel rilevare le opere pubbliche e sostenerne costi non deve dissuadere ad intraprendere le operazioni di PPP, quanto piuttosto a farlo dotandosi della necessaria competenza".

³⁸² Viepiù esistono meccanismi elastici che consentono adattamenti *in fieri* come, ad esempio, la variazione della durata contrattuale, l'aggiustamento dei prezzi ed il ripristino dell'equilibrio economico-finanziario complessivo.

La loro portata, tuttavia, è fortemente limitata dalla normativa alla predisposizione di clausole contrattuali *ad hoc* o ai presupposti *ex lege* (v. *supra*).

E ciò a prescindere dalla circostanza che il concessionario sopporta un rischio più consistente di quello dell'appaltatore, perché la distinzione fra appalti e concessioni non è la causa – bensì l'effetto – della diversa allocazione dei rischi.

Dopo che i rischi sono stati adeguatamente analizzati, mitigati e allocati a priori, durante l'esecuzione contrattuale si assisterà alla effettiva differenziazione di disciplina fra appalti e concessioni per quel che attiene alle conseguenze delle possibili sopravvenienze.

Capitolo V. Il rischio nel PPP: paradosso o panacea?

Il titolo di questo capitolo finale potrà sembrare un po' pacchiano, certamente retorico, ma mira a riprendere due icastiche espressioni che sono state utilizzate per descrivere il rapporto tra rischio e PPP.

Quando si sente parlare del cd. "paradosso del PPP", si fa riferimento a quell'anomalia di bilancio secondo cui il plesso pubblico risulta tanto più ricco quanto più rischio trattiene a sé.³⁸³

In realtà, trattasi semplicemente di una cattiva applicazione pratica degli strumenti contabili allorché si ha a che fare con il rischio sistemico collegato ai flussi di cassa relativi ad un PPP.

Non è tanto interessante evidenziare la problematica contabile in sé quanto il messaggio ad essa sotteso: in base alle circostanze il rischio, o meglio la sua allocazione, può essere fonte di guadagno o di perdita.

La dottrina lamenta il fatto che continua a prevalere una logica contabilistica, la quale, da un lato, si prefigge solamente di alleggerire i bilanci pubblici attuali e, dall'altro, considera il PPP in una prospettiva quantitativa e formalistica che poco si addice ad uno strumento politico di gestione della complessità.

In proposito è stato coniato il termine di "accountingization".³⁸⁴

Molto spesso si è data maggior importanza alla valutazione quantitativa dei rischi piuttosto che a quella qualitativa, ignorando il rischio sistemico e l'incertezza, i quali incidono profondamente sull'effettiva allocazione dei rischi e, quindi, sul risultato finale dell'operazione economica. Non tutto è misurabile con un complesso algoritmo o con una semplice formula matematica: la logica contabilistica qui mostra numerose lacune.³⁸⁵

Il reale paradosso del PPP, se si vuole individuarne uno, è invero un altro.

³⁸³ Cfr. Gray S.; Hall J.; Pollard G., *The Public Private Partnership Paradox*, 2010.

³⁸⁴ Cfr. Broadbent J.; Gill, J.; Laughlin, R., *Identifying and controlling risk: The problem of uncertainty in the Private Finance Initiative in the UK's National Health Service* (2005), (<http://roehampton.openrepository.com/roehampton/bitstream/10142/12451/1/broadbent%20identifying.pdf>), *Critical Perspectives on Accounting* 19(1): 40-78, 2008.

Si rinvia al documento dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto (UTFP), *Partenariato Pubblico – Privato per la realizzazione di opere pubbliche: impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico*, Roma, gennaio 2011.

³⁸⁵ Esempi di previsioni rivelatesi inattendibili sono forniti in Brenck A.; Beckers T.; Heinrich M.; von Hirschhausen C., *Public-Private Partnerships in New EU Member Countries of Central and Eastern Europe: An Economic Analysis with Case Studies from the Highway Sector*, Public Sector Management and Regulation Working Papers WP-PSM-08, Reprint from EIB Papers, 10(2): 82-112, 2005.

Ai fini del consolidamento e dello sviluppo del mercato unico e della coesione europea, l'UE ha sottolineato a più riprese la necessità di coinvolgere i capitali privati nella realizzazione delle infrastrutture TEN (*Trans-European Networks*), tramite forme di PPP, poiché il fabbisogno (stimato in circa 1000 miliardi di euro³⁸⁶) non può essere coperto da soli fondi pubblici.

I PPP dovrebbero peraltro assurgere, in linea teorica, a rimedio – a mo' di panacea – al *gap* infrastrutturale europeo in generale (non solo per quanto riguarda le TEN), ma vi sono ancora degli ostacoli da superare.³⁸⁷

È certamente assiomatico che, a fronte dell'impossibilità di finanziare le infrastrutture di pubblica utilità mediante risorse esclusivamente pubbliche, la sola alternativa è quella di ricorrere al contributo privato.

A tal fine, originariamente si pensava che sarebbe bastato stanziare finanziamenti pubblici atti a coprire parzialmente, per lo più in misura minima, le opere in maniera tale da attrarre capitali privati e così sarebbe scattato poi un "effetto moltiplicatore" in favore di nuovi investitori.

³⁸⁶ Per l'esattezza pari a 970.000 milioni di € fino al 2020: cfr. regolamento n. 1316/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2013 che istituisce il meccanismo per collegare l'Europa ("MCE") modificando il regolamento (UE) n. 913/2010 ed abrogando i regolamenti (CE) n. 680/2007 e (CE) n. 67/2010.

³⁸⁷ Ormai è opinione diffusa che "i PPP non costituiscono una soluzione miracolosa: per ciascun progetto è necessario valutare se il partenariato apporti realmente un valore aggiunto allo specifico servizio o ai lavori pubblici in questione, rispetto ad altre opzioni come la conclusione di un contratto più tradizionale" (cfr. Comunicazione della Commissione sui PPP, COM(2005) 569 def., Bruxelles, 15.11.2005).

Sul punto si vedano pure la relazione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico privati e diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni 2006/2043(INI), 16.10.2006 ("In conclusione è necessario osservare che i PPP non sono una *panacea* per ogni problema. Sono difficili da programmare, da realizzare e da gestire"); UNECE - *A Guide to Promoting Good Governance in Public Private Partnerships*, Tel Aviv, Israel, 5-8 June 2007, Part I: The Misconceptions, p. 9 ("PPPs are all embracing *panaceas* that can be implemented all at once irrespective of the competence, knowledge and skills on the part of governments: PPPs are very complex but Governments have been eager to start as quickly as possible without pacing themselves. Such a myth lead to countries with no experience of PPPs to launch numerous projects before they have the capacity and knowledge, leading them often to repeat the mistakes of those who started earlier"); Thomas S.Ng.; Wong Yoki M.W.; Wong James M.W., *Factors influencing the success of PPP at feasibility stage – A tripartite comparison study in Hong Kong*, Habitat International 36(4), 2012, p. 423 ("Despite being extensively applied in both developed and developing countries since 1970s, PPP is not a *panacea* as the interests of the government, investor and society may vary significantly (HMTreasury, 2000). Identifying and balancing the interests of all stakeholders in an open and equitable manner thus becomes a major challenge when determining whether PPP is a feasible and the most value-for-money approach for delivering public facilities and services. The problem is aggravated as stakeholders' interests may change over time due to such forces as political pressure, organisational change and social behaviour. When a PPP scheme fails to meet the conflicting expectations of any parties, the government might have to consider buying out the facility for retendering or own operation, and the results could be protracted negotiation and compensation (Dailarni & Klein,1997). Therefore, it is imperative to examine what contributes to the success of a PPP scheme from the corresponding views of the government, investor and society"). Enfasi aggiunta.

Il piano non sembra aver funzionato: un po' per colpa della situazione di crisi globale venutasi a creare negli ultimi anni, un po' per carenze intrinseche.

Un'implicazione da non sottovalutare è che l'allocazione del rischio nel PPP, per poter essere realmente funzionale, deve garantire un certo equilibrio economico.

Quest'ultimo rappresenta la condizione necessaria, ma non sufficiente, in vista della partecipazione privata al finanziamento delle infrastrutture che non sono realizzabili dalla sola pubblica amministrazione. Un *incipit* necessario, ma non sufficiente.

Sono altrettanto necessarie la gestione e la mitigazione del rischio.

In primo luogo, occorre considerare le implicazioni di carattere collettivo (economiche, ecologiche, sociali) ineludibilmente presenti nel settore in questione.³⁸⁸

In secondo luogo, non si può auspicare un intervento privato in settori rischiosi dell'economia se non si assicurano preventivamente le premesse per poterlo fare.³⁸⁹

³⁸⁸ Ciò impone anzitutto di vagliare "a monte" le possibili interferenze fra interessi della p.a., interessi privati, interessi collettivi.

Cfr. Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la decisione n. 1639/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un programma quadro per la competitività e l'innovazione (2007-2013) e il regolamento (CE) n. 680/2007 che stabilisce i principi generali per la concessione di un contributo finanziario della Comunità nel settore delle reti transeuropee dei trasporti e dell'energia COM(2011) 659 def. — 2011/0301 (COD) (2012/C 143/27), pt. 3.7: "*L'istituzione dello strumento di ripartizione dei rischi non può proporsi come unico obiettivo quello di produrre un effetto leva più forte possibile per mobilitare investimenti addizionali da fonti private: occorre anche garantire che lo strumento proposto non comprometta le decisioni politiche e il consenso sociale necessari per conseguire obiettivi sostenibili sotto il profilo economico, ecologico e sociale. I progetti di investimento lanciati grazie all'emissione di obbligazioni per il finanziamento di progetti non devono, ad esempio, implicare la violazione delle norme in materia sociale, ambientale o di qualità. Nel realizzare queste iniziative occorre invece tenere conto della qualità della costruzione e della manutenzione, del rispetto della compatibilità ambientale e dei contratti collettivi nonché del principio del luogo di lavoro; considerare la necessità di incoraggiare le piccole e medie imprese, di promuovere l'innovazione e di calcolare i costi in base al costo del ciclo di vita; prendere in considerazione le condizioni sociali e ambientali nel processo di elaborazione e garantire l'accesso alle persone disabili, a patto che tali elementi siano oggettivamente verificabili e basati su criteri non discriminatori. Occorre altresì evitare che gli utenti debbano sopportare oneri eccessivi*" (corsivo aggiunto).

³⁸⁹ Cfr. UNECE - *A Guide to Promoting Good Governance in Public Private Partnerships*, Tel Aviv, Israel, 5-8 June 2007, p. 42: "3. Governments should provide support to projects in order to lower the risk the private sector assumes. One of the central objectives in structuring a concession agreement should be to strike a suitable balance in terms of risk allocation. This is especially true in large scale construction projects such as the Trans European Networks. Here massive private sector investment is being sought. However the private sector will not accept the various commercial risks for these projects, including:

- The risk that in the promotion and development stage of the project, there is still no guarantee that the project will take place;
- The high-risk construction phase due to the likelihood of cost overruns throughout the lifetime of the project and;
- The uncertain revenues once a project starts operating and the potential for policy changes to undermine the viability of the project.

The whole PPP challenge revolves around the injection of sufficient public sector resources into a project to lower risks sufficiently to stimulate the desired levels of private sector investment. If the public

E, difatti, in seguito sono state approntate delle soluzioni correttive, quali i *project bond*, i prestiti postergati e *mezzanine*, le garanzie UE e BEI (a cui devono aggiungersi le misure nazionali).³⁹⁰

Certamente creare le condizioni economiche per la partecipazione privata al PPP è un presupposto imprescindibile. Resta da capire, tuttavia, quale sia la regolamentazione giuridica del PPP inteso al contempo quale strumento di gestione della complessità e, soprattutto, quale insieme di appalti e concessioni.

Il tema ha perso parzialmente importanza a seguito dell'approvazione della direttiva sulle concessioni in quanto ora anch'esse sono divenute oggetto del diritto positivo.

Rimane sullo sfondo la questione della distinzione fra concessione ed appalti che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia e la nuova direttiva 2014/23/UE, va individuata nel rischio operativo, seppur ridotto *ab origine*, assunto dal concessionario.

Da una parte, l'ammissione di un rischio ridotto nelle concessioni, dall'altra, l'inclusione degli appalti nel PPP (da cui deriva una certa flessibilità procedurale), producono una vistosa attenuazione del divario fra le due fattispecie.

Forse la verità è che la distinzione serve a tenere separati gli appalti standardizzati dalle concessioni rischiose, dovendosi operare in modi totalmente divergenti in relazione alle caratteristiche della commessa di turno; per converso, quando i rischi aumentano

sector does not plough enough resources or fails to offer other ways of lowering commercial risk, then projects such as TENS will not be realized as desired. The key challenge therefore for governments is to achieve an optimal allocation in the various risks and to mitigate, where possible, the risks assumed by the private sector by providing the necessary support to make the project attractive to the private sector”.

³⁹⁰ A maggior ragione se si considera che, nel Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la decisione n. 1639/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un programma quadro per la competitività e l'innovazione (2007-2013) e il regolamento (CE) n. 680/2007 che stabilisce i principi generali per la concessione di un contributo finanziario della Comunità nel settore delle reti transeuropee dei trasporti e dell'energia COM(2011) 659 def. — 2011/0301 (COD) (2012/C 143/27), pt. 4.2, il CESE ha sostenuto che la BEI e il bilancio UE non dovrebbero limitarsi a fornire una garanzia contro i rischi, bensì anche partecipare adeguatamente ai benefici ottenuti (cd. “*benefit sharing*”).

Si pensi al modello Volkswagen, classico esempio di PPP ben riuscito tra pubblico e privato, o ai partenariati istituzionalizzati in genere (e.g. le società cd. “miste” a capitale pubblico-privato).

Non rientra invece nella materia la recente apertura, da parte delle nuove direttive, a capitali privati nell'*in house*: cfr. art. 17 dir. 2014/23/UE, art. 12 dir. 2014/24/UE e art. 28 dir. 2014/25/UE. In tal caso, infatti, la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da una disposizione legislativa nazionale, in conformità dei trattati, alla condizione tassativa che si tratti di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata.

Insomma, il socio privato sarebbe solamente un partner finanziario senza diritto di *voice*.

Cosa che mal si concilia con l'obiettivo ultimo del partenariato pubblico-privato, ovvero la compartecipazione di entrambe le componenti soggettive alla realizzazione di operazioni d'interesse generale.

proporzionalmente alla complessità dell'operazione, come nel PPP, non solo è sensato adottare cadenze procedurali simili ma anche riadattare gli istituti ai fini da soddisfare.

Di conseguenza, se il contesto di settore può prevedere una limitazione del rischio che non esclude comunque le concessioni, allo stesso modo si dovrebbe immaginare un appalto finanziato dallo stesso appaltatore in vista del rientro totale degli investimenti, salvo il rischio di realizzazione a suo carico (come nel *leasing* e nella PFI).³⁹¹

Ciò sarebbe un utile incentivo nei confronti delle controparti della p.a., con effetti positivi in termini di “selezione naturale” delle imprese: solo le imprese veramente interessate ed in grado di portare a conclusione il contratto parteciperanno alla gara.

Si eviterebbe così, ad un tempo, il consueto fenomeno di gare sovraffollate e di *capture* della p.a. in contratti con imprese inadempienti che effettuano le prestazioni in maniera irregolare (oltre a disincentivare pratiche di malcostume e malaffare).

Il rischio non è né paradosso né panacea nel PPP, ma soltanto una variabile da maneggiare adeguatamente.

La quintessenza del PPP è in definitiva costituita dall'applicazione della *golden rule* secondo cui il rischio deve essere allocato al soggetto maggiormente in grado di gestirlo ed al minor costo – fermo considerato l'atteggiamento di propensione, neutralità o avversione al rischio medesimo – sulla base di una condivisione equa dei costi e dei benefici.³⁹²

In altre parole: “*fair risk and benefit sharing*”.³⁹³

³⁹¹ Ovviamente, come esposto, il finanziamento del privato non esclude la contribuzione pubblica sotto varie forme: prezzo, prestito, garanzia, agevolazione fiscale, e via dicendo.

Quello che conta è che gli esborsi pubblici, salvi casi eccezionali, avvengano nella fase iniziale di operatività (cd. “*ramp up*”) o, comunque, in maniera tale da evitare il cd. “*ratchet effect*” e mantenere un forte potere incentivante sul privato che si assume i rischi di realizzazione (come accade, ad esempio, nella “*Cession de créances*” francese e nel “*Forfaitierungsmodell*” tedesco).

³⁹² Operazione che deve essere fatta caso per caso in base ad un'attenta analisi dei costi e benefici.

Non sempre è conveniente trasferire determinati rischi al privato o trasferirli sopra una certa soglia.

Occorre valutare attentamente ogni singola opzione e considerare le possibili alternative: sul punto cfr. Christiansen H., “The OECD Principles for Private Sector Participation in Infrastructure”, in Corbacho A.; Funke K.; Schwartz G., op. cit., p. 143 ss., e Hawkesworth I., *From Lessons to Principles for the use of Public-Private Partnerships*, OECD report, 2011.

³⁹³ Sul punto si vedano Hammami M.; Ruhashyankiko J.F.; Yehoue E.B., *Determinants of Public-Private Partnerships in Infrastructure*, International Monetary Fund, Working Paper, 2006, pp. 19-20: “Neither governments nor private firms alone are likely to have the resources to build essential infrastructure and bear all of the risks. Hence, the scope for mutually beneficial partnerships between public and private sectors should involve an allocation of rights between partners as well as a corresponding allocation of risks. Too many government rights will scare away potential private investors; too few will probably result in customers or taxpayers having to bail out unscrupulous private investors. Too many risks assumed by governments will likely put unjustified pressures on taxpayers; too few will prevent potential private investors from participating in the venture”.

Riflessioni finali

Al termine di questa lunga trattazione che ha toccato numerosi argomenti, sospesi fra diversi ordinamenti, ritengo sia opportuno svolgere delle riflessioni di chiusura.

Non è possibile riassumere il ragionamento elaborato nelle pagine che precedono in poche righe, così come non è stato possibile approfondire a dovere tutti i temi trattati, perciò fornirò alcuni spunti che, a mio modesto avviso, meritano attenzione.

Il punto di partenza da cui abbiamo preso le mosse è stato il nuovo fenomeno PPP, di cui sempre più spesso si sente parlare e che ha di recente concentrato l'impegno della scienza giuridica in materia di *public procurement*.

Ma dal punto di vista giuridico il PPP in sé non significa granché, almeno nell'Unione Europea, dato che in sostanza esso consta degli appalti e delle concessioni, così come regolamentati dalle rispettive direttive unionali e dalle legislazioni interne.

Come si sarà certamente già intuito, dunque, la conclusione più immeditata cui si giunge all'esito del presente lavoro non può che essere la reinterpretazione degli istituti dell'appalto e della concessione alla luce del nuovo fenomeno PPP. Fenomeno globale³⁹⁴,

³⁹⁴ Quali esempi d'applicazione di PPP in diverse regioni del mondo possono essere citati i seguenti: Farlam P., *Assessing Public-Private Partnerships in Africa*, The South African Institute of International Affairs, Nepad Policy Focus Series, Working Together Report 2, 2005; Shen L.-Y.; Platten A.; Deng X.P., *Role of public private partnerships to manage risks in public sector projects in Hong Kong*, International Journal of Project Management 24: 587-594, 2006; Singh L.B.; Kalidindi S.N., *Traffic revenue risk management through Annuity Model of PPP road projects in India*, International Journal of Project Management 24: 605-613, 2006; Abednego M.P.; Ogunlana S.O., *Good project governance for proper risk allocation in public-private partnerships in Indonesia*, International Journal of Project Management 24: 622-634, 2006; Hodge G.A.; Greve C., *Public - Private Partnerships: An International Performance Review*, Public Administration Review 67 (3), 545-58, 2007; Wibowo A.; Mohamed S., *Risk criticality and allocation in privatised water supply projects in Indonesia*, International Journal of Project Management 28: 504-513, 2010; Ke Y.; Wang S.Q.; Chan A.P.C.; Lam P.T.I., *Preferred risk allocation in China's public-private partnership (PPP) projects*, International Journal of Project Management 28: 482-492, 2010; Chung D.; Hensher D.A.; Rose J.M., *Toward the betterment of risk allocation: Investigating risk perceptions of Australian stakeholder groups to public private-partnership tollroad projects*, Research in Transportation Economics 30: 43-58, 2010; Lee C.H.; Yu Y.-H., *Service delivery comparisons on household connections in Taiwan's sewer public-private-partnership (PPP) projects*, International Journal of Project Management 29: 1033-1043, 2011; Xu Y.; Yeung J.F.Y.; Chan A.P.C.; Chan D.W.M.; Wang S.Q.; Ke Y., *Developing a risk assessment model for PPP projects in China - A fuzzy synthetic evaluation approach*, Transport Policy 22: 36-48, 2012; Chen C.; Hubbard M., *Power relations and risk allocation in the governance of public private partnerships: A case study from China*, Policy and Society 31: 39-49, 2012; Iseki H.; Houtman R., *Evaluation of progress in contractual terms: Two case studies of recent DBFO PPP projects in North America*, Research in Transportation Economics 36: 73-84, 2012; Hwang B.-G.; Zhao X.; Jiang Shu Gay M., *Public private partnership projects in Singapore: Factors, critical risks and preferred risk allocation from the perspective of contractors*, International Journal of Project Management, 2012.

occorre ricordarlo, che qui si è esaminato prevalentemente nell'ottica dell'ordinamento unionale europeo e del diritto nazionale.

La chiave di lettura utilizzata, ovverosia l'allocazione del rischio (*rectius*: dei rischi) permette un'analisi esauriente e complessiva dei vari istituti oggetto d'indagine.

In primo luogo, ciò che rimane fuori dal PPP non è l'appalto in quanto tale ma nella sua consueta accezione di contratto standardizzato che sottende un affidamento banale e proveniente dal mercato (cd. "*off-the-shelf*").

In casi del genere è scontato attendersi un finanziamento totalmente pubblico e garantista in considerazione dell'inconsistenza di rischi rilevanti sia per i soggetti pubblici che per quelli privati.

Per converso, allorquando si abbia a che fare con un contratto più complesso (dal punto di vista economico, giuridico, ambientale, sociale, tecnologico o d'innovazione), pare ragionevole attendersi una ripartizione dei rischi connessa alle particolari attitudini degli attori coinvolti.

Di conseguenza, sia il finanziamento sia l'implementazione della commessa risentono del cambiamento in ordine al coefficiente di difficoltà.

Ciò significa, in teoria, che anche l'appalto pubblico potrebbe essere finanziato e realizzato dal privato, esattamente come una concessione, ma alla condizione di vedersi integralmente remunerato ad opera della p.a. stessa e/o di utenti terzi.

In ciò sta la differenza rispetto alla concessione, la quale invece presuppone un più o meno elevato rischio di gestione della commessa in capo al privato.

In questo senso sembra assumere importanza il fatto che si sia optato per l'appalto o per la concessione, a condizione che sia rispettata l'allocazione dei rischi alle parti.

È vero che il *discrimen* fra appalti e concessioni è stato individuato nel rischio operativo, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma è altrettanto vero che quest'ultima, dopo un'iniziale rigidità ermeneutica, ha poi corretto il tiro affievolendo la valenza ideologica attribuita al rischio e riconoscendo alle p.a. la possibilità di scegliere lo strumento più adatto a soddisfare le loro esigenze.³⁹⁵

³⁹⁵ L'art. 2 della direttiva sulle concessioni, rubricato "Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche" riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione, decidendo il modo migliore per garantire un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.

Del resto, proprio come non risulta agevole definire il rischio, non è sempre facile distinguere gli appalti e le concessioni.

I criteri suggeriti dai giudici del Lussemburgo sono la modalità della remunerazione e la regolazione di settore: dall'incrocio di questi si determina l'allocazione del rischio, *ergo* la specifica natura del contratto.

Tuttavia, in materia di PPP, essi non sembrano utilizzabili in quanto inconclusivi (anche perché le reciproche influenze fra le due *species* sono particolarmente accentuate).

Essendo i PPP contratti che prevedono rischi notevoli, appositamente gestiti e mitigati, si avrebbero concessioni dal rischio ridotto o appalti con remunerazione garantita?

La qualificazione dipenderà ovviamente dal caso concreto, ma ciò che è importante sottolineare è la comunanza di un aspetto fondamentale.

In precedenza si è fatto riferimento al cd. "*fair risk and benefit sharing*".

Detto principio soggiace a due declinazioni: l'una teoretica e l'altra pragmatica.

La prima pone in crisi l'ordinario modo di guardare alle relazioni intersoggettive.³⁹⁶

Con l'entrata in crisi del modello stereotipico dell'agenzia (cd. "principale-agente"), che vede rivaleggiare dei soggetti spinti da interessi nettamente contrapposti al solo fine di sfruttare le debolezze altrui ed ottenere il massimo tornaconto personale, nel PPP questo è destinato ad essere sostituito da un modello relazionale imperniato sull'organizzazione e leale cooperazione dei soggetti coinvolti.³⁹⁷

Il che significa confermare il processo di apprendimento graduale sotteso ad ogni attività che esuli dalle potenzialità dei singoli soggetti affetti da asimmetria informativa, elidendo tuttavia lo spazio per l'azzardo morale, in favore dell'unione d'intenti per la buona riuscita di un'operazione congiunta.

In secondo luogo, dunque, si deve adottare un modello collaborativo improntato sul concetto di squadra (cd. "*project team*").

Talvolta ciò significa costituire una *joint venture* (SPV) con soggetti terzi, talaltra invece vuol dire porre in essere un insieme di accorgimenti volti ad instaurare un rapporto di attiva cooperazione in un clima di reciproca fiducia.³⁹⁸

³⁹⁶ Cfr. Perrow C., *Economic theories of organization*, Theory and Society 15(1-2): 11-45, 1986.

³⁹⁷ Sul punto si vedano Campbell D.; Harris D., *Flexibility in long-term contractual relationship: the role of cooperation*, Journal of law and society, 170, 1993; e Halachmi A., *Public-Private Partnerships (PPP): A Reality Check and the Limits of Principal-Agent Theory*, 4th International Conference on Public Management Challenges in the 21st Century, University of Macau and the Macau Foundation, 2010.

³⁹⁸ Ne è esempio il cd. "*benefit sharing*", ossia la condivisione degli utili e benefici.

Qui il discorso si complica un po' per via del fatto che non esiste solamente un rischio, ma vi sono innumerevoli rischi di cui occorre tener conto (tecnico, finanziario, legale, amministrativo, politico, ambientale, sistematico), e che ad ogni rischio corrisponde un onere (il costo in sé o il premio da pagare a chi lo sopporta, dai progettisti ai costruttori passando per gli assicuratori ed i finanziatori, e così via).

La regola d'oro in materia di rischio vorrebbe che esso sia attribuito a chi è in grado di meglio gestirlo e col minor sacrificio possibile in termini di tempo, costo, qualità.

Appare inverosimile credere nell'esistenza di un soggetto che da solo sia capace di destreggiarsi fra tutte le potenziali variabili connaturate a un progetto ad alto coefficiente di difficoltà (nonostante l'ampio uso del *general contractor* in Italia); tutt'al più si può ipotizzare che siffatto soggetto nasca dall'unione dell'esperienza e abilità dei vari attori.

È importante ricordare che – dando per assodato che la visione classica del contratto come accordo di volontà, onnicomprensivo e avente valore di legge, stride ormai coi tempi moderni – se, da un lato, la teoria neoclassica del contratto sancisce l'incompletezza dello stesso, dall'altro lato, la teoria relazionale ha finito con l'ammettere che il rapporto negoziale va ben oltre “il nero su bianco” e dalla carta si sposta nella realtà concreta, concretandosi in un fascio di relazioni intersoggettive.

La più valida dimostrazione di quanto appena detto si trova proprio nel campo dei PPP, ove le *best practices* cui sono pervenuti i Paesi maggiormente pionieri presuppongono tutte una qualche forma di cd. “*partnering*” (d'altronde già evocata nella denominazione “*Public-Private Partnerships*”).³⁹⁹

Nel nostro ordinamento già il R.D. 14 settembre 1931, n. 1175, T.U. per la finanza locale, art. 265, comma I, n. 4, prevedeva, in luogo del canone dovuto per la concessione, la partecipazione del comune o della provincia agli utili dell'impresa. Ancor prima l'art. 285 della L. 20 marzo 1865, n. 2248 (All. F) stabiliva, per le concessioni delle ferrovie all'industria privata, la regola secondo cui, trascorso un certo periodo d'avviamento della infrastruttura, il Governo avesse diritto ad una partecipazione negli utili ogni volta che dai conti del concessionario risultasse un risultato annuale superiore del 10% al quinquennio precedente. Il Governo poteva rinunciare alla compartecipazione imponendo al concessionario una riduzione delle tariffe.

Da ultimo è intervenuta la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni — Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato COM(2009) 615 def., Bruxelles, 19.11.2009: “Affinché un PPP dia un buon rendimento deve essere progettato in modo tale da dare ai partner privati la possibilità di ottenere ricavi proporzionati ai rischi. Poiché i rischi sono condivisi con i partner pubblici, anche i ricavi dovrebbero esserlo. Le procedure di gara devono essere competitive e richiedono un quadro normativo e finanziario adeguato a livello nazionale. Gli enti pubblici devono poter essere flessibili nei tipi di accordi che possono concludere e conservare la possibilità di affidare contratti in base alla redditività offerta da una condivisione ottimale dei rischi tra pubblico e privato”.

³⁹⁹ Si rinvia a Parker D.; Hartley K., *Transaction costs, relational contracting and public private partnerships: a case study of UK defence*, Journal of Purchasing & Supply Management 9: 97–108, 2003;

Con particolare riguardo all’allocazione dei rischi si suole parlare di “*joint risk management*”⁴⁰⁰.

Quest’ultimo comprende l’identificazione, l’allocazione e la gestione del rischio.

La sequenza si svolge in piena compartecipazione fra l’amministrazione e gli altri soggetti coinvolti, fino ad arrivare persino alla comunità di riferimento.

Viene completamente stravolto lo schema – finora dominante negli appalti pubblici e non solo – secondo cui la p.a. si rivolge al mercato per l’effettuazione di una certa prestazione (*input*) tramite rigide procedure meccaniche in cui il dialogo e la negoziazione sono l’eccezione, non la regola.

Le ragioni sottese al malfunzionamento di tale schema sono talmente tante e variegate che meriterebbero apposite attività di ricerca (costi d’influenza, corruzione, limiti intrinseci alle procedure ed alle organizzazioni,...).

Mi limito perciò ad analizzare il profilo dell’inadeguatezza e disfunzionalità circa l’allocazione del rischio.

Il modello principale-agente, presupponendo gerarchia delle parti e alterità di ruoli, denota alcuni limiti allocativi allorché deve affrontare operazioni di elevata complessità e rischiosità.

Clifton C.; Duffield C.F., *Improved PFI/PPP service outcomes through the integration of Alliance principles*, International Journal of Project Management 24: 573–586, 2006; Lewis, M.; Zheng, J.; Roehrich, J.K., *The dynamics of contractual and relational governance: Evidence from long-term public–private procurement arrangements*, Journal of Purchasing & Supply Management 14: 43–54, 2008; Mosey D., *Early Contractor Involvement in Building Procurement Contracts, Partnering and Project Management*, John Wiley & Sons Inc, 2009; Iossa E.; Rey P., *Building Reputation for Contract Renewal: Implications for Performance Dynamics and Contract Duration*, CEIS Research Paper 155, Tor Vergata University, CEIS, 2010.

Picozza E., “I contratti della pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale” in *I contratti con la pubblica amministrazione*, trattato dei contratti diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, a cura di C. Franchini, vol. I, Utet, Torino, 2007, pp. 49-50, conferma la necessità di ripensare la categoria dei procedimenti ad evidenza pubblica quale applicazione di un sistema effettivamente “collaborativo” tra pubblico e privato. Da ultimo si veda in dottrina la lucida analisi svolta dallo stesso autore, “Le concessioni nel diritto dell’Unione Europea. Profili e prospettive”, in Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 32-33: “Il termine *partner*, nel linguaggio comune, indica qualche cosa di più di un semplice contraente, oppure di un socio di società. Indica un compagno di viaggio e di avventura, qualcuno con cui condividere il progetto, la sua realizzazione, i suoi rischi, delusioni, fallimenti, successi e soprattutto aspettative. Per ottenere questo risultato non vi è un Codice che tenga: occorre condividere un mondo emozionale e non solo razionale. In questo senso depongono anche i più recenti risultati delle applicazioni al diritto delle neuroscienze, o in una parola più semplice, lo stesso neurodiritto. [...]In termini più strettamente giuridici, l’accordo derivante dal partenariato sembra dover superare gli angusti confini del negozio giuridico o del contratto, ed impostare i suoi tratti caratteristici sulla collaborazione totale delle parti, tanto per la realizzazione del progetto, quanto per la efficace gestione della infrastruttura stessa”.

⁴⁰⁰ Attività che può riguardare la prevenzione dei rischi (*ex ante risk management*) e/o l’adattamento successivo al loro realizzarsi (*ex post risk management*).

I vantaggi del modello relazionale invece consistono nello sfruttamento delle varie specialità fra i singoli soggetti, creando sinergie e riducendo i costi di transazione sin dall'avvio dell'operazione.

Le procedure competitive pubbliche per la selezione dei contraenti mutano aspetto: al mercato non si chiede più un *input* predeterminato, ma un *output* rispondente alle necessità del caso.

Spetta al mercato fornire una risposta soddisfacente di cui concordare lo sviluppo con la p.a. passo dopo passo.

I rischi divengono allora oggetto di attenta analisi e sono allocati in modo autenticamente condiviso, secondo un metodo dialogico in cui riveste grande importanza la comunicazione, non solo interna ma anche esterna (come detto, è previsto anche il coinvolgimento delle popolazioni).

La tendenza in esame coincide con la filosofia alla base della legge domestica sul procedimento amministrativo, L. n. 241 del 1990, che apre uno spiraglio verso una nuova concezione dell'apparato amministrativo e del suo modo di agire concedendo più spazio all'attività consensuale e di diritto comune dell'amministrazione.⁴⁰¹

Il PPP si colloca proprio in quella zona grigia fra l'attività amministrativa e quella contrattuale della p.a., la quale deve individuare le proprie controparti mediante procedure competitive ma deve altresì contrattare con esse i termini dell'accordo.

Si assiste pertanto ad un *trade-off* fra competizione e collaborazione al variare della complessità e rischiosità, che comporta di regola un approccio cooperativo tramite dialogo e negoziazione concorrenziali ma può, in casi eccezionali, giungere sino all'*extrema ratio* della trattativa privata.

Un altro risvolto da non trascurare è rinvenibile nella teoria dei giochi.

Il cd. "equilibrio di Nash" indica quella condizione nella quale nessuna parte può avvantaggiarsi tramite una deviazione unilaterale da un comportamento assunto.

Come ben insegnato da Nash, e limpidamente dimostrato dal noto "dilemma del prigioniero", esistono tuttavia equilibri competitivi ed equilibri cooperativi.⁴⁰²

⁴⁰¹ Gli istituti di semplificazione, quali le conferenze di servizi (artt. 14, 14-bis, 14-ter, nonché 14-quinquies), consentono di agevolare la gestione di materie complesse relative ad appalti e concessioni coinvolgendo le parti interessate all'infuori dei normali modi d'intervento nel procedimento (artt. 7, 9, 10): anche qui trova quindi conferma il nesso che intercorre fra complessità e plurilateralità.

⁴⁰² Si rinvia a Gambarelli G., *Giochi competitivi e cooperativi: per applicazione a problemi decisionali di natura industriale, economica, commerciale, militare, politica, sportiva* (con un contributo di

Tali punti d'equilibrio comportano risultati e presuppongono condizioni diversi.

Non è perciò indifferente adottare una strategia piuttosto che un'altra.

In relazione al PPP, pur senza tralasciare quella competitiva nelle fasi iniziali, deve essere privilegiata la metodica collaborativa che si protrae anche durante l'esecuzione (ferme restando le pastoie che vincolano la rinegoziazione ai sensi delle direttive UE).

Come visto, peraltro, i rischi dipendono dalle prestazioni incluse nel contratto e dagli interessi, anche superindividuali, perseguiti.

Circostanze che non trovano il giusto riscontro nel contesto nazionale italiano, ove al conservatorismo dogmatico si aggiunge una deriva positivista (aggravata da un riparto di giurisdizioni che, seppure accomunate dal ricorrere spesso al diritto comune, provocano sempre più conflitti di giudicati e contrasti giurisprudenziali).

Se, per un verso, diviene assolutamente criticabile l'iper-regolamentazione interna che tende a moltiplicare i modelli di contratti pubblici a fronte della bipolarità europea⁴⁰³,

G. Owen), Giappichelli, Torino, 2003, e Fisher L., *Rock, Paper, Scissors: Game Theory in Everyday Life*, Basic Books, 2008.

Senza dimenticare che “the first purpose of contract law is to enable people to cooperate by converting games with noncooperative solutions into games with cooperative solutions” (Cooter R.; Ulen T., *Law and Economics*, Addison Wesley, 4th ed., 2004, p. 198).

⁴⁰³ Cfr. Fidone G., *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità: l'evoluzione del contratto di leasing immobiliare pubblico = From the 'locazione finanziaria' to the 'contratto di disponibilità': the evolution of the immovable property leasing contract with a public administration*, Foro Amministrativo T.A.R. 3: 1039, 2012: “a fronte dei nuovi interventi e di quelli passati, la disciplina attuale di tali strumenti (si pensi alla finanza di progetto ma anche allo stesso *leasing* pubblico) è a dire poco confusa e contraddittoria e, in alcuni casi, impraticabile.

L'introduzione del contratto di disponibilità ha confermato la tendenza del Legislatore alla iper-regolazione e alla tipizzazione di molteplici modelli contrattuali, ciascuno con proprie peculiarità, sia per l'affidamento del contratto che per la sua esecuzione.

Tale scelta appare in controtendenza con quella degli altri Paesi europei, che tendono a lasciare alle amministrazioni il potere di costruire su misura una certa operazione di PPP, nel quadro di un modello generale ed elastico di contratto di partenariato, disciplinato dalla legge nei suoi aspetti più generali e che assurge a parametro di riferimento e contorno. In tali Paesi, quali la Francia, l'Inghilterra e anche la Spagna, le norme sui PPP dettano pochi principi generali, secondo gli indirizzi comunitari, e gli operatori possono procedere alla individuazione nel caso concreto del modello contrattuale che meglio si adatta all'operazione.

Diversamente, il nostro Legislatore, mostra di credere che le molteplici possibilità della realtà possano essere tutte disciplinate *ex-ante* dalla norma e inquadrare in modelli tipo. Invece di lasciare alla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni l'individuazione del modello di contratto che più si adatta al caso concreto, nel rispetto dei principi generali del PPP (come ad esempio quello del necessario trasferimento del rischio), il Legislatore pretende di tipizzare nel dettaglio tutte le forme contrattuali e di moltiplicare le loro discipline. Ne risultano discipline complesse e imprecise, che anziché incentivare l'utilizzazione dei nuovi contratti che vengono introdotti paiono ostacolarla, a causa delle difficoltà interpretative e applicative”.

Torna alla mente un celebre aforisma di Ennio Flaiano: “In Italia la linea più breve tra due punti è l'arabesco. Viviamo in una rete d'arabeschi”.

L'impressione è proprio questa, cioè che la legge pretenda di regolare in dettaglio le materie in maniera tale da fornire un “manuale d'istruzioni” agli operatori, per dare una parvenza di legittimità; poco importa se in realtà la disciplina non è funzionale allo scopo e non pone al riparo dal malaffare.

per l'altro, occorre riflettere sulla valenza assunta dalla trilateralità nel nostro ordinamento per effetto dell'osmosi dal servizio pubblico alla concessione.

Il rapporto trilaterale va reinterpretato alla luce della nuova veste acquisita dai terzi: non è più possibile limitarsi a constatare l'esistenza della sindrome cd. "nimby", essendo ormai maturata una maggiore consapevolezza fra gli individui.⁴⁰⁴

Dunque, sebbene talvolta sia così, il ruolo del terzo non è quello di semplice utente delle prestazioni che si fa carico della remunerazione del contraente, bensì di soggetto informato che partecipa all'operazione economica quale portatore di interessi.

A questo punto, diviene assolutamente evidente il ruolo assunto dal PPP quale strumento politico-economico di gestione della complessità, in ambito comunitario e non solo.

Per addivenire a soluzioni cd. "triple win", vale a dire condivise da p.a., imprese e collettività, è necessario adottare una metodologia di approvvigionamento pubblico che garantisca il maggior benessere sociale.⁴⁰⁵

Bisognerà prima o poi rendersi conto che il contratto, anche se ne è parte un soggetto pubblico, rimane un contratto, per natura atto improntato alla gestione di interessi: cfr. Ledda F., "Per una nuova normativa sulla contabilità pubblica", in *Studi in onore di Antonio Amorth. Scritti di diritto amministrativo*, Vol. 1, Giuffrè, Milano, 1982.

Allorquando la forma oblitera la sostanza, diventa impossibile raggiungere gli obiettivi prefissi.

Conviene riportare un pensiero di Pototschnig U., *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964, a p. 35: "il problema tipico del diritto amministrativo non è quello di cogliere la struttura delle singole prestazioni, ma di fissare piuttosto i modi di procedere dell'azione amministrativa in ordine ai fini che si vogliono raggiungere e, al tempo stesso, di garantire l'idoneità di quel procedere al conseguimento degli stessi fini".

⁴⁰⁴ I già citati casi del movimento "No-Tav" in Italia o del gruppo "Keep Hasankeyf Alive" (contrario alla diga Ilisu nel Kurdistan Turco) evidenziano una mobilitazione sociale che va ben oltre la geografia locale, radunando masse di soggetti anche d'oltre confine.

In ogni caso, sono sempre più numerose le costituzioni di comitati e gruppi associativi al fine di contrastare, più o meno pacificamente, infrastrutture pubbliche (basti pensare ai fatti di cronaca relativi all'organizzazione dei campionati mondiali di calcio 2014 in Brasile).

D'altronde, come detto, lo sviluppo sostenibile è ormai una necessità imprescindibile e le popolazioni hanno a disposizione sempre più "information channels" – per dirla alla Arrow – in relazione agli interventi di trasformazione del territorio (ne è emblema la "Convenzione sull'accesso all'informazione, sulla partecipazione del pubblico al processo decisionale e sull'accesso alla giustizia in materia ambientale" fatta ad Aarhus, Danimarca, il 25 giugno 1998, alla quale hanno fatto seguito, a livello comunitario, la direttiva 2003/4/CE relativa all'accesso del pubblico alle informazioni in materia ambientale e la direttiva 2003/35/CE, che riguarda la partecipazione del pubblico alle procedure ambientali).

⁴⁰⁵ Cfr. OECD, *Public-Private Partnerships - In Pursuit of Risk Sharing and Value For Money*, 2008 e TUAC Secretariat, *PPPs – In pursuit of fair risk sharing and value for the people?*, 13 aprile 2010.

Si veda Blasini A., *Nuove forme di amministrazione pubblica per negozio: i «Social Impact Bonds»*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico 1: 69, 2015, per quanto riguarda i recenti *Social Impact Bonds*, operazioni contrattuali in cui: uno o più investitori privati, coordinati da un promotore-intermediario, finanziano determinate attività di interesse sociale secondo un programma-convenzione con una pubblica amministrazione, la quale si impegna a remunerare i servizi prestati nella sola ipotesi che l'attività concordata abbia raggiunto gli obiettivi puntualmente definiti nel programma-convenzione.

E questo non per propaganda politica o demagogia spicciola, ma perché altrimenti i rischi – e quindi i costi – delle commesse divengono insostenibili.⁴⁰⁶

Quanto appena detto porta ad ulteriori considerazioni sull'evoluzione generale del contesto economico-giuridico-sociale del globo terraqueo, con particolare riferimento al contesto europeo ma con un occhio di riguardo a quello nazionale.

In relazione all'Italia, prendiamo come punto di partenza la normativa di contabilità pubblica di Stato (R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, e R.D. 23 maggio 1924, n. 827), approvata in un regime di stampo totalitario e finalizzata precipuamente al controllo sulla imparzialità ed economicità dell'operato della p.a. ogniqualvolta contrattasse con i privati.

Non stupisce affatto che la situazione ad inizio secolo fosse quella appena descritta: si usciva da una guerra mondiale e la recessione aveva comportato l'instaurazione di uno Stato totalitario che, per definizione, aspirava ad avere il controllo su tutto e tutti, soprattutto sulla propria *longa manus*.

Come noto, tale esigenza è stata in seguito recepita in Costituzione e discende ancor oggi dal dettato dell'art. 97, che fissa i canoni dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione pubblica, da un lato, e degli artt. 3-41, i quali propugnano l'uguaglianza sociale, la parità di trattamento e il divieto di discriminazioni.

Negli anni '50 è poi emersa l'istanza comunitaria, dapprima con la Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA) e successivamente in veste di Comunità Economica Europea (CEE), infine divenuta Unione Europea nel 1992.⁴⁰⁷

Dunque la struttura del *Social Impact Bond* prevede il coinvolgimento di cinque tipologie di soggetti: una pubblica amministrazione, uno o più investitori, un promotore-intermediario, uno o più prestatori di servizi afferenti al Terzo settore e un soggetto valutatore indipendente.

La strutturazione di questo strumento finanziario non prevede né il diritto alla restituzione del capitale investito né una remunerazione in misura fissa, bensì la traslazione dall'amministrazione pubblica agli investitori privati del rischio economico del programma ed il meccanismo del pagamento (posticipato) genera un rendimento di natura variabile legato ai risultati d'impatto sociale che si riescono a conseguire (c.d. "*pay for results*").

La logica del *Social Impact Bond* è rappresentata dalla capacità di allineare tutti i partecipanti intorno ad un risultato di impatto sociale: tutti gli interessi, pur nella loro diversità, in base al regolamento negoziale, convergono verso un obiettivo d'interesse pubblico di cui è esclusiva titolare l'amministrazione pubblica.

⁴⁰⁶ Oltre a concretizzare il cd. "*Madison's Nightmare*": cfr. Richard B. Stewart, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 57, No. 2, *Administering the Administrative State* (Spring, 1990), pp. 335-356.

Come peraltro pare essere accaduto per le autostrade lombarde (BreBeMi, Pedemontana, TEEM), dove la concezione né concorrenziale né condivisa delle operazioni ha condotto ad esiti infelici.

⁴⁰⁷ Nel 1957, con la firma del Trattato di Roma, nasceva la Comunità economica europea (CEE), che affiancava la Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA) e l'Euratom (la Comunità Europea dell'Energia Atomica); con la firma del Trattato di Maastricht nel 1992, la CEE è stata trasformata in Comunità Europea (CE), oggi Unione Europea (UE).

Sin dall'inizio si è perseguita la formazione del mercato unico attraverso tre strumenti: le cosiddette quattro libertà di circolazione (di servizi, persone, merci e capitali), la disciplina della concorrenza e la limitazione degli aiuti statali alle imprese.⁴⁰⁸

Lo iato esistente, non solo dal punto di vista cronologico, fra Comunità *economica* e Unione *politica* non è di poco conto.

Ad una prima fase, prevalentemente finalizzata alla creazione di un mercato interno che consentisse la ripresa economica (anche in questo caso si usciva da una guerra mondiale), è seguita infatti una seconda fase improntata alla creazione di un mercato unico (in grado di competere con le altre potenze mondiali, i cd. "BRICST") e connotata dal progressivo avvicinamento alla "Europa dei Popoli", per lo meno sul piano teleologico⁴⁰⁹, includendo obiettivi sociali ed ambientali (cd. "Linkage").

Alle due fasi di sviluppo continentale corrispondono altrettante connotazioni della contrattualistica pubblica.

Nella prima, come detto, la parola d'ordine è concorrenza, senz'ombra di dubbio.

Al riguardo giova rammentare che la prima direttiva comunitaria sul *public procurement* è stata la Direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici.

La *ratio* della suddetta direttiva era da ravvisarsi nella piena realizzazione delle libertà di circolazione codificate nel diritto comunitario, e nell'efficienza del mercato attraverso la competizione transfrontaliera fra imprese in regime di *par condicio*.

Incomincia la stagione delle privatizzazioni e liberalizzazioni, in contrapposizione alle municipalizzazioni italiane di inizio '900 (v. Legge Giolitti del 1903 e successivo Testo Unico del 1925)⁴¹⁰, la quale non sancisce tuttavia la fine dello statalismo.

Permangono invero degli spazi in cui non si può prescindere dall'intervento pubblico: vengono in esame i cd. "fallimenti del mercato" (*market failures*) – posizioni dominanti, monopolistiche, monopsonistiche, diritti speciali ed esclusivi, aiuti di stato,

⁴⁰⁸ Cfr. De Vergottini G., *Liberalizzazione dei servizi nell'Unione Europea*, Enciclopedia Treccani, 2009 ([http://www.treccani.it/enciclopedia/liberalizzazione-dei-servizi-nell-unione-europea_\(XXI-Secolo\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/liberalizzazione-dei-servizi-nell-unione-europea_(XXI-Secolo)/)).

⁴⁰⁹ Per una panoramica sul presunto o effettivo deficit democratico nel funzionamento dell'UE si rinvia a Sementilli L., *A 'Democratic Deficit' in the EU? The reality behind the myth*, 2012 (http://www.academia.edu/1508020/A_Democratic_Deficit_in_the_EU_The_reality_behind_the_myth).

⁴¹⁰ Le norme a cui ci si fa riferimento sono, rispettivamente, la L. 29 marzo 1903 sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni ed il R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578, T.U. delle leggi sull'assunzione dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province.

Si rinvia a Spadoni B., *I servizi pubblici locali. Dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, 3 febbraio 2003 (<http://www.dirittodeiservizipubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=20>).

servizi pubblici e di pubblica utilità, beni pubblici ed esternalità – la cui regolazione economica e sociale, e talvolta anche la gestione, non può non spettare alle autorità di settore.⁴¹¹

Tra il 1979, anno delle prime elezioni a suffragio universale diretto per il Parlamento Europeo, ed il 1992, anno del Trattato di Maastricht (che segna il passaggio dalla CEE alla UE), si assiste al radicale cambiamento che caratterizza l'odierna contrattualistica pubblica.

La trasformazione da plesso economico a politico comporta infatti la consapevolezza che la sola economicità, per un verso, e neppure l'efficienza, per un altro, sono in grado di assicurare l'efficacia dell'azione pubblica e la solidarietà tra gli Stati membri, in vista dell'effettiva promozione della coesione economica, sociale e territoriale ai sensi dell'art. 3 (ex articolo 2) del TUE.⁴¹²

Interviene quindi una seconda fase comunitaria, in cui l'attenzione viene rivolta anche alla collettività (la cosiddetta “*revolution of rights*”) ed i cui pilastri sono da identificare nell'economia, nella società e nell'ambiente: si potrebbe dire, in sintesi, “democrazia economica”.⁴¹³

Si passa dal diritto amministrativo dei singoli Stati membri al diritto concorrenziale del mercato unico, alla commistione del secondo col diritto amministrativo dell'Unione, *summa* dei diritti amministrativi dei singoli Stati: il cerchio è chiuso.

S'è trattato di una scelta obbligata, una volta riscontrati i limiti sia della concorrenza (i già ricordati fallimenti del mercato) sia della regolazione (asimmetrie informative e difetti del controllo).

⁴¹¹ Sul punto si rinvia alla lettura di Stiglitz J.E., *Economia del settore pubblico*, Hoepli, Milano, 1989, *id.*, *Il ruolo economico dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 1992.

⁴¹² Per la “democrazia partecipativa” nell'UE (art. 11 TUE) cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Legiferare con intelligenza nell'Unione europea COM(2010) 543 def., Bruxelles, 8.10.2010 e Comunicazione della Commissione – Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione COM(2002) 704 def., Bruxelles, 11.12.2002.

⁴¹³ Losada F., *The Green Paper on the modernization of public procurement policy of the EU: Towards a socially-concerned market or towards a market-oriented society?*, Oñati Socio-legal Series 2(4), 2012, p. 78, concorda sul fatto che obiettivo dell'UE è “consecution of a European polity, but such a step cannot be taken in a tacit way and merely because of economic reasons. The risk that entails the subordination of all other values or principles to the praiseworthy goal of European integration has been pointed out by Giandomenico Majone (2009): the price to be paid is democracy”.

Del resto, il diritto dei cittadini ad una buona amministrazione presuppone immancabilmente la necessità di adottare strategie sostenibili di sviluppo, crescita ed innovazione per attuare l'utilità sociale ed evitare disfunzioni quali la sindrome "nimby".

La parola d'ordine in questa fase diventa "collaborazione".

Ne è l'emblema il partenariato pubblico privato (PPP).

Come detto, nelle intenzioni dell'apparato comunitario e non solo, esso rappresenta uno strumento politico-economico di gestione della complessità, il cui obiettivo principale è quello di coinvolgere tutti gli attori e *stakeholders* del procedimento (p.a., operatori economici, collettività) al fine di ridurre al minimo le asimmetrie informative ed i costi di transazione.⁴¹⁴

Le ripercussioni di una simile evoluzione sono assai importanti, soprattutto per un Paese misoneista e retrivo come l'Italia che, in ossequio alla primazia comunitaria, dovrà giocoforza affrontare questa integrazione proveniente "dall'alto".

Tra la sfiducia nel plesso pubblico nazionale, sempre agli onori della cronaca per scandali ed episodi di malcostume e/o malaffare, e la difficoltà di innestare pratiche derivanti da tradizioni giuridiche completamente diverse, presupponenti peraltro elevate competenze e capacità professionali che non sembrano corrispondere al tradizionale *skill* professionale del dipendente pubblico nostrano (più burocrate che *manager*), sorge il dubbio se stavolta saremo in grado di essere all'altezza della situazione o se perderemo l'ennesima occasione di dimostrarci al passo coi tempi, col "diritto vivente".

Dopo la stagione delle liberalizzazioni e privatizzazioni, siamo infatti entrati nell'era del partenariato pubblico-privato.

Vedremo se il Belpaese riuscirà ad effettuare la rivoluzione culturale richiesta dalla nuova spinta globale e ad uscire finalmente dalla stasi gattopardesca in cui è da troppo tempo imprigionato da retaggi, campanilismi, corporazioni e *lobby* (in Italia mai regolate).

Oppure se l'iper-regolamentazione del PPP ne frenerà lo sviluppo sul nascere; o, ancora, se il PPP si rivelerà l'ennesima trovata del *gotha* finanziario, in connivenza con la macchina burocratico-amministrativa, per speculare sulle future generazioni.

⁴¹⁴ Può citarsi, ad esempio, il *webportal* "Your-Voice-in-Europe" (<http://ec.europa.eu/yourvoice/>).

L'importanza dell'apprendimento tramite adeguati "*information channels*" – quale rimedio all'incertezza derivante dai vari e possibili "*states of the world*" – è a più riprese sottolineata da Arrow K.J., *The Economic Implications Of Learning By Doing*, *The Review of Economic Studies* 29 (3): 155–73, 1962; *id.*, *Risk Allocation and Information: Some Recent Theoretical Developments*, Working Papers 302, Queen's University, Department of Economics, 1978.

Bisogna avere speranza che non sia così, che il PPP sia un nuovo modo di concepire il “*public procurement 2.0*” negli anni 2000, che finalmente riesca ad ammodernare l'appalto pubblico (soprattutto se complesso) e ad emancipare la concessione (in ogni sua declinazione).

Come visto, sia nel diritto sovranazionale sia in quello nazionale persistono, infatti, alcuni retaggi:

- nel primo derivanti dalla genesi delle concessioni “da una costola” degli appalti (con effetti, ad esempio, sulla disciplina delle modifiche e della rinegoziazione);
- nel secondo originati da due anime che si mescolano e si elidono a vicenda (si è mostrato come la tradizione amministrativa e il diritto comune, anche in virtù del riparto di giurisdizioni, producono un quadro disorganico in Italia fra trilateralità, potestà pubblica, equilibrio economico-finanziario, aleatorietà e commutatività).

In chi scrive, alla luce della varietà di opinioni intervenute a proposito del tema, è assolutamente presente e viva la consapevolezza che si tratta di una reinterpretazione inusuale del PPP, per certi versi scontata (l'analisi della concessione), per altri innovativa (l'inclusione dell'appalto complesso), comunque sperimentale.

Ad ogni modo, senza alcuna presunzione, ciò non toglie che la tesi qui esposta possa dirsi meritevole d'interesse, se non altro in chiave problematica e critica; in fondo, come scrisse John Locke: “*Le opinioni nuove sono sempre sospette e in genere contrastate per nessun'altra ragione all'infuori del fatto che non sono già comuni*”.⁴¹⁵

⁴¹⁵ Locke J., *Saggio sull'intelligenza umana*, Lettera di dedica al Conte di Pembroke, 1689.

Bibliografia

Riferimenti dottrinali
(in ordine alfabetico per autore)

- ❖ Abas P., *Errore di previsione e sopravvenienza contrattuale: un'indagine comparatistica*, Rivista trimestrale di diritto processuale civile 3: 787, 2011.
- ❖ Abdellaoui M.; Luce D.R.; Machina M.J., *Uncertainty and risk. Mental, formal, experimental representations*, Springer, 2007.
- ❖ Abednego M.P.; Ogunlana S.O., *Good project governance for proper risk allocation in public-private partnerships in Indonesia*, International Journal of Project Management 24: 622–634, 2006.
- ❖ Aiello G., *Assunzione del rischio operativo e sostenibilità economico-finanziaria nel nuovo sistema concessorio*, relazione al seminario: “Il recepimento della direttiva concessioni (2014/23/UE): L'in house providing e il rinnovo dei rapporti esistenti”, 9 marzo 2015, presso la Camera dei deputati, Roma.
- ❖ Akintoye A.; Beck M.; Hardcastle C.; *Public-Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities*, Blackwell, 2003.
- ❖ Alberti C., *Tutela ambientale, politica sociale e appalti: verso uno sviluppo sostenibile del Mercato unico. Primi interventi interpretativi della Commissione Ce*, Rivista trimestrale degli appalti 1: 161–181, 2002 (www.osservatorioappalti.unitn.it).
- ❖ Alesio M., *Anche se la controparte riscuote un corrispettivo da terzi quel contratto si configura come «concessione di servizi»*, Diritto & Giustizia, 147, 2009.
- ❖ Alonso-Conde A.B.; Brown C.; Rojo-Suarez J., *Public private partnerships: Incentives, risk transfer and real options*, Review of Financial Economics 16(4): 335–349, 2007.
- ❖ Ambrosoli M., *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2002.
- ❖ Antonioli M., *Consensualità e tutela ambientale fra transazioni «globali» e accordi di programma*, Diritto Amministrativo 4: 749, 2012.
- ❖ Antonioli M., *Vigilanza e vigilanze tra funzione e organizzazione*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico 3: 673, 2013.
- ❖ Appolloni A.; D'Amato A.; Wenjuan C., *Is Public Procurement Going Green? Experiences and Open Issues*, 2011. Available at SSRN.
- ❖ Arjoon S., *Striking a Balance Between Rules and Principles-based Approaches for Effective Governance: A Risks-based Approach*, Journal of Business Ethics 68: 53–82, 2006.
- ❖ Athias L., *Political Accountability, Incentives, and Contractual Design of Public Private Partnerships*, 2009. Available at SSRN.
- ❖ Atiyah P. S., *An introduction to the law of contract*, Oxford: Clarendon Press, 1961.
- ❖ Arrow K.J., *Alternative Approaches to the Theory of Choice in risk-taking situations*, Econometrica 19: 404–437, 1951.
- ❖ Arrow K.J., *Social Choice And Individual Values*, Wiley, New York, 1951 (2nd ed. 1963).
- ❖ Arrow K.J., *The Economic Implications Of Learning By Doing*, The Review of Economic Studies 29 (3): 155–73, 1962.
- ❖ Arrow K.J., *Uncertainty And The Welfare Economics Of Medical Care*, American Economic Review, 53 (5): 941–973, 1963.
- ❖ Arrow K.J., *The Role Of Securities In The Optimal Allocation Of Risk-Bearing*, Review of Economic Studies, 31: 91–96, 1964.
- ❖ Arrow K.J., *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation*, in Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PPP System, 1: 47–64, Washington, D.C., Government Printing Office, Washington, 1969.
- ❖ Arrow K.J.; Lind R.C., *Uncertainty and the evaluation of public investment decisions*, American Economic Review 60: 364-78, 1970.
- ❖ Arrow K.J., *Political and Economic Evaluation of Social Effects and Externalities*, NBER Chapters, in: The Analysis of Public Output, pages 1-30, National Bureau of Economic Research, Inc., 1970.
- ❖ Arrow K.J., *Limits Of Organization*, Norton, New York, 1974.
- ❖ Arrow K.J., *Risk Allocation and Information: Some Recent Theoretical Developments*, Working Papers 302, Queen's University, Department of Economics, 1978.
- ❖ Arrow K.J., *The Theory of Risk-Bearing: Small and Great Risks*, Journal of Risk and Uncertainty, Springer, 12(2-3): 103–11, 1996.

- ❖ Arrow K.J.; Cropper M.L.; Eads G.C.; Hahn R.W.; Lave L.B.; Noll R.G.; Portney P.R., Russell M.; Schmalensee R.; Smith V.K.; Stavins R.N., *Is There a Role for Benefit-Cost Analysis in Environmental, Health, and Safety Regulation?*, American Association for the Advancement of Science 272: 221–222, 1996.
- ❖ Arrow K.J.; Cropper M.L.; Eads G.C.; Hahn R.W.; Lave L.B.; Noll R.G.; Portney P.R., Russell M.; Schmalensee R.; Smith V.K.; Stavins R.N., *Benefit-Cost Analysis in Environmental, Health, and Safety Regulation: A Statement of Principles*, American Enterprise Institute, The Annapolis Center, and Resources for the Future, 1996.
- ❖ Arrow K.J.; Amartya K.S.; Kotaro S., *Handbook of Social Choice and Welfare*, vol. I, North-Holland, 2002.
- ❖ Ascarelli T., *Aleatorietà e contratti di borsa*, Banca borsa e titoli di credito I, 1958.
- ❖ Astone F., *L'influenza del diritto comunitario* (Relazione alla Giornata di studio su “Il nuovo Codice dei contratti pubblici: prime riflessioni”, Lamezia Terme, 18 maggio 2006), giustamm.it 2006.
- ❖ Athias L., *Political Accountability, Incentives, and Contractual Design of Public Private Partnerships*, IDHEAP/SPAN, University of Lausanne, 2008. Available at SSRN.
- ❖ Axelrod R., *The Complexity of Cooperation: Agent-Based Models of Competition and Collaboration*, Princeton University Press, 1997.
- ❖ Bajari P.; Tadelis S., “Incentives and Award Procedures: Competitive Tendering vs. Negotiations in Procurement”, in *Handbook of Procurement*, N. Dimitri, G. Piga and G. Spagnolo, 121, 2006.
- ❖ Bajari P.; McMillan R.; Tadelis S., *Auctions versus Negotiations in Procurement: An Empirical Analysis*, Journal of Law, Economics and Organization, 2009.
- ❖ Baldassare F.; Labroca A.S., *Public procurement: gli acquisti pubblici fra vincoli giuridici e opportunità gestionali*, Franco Angeli, Milano, 2013.
- ❖ Baldi M.; Fasano S., *Il “rischio d’impresa” nelle operazioni di project financing*, Urbanistica e appalti 7: 803, 2012.
- ❖ Balestra L., *Il contratto aleatorio e l’alea normale*, Cedam, Padova, 2000.
- ❖ Balestreri A.M., *L’applicabilità di meccanismi revisionali ai contratti di concessioni di servizi*, Urbanistica e appalti 4: 393, 2009.
- ❖ Balocco G., *Il principio di corrispondenza delle quote per lavori nell’ambito dei PPP: il nuovo corso inaugurato dalla Plenaria*, Urbanistica e appalti 6: 665, 2014.
- ❖ Barcellona M., *L’“idea del sociale” nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, Rivista trimestrale di diritto processuale civile 3: 717, 1997.
- ❖ Barcellona M., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell’orizzonte europeo*, Europa e diritto privato 1: 33-58, 2008.
- ❖ Bellagamba L., *Il Comune di Roma e l’affidamento in concessione, di servizio e non di lavori, della manutenzione stradale e di servizi annessi*, in www.appaltiecontratti.it, 20 gennaio 2006.
- ❖ Bellagamba L., *Il Consiglio di Stato ribalta la tesi del T.A.R. Lazio: possibile la concessione di servizio per la manutenzione stradale*, in www.diritto.it, 6 marzo 2008.
- ❖ Berionni L., *I contratti pubblici di rilevanza europea: il discrimen tra appalto e concessione, tra incertezze normative ed oscillazioni giurisprudenziali*, Diritto del Commercio Internazionale 3: 731, 2013.
- ❖ Berionni L., *L’applicabilità delle norme del Codice dei contratti pubblici alle concessioni di servizi – The applicability of the provisions of the public procurement Code to service concessions*, Foro Amministrativo 7-8: 1913, 2014.
- ❖ Bianchi T.; Ponzone L., *La Corte di giustizia torna sulla distinzione tra concessione di servizi e appalto di servizi*, Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 279-288, 2010 (www.osservatorioappalti.unitn.it).
- ❖ Bing L.; Akintoye A.; Edwards P.J.; Hardcastle C., *The allocation of risk in PPP construction projects in the UK*, International Journal of Project Management 23: 25–35, 2005.
- ❖ Blanc-Brude F.; Goldsmith H.; Vällilä T., *Ex Ante Construction Costs In The European Road Sector: A Comparison Of Public-Private Partnerships And Traditional Public Procurement*, EIB, Economic and Financial Report 01/2006 (http://www.eib.org/attachments/efs/efr_2006_v01_en.pdf).
- ❖ Blanc-Brude F.; Jensen O., *Competing for Public Sector Risk Transfer Contracts: Evidence from PFI Schools in the UK*, Contracts, Procurement and Public-Private Agreements, Paris, 2010 (<http://jensenblancbrude.com/wp-content/uploads/2012/03/Blanc-Brude-and-Jensen-Long-term-public-private-risk-transfer-contracts.pdf>).
- ❖ Blasini A., *Nuove forme di amministrazione pubblica per negozio: i «Social Impact Bonds»*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico 1: 69, 2015.
- ❖ Bratt C.; Hallstedt S.; Robèrt K.-H.; Broman G.; Oldmark J., *Assessment of criteria development for public procurement from a strategic sustainability perspective*, Journal of Cleaner Production 52: 309-316, 2013.

- ❖ Brenck A.; Beckers T.; Heinrich M.; von Hirschhausen C., *Public-Private Partnerships in New EU Member Countries of Central and Eastern Europe: An Economic Analysis with Case Studies from the Highway Sector*, Public Sector Management and Regulation Working Papers WP-PSM-08, Reprint from EIB Papers, 10(2): 82–112, 2005.
- ❖ Boselli A., *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 769-795, 1948.
- ❖ Bottazzi M., *Attività di analisi dei rischi e trasferimento nella redazione dei bandi (cenni)*, relazione al seminario “Redazione dei documenti di gara”, Milano, 14 ottobre 2013 (www.osservatorioappalti.unitn.it).
- ❖ Brinkerhoff D.W.; Brinkerhoff J.M., *Public-private partnerships: perspectives on purposes, publicness, and good governance*, Public Administration and Development 31(1): 2–14, 2011.
- ❖ Broadbent J.; Gill, J.; Laughlin, R., *Identifying and controlling risk: The problem of uncertainty in the Private Finance Initiative in the UK's National Health Service* (2005), (<http://roehampton.openrepository.com/roehampton/bitstream/10142/12451/1/broadbent%20identifying.pdf>), Critical Perspectives on Accounting 19(1): 40–78, 2008.
- ❖ Brosio G., *La teoria economica dell'organizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1989.
- ❖ Bruno C., *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, Giustizia civile 5: 235, 2010.
- ❖ Bulow J.; Klemperer P., *Auctions versus Negotiations*, American Economic Review 86(1): 180, 1996.
- ❖ Buttarelli G., *Il partenariato pubblico privato nella governance dell'ente locale*, quaderni di paweb n. 7, settembre 2010 (www.paweb.it)
- ❖ Cacciari A., *Concessione e affidamento dei servizi pubblici*, relazione al convegno annuale dell'Associazione Culturale Articolo 111 sul tema “Società pubbliche e controllo giurisdizionale”, Milano, 5 maggio 2013 (www.osservatorioappalti.unitn.it).
- ❖ Cacciavillani C., *Sull'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in giustamm.it (pubblicato l'11.11.2011).
- ❖ Cafagno M., *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*. Giuffrè, Milano, 2001.
- ❖ Cafagno M., “Vincoli di gara ed affidamenti concessori nel diritto europeo”, in *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, a cura di G. F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, Editoriale scientifica, 2010.
- ❖ Cafagno M., *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, relazione al convegno “Il diritto degli appalti pubblici all'alba delle nuove direttive comunitarie” presso la Camera dei deputati, Roma, 15 novembre 2013, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 2: 991–1019, 2013.
- ❖ Cafagno M.; Botto A.; Fidone G.; Bottino G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013.
- ❖ Calvieri C., *Concessione e appalto di servizio pubblico come contratti pubblici nei c.d. settori speciali esclusi. Il caso del trasporto pubblico locale*, in federalismi.it n. 17/2007.
- ❖ Campbell D.; Harris D., *Flexibility in long-term contractual relationship: the role of cooperation*, Journal of law and society, 170, 1993.
- ❖ Canfora L., *La democrazia. Storia di una ideologia*, Laterza, Bari, 2004.
- ❖ Capantini M., “I servizi pubblici tra ordinamento nazionale, comunitario ed internazionale: evoluzione e prospettive”, in Massera A., *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004 (www.astrid-online.it).
- ❖ Capurro T., *La clausola di ius variandi tra giudizio di validità e sindacato sull'esercizio del diritto*, Contratto e Impresa 6: 1341, 2013.
- ❖ Caranta R., *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2012.
- ❖ Caranta R., *La Corte di giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*, Urbanistica e appalti 3: 287–298, 2012.
- ❖ Cartei G.F., *Il rischio di costruzione del concessionario segue la disciplina generale del contratto di appalto*, 2012, in giustamm.it (pubblicato l'11.1.2012).
- ❖ Cartei G.F., *Il principio di equilibrio economico finanziario e la disciplina del contratto di concessione*, Urbanistica e appalti 2: 129–138, 2012.
- ❖ Casalini D., *Aiuti di stato alle imprese, servizi di interesse economico generale e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, Foro Amministrativo C.D.S., 2690, 2003.
- ❖ Casalini D., *Concessionario, organismo di diritto pubblico o gestore in house: chi sopporta il rischio economico della gestione delle autostrade?*, commento a T.A.R. Roma, Sez. III, 9 marzo 2009, n. 2369, Urbanistica e appalti 7: 882-889, 2009.
- ❖ Cassese S., *I servizi pubblici. Finanza pubblica e privata*, Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, Tomo III, Giuffrè, Milano, 2003.
- ❖ Cassese S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010.

- ❖ Cavallo Perin R., “Concessione di pubblici servizi e pluralità di produttori”, 135–143, in Caia G., *I servizi pubblici locali, evoluzioni e prospettive*, Rimini, Maggioli, 1995.
- ❖ Cavallo Perin R., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Giappichelli, Torino, 1998.
- ❖ Cerbo P., *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della «dignità umana»*, Foro Amministrativo T.A.R. 5: 1875, 2010.
- ❖ Cerrina Feroni G., *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Giappichelli, Torino, 2011.
- ❖ Cesàro V. M., *Clauseole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2000.
- ❖ Chen C.; Hubbard M., *Power relations and risk allocation in the governance of public private partnerships: A case study from China*, Policy and Society 31: 39–49, 2012.
- ❖ Chong E.; Staropoli C.; Yvrande-Billon A., *Auction versus Negotiation in Public Procurement: Looking for Empirical Evidence*, Université Paris1 Panthéon-Sorbonne, Post-Print and Working Papers, 2010.
- ❖ Chou J.-S.; PingTserng H.; ChiehLin; Chun-PinYeh, *Critical factors and risk allocation for PPP policy: Comparison between HSR and general infrastructure projects*, Transport Policy 22: 36–48, 2012.
- ❖ Chung D.; Hensher D.A.; Rose J.M., *Toward the betterment of risk allocation: Investigating risk perceptions of Australian stakeholder groups to public private-partnership tollroad projects*, Research in Transportation Economics 30: 43-58, 2010.
- ❖ Clarich M.; Fidone G., *La considerazione di variabili ambientali nella scelta del contraente (i cd. appalti verdi)*, relazione al convegno “Il diritto degli appalti pubblici all'alba delle nuove direttive comunitarie” presso la Camera dei deputati, Roma, 15 novembre 2013.
- ❖ Clarizia A., *Concessioni, concessioni di servizi e project financing*, Relazione al Convegno sul Codice dei contratti, LUISS, 19 giugno 2006, in giustamm.it (pubblicato il 29.9.2006).
- ❖ Clarizia A., *Un confronto sulle “filosofie” di recepimento delle direttive “appalti” nei paesi dell’Unione europea*, Relazione al Convegno A.I.G.A. “Codice De Lise. Efficienza e garanzie nei contratti della PA: un difficile equilibrio”, Lecce, 27-28 ottobre 2006, in giustamm.it 2006.
- ❖ Clifton C.; Duffield C.F., *Improved PFI/PPP service outcomes through the integration of Alliance principles*, International Journal of Project Management 24: 573–586, 2006.
- ❖ Coase R. H., *Impresa, mercato e diritto*, Il Mulino, Bologna, 1995.
- ❖ Coduti C.F., *Appalto pubblico o concessione di servizi? La Corte enfatizza il criterio del rischio*, Rassegna dell’Avvocatura dello Stato 2: 81, 2007.
- ❖ Colangelo R., *Total life cycle cost e Risk analysis: Come migliorare l’efficacia del Procurement*, Il Giornale della Logistica 10: 32–35, 2011.
- ❖ Colosimo C., “L’oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse” in Comporti G.D., *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.
- ❖ Comporti G. D., *Lo stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, Il diritto dell’economia 2: 231, 2007.
- ❖ Contessa C.; De Salvo N., *La procedura di dialogo competitivo fra partenariato pubblico-privato e tutela della concorrenza*, Urbanistica e appalti 5: 501, 2006.
- ❖ Contessa C., *Le regole applicabili alle concessioni di servizi fra peculiarità disciplinari e lacune normative*, Urbanistica e appalti 12: 1437, 2010.
- ❖ Cooter R.; Ulen T., *Law and Economics*, Boston: Pearson Addison Wesley, 4th ed., 2004.
- ❖ Corbacho A.; Funke K.; Schwartz G., *Public Investment and Public-Private Partnerships: Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risks*, Palgrave MacMillan, 2008.
- ❖ Cori R., *La concessione di servizi*, in giustamm.it, 6, 2007.
- ❖ Corner D., *The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge of Allocating Risk*, OECD Journal on Budgeting 2006 – volume 5 – no. 3 (<http://www.oecd.org/gov/budgeting/43479923.pdf>).
- ❖ Cox Jr. L.A., *Risk Analysis of Complex and Uncertain Systems*, International Series in Operations Research & Management Science, Vol. 129, Springer, 2009.
- ❖ Cristina F., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, Giornale di diritto amministrativo 12: 1135, 2014.
- ❖ Cucuzza G., *La strategia europea per lo sviluppo sostenibile e gli acquisiti pubblici verdi*, XL Incontro di Studio del Ce.S.E.T.: 203–211, Firenze University Press (www.fupress.com/ceset), 2011.
- ❖ Cuffaro V., *I contratti di appalto privato*, in Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Utet, 2011.
- ❖ D’Alberti M., *Concessioni e concorrenza*, in Autorità garante della concorrenza e del mercato, temi e problemi, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1998.

- ❖ D'Alpaos C.; Vergalli S., *Time Overruns in Public Procurement and Concession Contracts: Penalty Fee and Option Value to Delay*, Review of Environment, Energy and Economics (Re3), March 2014.
- ❖ Daube D.; Vollrath S.; Alfen H.W., *A comparison of Project Finance and the Forfeiting Model as financing forms for PPP projects in Germany*, International Journal of Project Management, 2007.
- ❖ De Bettignies J.-E.; Ross T.W., *Public-Private Partnerships and the Privatization of Financing: An Incomplete Contracts Approach*, Queen's School of Business Research Paper, 2007. Available at SSRN.
- ❖ De Chiara A., *Dai servizi pubblici ai servizi di pubblica utilità: evoluzione della morfologia giuridica dell'interesse pubblico e riflessi sulle situazioni soggettive*, relazione al convegno "La tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo e "le ragioni" dell'interesse pubblico", Siena, 12-13 giugno 2009.
- ❖ De Gaudio L., *L'obbligo di take-or-pay: qualificazione e gestione delle sopravvenienze*, Contratti 6: 605, 2013.
- ❖ De Grazia D., *L'evoluzione della disciplina dei servizi pubblici nella prospettiva della tutela degli utenti* (http://www.academia.edu/3199484/Levoluzione_della_disciplina_dei_servizi_publici_nella_prospettiva_della_tutela_degli_utenti).
- ❖ De Vergottini G., *Liberalizzazione dei servizi nell'Unione Europea*, Enciclopedia Treccani, 2009 ([http://www.treccani.it/enciclopedia/liberalizzazione-dei-servizi-nell-unione-europea_\(XXI-Secolo\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/liberalizzazione-dei-servizi-nell-unione-europea_(XXI-Secolo)/)).
- ❖ Del Signore G., *Profili civilistici del franchising: una proposta interpretativa*, Giurisprudenza di merito 2: 430, 1997.
- ❖ Delfini F., *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1999.
- ❖ Demirag I.; Khadaroo I.; Stapleton P.; Stevenson C., *Risks and the financing of PPP: Perspectives from the financiers*, The British Accounting Review 43(4): 294–310, 2011.
- ❖ Di Giandomenico G.; Riccio D., *I contratti speciali: I contratti aleatori* - Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone, vol. XIV, Giappichelli, Torino, 2005
- ❖ Di Martino M., *La Corte censura la qualificazione di una procedura di affidamento di servizi secondo l'ordinamento nazionale*, Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo 4: 1907–1911, 2007.
- ❖ Dipace R., *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche* (Relazione al Convegno su "L'appalto tra diritto pubblico e diritto privato", Roma, 10 ottobre 2008), in giustamm.it (pubblicato il 20.10.2008).
- ❖ Doni N., *A Comparison of Alternative Procedures for the Selection of the Private Partner in PPP Projects*, 2007. Available at SSRN.
- ❖ Dragos D.; Neamtu B., *Sustainable Public Procurement: Life Cycle Costing (LCC) in the New EU Directive Proposal*, European Public-private Partnership Law Review 1: 19, 2013. Available at SSRN.
- ❖ Dutz M.A.; Sharma S., *Green Growth, Technology and Innovation*, The World Bank, Poverty Reduction and Economic Management Network, Economic Policy and Debt Department, Policy Research Working Paper 5932, 2012. Available at SSRN.
- ❖ Ecker F., *Information Risk and Long-Run Performance of Initial Public Offerings*, Gabler, 2008.
- ❖ Edquist C.; Zabala-Iturriagoitia J.M., *Public Procurement for Innovation as mission-oriented innovation policy*, Research Policy 41: 1757–1769, 2012.
- ❖ Ehrhardt D.; Irwin T., *Avoiding Customer and Taxpayer Bailouts in Private Infrastructure Projects: Policy toward Leverage, Risk Allocation, and Bankruptcy*, World Bank Policy Research, Working Paper No. 3274, 2004. Available at SSRN.
- ❖ Fantini S., *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, aggiornamento dei magistrati amministrativi tenutosi in Roma, presso il TAR Lazio, nei giorni 2 e 3 luglio 2012 (pubblicato in www.giustizia-amministrativa.it).
- ❖ Farlam P., *Assessing Public-Private Partnerships in Africa*, The South African Institute of International Affairs, Nepad Policy Focus Series, Working Together Report 2 2005.
- ❖ Feliziani C., *Il rapporto tra liberalizzazione e regolazione al vaglio della Corte di Giustizia*, Foro Amministrativo C.D.S. 3: 787, 2011.
- ❖ Feliziani C., *Responsabilità della pubblica amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza Corte di Giustizia*, Foro Amministrativo C.D.S. 10: 3015, 2011.
- ❖ Ferrari V., *Il problema dell'alea contrattuale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001.
- ❖ Fidone G., *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità: l'evoluzione del contratto di leasing immobiliare pubblico = From the 'locazione finanziaria' to the 'contratto di disponibilità': the evolution of the immovable property leasing contract with a public administration*, Foro Amministrativo T.A.R. 3: 1039, 2012.
- ❖ Ferraro V., *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 3-4: 835–866, 2014.

- ❖ Fidone G., *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 5: 819, 2012.
- ❖ Fischer K.; Jungbecker A.; Alfen H.W., *The emergence of PPP Task Forces and their influence on project delivery in Germany*, International Journal of Project Management 24(7): 539–547, 2006.
- ❖ Fisher L., *Rock, Paper, Scissors: Game Theory in Everyday Life*, Basic Books, 2008.
- ❖ Flume W., *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, I, Karlsruhe, 1960.
- ❖ Foldes L.P.; Rees R., *A Note on the Arrow-Lind Theorem*, American Economic Review, American Economic Association, vol. 67(2), 1977.
- ❖ Frignani A.; Mendelsohn M., *Il contratto di franchising: le proposte legislative travisano il modello comunitario?*, Contratti 1: 64, 1998.
- ❖ Froud J., *The Private Finance Initiative: risk, uncertainty and the state*, Accounting, Organizations and Society 28(6): 567–589, 2003.
- ❖ Gabrielli E., *Alea e rischio nel contratto. Studi*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1997.
- ❖ Gabrielli E., *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, conferenza tenuta a San Paolo il 29 marzo 2012 nella Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e destinata al *Volumem em homenagem al profesor Fernando Hinesrosa*, in Jus Civile (<http://www.juscivile.it/contributi/01%20-%20Enrico%20Gabrielli.pdf>).
- ❖ Gaiani L., *Project financing: problemi aperti in materia contabile e di reddito di impresa*, Fisco 32: 3136, 2014.
- ❖ Galetta D.U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 3-4: 819, 2005.
- ❖ Galetta D.U., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Diritto Amministrativo 3: 601, 2010.
- ❖ Gallo D., *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di stato nel diritto comunitario*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 5: 893, 2007.
- ❖ Gambarelli G., *Giochi competitivi e cooperativi: per applicazione a problemi decisionali di natura industriale, economica, commerciale, militare, politica, sportiva* (con un contributo di Guillermo Owen), Giappichelli, Torino, 2003.
- ❖ Gaspari F., *Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e la sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto*, in giustamm.it (pubblicato l'1.3.2007)
- ❖ Gaverini F., *Attività contrattuale della p.a. e protezione dell'ambiente: gli appalti verdi*, Rivista Giuridica dell'Edilizia 5-6: 153, 2009.
- ❖ Gazley B.; Kyung Chang W.; Bingham, L.B., *Collaboration and Citizen Participation in Community Mediation Centers*, Review of Policy Research 23(4): 843–863, 2006.
- ❖ Gentili A., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, Contratto e Impresa 2: 667–724, 2003.
- ❖ Giannelli A., *La concessione di servizi: verso un'interpretazione estensiva del concetto di rischio di gestione*, Urbanistica e appalti 10: 1276, 2007.
- ❖ Giannelli A., *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.
- ❖ Giovagnoli R., *È servizio pubblico solo l'attività rivolta direttamente a soddisfare le esigenze dell'utenza*, Urbanistica e appalti 12: 1393, 2006.
- ❖ Goisis F., *Concessione di costruzione e gestione di lavori e concessione di servizi*, Ius Publicum, 2011.
- ❖ Goisis F., *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, Diritto Amministrativo 4: 703, 2011.
- ❖ Gray S.; Hall J.; Pollard G., *The Public Private Partnership Paradox*, 2010. Available at SSRN.
- ❖ Grimsey D.; Lewis M.K., *Are Public Private Partnerships value for money? Evaluating alternative approaches and comparing academic and practitioner views*, Accounting Forum 29 (4), 345–78, 2005.
- ❖ Grossi P., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006.
- ❖ Guasch J. L.; Laffont J. J.; Straub S., *Renegotiation of concession contracts in Latin America*, World Bank Policy Research Working Paper 3011, Washington DC, 2003.
- ❖ Guasch J. L.; Laffont J. J.; Straub S., *Renegotiation of concession contracts: a theoretical approach*, in Review of Industrial Organization, 2006.
- ❖ Guasch J. L.; Straub S., *Renegotiation of infrastructure concessions: an overview*, Annals of Public and Cooperative Economics 77(4): 479, 2006.
- ❖ Guglielmi G., *Le Reti transeuropee di trasporto e il loro finanziamento*, Contributo per il Gruppo ASTRID sul Bilancio europeo – 3 novembre 2009 (<http://www.astrid-online.it>).

- ❖ Halachmi A., *Public-Private Partnerships (PPP): A Reality Check and the Limits of Principal-Agent Theory*, 4th International Conference on Public Management Challenges in the 21st Century, University of Macau and the Macau Foundation, 2010.
- ❖ Hammami M.; Ruhashyankiko J.F.; Yehoue E.B., *Determinants of Public-Private Partnerships in Infrastructure*, International Monetary Fund, IMF Working Paper, pp. 1–39, 2006. Available at SSRN.
- ❖ Hodge G.A.; Greve C., *Public – Private Partnerships: An International Performance Review*, Public Administration Review 67 (3), 545–58, 2007.
- ❖ Hommen L.; Rolfstam M., *Public procurement and innovation: towards a taxonomy*, Journal of public procurement 9(1): 17-56, 2009.
- ❖ Hoppe E.I.; Schmitz P.W., *Public-private partnerships versus traditional procurement: Innovation incentives and information gathering*, MPRA Paper No. 41966 (online at <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/41966/>), 2012.
- ❖ Hwang B.-G.; Zhao X.; Jiang Shu Gay M., *Public private partnership projects in Singapore: Factors, critical risks and preferred risk allocation from the perspective of contractors*, International Journal of Project Management, 2012.
- ❖ Iaione C., *La nozione codicistica di contratto pubblico*, in giustamm.it (pubblicato il 24.5.2007)
- ❖ Iossa E.; Antellini Russo F., *Potenzialità e criticità del Partenariato Pubblico Privato in Italia*, Rivista di Politica Economica, SIPI Spa, 98(3): 125–158, 2008.
- ❖ Iossa E.; Martimort D., *The Simple Micro-Economics of Public-Private Partnerships*, CEIS Research Paper 139, Tor Vergata University, CEIS, 2008.
- ❖ Iossa E.; Martimort D., *Post-Tender Corruption and Risk Allocation: Implications for Public-Private Partnerships*, CEIS Research Paper 195, Tor Vergata University, CEIS, 2011.
- ❖ Iossa E.; Martimort D., *Risk allocation and the costs and benefits of public-private partnerships*, RAND Journal of Economics, RAND Corporation, 43(3): 442–474, 2012.
- ❖ Iossa E.; Rey P., *Building Reputation for Contract Renewal: Implications for Performance Dynamics and Contract Duration*, CEIS Research Paper 155, Tor Vergata University, CEIS, 2010.
- ❖ Iossa E.; Spagnolo G., *Contracts as Threats: on a Rationale For Rewarding A while Hoping For B*, CEIS Research Paper 147, Tor Vergata University, CEIS, 2009.
- ❖ Iossa E.; Spagnolo G.; Vellez M., *Best Practices on Contract Design in Public-Private Partnerships*, The World Bank, Policy report, 2007.
- ❖ Iseki H.; Houtman R., *Evaluation of progress in contractual terms: Two case studies of recent DBFO PPP projects in North America*, Research in Transportation Economics 36: 73–84, 2012.
- ❖ Jin X.-H.; Zhang G., *Modelling optimal risk allocation in PPP projects using artificial neural networks*, International Journal of Project Management 29: 591–603, 2011.
- ❖ Kahneman D.; Tversky A., *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, Econometrica, 47(2): 263–291, 1979.
- ❖ Ke Y.; Wang S.Q.; Chan A.P.C.; Lam P.T.I., *Preferred risk allocation in China's public-private partnership (PPP) projects*, International Journal of Project Management 28: 482–492, 2010.
- ❖ Khazaeni G.; Khanzadi M.; Afshar A., *Fuzzy adaptive decision making model for selection balanced risk allocation*, International Journal of Project Management 30: 511–522, 2012.
- ❖ Klitgaard R., “Public-private collaboration and corruption”, in Pieth M., *Collective Action on Anti-Corruption* (2012), Basel Institute on Governance. Prepared for the CBS-Sauder-Monash conference on public-private partnerships, Copenhagen Business School, 26-27 September 2012.
- ❖ Knight F.H., *Risk, Uncertainty, and Profit*, Hart, Schaffner & Marx; Houghton Mifflin Company, 1921.
- ❖ Krüger K., *Ban-On-Negotiations in tender procedures: undermining best value for money?*, Journal of public procurement 4(3): 397-436, 2004.
- ❖ Kunzlik P., *Green Public Procurement - European Law, Environmental Standards and 'What To Buy' Decisions*, Journal of Environmental Law, Oxford University Press, 2013.
- ❖ Lacava C., *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, relazione al convegno “Il recepimento delle nuove direttive sui contratti pubblici”, presso la Camera dei deputati, Roma, 19 gennaio 2015, in Giornale di diritto amministrativo 12: 1141–1150, 2014.
- ❖ Laffont J.-J.; Martimort D., *A theory of incentives in procurement and regulation*, The MIT Press, 1993.
- ❖ Laffont J.-J.; Martimort D., *The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model*, Princeton University Press, 2002.
- ❖ Laffont J.J.; Tirole J., *Adverse Selection and Renegotiation in Procurement*, The Review of Economic Studies 57(4): 597, 1990.

- ❖ Landoll D.J., *The Security Risk Assessment Handbook A Complete Guide for Performing Security Risk Assessments*, CRC Press Inc, 2005.
- ❖ Lawther W.C., *Flexible procurement approaches that facilitate relationship change and negotiation: the use of the invitation to negotiate*, Journal of Public Procurement, 2007.
- ❖ Ledda F., “Per una nuova normativa sulla contabilità pubblica”, in *Studi in onore di Antonio Amorth. Scritti di diritto amministrativo*, Vol. 1, Giuffrè, Milano, 1982.
- ❖ Leggiadro F., *Concessione e appalto: il nocciolo duro della distinzione*, Urbanistica e appalti, 11: 1423–1432, 2007.
- ❖ Lee C.H.; Yu Y.-H., *Service delivery comparisons on household connections in Taiwan’s sewer public-private-partnership (PPP) projects*, International Journal of Project Management 29: 1033–1043, 2011.
- ❖ Lewicki R.J.; Barry B.; Saunders D.M.; Minton J.W., *Negotiation*, McGraw-Hill/Irwin, 4th ed., 2003.
- ❖ Lewis, M.; Zheng, J.; Roehrich, J.K., *The dynamics of contractual and relational governance: Evidence from long-term public-private procurement arrangements*, Journal of Purchasing & Supply Management 14: 43–54, 2008.
- ❖ Linka A.N.; Scott J.T., *Public/private partnerships: stimulating competition in a dynamic market*, International Journal of Industrial Organization 19: 763–794, 2001.
- ❖ Lipari M., *Il rischio nell’appalto e l’alea normale del contratto*, Giustizia Civile II: 223-240, 1986.
- ❖ Loosemore M., *Risk allocation in the private provision of public infrastructure*, International Journal of Project Management 25(1): 66-76, 2007.
- ❖ Losada F., *The Green Paper on the modernization of public procurement policy of the EU: Towards a socially-concerned market or towards a market-oriented society?*, Oñati Socio-legal Series 2(4): 60-82, 2012. Available at SSRN.
- ❖ Losch R., *Competitive Dialogue and Negotiated Procedure in the Public Sector Directive 2004/18/EC*, Conference Paper for the 3rd public procurement Ph.D. conference, Nottingham University, 2007.
- ❖ Luminoso A., *Codice dell’appalto privato*, Giuffrè, Milano, 2010.
- ❖ Macario F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996.
- ❖ Macario F., *Clausola di rinegoziazione del prezzo* (nota a Cass. civ. Sez. III, 26 febbraio 2014, n. 4557), Contratti 4: 381, 2014.
- ❖ Mangiameli S., *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2008.
- ❖ Marklund P.-O.; Lundberg S.; Brännlund R., *Assessment of Green Public Procurement as a Policy Tool: Cost-efficiency and Competition Considerations*, 2009. Available at SSRN.
- ❖ Marchegiani G., *Alcune considerazioni in merito al c.d. “Partenariato pubblico-privato (PPP)”*, in giustamm.it (pubblicato il 9.3.2006).
- ❖ Maresca D., *La modificazione sostanziale dei contratti di concessione di lunga durata durante l’esecuzione: commento alla direttiva europea 2014/23/UE*, Diritto del Commercio Internazionale 3: 749, 2014.
- ❖ Marino I. M., *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, relazione al Seminario sul tema “La precauzione nella Pubblica Amministrazione”, 14 dicembre 2009, presso il Centro Interdipartimentale di Ricerca e Servizi per le decisioni giuridico-ambientali e la certificazione etica d’impresa dell’Università degli Studi di Padova, in giustamm.it (pubblicato il 15.3.2011).
- ❖ Martinelli F.; Santini M., *La scelta del concessionario di pubblico servizio tra affidamento “intuitu personae” e procedura ad evidenza pubblica*, Urbanistica e appalti 9: 1016, 2001.
- ❖ Martins Cravinho A.; Cunha Marques R.; Oliveira Cruz C., *Public private partnerships for wind power generation: The Portuguese case*, Energy Policy 39: 94–104, 2011.
- ❖ Mascolini A., *Il dialogo competitivo. In arrivo un nuova procedura che cambierà la gestione degli appalti pubblici complessi*, Progetto&Pubblico, 2007.
- ❖ Masera S.R., *Appalto pubblico di servizi e concessione di servizi nella giurisprudenza comunitaria*, Urbanistica e appalti, 5: 579–585, 2008.
- ❖ Maskin E.; Tirole J., *Public-private partnerships and government spending limits*, International Journal of Industrial Organization, 26(2): 412–420, 2008.
- ❖ Marasco P. G., *La rinegoziazione e l’intervento del giudice nella gestione del contratto*, Contratto e Impresa 3: 539, 2005.
- ❖ Massera A.; Taccola C., “L’uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici”, in Massera A., *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, 265–285, Pisa, 2004.
- ❖ Mastragostino F., *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011.
- ❖ Mattalia M., *I partenariati pubblici privati per il superamento della crisi economica*, lexitalia.it n. 2/2013.

- ❖ Mauceri T., *Soppravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, Europa e diritto privato 4: 1095, 2007.
- ❖ Mauro E., *La giurisprudenza di Lussemburgo sul rischio gestionale quale criterio discrezionale tra concessioni e appalti*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 5: 1183, 2011.
- ❖ Mazzamuto M., *Riparto di giurisdizione. Rapporti tra Ssn e strutture private accreditate. Procedure di evidenza pubblica e contratto*, Giur. It., 10, 2012.
- ❖ McCrudden C., *Using public procurement to achieve social outcomes*, Natural Resources Forum 28: 257–267, 2004.
- ❖ McCubbins M.D.; Schwartz T., *Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms*, American Journal of Political Science 28: 165–179, 1984.
- ❖ Medda F., *A game theory approach for the allocation of risks in transport Public-Private Partnerships*, International Journal of Project Management 25(3): 213, 2007.
- ❖ Milgrom P.; Roberts J., *Economia, Organizzazione e Management*, Il Mulino, Bologna, 1997.
- ❖ Moliterni A., *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, Diritto Amministrativo 4: 567, 2012.
- ❖ Montedoro G.; Giordano M., *I Servizi pubblici locali fra diritto interno e comunitario*, in Giustizia Amministrativa n. 5/2007, 1107 ed in giustamm.it, 2008.
- ❖ Monteferrante L., *Il diritto dei contratti conquista gli accordi*, Urbanistica e appalti 8: 955, 2006.
- ❖ Monzani S., *Il trasferimento al privato del rischio economico di gestione quale tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi e le conseguenze in tema di normativa applicabile*, Foro Amministrativo C.D.S. 1: 243, 2013.
- ❖ Morbidelli G., *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, Diritto Amministrativo 4: 703, 2007.
- ❖ Mosey D., *Early Contractor Involvement in Building Procurement Contracts, Partnering and Project Management*, John Wiley & Sons Inc, 2009.
- ❖ Moszoro M.; Gasiorowski P., *Optimal Capital Structure of Public-Private Partnerships*, IMF Working Paper 1/2008. Available at SSRN.
- ❖ Musolino G., *L'appalto pubblico e privato*, vol. I-II-III, UTET, Torino, 2002.
- ❖ Murray J. E. Jr., *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*, Fordham Law Review 71(3), 10: 869-913, 2002.
- ❖ Neri V., *Il «rischio economico» negli appalti e nelle concessioni di servizio pubblico*, Il Corriere del Merito, 6: 681–687, 2010.
- ❖ Nacamulli R.C.D.; Rugiadini A., *Organizzazione e mercato*, Il mulino, Bologna, 1985.
- ❖ Napolitano G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, Padova, 2001.
- ❖ Nicolò R., *Alea* (voce), *Enciclopedia del diritto* I: 1024-1031, Giuffrè, Milano, 1958 (ora in *Scritti giuridici* II: 1421, Milano, 1980).
- ❖ Nicolussi A., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*. (nota a Cass. civ. Sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 577), Danno e Responsabilità 8-9: 871, 2008.
- ❖ Nulli M., *Gli appalti precommerciali*, 2013 (www.osservatorioappalti.unitn.it).
- ❖ Occhiena M., *Gli appalti pubblici e la semplificazione impossibile*, Il diritto dell'economia 26, n. 81: 521–535, 2013 (www.osservatorioappalti.unitn.it).
- ❖ Oliveira Cruz C.; Cunha Marques R., *Contribution to the study of PPP arrangements in airport development, management and operation*, Transport Policy 18: 392–400, 2011.
- ❖ Pagani I., *Riparto di giurisdizione in materia di revisione dei prezzi e condizioni per ritenere sussistente il presupposto riconoscimento revisionale*, Urbanistica e appalti 8-9: 904, 2014.
- ❖ Parker D.; Hartley K., *Transaction costs, relational contracting and public private partnerships: a case study of UK defence*, Journal of Purchasing & Supply Management 9: 97–108, 2003.
- ❖ Passalacqua M., *Concessione di servizio pubblico e cooperazione: nuove prospettive per un istituto antico*, in www.ddp.unipi.it, 2002.
- ❖ Patti F. P., *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, Nuova Giurisprudenza Civile 2: 117, 2013.
- ❖ Pavesi A., *Concessioni: aspetti problematici*, Laboratorio dei contratti pubblici, www.contratti-appalti.it, 2009.
- ❖ Peirone F., *La scelta del concessionario di servizi = The selection of the service concessionaire*, Foro Amministrativo C.D.S. 2: 541, 2013.
- ❖ Pennazio R., *Distribuzione del rischio e inidoneità all'uso della res vendita* (nota a Cass. civ. Sez. II, 30 maggio 2013, n. 13612 e Sez. II, 12 ottobre 2012, n. 17485), Giur. It. 12: 2476, 2013.

- ❖ Perfetti L.R., *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 3-4: 789, 2010.
- ❖ Pericu G.; Romano A.; Spagnuolo Vigorita V., *La concessione di pubblico servizio*, Giuffrè, Milano, 1995.
- ❖ Perrow C., *Economic theories of organization*, Theory and Society 15(1-2): 11-45, 1986.
- ❖ Peters L., *Una legge per il franchising*, Diritto commerciale internazionale 2: 323, 2004.
- ❖ Phang S.-Y., *Urban rail transit PPPs: Survey and risk assessment of recent strategies*, Transport Policy 14: 214-231, 2007.
- ❖ Picozza E., "I contratti della pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale" in *I contratti con la pubblica amministrazione*, Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, a cura di C. Franchini, vol. I, Utet, Torino, 2007.
- ❖ Picozza E., "Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi pubblici", in *Gli appalti pubblici di servizi: con il commento articolo per articolo del D.lg.vo 17 marzo 1995, n. 157*, a cura di E. Picozza, Maggioli, Rimini, 1995.
- ❖ Polackova Brixi H.; Irwin T., *Public-private Partnerships in the New Eu Member States. Managing Fiscal Risks*, World Bank Working Papers, World Bank Publications, 2007.
- ❖ Poschmann F., *Private Means to Public Ends: The Future of Public-Private Partnerships*, C.D. Howe Institute, 2003.
- ❖ Pototschnig U., *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964.
- ❖ Priem H.; Flyvbjerg B.; van Wee B., *Decision-Making on Mega-Projects. Cost-Benefit Analysis, Planning and Innovation*, Edward Elgar, 2008.
- ❖ Protto M., *Le concessioni di servizi pubblici sono escluse dall'ambito di applicazione delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici*, Urbanistica e appalti 1: 47, 2001.
- ❖ Quaranta A., *Project Bond: un nuovo strumento per il rilancio delle infrastrutture?*, Ambiente e sviluppo 4: 339, 2013.
- ❖ Raganelli B., *Partenariato Pubblico Privato ed opere pubbliche in Europa. La ricerca di un equilibrio tra regole e flessibilità*. Convegno I-COM "Procedure di scelta del contraente e modelli di affidamento nei rapporti di Partenariato Pubblico Privato: il caso delle infrastrutture", Roma, 29 ottobre 2008.
- ❖ Rangone C., *Flessibilità procedurale e aderenza al diritto Ue nel Regno Unito*, Intervento al Convegno - Appalti: uno sguardo sull'Europa - organizzato da IGI in Roma, 17 novembre 2011 (www.osservatorioappalti.unitn.it).
- ❖ Raiffa H.; Richardson J.; Metcalfe D., *Negotiation analysis. The science and art of collaborative decision making*, Harvard University press, 2002.
- ❖ Renna M., *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, Diritto amministrativo, 270, 2010.
- ❖ Ricchi M., *La regolazione di una operazione di partenariato pubblico-privato*, Rivista amministrativa, 169, 2007 (www.osservatorioappalti.unitn.it).
- ❖ Ricchi M., *Negoauction, discrezionalità e dialogo competitivo (Una teoria per l'affidamento dei contratti complessi di PPP)*, www.giustizia-amministrativa.it, 2008.
- ❖ Ricchi M., *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, Urbanistica e appalti 7: 741-757, 2014.
- ❖ Rizzo G., *La concessione di servizi*, Giappichelli, Torino, 2012.
- ❖ Roberts P., *The Economist Guide To Project Management*, Profile Books Ltd, 2012.
- ❖ Romano S., *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1945.
- ❖ Rubino D., *L'appalto*, in Trattato di diritto civile italiano diretto da F. Vassalli, VII, 3, Utet, Torino, I ed., 1946.
- ❖ Salvago S., *La ripartizione della giurisdizione negli appalti pubblici = The breakdown of jurisdiction in public works contracts*, Giustizia Civile 11-12: 771, 2013.
- ❖ Sanchez Graells A., *The continuing relevance of the general principles of EU public procurement law after the adoption of the 2014 Concessions Directive*, University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-12. Available at SSRN.
- ❖ Sandulli M.A., *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, relazione presentata presso la scuola di specializzazione in studi sull'Amministrazione pubblica, Bologna, 23 gennaio 2012, in federalismi.it n. 3/2012.
- ❖ Santoro P., *Gli appalti pubblici: nozione comunitaria e tipologie negoziali*, Foro Amministrativo 4: 1282, 1998.
- ❖ Santoro S., *Le oscillazioni dei prezzi negli appalti e nelle concessioni: rimedi e prospettive*, Relazione al Convegno IGI - Roma, 28 aprile 2004, in giustamm.it.

- ❖ Scarpa D., *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, Contratto e impresa 4-5: 951, 2013.
- ❖ Schaeffer P.; Loveridge S., *Toward an Understanding of Types of Public-Private Cooperation*, Public Performance & Management Review 26: 169–189, 2002.
- ❖ Scotti E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, Diritto Amministrativo, 4: 915, 2005.
- ❖ Sementilli L., *A 'Democratic Deficit' in the EU? The reality behind the mythmore*, 2012. (http://www.academia.edu/1508020/A_Democratic_Deficit_in_the_EU_The_reality_behind_the_myth)
- ❖ Sgubin C., *La difficile applicazione del diritto comunitario agli istituti tra appalto e concessione*, in giustamm.it (pubblicato l'8.6.2009).
- ❖ Shavell S., *Risk sharing and incentives in the principal and agent relationship*, Bell Journal of Economics 10: 55–73, 1979.
- ❖ Shen L.-Y.; Platten A.; Deng X.P., *Role of public private partnerships to manage risks in public sector projects in Hong Kong*, International Journal of Project Management 24: 587–594, 2006.
- ❖ Sicchiero G., *Buona fede e rischio contrattuale*, Contratto e Impresa 4-5: 919–943, 2006.
- ❖ Singh L.B.; Kalidindi S.N., *Traffic revenue risk management through Annuity Model of PPP road projects in India*, International Journal of Project Management 24: 605–613, 2006.
- ❖ Sobhiyah M.H.; Bemanian M.R.; Kashtiban Y.Kh., *Increasing VFM in PPP power station projects – Case study: Rudeshur gas turbine power station*, International Journal of Project Management 27: 512–52, 2009.
- ❖ Soverino L., *I servizi pubblici nell'Euroregione: nuove prospettive di diritto comunitario per la cooperazione transfrontaliera, tra Consiglio d'Europa e potere estero delle Regioni* (a proposito del Regolamento CE 1082/2006), Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 1: 17, 2009.
- ❖ Spackman M., *Public-private partnerships: lessons from the British approach*, Economic Systems 26: 283–301, 2002.
- ❖ Spadoni B., *I servizi pubblici locali. Dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, 3 febbraio 2003 (<http://www.dirittodeiservizipubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=20>).
- ❖ Spagnuolo F., *Il green public procurement e la minimizzazione dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 2: 397, 2006.
- ❖ Spangaro A., *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, Giappichelli, Torino, 2014.
- ❖ Stigler G.J., *Mercato, informazione, regolamentazione*, Il Mulino, Bologna, 1994.
- ❖ Stiglitz J.E., *Economia del settore pubblico*, Hoepli, Milano, 1989.
- ❖ Stiglitz J.E., *Il ruolo economico dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 1992.
- ❖ Taglianetti G., *La distinzione tra appalto e concessione e l'(in)applicabilità dell'art. 84, comma 10, d. lgs. n. 163 del 2006 alle concessioni di servizi*, Foro Amministrativo T.A.R. 7-8: 2308, 2011.
- ❖ Taglianetti G., *I limiti del contributo pubblico e il rischio di gestione nelle procedure di project financing*, Rivista Giuridica dell'Edilizia 1: 168, 2013.
- ❖ Tang L.Y. Shen Q.; Cheng E.W.L., *A review of studies on Public-Private Partnership projects in the construction industry*, International Journal of Project Management 28: 683–694, 2010.
- ❖ Tarullo S., *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica*, Diritto Amministrativo 1-2: 149, 2013.
- ❖ Thomas S.Ng.; Wong Yoki M.W.; Wong James M.W., *Factors influencing the success of PPP at feasibility stage – A tripartite comparison study in Hong Kong*, Habitat International 36(4): 423–432, 2012.
- ❖ Tirelli M., *The evaluation of public investments under uncertainty*, Research in Economics 60: 188–198, 2006.
- ❖ Tirole J., *Procurement and Renegotiation*, The Journal of Political Economy 94(2): 235, The University of Chicago Press, 1986.
- ❖ Todinov M.T., *Risk-Based Reliability Analysis And Generic Principles For Risk Reduction*, Elsevier Science, 2006.
- ❖ Tonetti A., *Il Decreto "Salva Italia"*, Giornale di Diritto Amministrativo 3: 229, 2012.
- ❖ Torricelli S., *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi a rete*, Giuffrè, Milano, 2007.
- ❖ Trimarchi P., *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967.
- ❖ Trimarchi P., *Il contratto. Inadempimento e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2010.
- ❖ Trubiani F., *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, Obbligazioni e Contratti 2: 134, 2012.
- ❖ Trubiani F., *La rinegoziazione contrattuale tra onere ed obbligo per le parti*, Obbligazioni e Contratti 6: 447, 2012.

- ❖ Tucci M., *Appalto e concessione di pubblici servizi. Profili di costituzionalità e di diritto comunitario*, Cedam, Padova, 1997.
- ❖ Ubaldi A., *Procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara tra discrezionalità tecnica e tutela della concorrenza*, Foro Amministrativo C.D.S. 10: 2724, 2013.
- ❖ Urbani P.; Passeri L., *Guida al codice dei contratti pubblici* (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, D.Lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113 e Corte cost. 23 novembre 2007, n. 401), Giappichelli, Torino, 2008.
- ❖ Van Valkenburg M.; Lenferink S.; Nijsten R.; Arts J., *Early Contractor Involvement: A new strategy for 'buying the best' in infrastructure development in the Netherlands*, 3rd International Public Procurement Conference, Amsterdam, 2008.
- ❖ Villata R., *Pubblici servizi. Discussione e problemi*, Giuffrè, Milano, 2008.
- ❖ Vinti S., *Il dialogo competitivo: troppo rigido nella fase creativa, poco regolato in quella comparativa*, in giustamm.it (pubblicato l'1.4.2009).
- ❖ Von Neumann J.; Morgenstern O., *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, NJ. Princeton University Press, 1953.
- ❖ Walker D.H.T.; Lloyd-Walker B., "Understanding Early Contractor Involvement (ECI) procurement forms", in Smith, S.D (Ed) *Procs 28th Annual ARCOM Conference*, 3-5 September 2012, Edinburgh, UK, Association of Researchers in Construction Management, 877-887, 2012
- ❖ Warwick B., *The Handbook Of Risk*, John Wiley & Sons Inc., 2003.
- ❖ Wibowo A.; Mohamed S., *Risk criticality and allocation in privatised water supply projects in Indonesia*, International Journal of Project Management 28: 504–513, 2010.
- ❖ Wideman M.R., *Project And Program Risk Management. A Guide To Managing Project Risk And Opportunities*, a publication of the Project Management Institute, 1992.
- ❖ Williamson O.E., *The Economics of Internal Organization: Exit and Voice in Relation to Markets and Hierarchies*, The American Economic Review 66 (2): 369-377, Papers and Proceedings of the Eighty-eighth Annual Meeting of the American Economic Association, 1976.
- ❖ Williamson O. E., *Le istituzioni economiche del capitalismo: imprese, mercati, rapporti contrattuali*. Franco Angeli, Milano, 1992.
- ❖ Williamson O.E., *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, Franco Angeli, Milano, 1996.
- ❖ Xu Y.; Yeung J.F.Y.; Chan A.P.C.; Chan D.W.M.; Wang S.Q.; Ke Y., *Developing a risk assessment model for PPP projects in China — A fuzzy synthetic evaluation approach*, Transport Policy 22: 36–48, 2012.
- ❖ Xu Y.; Sun C.; Skibniewski M.J.; Chan A.P.C.; Yeung J.F.Y.; Cheng H., *System Dynamics (SD)-based concession pricing model for PPP highway projects*, International Journal of Project Management 30: 240–251, 2012.
- ❖ Yseult M., *Public-Private Partnerships and the Law: Regulation, Institutions and Community*, Edward Elgar, 2014.
- ❖ Zhang X.; Chen S., *A systematic framework for infrastructure development through public private partnerships*, IATSS Research, 2012.
- ❖ Zheng J.; Roehrich J.K.; Lewis M.A., *The dynamics of contractual and relational governance: Evidence from long-term public–private procurement arrangements*, Journal of Purchasing & Supply Management 14: 43–54, 2008.

Dossier
(in ordine cronologico)

- UTFP, *Partenariato Pubblico – Privato per la realizzazione di opere pubbliche: impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico. Decisione EUROSTAT 11 Febbraio 2004 "Treatment of public-private partnerships"*, Roma, giugno 2004.
- Fraunhofer ISI – Institute Systems and Innovation – Research, *Innovation and Public Procurement. Review of Issues at Stake*, Study for the European Commission (No ENTR/03/24), 2006.
- UNECE - *A Guide to Promoting Good Governance in Public Private Partnerships*, Tel Aviv, Israel, 5-8 June 2007.
- OECD, *Public-Private Partnerships - In Pursuit of Risk Sharing and Value For Money*, 2008.
- UTFP, *Partenariato Pubblico Privato in Italia. Stato dell'arte, futuro e proposte*, 2010.
- UTFP, *Partenariato Pubblico – Privato per la realizzazione di opere pubbliche: impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico*, Roma, gennaio 2011.
- EPEC, *Eurostat Treatment of Public-Private Partnerships: Purposes, Methodology and Recent Trends*, 2010.

- CMS, *PPP in Europe*, 2010.
- TUAC Secretariat, *PPPs – In pursuit of fair risk sharing and value for the people?*, 13 aprile 2010.
- UTFP e EPEC, *Le garanzie pubbliche nel PPP. Guida alla migliore valutazione, strutturazione, implementazione e gestione*, agosto 2011 (la versione originale, in lingua inglese, *State Guarantees in PPPs, A Guide to Better Evaluation, Design, Implementation and Management* è disponibile sul sito web dell'EPEC).
- “5 semplici proposte, d’impatto immediato e a costo zero, per la razionalizzazione del sistema dei contratti pubblici” in progetti d’infrastruttura, Gennaio 2012, (http://www.urbanisti.it/attachments/article/57/U&S_12001_5%20semplici%20proposte%20razionalizzazione%20contratti%20pubblici-1.pdf)
- Centre for European Policy Studies (CEPS) and College of Europe, *The uptake of Green Public Procurement in the EU27*, submitted to the European Commission, DG Environment, Bruxelles, 2012.
- EPEC, *Market Update. Review of the European PPP Market in 2012 e First half of 2013*.
- EIO and CfSD, *Eco-innovate! A guide to eco-innovation for SMEs and business coaches*, Eco-Innovation Observatory, funded by the European Commission, DG Environment, Bruxelles, 2013.
- EPRS - European Parliamentary Research Service, *The Cost of Non- Europe in the Single Market (Cecchini Revisited): An overview of the potential economic gains from further completion of the European Single Market*, Author: Zsolt Pataki, European Added Value Unit, September 2014 – PE 510.981.

Giurisprudenza citata
(in ordine cronologico)

➤ Tribunale UE di primo grado:

(Terza Sezione ampliata) del 27 febbraio 1997, causa T-106/95, *FFSA e a./Commissione*; (Seconda Sezione Ampliata), 16 marzo 2004, causa T-157/01, *Danske Busvognmænd, c. Commissione delle Comunità europee*; (Quinta Sezione), 1° luglio 2010, causa T-53/08, *Repubblica italiana c. Commissione europea*.

➤ Corte di Giustizia UE:

26 aprile 1994, C-272/91, *Lottomatica*; 10 novembre 1998, C-360/96, *BFI Holding*; Sez. VI, 7 dicembre 2000, C-324/98, *Telaustria*; Sez. II, 30 maggio 2002, C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung*; Sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*; Sez. II, 27 ottobre 2005, cause riunite C-187/04 e C-188/04, *Commissione c. Repubblica italiana*; Sez. III, 27 ottobre 2005, C-234/03, *Contse*; Sez. I, 6 aprile 2006, C-410/04, *ANAV*; Sez. I, 18 gennaio 2007, C-220/05, *Auroux*; Sez. II, 18 luglio 2007, C-382/05, *Commissione/Italia*; Sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*; Sez. III, 13 novembre 2008, C-437/07, *Commissione/Italia*; Sez. IV, 11 giugno 2009, C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns*; Sez. III, 10 settembre 2009, C-206/08, *WazvGotha*; Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset*; Sez. III, 25 marzo 2010, C-451/08, *Helmut Müller*; Grande Sezione, 13 aprile 2010, causa C-91/08, *Wall AG*; Sez. III, 10 marzo 2011, C-274/09, *Stadler*; Sez. II, 10 novembre 2011, C-348/10, *Norma-A*; Sez. II, 11 luglio 2013, C-576/10, *Commissione/Paesi Bassi*.

➤ Corte Costituzionale:

n. 226 del 19 giugno 1998; n. 401 del 23 novembre 2007.

➤ Giustizia civile:

- Tribunale Milano, 27 maggio 2009; Tribunale Enna, 9 febbraio 2010.

- Cass. Civ., Sez. I, 26 novembre 1984, n. 6106; Cass. Civ., Sez. II, 12 marzo 1992, n. 3013; Cass. Civ., Sez. I, 9 aprile 1994, n. 3342; Cass. Civ., Sez. II, 13 febbraio 1995, n. 1559; Cass. Civ., Sez. I, 23 novembre 1999, n. 12989; Cass. Civ., Sez. II, 23 febbraio 2001, n. 2661; Cass. Civ., Sez. I, 13 febbraio 2003, n. 2146; Cass. Civ., Sez. III, 19 ottobre 2006, n. 22396; Cass. Civ., Sez. III, 25 maggio 2007 n. 12235; Cass. Civ., Sez. I, 20 febbraio 2015, n. 3455.

- Cass. Civ., Sez. Un., 3 agosto 2006, n. 17573; Cass. Civ., Sez. Un., 6 maggio 2005, n. 9391; Cass. Civ., Sez. Un., 14 febbraio 2008, n. 3518; Cass. Civ., Sez. Un., 3 aprile 2009, n. 8113; Cass. Civ., Sez. Un., 27 maggio 2009, n. 12252; Cass. Civ., Sez. Un., 1° luglio 2009, n. 15381; Cass. Civ., Sez. Un., 26 gennaio 2011, n. 1773; Cass. Civ., Sez. Un., 5 aprile 2012, n. 5446; Cass. Civ., Sez. trib., 12 novembre 2014, n. 24095.

➤ Giustizia amministrativa:

- T.A.R. Bologna, Sez. I, 10 aprile 2001, n. 303; L'Aquila, 2 ottobre 2001, n. 583; Salerno, Sez. I, 28 novembre 2001, n. 1501; Venezia, Sez. I, 3 giugno 2003, n. 3130; Venezia, Sez. I, 30 novembre 2005, n. 4114; Roma, Sez. II, 11 maggio 2007, n. 4315; Milano, Sez. III, 8 maggio 2007, n. 2580; Bolzano, 8 aprile 2008, n. 129; Catania, Sez. III, 18 febbraio 2009, n. 369; Bari, Sez. I, 17 febbraio 2009, n. 315; Perugia, Sez. I, 11 giugno 2010, n. 369; Firenze, Sez. II, 6 luglio 2010, n. 2313; Roma, Sez. II-*quater*, 27 ottobre 2010, n. 33046; Firenze, Sez. II, 20 dicembre 2010, n. 6781; Genova, Sez. II, 2 febbraio 2011, n. 184; Milano, Sez. III, 12 ottobre 2011, n. 2419; Perugia, Sez. I, 1 dicembre 2011, n. 389; Milano, Sez. III, 16 dicembre 2011, n. 3200; Roma, Sez. II-*quater*, 11 gennaio 2012, n. 239; Trieste, Sez. I, 26 gennaio 2012, n. 33; Perugia, Sez. I, 6 marzo 2012, n. 73; Latina, Sez. I, 7 marzo 2012, n. 195; Genova, Sez. II, 28 marzo 2012, n. 430; Brescia, Sez. II, 10 aprile 2012, n. 618; Bari, Sez. I, 12 aprile 2012, n. 716; Napoli, Sez. I, 3 maggio 2012, n. 2014; Catania, Sez. III, 30 maggio 2012, n. 1422; Roma, Sez. II-*ter*, 8 giugno 2012, n. 5221; Roma, Sez. III, 27 giugno 2012, n. 5863; Lecce, Sez. III, 1° agosto 2012, n. 1444; Genova, Sez. II, 3 settembre 2012, n. 1157; Milano, Sez. III, 13 settembre 2012, n. 2310; Bari, Sez. I, 11 ottobre 2012, n. 1756; Bari, Sez. I, 9 novembre 2012, n. 1907; Torino, Sez. I, 19 dicembre 2012, n. 1365; Torino, Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 2; Napoli, Sez. I, 15 gennaio 2013, n. 313; Roma, Sez. II, 13 febbraio 2013, n. 1555; Roma, Sez. II-*bis*, 15 aprile 2013, n. 3801; Brescia, Sez. II, 18 aprile 2013, n. 363; Ancona, Sez. I, 8 novembre 2013, n. 808; Trento, Sez. I, 31 gennaio 2014, n. 30; Firenze, Sez. II, 28 febbraio 2014, n. 409; Roma, Sez. III, 22 luglio 2014, n. 8001; Roma, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 9292; Napoli, 22 ottobre 2014, n. 5409; Milano, Sez. I, 20 novembre 2014, n. 2778; Napoli, Sez. II, 5 febbraio 2015, n. 887; Napoli, 13 aprile 2015 n. 2086.

- Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 settembre 2000, n. 4688; Sez. V, 4 maggio 2001, n. 2518; Sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294; Sez. IV, 15 maggio 2002, n. 2634; Sez. V, 22 luglio 2002, n. 4012; Sez. IV, 14 giugno 2005, n. 3114; Sez. V, 11 marzo 2005, n. 1035; Sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2804; Sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236; Sez. V, 14 febbraio 2006, n. 7461; Sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3333; Sez. V, 21 giugno 2007, n. 3318; Sez. V, 1° agosto 2007, n. 4270; Sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600; Sez. V, 20 agosto 2008, n. 3994; Sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049; Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2864; Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3750; Sez. VI, 4 agosto 2009, 4890; Sez. V, 2 novembre 2009, n. 6709; Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4510; Sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620; Sez. V, 15 novembre 2010, n. 8040; Sez. V, 25 novembre 2010, n. 8231; Sez. V, 24 marzo 2011, n. 1784; Sez. V, 20 aprile 2011, n. 2447; Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3019; Sez. V, 23 maggio 2011, n. 3086; Sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377; Sez. III, 8 luglio 2011, n. 4128; Sez. III, 19 luglio 2011, n. 4362; Sez. V, 9 settembre 2011, n. 5068; Sez. VI, 27 dicembre 2011, n. 6835; Sez. V, 10 gennaio 2012, n. 39; Sez. III, 1° febbraio 2012, n. 504; Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2531; Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2537; Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3474; Sez. VI, 26 giugno 2012, n. 3764; Sez. V, 5 luglio 2012, n. 3941; Sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682; Sez. V, 18 ottobre 2012, n. 5359; Sez. VI, 10 dicembre 2012, n. 6297; Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 236; Sez. VI, 21 giugno 2013, n. 3378; Sez. V, 11 ottobre 2013, n. 4979; Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421; Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1243; Sez. V, 23 aprile 2014, n. 2052; Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2249; Sez. V, 14 luglio 2014, n. 3669; Sez. V, 1° dicembre 2014, n. 5915.

- Consiglio di Stato, Ad. Plen., 18 giugno 2002, n. 6; 6 agosto 2013, n. 19; 7 maggio 2013, n. 13; 30 gennaio 2014, n. 7.

- Corte dei Conti reg. Abruzzo, Sez. giurisd., 24 gennaio 2012, n. 27.