

Corso ASTM
per giovani professionisti
2° incontro in presenza

14 giugno 2023
09:00 – 13:30

Normativa sui lavori pubblici: le basi Appalto,
concessione e subappalto

Le concessioni di lavori e servizi pubblici

Avv. Giovanni Balocco



La nozione di concessione

Secondo l'art. 5 della Direttiva UE n. 23/2014 la concessione è il contratto:

- con cui la P.A. affida l'esecuzione di lavori oppure la fornitura e la gestione di servizi ad uno o più operatori economici;
- in cui il corrispettivo consiste unicamente nel **diritto di gestire** i lavori (l'opera realizzata) o i servizi oggetto del contratto o, al più, in tale diritto accompagnato da un prezzo.

La medesima definizione è trasposta nell'art. 2 , lett. c) nell'allegato I.1 al nuovo codice dei contratti pubblici (D.lgs. N. 36/2023), che per questo si discosta dalla precedente nozione contenuta dall'art. 3, comma 1, del previgente codice (D.Lgs. N. 50/2016).

La distinzione rispetto al contratto di appalto

L'art. 2, n. 5 della Direttiva UE n. 24/2014 definisce invece l'appalto come il contratto a titolo oneroso avente ad oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi, senza ulteriori specificazioni rispetto al corrispettivo.

A differenza della concessione, dunque, il corrispettivo per le attività svolte è direttamente a carico della stazione appaltante. Tratto distintivo è proprio nelle modalità di remunerazione.

CONCESSIONE

Il corrispettivo deriva dagli utili ricavati dalla gestione delle attività (oltre un eventuale contributo della P.A.)


APPALTO

Il corrispettivo viene attribuito direttamente dalla stazione appaltante.

Trasferimento del rischio operativo

Nelle concessioni, pertanto, la copertura dei **costi** e l'eventuale ottenimento di **utili** da parte del concessionario **derivano unicamente dalla gestione dell'attività** e dai pagamenti effettuati dagli utenti per la fruizione delle infrastrutture o dei servizi.

Ciò comporta che in capo al concessionario sia trasferito il c.d. «rischio operativo», ossia il rischio economico dato dal fatto che il concedente non garantisce direttamente all'operatore economico il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione.



...il rischio operativo

Il concessionario è dunque esposto al **rischio dal lato della domanda**, ossia all'eventuale carenza di richieste degli utenti che usufruiscano dell'opera o del servizio, **e dal lato dell'offerta**, ossia alle fluttuazioni di mercato dei costi per l'esecuzione dell'opera e la gestione.

In definitiva, si ha concessione quando l'operatore si assume in concreto i rischi economici della gestione, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si ha appalto quando l'alea connessa all'esecuzione delle attività grava sostanzialmente sulla stazione appaltante (Consiglio di Stato, sentenza 4 settembre 2012, n. 4682).



Equilibrio economico-finanziario in origine

Laddove l'operazione economica non possa garantire di per sé l'equilibrio economico-finanziario l'ente concedente effettua un **intervento pubblico di sostegno**, che può consistere in un contributo finanziario diretto, nella prestazione di garanzie o nella cessione in proprietà di beni immobili o di altri diritti.

Tuttavia, l'intervento non può essere di portata tale da sollevare il concessionario da qualsiasi perdita potenziale, in quanto ciò comporterebbe un sostanziale azzeramento del rischio operativo.

Il P.E.F. dovrà garantire, a livello previsionale, una «**giusta remunerazione**» che consenta di recuperare gli investimenti effettuati e i costi che l'operatore economico debba sostenere in relazione all'esecuzione del contratto.



Equilibrio economico-finanziario in corso di esecuzione

Qualora ragioni estranee alla volontà o al controllo delle parti non consentano di assicurare l'equilibrio economico-finanziario originariamente previsto, gli strumenti per intervenire sono molteplici.

L'ente concedente può innanzitutto concedere all'operatore economico una proroga della concessione (con le note problematiche comunitarie ad essa connesse), affinché il concessionario possa ammortizzare i propri investimenti negli anni successivi.

Un'altra opzione per garantire l'equilibrio economico è costituita dall'aumento della tariffa o dalla corresponsione di un'indennità a fine concessione al concessionario uscente da parte del soggetto entrante (c.d. valore di subentro o *terminal value*).

Diverso ancora è il caso in cui le parti procedano ad una revisione integrale del contratto.



Revisione

Al verificarsi di **eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili**, non imputabili al concessionario (compreso il mutamento della normativa di riferimento) che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario del contratto e che non possano considerarsi rientranti nel rischio operativo posto a carico del concessionario, quest'ultimo può chiedere la revisione del contratto stesso nella misura strettamente necessaria a ricondurlo all'equilibrio pattuito al momento della sua conclusione.

In sede di revisione non è comunque consentito concordare modifiche che alterino la natura della concessione, o che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi.

In caso di mancato accordo sul riequilibrio del P.E.F. le parti possono recedere dal contratto. In tal caso, al concessionario sono rimborsati gli stessi importi spettanti in caso di recesso.



Durata delle concessioni

La durata delle concessioni è **limitata** e determinata dall'ente concedente in funzione dei lavori o servizi richiesti (a differenza del codice del 2006 che stabiliva una durata massima di 30 anni a meno di ragioni eccezionali o per le concessioni di importo superiore ad 1 miliardo di euro).

Per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non può comunque superare il periodo di tempo in cui si possa ragionevolmente prevedere il recupero degli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme ad un ritorno sul capitale investito (concetto di «giusta remunerazione»).

Soglie di rilevanza europea

Per i contratti di appalto o di concessione che, per la particolare consistenza dell'importo oggetto dell'affidamento, assumano rilevanza a livello sovranazionale, l'Unione Europea detta regole maggiormente stringenti al fine di garantire ancor più efficientemente il rispetto dei principi concorrenziali.

Tali norme comunitarie si applicano ai soli contratti di appalto o di concessione che superino le c.d. **soglie di rilevanza europea**, indicate dall'art. 14 del nuovo codice dei contratti pubblici.

Con particolare riguardo alle concessioni, la soglia di rilevanza è fissata in **€ 5.382.000**.

Le concessioni il cui valore sia pari o superiore a tale importo sono definite «**sopra-soglia**» e devono garantire il rispetto del diritto comunitario.

L'affidamento ai concessionari

L'ente concedente che intenda aggiudicare una concessione deve rendere nota tale intenzione mediante un **bando di gara pubblico**.

La pubblicazione di un bando non è richiesta qualora i lavori o i servizi possano essere forniti soltanto da un determinato operatore economico in quanto:

- a) oggetto della concessione è la creazione o l'acquisizione di un'**opera d'arte** o di una rappresentazione artistica unica;
 - b) per **motivi tecnici** non vi sia concorrenza, purché tale condizione non sia il risultato di una limitazione artificiosa dei parametri per l'affidamento;
 - c) esista un **diritto esclusivo**;
 - d) esistano **diritti di proprietà intellettuale** inerenti a quanto oggetto di bando.
-



Concessioni sotto-soglia

Per l'affidamento dei contratti di concessione il cui valore sia inferiore alla soglia di rilevanza europea, invece, l'ente concedente potrà procedere senza la pubblicazione di un bando di gara.

La concorrenza, nondimeno, resta un valore anche per il legislatore nazionale, considerato che la scelta del miglior contraente comporta in ogni caso un vantaggio per il concedente.

Per le concessioni sotto-soglia, dunque, la P.A. potrà scegliere se pubblicare comunque un bando di gara oppure procedere mediante **procedura negoziata**, previa consultazione di almeno 10 operatori economici che presentino le caratteristiche richieste per lo specifico contratto, purché esistenti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

Criteri di aggiudicazione e offerte

L'ente concedente pone a base di gara un **progetto di fattibilità** (che sostituisce il concetto di progetto preliminare previsto dal precedente codice), individuando criteri oggettivi di aggiudicazione connessi all'oggetto della concessione, indicati in ordine decrescente di importanza.

Agli stessi viene attribuito un punteggio relativo all'offerta tecnica e all'offerta economica. Per i contratti ad alta intensità di manodopera, il punteggio massimo attribuibile all'offerta economica è di 30 punti su un totale di 100.

OFFERTA TECNICA

in cui sono valutate le soluzioni proposte che garantiscano la maggior fruibilità o la miglior realizzazione dell'infrastruttura e/o dei servizi

OFFERTA ECONOMICA

in cui viene valutato il ribasso offerto dall'operatore, l'offerta più conveniente sia in relazione ai lavori che alla gestione

Forme di partecipazione in cooperazione con più soggetti

Per soddisfare le condizioni di partecipazione, l'operatore economico può anche affidarsi alle capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi rapporti con essi. In tal caso, però, dovrà dimostrare che disporrà delle risorse necessarie all'esecuzione del contratto per l'intera durata della concessione, per esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di detti soggetti. Per quanto riguarda la capacità finanziaria, l'ente concedente può richiedere che l'operatore economico e i soggetti in questione siano responsabili in solido dell'esecuzione del contratto.

La partecipazione alla gara è ammessa anche ad operatori che operino congiuntamente, sia mediante strutture organizzative stabili che tramite raggruppamenti temporanei.

L'art. 26, comma 2, della Direttiva 23/2014 UE stabilisce infatti che gli operatori economici non possano essere obbligati dall'ente aggiudicatore ad avere una forma giuridica specifica ai fini della partecipazione. Diversamente limiterebbero ingiustificatamente la concorrenza sul mercato, impedendo la partecipazione in forma associata di piccole-medie imprese.

Concessioni affidate senza gara e obbligo di parziale esternalizzazione

Per le concessioni sopra-soglia già in corso di svolgimento al momento dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (D.Lgs. N. 36/2023) ed originariamente affidate non in conformità al diritto UE vigente al momento dell'affidamento o della proroga, gli operatori privati sono tenuti ad **esternalizzare**, ossia ad affidare a terzi mediante procedura ad evidenza pubblica, una parte delle attività (compresa tra il 50% e il 60%).

Il previgente codice disponeva originariamente che i concessionari fossero tenuti ad affidare l'80% dei contratti mediante appalto a terzi e il restante 20% a società controllate o collegate o comunque ad operatori individuati mediante procedure di evidenza pubblica, in tal modo sottraendo totalmente la gestione della concessione all'operatore aggiudicatario. La Corte costituzionale, con sentenza n. 218 del 2021, ha ritenuto illegittima ed espunto dall'ordinamento tale disposizione, che finiva per trasformare il concessionario in un mero coordinatore di attività svolte da altri.



Controlli e verifiche sull'esternalizzazione

La verifica del rispetto delle predette soglie è effettuata dal concedente con cadenza quinquennale (e non più annuale, a differenza di quanto previsto dal previgente codice). Ove siano accertate situazioni di squilibrio rispetto alle quote obbligatorie di esternalizzazione, in sede di aggiornamento del rapporto concessorio sono adottate misure di riequilibrio.

L'ente concedente può altresì richiedere al concessionario la presentazione di **garanzie fideiussorie**, che saranno svincolate in sede di aggiornamento del P.E.F. ove sia accertato il rispetto delle quote. Il legislatore, tuttavia, non chiarisce in base a quale parametro debba essere calcolato l'importo delle fideiussioni, lasciando alla discrezionalità dell'ente concedente la decisione in merito all'an e al quantum (art. 186, c.6, D.Lgs. N. 36/2023)*.

* Per un approfondimento sulle modifiche apportate dal nuovo codice dei contratti pubblici e sugli obblighi di esternalizzazione gravanti sui concessionari si vedano G. Balocco, «Le concessioni autostradali: una questione aperta, problematiche da risolvere in un'ottica evolutiva», Urbanistica e appalti, 2023, 2, 149 s. e G. Balocco, «La disciplina delle concessioni affidate senza gara nella bozza di nuovo codice dei contratti pubblici», in corso di pubblicazione su Giurisprudenza italiana.

La potestà di avocazione del Ministero

L'art. 186, comma 7, del nuovo codice dei contratti pubblici attribuisce al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti la facoltà di incidere liberamente sulle concessioni in essere, sottraendole agli originari concessionari e affidandole "a società in house di altre amministrazioni, anche ove appositamente costituite".

In tal modo l'operatore economico verrebbe privato del diritto ad eseguire il contratto affidatogli (e di conseguirne i ricavi e gli utili previsti), che verrebbe invece trasferito in capo ad una **società in house**, ossia ad un soggetto su cui l'Amministrazione esercita un controllo tale da renderlo in sostanza un organo interno alla stessa e da questa distinto unicamente per ragioni formali.

Così facendo, tuttavia, verrebbe violato il legittimo affidamento dei concessionari, che si vedrebbero arbitrariamente sottratta la gestione loro affidata, in violazione della certezza giuridica relativa a contratti validamente stipulati.

Modifica del contratto durante il periodo di efficacia

La Direttiva UE 23/2014, così come il nuovo codice dei contratti pubblici, stabiliscono che le concessioni possano essere **modificate senza una nuova procedura di gara** laddove non venga alterata la natura generale del contratto e in particolare qualora:

- le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, siano state previste nei documenti di gara iniziali in clausole che abbiano fissato la portata, la natura e le condizioni delle eventuali modifiche;
- si siano resi necessari lavori o servizi supplementari e un cambiamento di concessionario risulti impraticabile per motivi economici o tecnici oppure comporti per la P.A. una sostanziale duplicazione dei costi;
- i lavori o i servizi supplementari resisi necessari e che l'ente concedente non avrebbe potuto diligentemente prevedere non eccedano il 50% del valore iniziale della concessione.

Per le concessioni sotto-soglia le modifiche non comportano la necessità di una nuova gara laddove non superino il 10% del valore iniziale della concessione.



Modifica del concessionario

La normativa consente persino la modifica del concessionario stesso, purché non si dia luogo a modifiche sostanziali e venga garantita la soddisfazione dei criteri di selezione qualitativa inizialmente stabiliti. La sostituzione può avvenire solo in ragione di una delle seguenti ipotesi:

- in applicazione di una clausola di revisione, inserita nei documenti iniziali di gara, che consenta tale specifica variazione del contratto;
 - in conseguenza di ristrutturazioni societarie che abbiano interessato il concessionario originario;
 - nel caso in cui l'ente concedente si assuma gli obblighi del concessionario principale nei confronti dei suoi subappaltatori.
-



Modifiche sostanziali

Una modifica è considerata sostanziale e comporta quindi la necessità di avviare una nuova procedura ad evidenza pubblica se:

- introduce condizioni che, se fossero state previste inizialmente, 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;
 - cambi l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale;
 - estenda notevolmente l'ambito di applicazione della concessione.
-



Risoluzione della concessione

Stante la qualifica della concessione come contratto, anche se caratterizzato da molteplici peculiarità dovute al coinvolgimento dell'interesse pubblico nel rapporto, a tale relazione negoziale si applica la disciplina del codice civile. Ciò comporta che, in base a quanto previsto dall'art. 1453 c.c., l'inadempimento di una delle parti attribuisca all'altra il diritto di chiedere la risoluzione del contratto.

Nondimeno, il codice dei contratti pubblici detta talune norme che si sommano alla disciplina privatistica, proprio in considerazione dell'interesse generale coinvolto in tali negozi giuridici.

Ad esempio, l'art. 190 del codice impone che il contratto di concessione preveda obbligatoriamente, per il caso di **inadempimento del concessionario**, una clausola penale di predeterminazione del danno e i criteri per il calcolo dell'indennizzo.

Ulteriori ipotesi di risoluzione

Rispetto ai presupposti che consentono, nei rapporti tra i privati, la risoluzione del contratto, la normativa sui contratti pubblici prevede ulteriori cause di scioglimento del rapporto a favore dell'ente concedente.

In primis, infatti, quest'ultimo può dichiarare risolta la concessione in corso di rapporto laddove si sia resa necessaria una **modifica** di entità tale da richiedere la pubblicazione di una nuova procedura di aggiudicazione.

Inoltre, tale diritto è attribuito allo stesso ente anche qualora sia successivamente appurato che, al momento dell'aggiudicazione della concessione, il concessionario si trovava in una delle situazioni che ne avrebbero comportato l'**esclusione** dalla procedura di aggiudicazione.

Allo stesso modo tale facoltà è attribuita nel caso in cui la Corte di giustizia dell'Unione europea abbia constatato che la concessione sia stata aggiudicata in **violazione** della **normativa comunitaria** sull'affidamento delle concessioni sopra-soglia.

Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e sorte del contratto di concessione già stipulato

Prima di essere stipulato, il contratto di concessione è preceduto dall'aggiudicazione, l'atto propriamente amministrativo conclusivo della procedura di gara, con il quale viene individuato l'operatore economico che abbia presentato l'offerta più vantaggiosa per l'interesse pubblico perseguito dall'ente concedente.

Se, tuttavia, una valutazione successiva dimostri che tale atto risulta viziato e l'ente concedente decida di **annullarlo d'ufficio in autotutela** dopo aver già stipulato il contratto di concessione, si pone il problema di valutare quali conseguenze si ripercuotano sul contratto. La giurisprudenza unanime riconosce la possibilità dell'ente concedente di procedere all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione anche dopo detta stipula, affermando inoltre che questo comporti "la **caducazione automatica** degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso" (Ad. Plen. 14/2014).

Annullamento giudiziale dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto

L'annullamento dell'aggiudicazione può essere disposto anche da un giudice amministrativo, adito su richiesta di un soggetto interessato. In tal caso, però, gli effetti sul contratto non sono automatici e la decisione in merito alla sorte dello stesso è rimessa alla valutazione del g.a. e, se questi non si esprima, a quella dell'ente concedente.

Solo in talune ipotesi, riconnesse alle cause più gravi di invalidità dell'atto amministrativo, la pronuncia del giudice determina obbligatoriamente la caducazione del contratto. L'art 121 del codice del processo amministrativo (D.Lgs. N. 104/2010) stabilisce, infatti, che l'inosservanza degli obblighi di pubblicità (quali l'omessa pubblicazione di un bando di gara al di fuori dei casi in cui è ammesso) o la stipulazione del contratto in violazione del c.d. termine di stand still (termine che la legge impone di rispettare tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto) impongano al giudice di pronunciare l'inefficacia del contratto di concessione.

Il contratto resta efficace, anche in presenza di tali gravi violazioni della normativa sui contratti pubblici, qualora venga accertato che esigenze imperative connesse ad un interesse generale (tra cui non possono essere incluse esigenze meramente economiche) impongano che i suoi effetti siano mantenuti.

Recesso

L'ente concedente può altresì **recedere in qualsiasi momento** dalla concessione qualora motivi di pubblico interesse, inclusi fatti sopravvenuti o una nuova valutazione in merito all'opportunità del contratto, ne escludano la convenienza.

Allorché l'ente concedente eserciti tale facoltà, però, dovrà corrispondere al concessionario il valore delle opere realizzate, oppure, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario, nonché i costi sostenuti o da sostenere in conseguenza del recesso.

Oltre a ciò, al concessionario spetta un **indennizzo** a titolo di mancato guadagno compreso tra il 2% e il 5% degli utili previsti dal P.E.F. (dunque una percentuale inferiore a quanto previsto dal previgente codice, che fissava l'importo dell'indennizzo nel 10% del valore delle opere ancora da eseguire).

L'efficacia del recesso dalla concessione è comunque sottoposta alla condizione del pagamento da parte dell'ente concedente di tali somme al concessionario.

Subentro

Alla scadenza del periodo di affidamento, così come in caso di cessazione anticipata, le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali essenziali per la prosecuzione del servizio non duplicabili a costi socialmente sostenibili, nonché i beni strumentali realizzati in attuazione dei piani di investimento sono assegnati al nuovo gestore.

Nell'ipotesi in cui l'affidamento abbia avuto durata inferiore rispetto al tempo di recupero dell'ammortamento oppure in caso di cessazione anticipata per causa non attribuibile al concessionario, il concessionario subentrante è tenuto a versare al precedente gestore un indennizzo pari al valore contabile non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici.

A differenza di quanto previsto dal previgente codice, non è espressamente disposto che, nell'ipotesi in cui la procedura di gara per l'individuazione del nuovo concessionario non si concluda entro il termine di scadenza della concessione, il concessionario uscente resti obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione fino al trasferimento della gestione.

In ogni caso tale previsione è quasi sempre contenuta nella convenzione di concessione.

Grazie dell'attenzione

Avv. Giovanni Balocco
Giovanna Scaccheri

