

A Piero Calamandrei, Giovanni Falcone, Paolo Borsellino

INDICE

<i>Prefazione</i>	I
-------------------------	---

CAPITOLO I

Evoluzione storica del modello concessorio

Sezione I

Il primo ventennio dello stato unitario

1. Qualificazioni giuridiche dei rapporti amministrativi dall'Unità agli anni Ottanta	1
2. Qualificazioni dei rapporti amministrativi nella giurisprudenza: le costruzioni privatistiche	3
3. Qualificazione contrattuale delle concessioni amministrative	5

Sezione II

Dagli anni Ottanta alla tarda età giolittiana

1. Natura giuridica dell'istituto della concessione. Itinerari della pubblicizzazione dottrinale dei rapporti amministrativi	8
2. Ragioni della scelta dottrinale fra privatismo e pubblicismo	25
3. Progressiva pubblicizzazione dei rapporti concessori in giurisprudenza.....	33

Sezione III

Dall'età giolittiana agli anni Ottanta del Novecento

1. Normazione nei primi anni del Novecento	36
2. L'invenzione della concessione-contratto nella giurisprudenza della Cassazione di Roma	40
2.1. Implicazioni pratiche della concessione-contratto	42
3. La prima giurisprudenza sulle concessioni-contratto	44
4. Risultato delle qualificazioni giuridiche storicamente utilizzate	45

Sezione IV

Dalla concessione-contratto all'accordo procedimentale

1. L'iter procedimentale della legge 241/1990.....	48
2. L'art. 33 del d.lgs. 80/98 novellato dalla legge 205/2000 ed inciso dalla sentenza della Corte Costituzionale 204/2004	52

3. I risvolti della pronuncia della Consulta del 2004 negli ambiti di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo	54
--	----

CAPITOLO II

L'impatto del diritto comunitario sul tradizionale istituto concessorio italiano

1. Contenuto dispositivo della concessione.....	59
1.1. Concessione ed autorizzazione a confronto.....	62
1.2. Oggetto del potere concessorio	63
2. La concessione amministrativa nel diritto comunitario	66
3. D.lgs. 163/2006: quadro normativo nazionale vigente alla vigilia del recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Dalla legge comunitaria all'emanazione del codice dei contratti pubblici del 2006.....	71
3.1. Le novità in materia di concessioni di servizi	73
3.2. Le novità in tema di concessioni di lavori pubblici.....	76
3.3. Analisi critica dell'influsso europeo sul paradigma concessorio	84
4. La direttiva "concessioni" del 2014	89
5. I principi della legge delega n. 11/2016 e la nascita del d.lgs. 50/2016.....	107

CAPITOLO III

Le concessioni nel d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Sezione I

Principi generali

1. Oggetto ed ambito di applicazione.....	112
2. Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni.....	115
3. Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche.....	124
4. Metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni.....	126
5. Durata delle concessioni.....	129
6. Contratti misti di concessioni	131
7. Novità, criticità e differenze tra la nuova e la vecchia disciplina sulle concessioni	133

Sezione II

Garanzie procedurali

1. Requisiti tecnici e funzionali.....	140
2. Garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione	143
3. Selezione e valutazione qualitativa dei candidati.....	144

4. Termini, principi e criteri di aggiudicazione	146
5. Novità, criticità e differenze tra la nuova e la vecchia disciplina sulle concessioni	147

Sezione III

Esecuzione delle concessioni

1. Subappalto	153
2. Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia.....	155
3. Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro	157
4. Affidamenti dei concessionari.....	163
5. Norme in materia di concessioni autostradali e particolare regime transitorio.....	164
6. Novità, criticità e differenze tra la nuova e la vecchia disciplina sulle concessioni	166

CAPITOLO IV

Le scelte di governance nel d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

1. Il decennio 2006-2016.....	171
2. Le norme di attuazione secondo il parere del Consiglio di Stato.....	174
3. Indirizzo e coordinamento. Autorità nazionale anticorruzione e valore giuridico delle linee guida	177
4. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e struttura tecnica di missione.....	188
5. Consiglio superiore dei lavori pubblici	189
6. Strategia Europa 2020: conclusioni.....	191
<i>Bibliografia</i>	200

PREFAZIONE

Le ragioni di tale tesi affondano le loro radici nell'ottobre del 2015: fu allora che appresi il luogo in cui avrei effettuato il mio stage curriculare durante il secondo semestre del quinto anno di studi in Bocconi.

Fui accolta presso la Segreteria del Vice Ministro alle infrastrutture e ai trasporti e fin da subito iniziai ad occuparmi delle relazioni del Vice Ministro con l'ufficio legislativo, vero e proprio cuore pulsante del Mit.

Trovai e vissi un clima concitato e fervente nei corridoi del Mit, di lì a poco, infatti, alle ore 22:00 del 19 aprile 2016, al termine di una calda e nuvolosa giornata di metà primavera, avrebbe visto la luce sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Ricordo gli orari estenuanti, spesso notturni perfino in giorni festivi, a cui il settore legislativo del Mit in quei mesi fu costretto.

Negli uffici della Segreteria del Vice Ministro assistevo alle continue riunioni in cui i vertici delle grandi società italiane, i responsabili delle relazioni istituzionali, lobbisti, e davvero qualunque operatore economico del tessuto nazionale che nella grande riforma dei contratti pubblici potesse essere coinvolto, sottoponevano le loro perplessità in merito a precisi articoli della bozza del nuovo codice, che così mi trovavo a rileggere giorno per giorno.

Capire per la prima volta così da vicino dove indirizzo politico ed attività di gestione si intrecciano e dove divergono, vedere in moto la macchina socio-economica che muove il Paese, ascoltare gli interessi e le richieste di numerosi enti ed associazioni tra cui ANCE, FINCO, CONFINDUSTRIA, OICE, CNA, ANIEM, CONFARTIGIANATO, ANCI, UNCEM, UPI, REGIONI, ha contribuito indubbiamente a rinsaldare in me un interesse nei confronti della materia che si era già fatto vivo durante il corso di contratti pubblici, ragion per cui ebbi subito chiare due cose: il mio stage sarebbe durato non tre mesi ma un anno e la mia tesi non avrebbe potuto che affrontare le problematiche di cui quotidianamente mi ero abituata a sentir parlare.

Oggetto di approfondimento di questo lavoro è in particolare lo sviluppo del modello concessorio dall'Unità d'Italia fino ai giorni nostri.

La forte crescita del mercato degli appalti pubblici e delle concessioni registrata negli ultimi tempi in rapporto alla riduzione della spesa pubblica è in gran parte legata alla carenza da parte delle pubbliche amministrazioni di risorse economiche e di competenze tecniche idonee a provvedere alla realizzazione e alla gestione di opere pubbliche e di servizi di pubblica utilità: ciò ha alimentato la ricerca di forme di collaborazione tra pubblico e privato.

Gli interessi coinvolti nel settore sono molteplici, in parte imputabili agli operatori economici che concorrono negli affidamenti, in parte riconducibili alle pubbliche amministrazioni come stazioni appaltanti e alla generalità degli utenti.

Gli stessi obiettivi della disciplina, delineati dal legislatore a livello comunitario e a livello nazionale, possono in alcuni casi risultare in tensione.

L'istituto della concessione ha origini risalenti. Nasce e si sviluppa principalmente per fronteggiare la carenza di risorse economiche dello Stato e per la mancanza di competenze tecniche idonee a fronteggiare l'esigenza di realizzazione e gestione di opere pubbliche e di servizi di pubblica utilità: l'amministrazione ricerca la collaborazione del privato per far fronte alle proprie necessità e perseguire i propri interessi.

La tesi si articola in quattro capitoli, seguendo un rigoroso criterio temporale che percorre dal 1860 le delicate fasi che coinvolgono l'istituto concessorio fino all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici.

La storia delle concessioni amministrative si snoda nel segno del favore costante accordato ai concessionari; è la ricerca di un equilibrio tra le ragioni del "pubblico" e la pretesa degli interlocutori ad assicurarsi vantaggi economici e giuridiche garanzie.

L'unità politico-amministrativa del Paese determina la duplice necessità di un rapporto col vecchio mondo ed i suoi radicati privilegi, e con le esigenze dello sviluppo economico che si compie ad opera del nascente capitalismo. La classe di governò trovò nel contratto la via compromissoria per mantenere in vita alcuni antichi privilegi degli appartenenti alle vecchie classi dominanti ed al contempo per garantire adeguate condizioni di parità e certezza ai privati capitalisti.

Il primo capitolo di questo lavoro mette in luce le due facce contraddittorie dello Stato post-risorgimentale: esso non riuscì a porsi in posizione nettamente antagonista nei confronti degli interessi del vecchio regime ed intanto alla rivoluzione industriale lasciò l'arbitrio ed i caratteri della logica meramente privata.

Dall'alterco tra la teoria contrattualista e la teoria unilateralista su cui si impernia la prima fase del lavoro, nel secondo capitolo si passa all'analisi della natura giuridica del modello concessorio; oggetto di questa seconda parte del lavoro è l'impatto del diritto comunitario sull'ordinamento nazionale, viene illustrato il percorso che a partire dalle direttive dell'Unione Europea del 2004 porterà al precedente codice dei contratti pubblici, il d.lgs. 163/2006.

Dopo un *focus* sulla disciplina inerente alle concessioni nel precedente codice, che è nato nel 2006 con una sua coerenza ed organicità ma che ha perso nel prosieguo del tempo l'uno e l'altro attributo a seguito delle innumerevoli modifiche che lo hanno investito nei suoi dieci anni di vita, si passa al minuzioso esame della direttiva 2014/23/UE per poi chiudere con l'analisi dei principi della legge delega n. 11/2016.

Il terzo capitolo approfondisce la normativa in materia di concessioni nel d.lgs. 50/2016, tentando di fornire in modo organico un quadro esauriente delle principali questioni applicative che la complessa disciplina in materia di contratti pubblici prospetta.

Il legislatore europeo ha stabilito che gli Stati membri hanno il dovere di garantire il controllo dell'applicazione delle norme sui contratti pubblici, pertanto, la Commissione intende vigilare direttamente sull'attuazione del diritto europeo.

Il quarto ed ultimo capitolo mira alla descrizione degli organismi e delle scelte di *governance* del nuovo codice dei contratti pubblici; il lavoro si conclude con l'apertura di un'ampia finestra sul ruolo strumentale delle direttive del 2014 volto al raggiungimento degli obiettivi della c.d. "strategia Europa 2020", il progetto che vuole trarci fuori dalla crisi economica, promuovendo una crescita "intelligente, sostenibile ed inclusiva".

L'architettura sulla quale si impernia il lavoro non è casuale ma volutamente tesa a comporre una rima alternata, come si trattasse di un componimento poetico.

Il primo capitolo si articola in sezioni poiché strettamente correlato alla successione temporale degli eventi che incidono sull'evoluzione storica della concessione, così come il terzo, a sua

volta, intrinsecamente connesso alla parte III del d.lgs. 50/2016, giacché le tre sezioni richiamano i tre capi della parte III del testo codicistico, afferenti rispettivamente a principi generali, garanzie procedurali ed esecuzione dei contratti di concessione ed ogni paragrafo si rifà ordinatamente a ciascun articolo della parte III, partendo dall'art. 164 fino ad arrivare all'art. 178.

L'impostazione del secondo e del quarto capitolo non prevede una scansione in sezioni, ma consta meramente di un unico sommario; ho scelto, infatti, con meno rigore logico, dei temi che hanno fatto in passato e che faranno ancora da sfondo nell'imminente futuro alla complessa opera di recepimento e di riordino che ha condotto alla emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici in Italia.

Nel primo e nel terzo capitolo vengono analizzati profili giuridici di diritto interno, nel secondo e nel quarto, invece, la cornice si espande per abbracciare una prospettiva più ampia, che coglie taluni profili di diritto comunitario.

Se nel secondo capitolo viene tracciato il percorso del diritto comunitario come principio da cui scaturisce la riforma interna dei contratti pubblici, nell'ultimo capitolo il diritto comunitario viene raccontato come il fine ultimo a cui le grandi sfide nazionali, di cui il d.lgs. 50/2016 è certamente parte, devono mirare.

L'ambizione ultima di questo lavoro di ricerca è quella di tracciare i percorsi evolutivi che nell'arco di 157 anni di storia hanno travolto il modello concessorio.

Vorrei ringraziare, infine, il Vice Ministro Riccardo Nencini, i miei colleghi del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ed in particolare Fabrizio Magnani, per essere stato il mio Virgilio in questa lunga avventura, e per ultimi, ma non ultimi, i miei genitori per avermi sempre supportata e per avermi ripetuto nel corso di questi cinque anni di studio una frase che solo oggi forse inizio a comprendere a pieno: «sii sempre libera e coraggiosa!»

CAPITOLO I

EVOLUZIONE STORICA DEL MODELLO CONCESSIONARIO

Sezione I

IL PRIMO VENTENNIO DELLO STATO UNITARIO

SOMMARIO: 1. Qualificazioni giuridiche dei rapporti amministrativi dall'Unità agli anni Ottanta. – 2. Qualificazioni dei rapporti amministrativi nella giurisprudenza: le costruzioni privatistiche. – 3. Qualificazione contrattuale delle concessioni amministrative.

1. *Qualificazioni giuridiche dei rapporti amministrativi dall'Unità agli anni Ottanta.*

Se volessimo andare alla ricerca di qualificazioni tecnicamente giuridiche dei rapporti amministrativi nel primo ventennio di vita dello Stato italiano unificato, trarremmo ben poche soddisfazioni dalla dottrina¹.

I più rilevanti manuali di diritto amministrativo del periodo successivo all'Unità d'Italia costituiscono programmi di ricerca che tendono a distinguersi precipuamente sotto il profilo metodologico².

Univoca è la visione che richiede l'affiancamento del metodo critico e razionale all'ermeneutica, così da poter emettere dei giudizi di valore³.

In questi anni l'indagine storica finalizzata alla ricostruzione della genesi del diritto amministrativo cavalca le tradizioni della filosofia politica montesquieiana e ritrae l'amministrazione come apparato del potere esecutivo. La stessa critica alla normazione appare temperata, mai antagonista al sistema, in linea con l'esigenza dell'ordinamento amministrativo di accrescere la prosperità dello Stato⁴.

La concezione secondo cui, in senso oggettivo, l'amministrazione sia un «complesso di atti»⁵ ottiene ampia diffusione nell'arco di questi venti anni; tuttavia, all'individuazione degli stessi atti non segue ancora la definizione dei contorni della loro natura giuridica.

¹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, p. 3.

² M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 4.

³ Cfr. S. SCOLARI, *Del diritto amministrativo*, Pisa, 1866, pp. 74-75 e 29.

⁴ S. SCOLARI, *Del diritto amministrativo*, cit., p. 75.

⁵ G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, I, Firenze, 1877, p. 136.

Nel primo ventennio dello Stato unitario sono, dunque, assenti qualificazioni tecnico-giuridiche di rapporti amministrativi e di atti posti in essere dalle amministrazioni; le interessanti precisazioni in tema di decentramento, di competenza governativa, di burocrazia impiegatizia, tendono a confinarsi sempre e soltanto all'interno di mere questioni di politica amministrativa e legislativa⁶.

Le distinzioni tra diritti e interessi si trovano ancora agli stadi embrionali della loro elaborazione; per atto amministrativo si intende un'ampia categoria al cui interno si collocano atti dell'amministrazione, a contenuto generale o speciale, a struttura unilaterale o contrattuale⁷.

Si potrebbe desumere dall'analisi dell'atecnicismo dei manuali del periodo un comune angolo visuale: l'instabilità legislativa che distingue il diritto pubblico dal diritto privato è tale da indurre alla vanificazione di qualunque sforzo qualificatorio e definitorio⁸.

Il primo passo verso l'introduzione delle qualificazioni tecnico-giuridiche dei rapporti amministrativi, nell'ambito della manualistica, è costituito dalle «*Instituzioni*» di Lorenzo Meucci⁹. All'interno di quest'opera troviamo, per la prima volta, un capitolo organicamente riservato alla teorica trattazione degli atti amministrativi, d'ispirazione dottrinale francese. Meucci individua nella dilagante proliferazione dei rapporti e delle controversie giudiziali fra amministratori e amministrati e nell'elefantiasi normativa atta a regolare le attività amministrative esterne ed interne, la spinta determinante del passaggio all'impostazione tecnico-giuridica¹⁰.

La costruzione delle qualificazioni giuridiche dei rapporti amministrativi s'impenna sullo sfondo ideologico della non specialità del diritto pubblico rispetto al diritto privato, *ergo*, sulla concezione unitaria del diritto. Ciò che ne consegue è una elaborazione degli istituti, dei rapporti giuridici e degli atti amministrativi a prevalente a carattere civilistico.

⁶ Cfr. S. SCOLARI, *Del diritto amministrativo*, cit., pp. 115 ss. e G. E. GARELLI DELLA MOREA, *Il diritto amministrativo italiano*, Torino, 1881 (6^a ed.), pp. 23 ss.

⁷ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 5.

⁸ F. PERSICO, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1875, p. 12.

⁹ L. MEUCCI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, I, Roma, 1879; II, 1, Torino-Roma-Firenze, 1884; II, 2, Torino-Roma-Firenze, 1885.

¹⁰ L. MEUCCI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, I, cit., pp. 4-5.

I riferimenti al concetto di concessione amministrativa nei manuali di diritto amministrativo sono fino a questo momento alquanto latenti¹¹.

All'interno delle riviste giuridiche dall'Unità agli anni Ottanta è, altresì, lontana la percezione di una possibile categorizzazione tecnico-giuridica dei rapporti amministrativi.

Dall'esame delle più importanti riviste giuridiche del tempo, emerge la compresenza di tre principali correnti di studi¹². La prima corrente sviluppa il dibattito relativo ai grandi problemi economico-politici postunitari, quali la riforma della giustizia amministrativa, l'unificazione della normativa sulle miniere, i problemi della finanza pubblica e la questione ferroviaria. La seconda corrente analizza le varie interpretazioni degli allegati della legge n. 2248 del 1865 e della legge n. 2359 dello stesso anno, pertanto, viene definita esegetica¹³. La terza corrente approfondisce, invece, la casistica giudiziale, in particolare, nelle materie sovente oggetto di controversie come l'impiego, le espropriazioni, la responsabilità dell'amministrazione e le concessioni. E' soltanto in questo ultimo filone che compare traccia di alcune categorie giuridiche che tendono a profilarsi tutt'al più come costruzioni tecniche di cui la giurisprudenza si avvale per risolvere dei casi in concreto¹⁴.

In conclusione è possibile desumere come fino agli Ottanta del XIX secolo sia esclusivamente la giurisprudenza a tentare una tecnica qualificazione dei rapporti amministrativi, l'unica del resto a "fare diritto" nell'arco del ventennio considerato.

2. *Qualificazioni dei rapporti amministrativi nella giurisprudenza: le costruzioni privatistiche.*

Le qualificazioni dei rapporti amministrativi adottate dalla giurisprudenza fino agli anni Ottanta del 1800 sono integralmente a carattere privatistico e contrattualistico. Un

¹¹ Vedi L. VIGNA, V. ALIBERTI, *Dizionario di diritto amministrativo*, I, Torino, 1840, voce «Beni demaniali», pp. 483 ss.

¹² M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 9.

¹³ C. BORDA, *Manuale dizionario di amministrazione municipale, provinciale e delle opere pie*, Torino, 1860, 2 voll., *passim*; C. ASTENGO, *Guida amministrativa ossia commentario della legge comunale e provinciale*, Milano, 1865, *passim*; G. SABBATINI, *Legge sulle espropriazioni per pubblica utilità*, Torino, 1882-1887, 2 voll., *passim*.

¹⁴ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 10.

orientamento favorevole ai modelli civilistici può riscontrarsi, inoltre, in dottrina¹⁵. Così, ad esempio, il rapporto di impiego comunale viene considerato derivante da contratto e tutti gli atti incidenti su di esso negozi di diritto civile¹⁶.

Sebbene la costruzione dei rapporti amministrativi rimanga di natura contrattuale, in essa penetra in taluni casi qualche elemento pubblicistico. Per tornare alla materia dell'impiego comunale: il rapporto resta contrattuale, ma su di esso si ammette pacificamente che possano incidere atti d'imperio. Tuttavia le qualificazioni privatistiche non subiscono alcuna lesione: si riscontra una pacifica convivenza tra il contratto e l'atto d'imperio che su di esso incide.

Sarà soltanto verso la metà degli anni Ottanta dell'Ottocento che la giurisprudenza inizierà a sostenere la genesi autoritativa e unilaterale dei rapporti amministrativi, sancendo così l'effettivo superamento delle costruzioni di natura contrattuale¹⁷.

Dopo il 1877 la magistratura ordinaria rifiuta la distinzione tra atti d'imperio e atti di gestione, *escamotage* grazie al quale il Consiglio di Stato era riuscito a sottrarre la conoscenza di controversie inerenti agli atti d'imperio¹⁸; il giudice ordinario in quegli anni, infatti, vuole riacquistare tale conoscenza¹⁹. Si riconosce così, in termini di situazioni giuridiche soggettive, che possa sussistere un diritto soggettivo anche di fronte ad un atto amministrativo autoritativo. Il giudice ordinario conosce della legittimità del provvedimento non al fine di una eventuale sua revoca o modifica, ma per decidere in relazione all'eventuale lesione del diritto, e conseguentemente statuire sui danni²⁰.

Per concludere sulla giurisprudenza del primo ventennio dello Stato unitario, hanno larga espansione le costruzioni privatistiche dei rapporti amministrativi; gli elementi di carattere pubblicistico che incidono su queste hanno una natura frammentaria tale da non alterare la

¹⁵ G. SAREDO, *Della competenza dell'autorità giudiziaria nelle controversie incorse fra i Comuni e i loro impiegati*, in *Legge*, 1871, II, pp. 53 ss.; V. SCIALOJA, *Della revocabilità del precario specialmente in materia d'acque*, in *Legge*, 1880, III, pp. 226 ss.

¹⁶ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 11.

¹⁷ Cass. Roma, 8 gennaio 1884, in *Legge*, 1884, I, 469; Cass. Roma, 8 luglio 1884, in *Legge*, 1884, II, 541.

¹⁸ V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, Pescara, 1979, pp. 22 ss.

¹⁹ E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, pp. 95 ss.

²⁰ L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, I, cit., pp. 99 ss.

loro sostanza²¹. Le ragioni metagiuridiche e i fondamenti tecnici dell'orientamento giurisprudenziale privatistico rimangono ad ogni modo inespressi.

Mantellini sottolineò come qualsiasi strumento privatistico finiva per ostacolare l'indipendenza della funzione amministrativa e al contempo per privilegiare i privati finanziariamente e politicamente forti, specie quando dietro i contratti si giocavano le grandi partite economiche, come sovente accadeva per gli appalti e le concessioni di opere e di servizi pubblici²².

Ciò metteva in luce il nesso strumentale fra le qualificazioni contrattualprivatistiche e la tutela degli affaristi privati, indispensabili per lo svolgimento di quelle attività essenziali ai fini dello sviluppo economico del Paese che le amministrazioni pubbliche non erano in grado di gestire in autonomia²³.

Negli anni Ottanta e Novanta del XIX secolo si assisterà, invece, ad una svolta pubblicistica la cui spinta sarà costituita dalla concezione di uno Stato forte che non dialoghi e contratti con i suoi interlocutori ma che imponga a tutti in maniera unilaterale le sue volontà. Ciò nonostante, le aspre critiche rivolte all'utilizzo del diritto civile come mezzo di privilegio per i privati forti, saranno destinate a non trovare una appropriata risposta, giacché, la prassi amministrativa e giudiziale resterà comunque ancorata ai primi modelli privatistici in relazione a quei rapporti giuridici che vedono protagonisti da una parte le amministrazioni e dall'altra i grandi affaristi²⁴.

3. *Qualificazione contrattuale delle concessioni amministrative.*

Alla luce di quanto fin ora esaminato, le concessioni amministrative seguono le regole generali del tempo qualificandosi giuridicamente come atti di natura contrattuale.

La relazione tra concessione e contratto esprime un'ipotesi di collegamento fra atti da qualificarsi come funzionale, poiché il contratto opera sullo svolgimento e sul funzionamento

²¹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 16.

²² G. SAREDO, *Lo Stato e il codice civile*, in *Legge*, 1882, II, pp. 213 ss.

²³ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 17.

²⁴ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 18.

del rapporto derivante dalla concessione, e al contempo come necessaria, per l'irrelevanza della volontà delle parti²⁵.

Le storie giuridiche delle materie ricondotte nell'alveo delle concessioni sono eterogenee, pertanto, si prestano ad essere analizzate separatamente.

Uno dei settori pilota che ben illustra quanto accade nel ventennio, non solo per il suo impatto sul piano politico ed economico ma anche per le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali a cui dà vita, è quello delle concessioni ferroviarie.

Gli atti giuridici che pertengono i rapporti concessori in materia di ferrovie dal 1860 alla statalizzazione nel primo decennio del Novecento, sono definiti "convenzioni". Le convenzioni ferroviarie possono avere ad oggetto, talora, la concessione di costruzione di strade ferrate a società private, talaltra, la concessione a imprese private per l'esercizio del servizio ferroviario. Potrebbero aver ad oggetto perfino la vendita di ferrovie già costruite da privati alla pubblica amministrazione o a terzi su impulso dell'amministrazione stessa. Le convenzioni ferroviarie del tempo vengono approvate per mezzo di leggi, decreti reali e decreti ministeriali²⁶.

La giurisprudenza, dalle Corti di merito alle Corti di Cassazione, è unanime nel ritenere autentici contratti le convenzioni per la concessione di costruzione e/o di esercizio di ferrovie²⁷. Il rapporto di concessione si costituisce, si modifica e si estingue mediante atti di diritto civile ed autentici contratti, di cui il giudice ordinario ha piena conoscenza. Nella giurisprudenza del tempo ritroviamo una giustificazione tecnica di questa qualificazione contrattuale delle concessioni nella natura di cose patrimoniali, commerciabili, alienabili propria delle strade ferrate²⁸. Secondo questo filone giurisprudenziale, le strade ferrate divengono proprietà delle società che, a seguito di concessione amministrativa, le

²⁵ F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, p. 507.

²⁶ G. CIMBALI, *Le strade ferrate*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. ORLANDO, vol. VII, parte I, Milano, 1914, pp. 561 ss.

²⁷ App. Milano, 27 luglio 1874, in *Legge*, 1875, I, 112; Trib. Roma, 17 febbraio 1879, in *Foro it.*, 1879, I, 262.

²⁸ Cass. Firenze, 11 aprile 1870, in *Giur. it.*, 1870, I, 402; Cass. Torino, 28 febbraio 1877, in *Giur. it.*, 1877, I, 1, 546.

costruiscono: la loro destinazione all'uso e al servizio pubblico non viene considerata determinante²⁹.

La patrimonialità delle strade ferrate, e la proprietà privata su di esse, sono ritenute dalla giurisprudenza del tutto compatibili con l'intervento del potere amministrativo al momento della stipulazione, modificazione e cessazione del rapporto concessorio relativo all'esercizio e alla costruzione di ferrovie. Tale intervento rappresenta una forma di garanzia per l'interesse pubblico ma non può minimamente influire sull'essenza dei diritti privati³⁰.

Tuttavia, non è regola generale che la natura giuridica del bene condizioni la qualificazione delle concessioni. La giurisprudenza, infatti, costruisce in maniera contrattuale i rapporti tra amministrazione e privati incidenti sia su beni patrimoniali che su beni demaniali. Un ruolo di gran lunga più rilevante nella definizione dei rapporti giuridici tra amministrazioni e privati lo ha ricoperto, invece, il potere economico-politico delle parti protagoniste dei rapporti stessi.

Secondo la giurisprudenza, l'amministrazione pubblica non poteva permettersi di lasciare i privati capitalisti alla mercé dell'unilaterale arbitrio dei pubblici poteri, bensì, doveva garantire a questi opportune condizioni di certezza e di parità, giacché, proprio gli stessi affaristi assicuravano la costruzione di infrastrutture, la gestione di servizi pubblici e l'utilizzazione di determinati beni ai fini del progresso agricolo e industriale del Paese.

A meno che non si volesse correre il rischio di perdere la loro preziosa collaborazione nel disegno di uno sviluppo economico e sociale dello Stato unificato, era inconcepibile che l'amministrazione potesse unilateralmente imporre delle condizioni a quei privati che rappresentavano l'espressione del capitale finanziario internazionale³¹.

²⁹ Cass. Firenze, 11 aprile 1870, cit.

³⁰ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 25.

³¹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 27.

Sezione II

DAGLI ANNI OTTANTA ALLA TARDA ETÀ GIOLITTIANA

SOMMARIO: 1. Natura giuridica dell'istituto della concessione. Itinerari della pubblicizzazione dottrinale dei rapporti amministrativi. – 2. Ragioni della scelta dottrinale fra privatismo e pubblicismo. – 3. Progressiva pubblicizzazione dei rapporti concessori in giurisprudenza.

1. *Natura giuridica dell'istituto della concessione. Itinerari della pubblicizzazione dottrinale dei rapporti amministrativi.*

Gli anni Ottanta del XIX secolo segnano l'inizio della svolta che condurrà dalle impostazioni privatistiche alla qualificazione unilateralpubblicistica dei rapporti concessori. La pubblicizzazione dei rapporti amministrativi trova la sua evoluzione organica nella dottrina dell'ultimo ventennio dell'Ottocento e di lì penetra nella giurisprudenza³². E' proprio durante questo arco temporale che si assiste alla formazione di un diritto pubblico particolare che disciplina e regola l'attività delle pubbliche amministrazioni: il diritto amministrativo italiano. Nei primi anni Ottanta del XIX secolo emergono alcune progressive tendenze alla pubblicizzazione dei settori amministrativi concernenti i rapporti di impiego e l'uso dei beni demaniali. In materia di beni la dottrina precedente al 1860 e al 1848, quindi all'unificazione e all'entrata in vigore dello Statuto albertino, aveva contrapposto gli «atti di garanzia sovrana» ai contratti civilistici³³: mai si erano, ad ogni modo, oltrepassati i limiti propri della delicata fase di transito dal diritto pubblico indistinto dello Stato di polizia al diritto amministrativo di uno Stato fondato su una separazione dei poteri puramente fattuale³⁴.

La tradizionale definizione di concessione amministrativa, non a caso la prima figura che la dottrina giuspubblicistica italiana pose al centro della propria riflessione, fa perno sull'esistenza di un potere pubblicistico che esercitato produce un effetto accrescitivo in capo al destinatario dell'atto.

³² M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 50.

³³ L. VIGNA, V. ALIBERTI, *Dizionario di diritto amministrativo*, I, cit., voce «Beni demaniali», pp. 483 ss.

³⁴ Cfr. M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, 1940, ora in *Quaderni fiorentini*, 2, 1973, pp. 194 ss.

L'analisi della concessione amministrativa può svolgersi secondo una pluralità di direzioni e la sua evoluzione nella dottrina va riletta a partire dalla considerazione «di ciò che sta alle spalle» di questo istituto³⁵. Attraverso una breve indagine sulle opere degli autori che più influirono sulla cultura e sulla attività amministrativa italiana, proveremo ora a ricostruire il percorso di pubblicizzazione dottrinale.

Giuseppe Mantellini nel suo trattato «*Lo Stato e il codice civile*»³⁶ sostiene la tesi secondo cui principio «organico e vitale» dello Stato è la sovranità: questa si concreta nell'attività di impero e di giurisdizione. Ne sono chiaro segno le sentenze, le leggi, e gli atti compiuti dalle amministrazioni pubbliche in alcuni settori, ad esempio «la polizia ecclesiastica, di pubblica sicurezza, d'igiene... la polizia fluviale e stradale, e anche tributaria», nonché i provvedimenti di espropriazione e quelli relativi al pubblico impiego³⁷.

Secondo la visione di Mantellini, vi è una centrale attività d'imperio delle amministrazioni ed una collaterale possibilità che l'apparato burocratico centro-statale si avvalga di strumenti privatistici per svolgere quell'attività di gestione in ordine a «tutto ciò che attiene alle ragioni di possesso e contrattuali dell'amministrazione pubblica»³⁸.

La distinzione fra impero e gestione, tra principe contraente e principe nell'esercizio della sua giurisdizione era già presente nella dottrina e nella giurisprudenza anteriori alle teoriche sullo Stato moderno³⁹. «Il principe negli atti privati diventa un particolare *et utitur jure privatorum*; lo Stato rimane soggetto collettivo, *nomen juris*; e se anche dello Stato vi sono atti che pigliano similitudine d'atti privati: *ad instar privatorum*: nemmeno in quelli può il parlar figurato sopraffare l'essenza dello Stato, far diventare uomo l'astrazione»⁴⁰; «se lo Stato assume ragione privata non può questa essere che contingente, pedissequa, e neppure allora lo Stato essendo, né diventando mai uomo»⁴¹.

Una prima giustificazione, di matrice giusnaturalistica, addotta da Mantellini a sostegno della specialità del diritto civile utilizzato dallo Stato, si sviluppa nella contrapposizione tra lo Stato

³⁵ F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, 2007, p. 250.

³⁶ G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1880-1882, 3 voll.

³⁷ G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, I, cit., p. 83, p. 153.

³⁸ G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, I, cit., p. 43.

³⁹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 52.

⁴⁰ G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, III, cit., p. 376.

⁴¹ G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, I, cit., p. 39.

“particolare corpo morale” e la persona fisica. L’attenzione per i caratteri ontologicamente intrinseci ai soggetti giuridici, astratta rispetto all’analisi del sistema di diritto oggettivo, aveva accentuato le divergenze tra persone fisiche e giuridiche nella complicatissima individuazione dei soggetti di diritto da affiancare all’*homo naturalis*⁴². Base giuridica positiva a sostegno della distinzione fra persona fisica e corpo morale era costituita, in quest’ottica, dall’art. 2 del codice civile; questo, infatti, considerando «i Comuni, le Province, gli istituti pubblici ed ecclesiastici, ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti» come persone, ma, stabilendo che «godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico» rinsaldava la preminenza assoluta nei rapporti giuridici della natura politico-pubblica su quella giuridico-privata. Lo Stato non può, secondo Mantellini, essere posto sullo stesso piano della persona fisica o giuridica od essere regolato dal diritto comune. Esso è “origine d’ogni diritto”, perciò, ad esso compete il *summum imperium*⁴³.

Altra riflessione sull’impostazione antiprivatistica di Mantellini concerne la recezione passiva, all’interno della sua opera, della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Tale distinzione si fonda nella tradizione romanistica sul teleologico valore dell’*utilitas: publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*⁴⁴. Lo Stato è mosso nel suo agire non da una privata utilità, ma da una ragione politica. Mantellini identifica nel diritto amministrativo il diritto civile speciale dello Stato. La responsabilità civile dello Stato è incompatibile con gli atti di imperio e di giurisdizione che originano una mera responsabilità politica e può divenire problematica solo in relazione alle attività di gestione⁴⁵.

All’interno della categoria «contratti dello Stato» Mantellini inserisce una vasta sequenza di rapporti e atti giuridici, tra cui appalti, concessioni governative, trattati internazionali, prestiti pubblici nonché espropriazioni per pubblica utilità. Le concessioni rientrano nella formale categoria dei contratti dello Stato; si tratta fondamentalmente di atti di diritto pubblico, siano esse concessioni unilaterali o bilaterali⁴⁶.

⁴² Cfr. R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968, pp. 12 ss.

⁴³ M. D’ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 54.

⁴⁴ M. D’ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 55.

⁴⁵ G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, I, cit., p. 43.

⁴⁶ G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, II, cit., p. 506.

Nonostante Mantellini aspirasse alla creazione dei principi generali del diritto speciale dello Stato, per descrivere l'attività amministrativa continuò ad essere adoperato un lessico di natura contrattuale⁴⁷. Da parte dello stesso Mantellini, inoltre, non si riscontra una precisa volontà di definire, in modo concettualmente limitato, i contratti dello Stato, indicati semplicemente come «atti di diritto pubblico».

D'altronde, la sola esistenza di leggi speciali relative all'amministrazione non era idonea a motivare la pubblicizzazione dei rapporti giuridici regolati dalle leggi medesime. Non si può sostenere che un rapporto giuridico abbia natura pubblicistica sol perché regolato da norme formalmente appartenenti a leggi concernenti la pubblica amministrazione⁴⁸, tali norme potrebbero, infatti, geneticamente appartenere al diritto privato speciale.

La più accorta dottrina amministrativistica classica non incorrerà in tale errore giuridico, diversamente, Mantellini intenderà il diritto civile speciale dello Stato pienamente fuso col diritto amministrativo⁴⁹. Ne «*Lo Stato e il codice civile*» l'autore intende dar corpo ad una trattazione scientifica della giurisprudenza della Cassazione di Roma⁵⁰: ne deriva, invece, una «forzatura in senso pubblicistico del diritto positivo»⁵¹. Alla pubblicizzazione della Cassazione romana si affiancava, infatti, una sorta di rivalsa sulle decisioni del Consiglio di Stato precedenti al 1877, in tema di conflitti di attribuzioni: il giudice ordinario si riappropriava così di controversie un tempo a lui sottratte, conosceva ora della legittimità degli atti d'imperio e liquidava perfino i danni da tali atti cagionati agli interlocutori della pubblica amministrazione. In tal modo si dimostrava come la pubblicizzazione dei rapporti amministrativi non era inconciliabile con la responsabilità di tipo patrimoniale della pubblica amministrazione per danni⁵².

Ciò nonostante, Mantellini, con il trattato sullo Stato e il codice civile e con il suo autorevole contributo alla riforma sui conflitti di attribuzione del 1877⁵³, riuscì ad esercitare ampia

⁴⁷ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 59.

⁴⁸ Cfr. M. S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, pp. 19 ss.

⁴⁹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 61.

⁵⁰ G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, III, cit., p. 432.

⁵¹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 63.

⁵² M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 61.

⁵³ G. MANTELLINI, *I conflitti d'attribuzioni fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, Firenze, 1871-1873, *passim*.

influenza sulla prassi e a contribuire al rafforzamento dell'immagine di uno Stato visto come «sì nobile soggetto»⁵⁴ da difendere ad ogni costo e nei confronti di qualunque interlocutore.

Conducendo un'analisi sulle peculiari questioni in materia di pubblicizzazione dei rapporti amministrativi, è doveroso un cenno all'opera di Vittorio Emanuele Orlando, fondatore negli anni Ottanta della nuova scuola “giuridica” del diritto pubblico. Il suo pensiero avrà risonanza in dottrina per quasi due terzi di secolo.

I punti nevralgici del discorso orlandiano concernono il metodo giuridico, il quale deve rispondere al bisogno di consolidamento dello Stato unitario⁵⁵. In uno Stato che si avvia ad assumere le caratteristiche di pluriclasse è necessario approntare strumenti di continuità del dominio borghese, che non possono più essere quelli espressi dall'*intentio legislatoris*, bensì, quelli tutelati da una scienza «imparziale» che sia tecnicamente omogenea nel suo proposito di ricostituzione generale del diritto pubblico⁵⁶.

Orlando incanala il suo progetto metodologico e la sua aspirazione verso una maggiore “precisione concettuale” nella stesura dei «*Principii di diritto amministrativo*» del 1891⁵⁷. Per Orlando la scienza del diritto amministrativo è il «sistema di quei principi giuridici che regolano l'attività dello Stato per il raggiungimento dei suoi fini»⁵⁸.

Tuttavia, manca nella produzione di Orlando una qualificazione tecnicamente e sistematicamente giuridica degli atti e delle attività della pubblica amministrazione, in essa viene pertanto riflesso un «dogmatismo più teleologico che scientifico-giuridico»⁵⁹, mai in grado di sviscerare i presupposti politico-filosofici del diritto pubblico. Nel primo tentativo di impostazione metodologica di Orlando all'abbandono della via filosofica ed esegetica non fa seguito una definita individuazione della via dogmatica e sistematica⁶⁰.

L'*utilitas* rappresenta tradizionalmente il criterio in base al quale definire la natura di un rapporto giuridico: l'atto o il rapporto mediante il quale l'amministrazione persegue utilità

⁵⁴ G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, III, cit., p. 376.

⁵⁵ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 66.

⁵⁶ Cfr. C. MOZZARELLI, S. NESPOR, *La codificazione del diritto amministrativo. Giuristi e istituzioni nello Stato liberale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pp. 1133-4.

⁵⁷ V. E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, p. 6.

⁵⁸ V. E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 17.

⁵⁹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 68.

⁶⁰ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 72.

pubbliche si considera di diritto pubblico, al contrario, si considera di diritto privato l'atto o il rapporto adottato per semplice utilità patrimoniale⁶¹. Potrebbe sostenersi, altresì, che la pubblicizzazione penetri in rapporti originariamente di natura privatistica: «avviene non di rado che un singolo rapporto di diritto privato subisca modificazioni speciali per il fatto stesso che allo Stato si riferisce: l'insieme di questo diritto speciale che si crea, derogando al diritto comune in conseguenza della qualità pubblica che lo Stato riveste, sarebbe diritto pubblico»⁶². Sebbene l'opera di Orlando non destini una trattazione specifica alla materia delle concessioni, ad essa può applicarsi la logica generale della superiorità assoluta del diritto pubblico⁶³.

Alla pubblicizzazione del diritto sostanziale dell'amministrazione pubblica si affianca quella del diritto processuale: si completa in tal modo il cerchio dello speciale regime che lo "Stato amministrativo" assicura a se stesso⁶⁴.

Tra l'opera di Mantellini e la prima sistemazione pubblicistica di Vittorio Emanuele Orlando riscontriamo delle analogie, in primo luogo, relative all'individuazione del criterio romanistico dell'*utilitas* allo scopo di determinare la natura pubblicistica o privatistica di un rapporto giuridico, in secondo luogo, relative alla poco soddisfacente costruzione tecnico-giuridica cui l'estesa pubblicizzazione approda. Il *fil rouge* dei due itinerari dottrinali rimane, invece, il complessivo rafforzamento dell'*iter* di pubblicizzazione dei rapporti giuridici, che in un sistema del diritto delle amministrazioni basato principalmente sull'attività di questi apparati, rappresenta il mezzo più efficace di potenziamento dello Stato unitario⁶⁵.

Per il notevole impegno profuso nell'esaminare i significati metagiuridici delle norme positive e per la capacità di indagare minuziosamente prassi amministrativa e giudiziale, merita luce anche il pensiero di Giorgio Giorgi. Questi, partendo dall'accoglimento della tradizionale bipartizione tra atti pubblici d'imperio e atti privati di gestione, innova profondamente le tesi di Mantellini e di Orlando.

⁶¹ V. E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 364.

⁶² V. E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 356.

⁶³ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 75.

⁶⁴ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, pp. 21 ss.

⁶⁵ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 77.

Giorgi supera la distinzione tra diritto pubblico e privato fondata sul canone dell'*utilitas* e attribuisce maggiore peso alla contrattualità. La personalità politica e giuridica dello Stato sono interdipendenti e si influenzano reciprocamente⁶⁶. La personalità giuridica può dunque incidere anche sulla sfera dell'«utilità pubblica»⁶⁷. Giorgi considera i contratti dell'amministrazione di carattere privatistico, qualunque fine essi perseguano: viene perciò individuata la categoria dei «contratti di pubblico interesse» stipulati dalle amministrazioni, concepiti come validi contratti privatistici a vantaggio di terzi⁶⁸.

L'inescusabilità della responsabilità civile all'attività autoritativa dell'amministrazione non viene più intesa come “immunità” dello Stato che agisce d'imperio; ad esso, infatti, si attribuisce una responsabilità pecuniaria di diritto pubblico sia per atti di imperio legittimi che per atti di imperio illegittimi⁶⁹.

La pubblicizzazione non è più, come lo era stata per Mantellini ed Orlando, uno strumento di rafforzamento dello Stato contro tutti, i suoi effetti si affievoliscono notevolmente, pertanto, la stessa dottrina elabora in questo periodo la regola fondamentale secondo cui gli atti dell'amministrazione producono effetti differenti in dipendenza della portata economica dell'interlocutore⁷⁰.

Le concessioni nell'opera di Giorgi, pur se accompagnate da contratto, a prescindere dal loro oggetto, rimangono figure di diritto pubblico, atti d'imperio revocabili per pubblico interesse⁷¹. Occorrono, però, delle precisazioni in merito al passaggio dagli atti d'imperio che in diritto romano non facevano sorgere diritti reali in capo al concessionario, alla privatizzazione del diritto feudale in cui le concessioni, prive ormai di carattere autoritario, conferiscono diritti di proprietà o servitù e prevedono un corrispettivo: esistono accanto ai meri “permessi”, le concessioni «accompagnate da un capitolato o disciplinare contrattuale»⁷². Nell'ambito delle concessioni di lavori pubblici, la concessione per atto d'imperio, quella “pura”, «non è più conosciuta nella nostra pratica odierna», ma

⁶⁶ G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, II, Firenze, 1891, p. 354.

⁶⁷ G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, III, Firenze, 1892, pp. 173-4.

⁶⁸ G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, II, cit., pp. 397 ss.

⁶⁹ G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, III, cit., pp. 160 ss.

⁷⁰ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 83.

⁷¹ G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, II, cit., pp. 311 ss.

⁷² G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, III, cit., pp. 273-274.

«s'imbastardisce» divenendo concessione-contratto⁷³. Conseguenziale a ciò è il nascere di veri e propri diritti soggettivi in capo al concessionario, tutelabili con azioni giudiziarie⁷⁴. Giorgi sostiene che il rispetto degli equilibri preesistenti e la resistenza della privatizzazione feudale impediscono che il diritto moderno si spinga verso una progressiva pubblicizzazione dei rapporti giuridici: la qualificazione contrattuale delle concessioni poste in essere dai pubblici poteri rende irretrattabili i relativi rapporti, oppure, li considera revocabili prevedendo un adeguato indennizzo a favore dell'interlocutore dell'amministrazione.

Secondo Giorgi la privatizzazione dell'attività amministrativa è uno strumento indispensabile al fine di evitare il pericolo di un arresto degli investimenti in attività economiche che coinvolgono sfere di spettanza pubblica e richiedono l'intervento della pubblica amministrazione. La più autorevole dottrina giuspubblicistica di lì a pochi anni, in una prospettiva integralmente avulsa dalle considerazioni sulla prassi, avrebbe però definitivamente consolidato l'idea della pubblicizzazione, «mettendo al servizio di essa gli strumenti concettuali rigorosi della nuova dogmatica di derivazione giuridica»⁷⁵. Venivano così resi vani i significativi risultati a cui gli studi di Giorgi avevano condotto.

Alla fine dell'Ottocento in Europa non si intravedeva ancora, nella dottrina pubblicistica, una teorizzazione sistematica degli atti amministrativi paragonabile alla vigorosa costruzione privatistica della teoria generale del negozio giuridico⁷⁶.

Secondo Oreste Ranelletti bisognava seguire un approccio graduale nel tentativo di elaborare una teoria generale che fosse valida per tutti gli atti delle amministrazioni pubbliche: occorreva inizialmente raggruppare quegli atti amministrativi maggiormente simili e costruire delle “teorie parziali”, successivamente, attraverso un «metodo strettamente induttivo»⁷⁷, procedere, invece, ad una completa generalizzazione e giungere allo stesso traguardo a cui nel diritto privato si è già pervenuti con la parte generale relativa ai negozi giuridici⁷⁸.

⁷³ G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, II, cit., pp. 464 ss.

⁷⁴ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 85.

⁷⁵ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 89.

⁷⁶ O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, col. 11.

⁷⁷ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 90.

⁷⁸ O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., col. 11.

Ranelletti affronta direttamente la problematica di una costruzione teorica relativa alle concessioni, il suo ragionamento condurrà all'adozione di una soluzione unilateralistica che, in armonia con le premesse metodologiche, antepone alla costruzione dogmatica l'esegesi del diritto positivo⁷⁹. Punto focale della trattazione ranellettiana è quello in cui si discute dei «principi di indole astratta che oggidi debbono riconoscersi dominanti nel campo del diritto amministrativo nostro e straniero»⁸⁰.

Considerando che le incognite maggiori sorgevano allorché nel rapporto concessorio sussistessero degli obblighi reciproci delle parti, una parte della dottrina italiana e francese aveva definito gli atti fonte di obbligazioni per il concessionario come dichiarazioni unilaterali del privato formanti contratto con l'atto di concessione⁸¹.

Ranelletti si ispira alle posizioni di Mantellini e di Orlando, attingendo altresì dalla dottrina unilateralistica tedesca. Se la *causa obligationis* del concessionario è il rilascio della concessione, per l'amministrazione la causa è il perseguimento di «scopi di pubblica utilità»⁸².

L'amministrazione «opera come autorità, secondo le norme del diritto pubblico: tutto questo rivela la qualità di atti d'impero negli atti di concessione»⁸³, pertanto, non è pensabile che il privato, non agendo sicuramente come autorità, possa partecipare alla formazione di tali atti⁸⁴. Distinguiamo, dunque, due negozi giuridici nelle concessioni che comportano obblighi per il concessionario, il negozio unilaterale di diritto privato e l'atto amministrativo unilaterale d'imperio: da un lato, la dichiarazione di volontà del privato da cui derivano obblighi per il concessionario e diritti per l'amministrazione concedente, dall'altro, l'atto di concessione da cui derivano obblighi per l'amministrazione e diritti per il privato concessionario⁸⁵.

Secondo Ranelletti la volontà del concessionario pone in essere unicamente delle «condizioni di fatto, le quali rendono possibile che l'atto amministrativo produca i suoi effetti, ma non

⁷⁹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 90.

⁸⁰ O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., coll. 56-7.

⁸¹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 92.

⁸² O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., col. 60.

⁸³ O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., col. 62.

⁸⁴ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 93.

⁸⁵ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 94.

concorre immediatamente a produrre questi effetti»⁸⁶. Questa tesi viene ad applicarsi per ogni tipo di concessione, a prescindere dall'oggetto e «dall'ente pubblico che fa la concessione»⁸⁷.

Il ragionamento ranellettiano ribadisce, inoltre, il nesso tra interesse pubblico e atto imperativo di diritto pubblico; si denota in esso un'asserzione convinta della continuità tra atto d'imperio di diritto pubblico emanato dal potere esecutivo e atto amministrativo⁸⁸. Tuttavia, il sostenere che «tutto il diritto privato dev'essere un presupposto del diritto amministrativo»⁸⁹, non comportava, secondo Ranelletti, l'applicazione agli atti della pubblica amministrazione di un diritto civile.

L'impossibilità di contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e interlocutori, per quanto formale, eliminava del tutto lo spazio che Orlando aveva dedicato alla categoria del contratto di diritto pubblico⁹⁰.

Per la prima volta, grazie a Oreste Ranelletti, la dottrina italiana affronta il problema delle “facoltà” create dalle concessioni e dalle autorizzazioni in capo al concessionario o all'autorizzato, giungendo alla conclusione secondo la quale dalle concessioni scaturiscono normalmente per il concessionario degli interessi legittimi, eccetto rari casi in cui è finanche possibile che si originino dei diritti soggettivi⁹¹.

Dalle concessioni “a vantaggio precipuo del concessionario” sorgono in via esclusiva facoltà del concessionario “compenetrate” con gli interessi pubblici dell'amministrazione concedente e sottoposte alla discrezionalità della pubblica amministrazione (interessi legittimi); dalle concessioni “a vantaggio precipuo della pubblica amministrazione” possono derivare, invece, sia facoltà del concessionario compenetrate, ad esempio il diritto a costruire ed esercitare le ferrovie, sia facoltà “indipendenti”, come il diritto al profitto delle grandi società ferroviarie (diritti soggettivi in senso stretto)⁹². Qualora divergano, secondo valutazione discrezionale della pubblica amministrazione, facoltà compenetrate e interessi pubblici, si avrà revoca o

⁸⁶ O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., col. 71.

⁸⁷ O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., col. 73.

⁸⁸ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 95.

⁸⁹ O. RANELLETTI, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1894, vol. 17°, p. 97.

⁹⁰ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 98.

⁹¹ O. RANELLETTI, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1896, vol. 22°, pp. 267 ss.

⁹² M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 101.

modificazione della concessione senza alcuna previsione di indennizzo a favore del concessionario⁹³. Diversamente, qualora le facoltà indipendenti contrastino con gli interessi pubblici è previsto un diritto all'indennizzo a favore del concessionario: in particolare, in caso di cessazione di concessione di lavori pubblici, le facoltà proprie del diritto al lucro del concessionario devono sempre essere soddisfatte relativamente sia al danno emergente che al lucro cessante⁹⁴.

Il "diritto al lucro", assicurando la piena soddisfazione patrimoniale del concessionario cessato, si riferisce in generale a tutte quelle concessioni «dirette principalmente ad adempiere ad un servizio pubblico»⁹⁵, tra le quali emergono le concessioni di lavori pubblici⁹⁶.

Per Ranelletti la concessione di servizi pubblici non è una categoria concettuale autonoma, poiché tanto nelle concessioni di lavori pubblici quanto nelle concessioni di beni pubblici, è possibile riconoscere l'esercizio di un servizio pubblico da parte del concessionario.

Anche un concessionario di beni pubblici che svolga un servizio pubblico può vantare una soddisfazione patrimoniale sul danno emergente e sul profitto cessante nel caso di estinzione unilaterale della concessione⁹⁷.

Sullo sfondo delle regole ranellettiane permane l'idea di uno Stato autoritario, l'anteposizione di quest'ultimo alle libertà, si fa spazio l'immagine di una pubblicizzazione coriacea ed emergono le posizioni filosonniniane del giurista strenuo oppositore del sindacalismo, ossequioso nei confronti del fascismo e acerrimo critico dei principi più avanzati della Costituzione repubblicana⁹⁸.

Agli antipodi della rigida metodologia ranellettiana si colloca la teoria di Cammeo⁹⁹, in base alla quale: «un giusto riguardo agli interessi del concessionario ed eventualmente a quelli

⁹³ O. RANELLETTI, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1895, vol. 19°, da p. 3 in poi *passim*.

⁹⁴ O. RANELLETTI, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., vol. 19°, p. 93.

⁹⁵ O. RANELLETTI, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., vol. 21°, p. 118.

⁹⁶ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 107.

⁹⁷ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 108.

⁹⁸ P. CALANDRA, *Oreste Ranelletti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pp. 1138 ss.

⁹⁹ Si fa riferimento all'opera di F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, che fu pubblicata in varie parti nell'*Archivio giuridico Serafini*, precisamente in: vol. LIV, 1895, pp. 296 ss.; vol. LV, 1895, pp. 94 ss., 304 ss., 562 ss.; vol. LVI, 1896, pp. 71 ss., 362 ss., 521 ss.; M. P. CHITI, *Federico Cammeo comparativista*, in *Quaderni fiorentini*, 1993, p. 541 ss.

dell'amministrazione stessa consiglia a dare una maggior stabilità al rapporto, a riconoscere un diritto di fronte allo Stato»¹⁰⁰; i canoni della «giustizia commutativa»¹⁰¹ impongono che, seppure l'atto amministrativo soppianta i riferimenti alle norme civilistiche, almeno si applichino alle concessioni «per lontana analogia...quei principi supremi di giustizia che informano e debbono informare tutti i rapporti giuridici, e che il diritto pubblico deve cercare nel diritto privato, per lunga e gloriosa evoluzione ormai più stabile e fisso»¹⁰². Le concessioni sono atti amministrativi discrezionali da cui possono derivare per il privato sia interessi legittimi che diritti soggettivi¹⁰³: ciò comporta la ripartizione di competenza tra Consiglio di Stato e giudice ordinario e un'indennità da garantire ai privati qualora i loro diritti soggettivi vengano sacrificati ai fini del perseguimento di un interesse pubblico¹⁰⁴.

Secondo Cammeo la cessazione per revoca o per riscatto, infatti, dà diritto all'indennità che è ammessa in ogni caso, giacché l'interesse del concessionario al mantenimento della concessione per un determinato periodo di tempo viene considerato un vero e proprio diritto soggettivo¹⁰⁵.

L'indennità, alla luce di tale concezione, viene però riservata al danno emergente, perché il diritto ad essere mantenuto nella concessione e gli altri diritti soggettivi del concessionario sono «diritti pubblici subbiettivi» e non «diritti subbiettivi assoluti»¹⁰⁶, di derivazione contrattuale, i soli che potrebbero giustificare anche il risarcimento del lucro cessante nel caso di revoca o riscatto¹⁰⁷. La discrezionalità, nell'ottica di Cammeo, non permette il sorgere di obbligazioni contrattuali in capo all'amministrazione, tuttavia, può originare obbligazioni dell'amministrazione il cui inadempimento richiede, limitatamente al danno emergente, un indennizzo per il privato¹⁰⁸. La normativa nazionale non seguirà le teorie di Cammeo e la

¹⁰⁰ F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, LV, cit., p. 574.

¹⁰¹ F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, LV, cit., p. 584.

¹⁰² F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, LV, cit., p. 581.

¹⁰³ F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, LV, cit., p. 585.

¹⁰⁴ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 112.

¹⁰⁵ F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, LV, cit., pp. 585-6.

¹⁰⁶ F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, LVI, cit., pp. 75-76.

¹⁰⁷ F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, LV, cit., pp. 585 ss.

¹⁰⁸ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 115.

legge sulle municipalizzazioni del 1903 adotterà criteri più flessibili per ciò che concerne la valutazione del lucro cessante¹⁰⁹.

L'opera di Federico Cammeo, «*I monopoli comunali*», condusse ad una attenuazione dei principali effetti dell'unilateralismo, la sua costruzione cagionò una forte scossa agli orientamenti del sapere giuridico del tempo e aprì al contempo la via allo sviluppo della teoria sulle "obbligazioni pubbliche"¹¹⁰.

Se nel panorama giuspubblicistico dell'Europa continentale il pensiero di Ranelletti si rivela maggiormente affine alle tendenze dogmatiche, la tesi di Cammeo risulta una saggia soluzione di compromesso tra interessi dell'amministrazione e interessi dei concessionari, maturata a fronte di una cauta analisi della realtà europea ed extraeuropea nel settore della gestione privata dei servizi pubblici¹¹¹.

Di quella teoria sostenuta in Germania da Giorgio Meyer ed Otto Mayer, secondo la quale l'atto di diritto pubblico e l'atto di diritto privato sebbene necessariamente s'incontrino e mirino allo stesso obiettivo, non formano mai un negozio bilaterale unico, diventarono strenui assertori in Italia Ranelletti e Cammeo¹¹².

Tra i nomi di studiosi autorevoli che negano la contrattualità nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati ricordiamo anche Vitta e D'Alessio¹¹³. Un particolare cenno merita Umberto Borsi, il quale, mentre in principio aderì integralmente alle tesi ranellettiane, in un secondo momento, ammise la contrattualità del rapporto d'impiego senza fare alcun cenno al rapporto di concessione¹¹⁴.

L'attività delle amministrazioni pubbliche costituisce il *focus* dell'indagine sul diritto amministrativo condotta da Santi Romano nell'opera intitolata «*Principii di diritto amministrativo italiano*». Secondo Romano l'amministrazione è espressione dell' «attività concreta con cui lo Stato prosegue i propri interessi in obbedienza o nei limiti del diritto

¹⁰⁹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 114.

¹¹⁰ M. S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, cit., *passim*, spec. pp. 44 ss.

¹¹¹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 118.

¹¹² L. GALATERIA, *Il negozio di concessione amministrativa*, Milano, 1942, p. 30.

¹¹³ C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, I, 1962, II, 1964, *passim*.

¹¹⁴ L. GALATERIA, *Il negozio di concessione amministrativa*, cit., p. 34; U. BORSI, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1941, *passim*.

precedentemente o contemporaneamente stabilito»¹¹⁵; il diritto amministrativo è, invece, «il sistema dei principii di diritto pubblico che regolano l'attività concreta con cui lo Stato prosegue i propri interessi»¹¹⁶. Romano nel suo lavoro definisce sinteticamente l'atto amministrativo come una «pronuncia speciale di un'autorità nell'esercizio di una funzione amministrativa»¹¹⁷: tale definizione sarà destinata ad essere in uso per moltissimo tempo. Se da un lato, ciò contribuisce ad un notevole raffinamento della teoria dell'atto amministrativo, dall'altro, riesce ad incidere solo marginalmente sulle regole dell'atto amministrativo, sempre ispirate al primario fondamento dell'autorità¹¹⁸.

Al sempre più esteso ambito dei rapporti amministrativi pubblicizzati, corrisponde il sempre più ridotto spazio occupato dalle attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche. In Romano viene superata la vecchia concezione delle due personalità dell'ente pubblico: «si tratta invece di una sola personalità e di una sola capacità, che si esplica in campi distinti, ma il cui regolamento, anche quello di diritto privato, mette capo sempre al diritto pubblico, che ne determina, se non altro, i motivi»¹¹⁹. Si afferma, inoltre, che la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico non corrisponde a quella operata tra rapporti patrimoniali e non patrimoniali, dal momento che la pubblica amministrazione servendosi di atti amministrativi può curare degli interessi patrimoniali e, viceversa, tramite strumenti contrattuali può perseguire degli interessi pubblici¹²⁰.

Così come Cammeo, anche Romano si mostra più flessibile rispetto alle tesi di Ranelletti nell'ammettere che da un atto amministrativo discrezionale possano derivare per l'amministrato sia interessi legittimi che diritti soggettivi. Tuttavia, egli sostiene che non vi può essere danno e responsabilità civile dell'amministrazione quando l'atto emanato è discrezionale¹²¹. Dalla concessione possono così originarsi dei diritti in capo al concessionario, ma essi di fronte alla revoca discrezionale si pongono come interessi: il

¹¹⁵ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, p. 1.

¹¹⁶ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., p. 5.

¹¹⁷ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., p. 43.

¹¹⁸ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 120.

¹¹⁹ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., p. 517.

¹²⁰ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 122.

¹²¹ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., p. 56.

giudice ordinario non può conoscere della legittimità della revoca, ma conosce delle controversie sugli indennizzi per responsabilità pubblicistica dell'amministrazione¹²².

La degradazione dei diritti costituiti dall'atto discrezionale "vantaggioso" per il privato a interessi costituiti dall'atto discrezionale "sfavorevole" che incide sull'atto preesistente, porrà le fondamenta della cosiddetta teoria dell'affievolimento dei diritti di fronte alla discrezionalità amministrativa. Se, da una parte, la tesi della discrezionalità degradante potenzia il ruolo del Consiglio di Stato nelle controversie amministrative, dall'altra, l'ammessa possibilità che da atti discrezionali possano sorgere diritti soggettivi, estende l'area di spettanza del giudice ordinario relativa agli indennizzi riconosciuti ai privati. In tema di concessioni la pratica giudiziale prese una piega del tutto diversa rispetto alle previsioni del sistema pubblicistico romaniano: la primaria questione degli indennizzi previsti per gli imprenditori concessionari lesi da atti amministrativi e la scelta favorevole alla costruzione contrattuale più garantista per gli stessi, infatti, consentiranno al giudice ordinario, dall'età giolittiana in poi, di far nuovamente propendere in suo favore quell'ago della bilancia che la tesi della degradazione aveva spostato a vantaggio del Consiglio di Stato¹²³.

Dopo le scarse elaborazioni degli anni Ottanta dell'Ottocento la costruzione pubblicistica dei rapporti giuridici viene supportata nell'ultimo decennio del XIX secolo dalla dogmatica giuspubblicistica dell'Europa continentale. In Italia abbiamo visto come il processo di pubblicizzazione unilateralistica che investe pienamente il settore delle concessioni abbia preso avvio grazie agli scritti giovanili di Oreste Ranelletti.

In simil contesto, il tentativo di Ugo Forti di estendere ad alcuni tipi di concessione amministrative la categoria concettuale del contratto di diritto pubblico non trovava certo delle condizioni favorevoli per il raggiungimento di un soddisfacente traguardo¹²⁴.

La prima novità apportata dall'opera di Forti rispetto alle precedenti costruzioni è di carattere terminologico: l'espressione "concessione di lavori pubblici", di origine francese ma importata in Italia da Ranelletti e Cammeo, viene soppiantata dalla locuzione "concessioni di pubblico servizio", intendendosi per servizio pubblico il «complesso di azioni costituenti una

¹²² M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 124.

¹²³ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 125.

¹²⁴ U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, coll. 369 ss.

forma dell'attività esplicata o regolata dallo Stato (o da altro ente pubblico) e diretta a conseguire i fini di questo, esclusivamente od insieme a fini privati»¹²⁵. Scopo ultimo di Forti era scongiurare in tal modo l'usuale equivoco tra appalto e concessione di lavori pubblici e chiarire che non sempre le concessioni collegate alle opere pubbliche ne contemplavano la costruzione, come accadeva, ad esempio, per le concessioni di solo esercizio di ferrovie appartenenti allo Stato¹²⁶.

Relativamente alla natura giuridica delle concessioni, Forti sostiene che allorquando dalle concessioni derivino obblighi di fare in capo al concessionario, deve comunque sussistere un rapporto di carattere contrattuale¹²⁷. Nelle concessioni di pubblico servizio l'obbligazione del concessionario di esercitare il servizio pubblico oggetto del rapporto si pone in contrasto con i diritti concessi dalla pubblica amministrazione e dà vita ad un intrecciato rapporto di causalità reciproca¹²⁸. La pubblica amministrazione non può imporre con *imperium* al privato degli obblighi di fare nel caso in cui lo stesso si trovi dinnanzi a questa in uno *status libertatis*, è necessario da parte del concessionario conferire «a quell'amministrazione quel diritto che per virtù propria non le si apparterebbe nemmeno in potenza, il diritto cioè di pretendere da lui la prestazione del pubblico servizio»¹²⁹, che nelle concessioni di servizi pubblici si manifesta nella stipulazione o nell'accettazione del capitolato¹³⁰.

Forti definisce il rapporto che intercorre tra la volontà dell'amministrazione e la volontà del privato come un «legame più intimo, che non sia quello di un atto autonomo che accede ad un altro atto autonomo»¹³¹. Nell'ottica di Forti, è possibile sostanzialmente riscontrare un “fondo contrattuale” in ogni concessione che faccia sorgere degli obblighi di fare in capo al concessionario¹³². Il giurista rifiuta la categoria del contratto di diritto privato e sceglie quella del contratto di diritto pubblico, di derivazione tedesca. In «Natura giuridica delle concessioni amministrative», Forti sostiene che la figura del contratto di diritto pubblico sia tale da

¹²⁵ U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., p. 376.

¹²⁶ U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., pp. 371 ss.

¹²⁷ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 128.

¹²⁸ U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., pp. 390 ss.

¹²⁹ U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., p. 395.

¹³⁰ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 128.

¹³¹ U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., p. 396.

¹³² M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 129.

garantire che «gli interessi dello Stato sono qui ugualmente al sicuro con la teoria dell'atto d'impero, perché troppo assurdo e strano sarebbe il credere che il contratto portasse necessariamente dietro di sé nel campo del diritto pubblico tutte quelle norme da cui è regolato nel diritto privato»¹³³. La dottrina ufficiale puntualizza subito che poco o nulla cambia sul piano della sostanza, passando dall'atto unilaterale amministrativo al contratto di diritto pubblico. La figura del contratto di diritto pubblico si rivelerà, quindi, una forma vuota, un'«alternativa fittizia all'unilateralismo»¹³⁴.

L'ineguaglianza tra la natura giuridica dello Stato-amministrazione e dei privati è ravvisabile unicamente nei rapporti amministrativi di supremazia, quelli in cui l'individuo si trova rispetto all'amministrazione in uno *status subiectionis*¹³⁵. La dottrina prevalente, pur avendo riconosciuto che il concessionario di fronte all'amministrazione si trovi in uno *status libertatis*, aveva rispolverato la vecchia teoria di Mantellini sulla differente natura giuridica dello Stato rispetto al privato al fine di giustificare l'ineguaglianza tra le due parti, e quindi anche l'unilateralismo¹³⁶.

Forti demolisce il romanistico criterio dell'*utilitas* e ne sostiene la fallacia impiegando un argomento teorico in grado di dimostrare che, sebbene l'amministrazione agisca per un fine pubblico, ciò non valga comunque ad escludere le forme di attività giuridica tipiche del diritto privato delle quali è possibile rilevare in maniera tangibile la presenza¹³⁷. Nell'opera fortiana assai significativa è l'elegante distinzione in due fasi del rapporto derivante dal contratto di diritto pubblico: la prima fase, denominata di conclusione, è tipicamente contrattuale e concerne soltanto le parti; la seconda fase, definita di esecuzione, presenta dei profili imperativi e riguarda sia le parti che terzi soggetti¹³⁸.

Nelle concessioni di pubblico servizio, dunque, amministrazione e concessionario concludono un contratto col quale si obbligano, rispettivamente, il concessionario a svolgere un servizio pubblico e l'amministrazione ad emanare gli atti utili affinché quel servizio possa essere

¹³³ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 130.

¹³⁴ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 131.

¹³⁵ U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., pp. 412 ss.

¹³⁶ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 132.

¹³⁷ U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., p. 421.

¹³⁸ U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., p. 427.

esercitato. Quando l'amministrazione emana tali atti, investendo il concessionario di un diritto di pubblica natura, si ha un vero e proprio atto d'imperio che costituisce l'esecuzione del contratto e rileva sia per le parti che per i terzi¹³⁹.

La concessione viene sì costruita come atto d'imperio, ma oltre a rappresentare l'espressione del consenso necessario alla formazione contrattuale del rapporto, costituisce l'adempimento di un'obbligazione contrattuale dell'amministrazione. Ad esempio, se la concessione è adempimento contrattuale, la revoca potrebbe dar luogo ad inadempimento; essa, quindi, dovrebbe ammettersi solo nel caso in cui un contraente possa sciogliersi dal vincolo contrattuale, sostanzialmente nel caso in cui l'ordinamento autorizzi la risoluzione¹⁴⁰.

Sul piano processuale il contratto bilaterale di concessione che origina fra le parti obbligazioni reciproche, nonché diritti soggettivi, richiede inevitabilmente la competenza del giudice ordinario sulle controversie relative alla violazione dei diritti medesimi, in particolare sulle liti riguardanti la legittimità della revoca.

Per concludere, la nozione di contratto di diritto pubblico ebbe scarso sviluppo sia in giurisprudenza che in dottrina. E' facilmente deducibile, pertanto, come le linee generali del pensiero fortiano non riuscirono affatto ad intaccare la catena dottrinale dell'unilateralismo; la giurisprudenza, d'altra parte, dopo due o tre lustri di fedeltà alle teorie di Oreste Ranalletti, adotterà soluzioni sempre più di natura privatistica in tema di concessioni. Il successivo dibattito in ordine alla qualificazione delle attività della pubblica amministrazione non terrà mai conto delle posizioni intermedie assunte dalla dottrina, come quella in esame, al contrario, vacillerà sempre sulle posizioni più estreme (provvedimento pubblico unilaterale ovvero contratto privatistico)¹⁴¹.

2. *Ragioni della scelta dottrinale fra privatismo e pubblicismo.*

Alla base della scelta pubblicistica si colloca l'ideologia del consolidamento di uno Stato appena unificato, ritenuto bisognoso di strumenti autoritativi di azione per affermare pienamente il suo carattere sovrano. Riscontriamo tale programma ideologico nell'immagine

¹³⁹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 135.

¹⁴⁰ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 136.

¹⁴¹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 138.

dello Stato “si nobile soggetto” di Giuseppe Mantellini, nel fervore post-risorgimentale di Orlando, nella dogmatica freddezza di Oreste Ranelletti e persino nel ragionamento di Ugo Forti. Alla base, invece, delle rarissime tesi ispirate al contrattualismo o tendenti ad una attenuazione del rigidismo pubblicistico riscontriamo ragioni di tipo economico tese a garantire indennizzi e, in generale, rapporti più equilibrati agli interlocutori più influenti dell'amministrazione. Così mentre Giorgio Giorgi ritiene che la contrattualità amministrativa sia una realtà con cui necessariamente la teoria deve fare i conti, Cammeo si preoccupa di giustificare con motivazioni di giustizia commutativa e di equità, il sorgere dei diritti soggettivi che un atto amministrativo discrezionale produce.

Potrebbe dirsi che «ad una fondazione prevalentemente ideologica della pubblicizzazione più coerente, si contrappone una fondazione prevalentemente economica delle tesi incentrate sul contrattualprivatismo o sull'attenuazione del pubblicismo»¹⁴².

A sviluppare i ragionamenti pubblicizzanti fu in special modo la dottrina, alla ricerca di una globale raffigurazione del diritto utilizzato dai poteri pubblici, diversamente, a sostenere il contrattualismo fu *in primis* la giurisprudenza, strettamente ancorata alla disamina dei risvolti che le costruzioni giuridiche generavano nella prassi.

I teorici di rilievo della pubblicizzazione dei rapporti amministrativi non si mostrarono particolarmente sensibili ai metodi di conoscenza delineati dal progresso del sapere scientifico italiano ed estero che in contemporanea investiva settori diversi da quello giuridico, negarono piuttosto il valore conoscitivo delle evidenze naturali e spontanee del senso comune¹⁴³.

I ragionamenti tecnico-esegetici e tecnico-dogmatici della grande pubblicizzazione dottrinale dei rapporti amministrativi rivelavano, di conseguenza, non poche debolezze epistemologiche al loro interno¹⁴⁴.

Ciò nonostante la concezione pubblicistica eserciterà una notevole influenza, a riprova dell'importanza da sempre rivestita dalle ideologie nel nostro Paese e della fragilità della classe dirigente politica: tale impostazione avrà seguito in dottrina e, in parte, anche in

¹⁴² M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 139.

¹⁴³ P. PIOVANI, *Il pensiero idealistico*, in *Storia d'Italia*, V, 2, Torino, 1973, pp. 1562 ss.

¹⁴⁴ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 141.

giurisprudenza, ma, in materia di concessioni, verrà rigettata da una prassi amministrativa e da una pratica giudiziale fortemente orientate verso il contrattualismo.

La dottrina giuridica ha da sempre profuso un notevole impegno nel ricercare un criterio distintivo per i rapporti di diritto pubblico e i rapporti di diritto privato¹⁴⁵. Perfino il criterio più semplice, ossia quello della natura pubblica del soggetto, si è sempre scontrato con un insormontabile dato di diritto positivo: in tutti gli ordinamenti, non è mai venuto meno un ambito nel quale l'amministrazione opera *jure privatorum*¹⁴⁶.

Non è una precognizione ontologica dei caratteri del rapporto che ne determina la qualificazione, ma è piuttosto il regime giuridico cui si vuole sottomettere il rapporto a condurre ad una qualificazione che a quel regime giuridico è strettamente connessa. Del resto, anche la nostra giuspubblicistica liberale era ben consapevole del sottointeso valore pratico della distinzione¹⁴⁷. Così Santi Romano nei *Principii*: «la scienza del diritto amministrativo ha scopo non descrittivo, ma costruttivo di teorie giuridiche; donde la necessità di raggruppare gl'istituti retti da proprii e comuni principii, poco importando in qual campo di attività questi principii praticamente si applichino»¹⁴⁸ e Cammeo in *Corso di diritto amministrativo*: «non si tratta soltanto di sapere se, data una norma giuridica precisa, essa è di diritto pubblico o privato, ma anche e più se, dato un rapporto della vita sociale che deve essere regolato dal diritto, questo rapporto deve essere disciplinato dal diritto pubblico o privato»¹⁴⁹. Per Cammeo la distinzione tra norme di diritto pubblico amministrativo e norme di diritto privato più che essere una distinzione organica è una distinzione pratica e storica.

Risulta pertanto evidente che la distinzione tra rapporti pubblicistici e rapporti privatistici della pubblica amministrazione sia esclusivamente una distinzione di regimi giuridici¹⁵⁰. E' su questo presupposto che si fonda la più diffusa e recente dottrina, laddove, in luogo della tradizionale contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato, ritiene di individuare nel diritto positivo della pubblica amministrazione regole di integrazione che danno luogo a

¹⁴⁵ M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, p. 161.

¹⁴⁶ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952, p. 207.

¹⁴⁷ M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit., p. 162.

¹⁴⁸ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912 (3^a ed.), p. 33.

¹⁴⁹ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, pp. 45-47.

¹⁵⁰ G. CORSO, voce *Validità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 94.

continui intrecci e sovrapposizioni di discipline, poiché diritto pubblico e privato costituirebbero “semplici termini di riferimento convenzionale di corpi normativi”¹⁵¹. Questo orientamento si presta a due interpretazioni.

Si può, anzitutto, ritenere che questa *imbrication* persegua il fine di ricondurre progressivamente il diritto della pubblica amministrazione al diritto privato, sino alla scomparsa del diritto pubblico. La filosofia dell’intreccio non sarebbe in tal senso niente altro che uno strumento atto a scardinare il diritto amministrativo¹⁵². Quella della privatizzazione dell’azione amministrativa è una prospettiva che trae origine negli studi di Giannini e che determinerebbe prospetticamente una radicale caduta della tutela del cittadino¹⁵³.

Può, altresì, ritenersi che la *imbrication* voglia soltanto essere descrittiva e/o propositiva dell’intreccio tra diritto pubblico e privato, così che i termini della composizione, e di conseguenza anche i contenuti del diritto pubblico, non vengano meno. A seconda del livello di apparente dequotazione dei principi pubblicistici, gli esiti pratici a cui queste dottrine approdano possono tra loro essere assai diversi, ma, queste stesse dottrine hanno in comune il non tenere in appropriata considerazione il ruolo che svolgono i principi nella delimitazione delle varie branche del diritto.

Nella tendenza ad assoggettare l’attività di diritto privato ai principi costituzionali sull’organizzazione ed attività amministrativa, si è vista «la forma più raffinata, ma anche stringente, di conservazione del dominio pubblicistico»¹⁵⁴.

La costruzione del diritto pubblico, a partire dalla celebre prolusione palermitana di Orlando, così come in tutta la prima manualistica di diritto amministrativo, si atteggia a costruzione di principi¹⁵⁵.

¹⁵¹ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 235.

¹⁵² F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell’amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 683.

¹⁵³ M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit., p. 163.

¹⁵⁴ M. NIGRO, *Conclusioni*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, vol. I, Rimini, 1987, p. 969.

¹⁵⁵ V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione del diritto pubblico*, 1889, riedizione con postilla, R. Università di Modena, Modena, 1925, p. 16.

Nella moderna filosofia dell'intreccio, viene imputata alla tradizione giuspubblicistica una rigida logica dicotomica del diciannovesimo secolo, cui si vorrebbe contrapporre quella della sovrapposizione¹⁵⁶.

Come è possibile desumere da quanto precedentemente affermato, la consapevolezza dell'intreccio tra diritto pubblico e privato è già chiara negli scritti di Orlando e di Santi Romano; nella dottrina dell'epoca non si mette in discussione la possibilità che in un rapporto di diritto pubblico concorrano norme di diritto privato, si tematizza l'uso delle norme civili per analogia, giacché «nessuno negherà che un rapporto di diritto pubblico possa in taluni casi presentare maggiori affinità con uno di diritto privato, in confronto di un altro ugualmente di diritto pubblico»¹⁵⁷. Il concorso delle norme civilistiche non muta la qualificazione del rapporto: se, da un lato, l'apporto di quei principi civilistici che si applicano ai rapporti di diritto pubblico viene in qualche modo neutralizzato, dall'altro, la costruzione del sistema autonomo del diritto pubblico impedisce che l'ingresso di frammenti di altre norme o di altri principi possa assorbire il rapporto all'interno di un altro sistema, governato a sua volta da propri principi¹⁵⁸. Per Santi Romano: «il diritto amministrativo è un sistema autonomo, che può normalmente bastare a se stesso, ma non è d'altronde un sistema integralmente chiuso, le norme che, in mancanza di disposizioni espresse, dovranno integrarlo potranno cercarsi o in altre norme di diritto pubblico o in quelle di diritto civile o ancora in altri rami del diritto, a seconda che contemplino i casi più simili o le materie più analoghe a quelle di cui si tratta»¹⁵⁹. Nel nostro ordinamento dualista, non si era mai dubitato dell'esistenza di uno spazio in cui dovesse permanere una qualificazione privatistica delle fattispecie ed una correlativa giurisdizione del giudice ordinario¹⁶⁰. Nell'ordinaria ampiezza delle qualificazioni pubblicistiche si riscontra sempre un momento di *self-restraint*, arrivati al quale si rinuncia alla colonizzazione pubblicistica e si riafferma la natura privatistica del rapporto.

¹⁵⁶ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 10.

¹⁵⁷ S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, 1899, ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, p. 100.

¹⁵⁸ M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit., p. 169.

¹⁵⁹ S. ROMANO, *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, ora in *Scritti Minori*, vol. II, Milano, 1950, p. 394.

¹⁶⁰ F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910, pp. 218-219.

Persino nella dottrina pubblicistica che pervenne alla massima capacità di estensione delle qualificazioni pubblicistiche, quella di Ranelletti e di Mortara, si lasciò sempre uno spazio, seppur residuale, all'attività *jure privatorum* dell'amministrazione¹⁶¹.

Certamente non era facile ritagliare questo spazio, la naturale pervasività del diritto pubblico finiva comunque per influenzare l'operato del soggetto pubblico, ma la genialità pratica di dottrina e giurisprudenza trovò anche qui il suo punto di equilibrio¹⁶².

Il modello principale sarà quello costruito attorno all'atto privatistico per eccellenza: il contratto. La fattispecie pubblicistica sarà costituita dalla formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione e la fattispecie privatistica riguarderà il contratto e la sua esecuzione. A tale struttura bifasica corrisponderà anche il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario¹⁶³. Trattasi dell'unico equilibrio in grado di conciliare le qualificazioni privatistiche con le irrinunciabili garanzie di diritto pubblico.

Una recente dottrina ha avuto modo di affermare che il diritto privato applicato alle amministrazioni pubbliche, in presenza del principio di legalità, diventa diritto amministrativo: *ergo* il diritto privato diventa diritto pubblico perché l'amministrazione è soggetta al principio di legalità, cioè al principio fondamentale che, sinteticamente, caratterizza il sistema del diritto pubblico¹⁶⁴.

Pur trovando un ostacolo nel diritto positivo, sul piano teorico, anche l'antica dottrina avrebbe potuto facilmente approdare ad un diritto pubblico in senso soggettivo: bisognava usare in modo inderogabilmente totalizzante il criterio teleologico. Vi è, tuttavia, una valida ragione, che potremmo definire in senso lato costituzionale, la quale giustifica la volontà di tenere fermo il concorso delle fattispecie privatistiche e del giudice ordinario. La presenza del giudice ordinario, seppur minima, impedisce, in una sorta di delicato *checks and balances*, che il giudice amministrativo possa interamente isolarsi dal sistema ed assumere, secondo la

¹⁶¹ F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., p. 200.

¹⁶² M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit., p. 173.

¹⁶³ O. RANELLETTI, *Le Garantigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934 (4^a ed.), pp. 48-49.

¹⁶⁴ F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 654.

moderna sensibilità giuridica, le vesti di un giudice speciale non più *ratione materiae*, ma *ratione personae*¹⁶⁵.

L'errore più banale che può riscontrarsi nella dottrina pubblicistica è l'idea che, qualificando un atto come autoritativo, si voglia un'amministrazione più autoritaria.

In realtà, questa qualificazione è solo un modo per sottoporre al più garantistico regime di diritto pubblico un atto che rientra nei compiti che l'ordinamento attribuisce alla pubblica amministrazione¹⁶⁶. L'unico addebito che nel pensiero democratico, socialista o cattolico, poteva farsi alla tradizione liberale ottocentesca era una certa ritrosia per l'avanzamento della democrazia politica¹⁶⁷. Sarà Giannini a muovere un'aspra critica al programma pubblicistico della dottrina tradizionale. Egli pone progressivamente in discussione i modelli pubblicistici continentali, contrapponendovi, con una pura astrazione concettuale, la superiorità del sistema inglese¹⁶⁸. Per quanto Giannini riconosca che il diritto amministrativo fu uno strumento di civiltà, sottolinea che esso nacque come fatto di autoritarismo, in un contesto dominato dal pensiero socialista di una borghesia sempre pronta, contro l'avanzare dei movimenti democratici, ad accentuare il polo autoritario per difendere i propri interessi¹⁶⁹.

Il diritto amministrativo diventa quindi un bersaglio da ridimensionare per favorire il ritorno del diritto privato. L'espedito per un simile scardinamento è quello dell'*imbrication*, della confusione tra le branche del diritto, sino alla costruzione di un diritto comune a pubblici e privati operatori. Si parla di una giustizia amministrativa che tende verso il diritto processuale civile, di un diritto amministrativo che marcia verso l'adozione di formule procedurali o convenzionali¹⁷⁰.

Nel suo saggio sulla giustizia Giannini tesse un autentico elogio alla giurisdizione unica e al sistema inglese, in particolare al *self-restraint* del giudice inglese nel controllo della discrezionalità, mentre, la giustizia amministrativa e la tradizione pubblicistica sono trattate

¹⁶⁵ M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit., p. 176.

¹⁶⁶ B. G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 915.

¹⁶⁷ B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, p. 329.

¹⁶⁸ M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, 1957, ora in *Scritti*, vol. IV, Milano, 2004, pp. 527-529.

¹⁶⁹ M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit., p. 193.

¹⁷⁰ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1964, ora in *Scritti*, vol. V, Milano, 2004, p. 217.

come «forze illiberali» e la costruzione giurisprudenziale del riparto come «un complesso aberrante»¹⁷¹.

Questa dottrina, nonostante le evidenze irrealistiche, ha contribuito a tenere viva nella nostra cultura giuridica l'esistenza di una propensione filo-privatistica¹⁷².

Il mito del diritto privato può ricondursi a due del tutto diverse ascendenze¹⁷³: una prima ascendenza che si rifà ad una parte del liberalismo classico del XIX secolo e che rimane genuinamente ancorata ad una prospettiva garantista ed una seconda ascendenza del filo-privatismo connessa a ciò che di autoritario ed illiberale vi è nella riaffermazione del primato della politica, nella sua nuova versione del sovrano democratico, per decenni decantato dal dominante pensiero socialista¹⁷⁴.

Il primo orientamento sorge e si consolida nell'ambito del diritto pubblico, ma poi finisce per incrociare il percorso del paradigma privatistico. Il raggiungimento della parità trova un nuovo armamentario non più, o non solo, nel diritto amministrativo paritario ma direttamente nel diritto privato, sede per eccellenza dei rapporti paritari¹⁷⁵. Si avverte in tal senso il pericolo di una perdita di garanzie che potrebbe derivare dal passaggio al paradigma del diritto privato¹⁷⁶. Il rifugio nel diritto privato e nel suo giudice è, però, una pura astrazione concettuale che nel suo persistere finisce per palesare un'autentica ingenuità¹⁷⁷.

Il secondo orientamento, invece, è del tutto percepibile in Giannini. Viene ripristinato il primato della politica, democratico-socialista, e il primato del legislatore sovrano che deve potere perseguire liberamente gli obiettivi prefissati e che deve dunque poter rimettersi ad una vera discrezionalità amministrativa, più vicina alla libertà dei privati che ai modelli garantistici lasciati in eredità dalla tradizione giuspubblicistica. Ranelletti avrebbe definito tale orientamento come: «un ritorno allo Stato patrimoniale dove aziendalismo e tirannide

¹⁷¹ M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, 1964, ora in *Scritti*, vol. V, Milano, 2004, p. 294.

¹⁷² U. ALLEGRETTI, *Il valore della costituzione nella cultura amministrativistica*, in *Dir. pubbl.*, 2006, pp. 771 e 782.

¹⁷³ S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 37.

¹⁷⁴ M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit., p. 207.

¹⁷⁵ N. MARZONA, *Sulla individualità costituzionale dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1996, p. 132.

¹⁷⁶ U. ALLEGRETTI, *Il valore della costituzione nella cultura amministrativistica*, cit., p. 783.

¹⁷⁷ M. P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, pp. 488-489.

convivevano esprimendosi in negozi di diritto romano comune»¹⁷⁸. Tale *humus* politico-giuridico può fundamentalmente riscontrarsi in tutti coloro che perseguono obiettivi di privatizzazione dell'azione amministrativa.

Mentre, in un primo momento, si mantengono le stringenti garanzie pubblicistiche per l'attività autoritativa, successivamente si approda alla generalizzazione del nuovo schema privatistico con riferimento all'intera attività amministrativa. L'applicazione del diritto privato unitamente ad una legalità-indirizzo si risolve così in una garanzia interna ai pubblici poteri¹⁷⁹.

3. *Progressiva pubblicizzazione dei rapporti concessori in giurisprudenza.*

Sebbene già dalla metà degli anni Ottanta del XIX secolo emergano, talvolta, qualificazioni di tipo pubblicistico frutto di sbiadite conversioni di rapporti giuridici a carattere contrattuale, è dall'inizio degli anni Novanta ai primi due lustri del Novecento che assistiamo ad una tendenziale pubblicizzazione dei rapporti concessori.

La pubblicizzazione dei rapporti amministrativi, organicamente sviluppata nelle teorie dottrinali, si riversò progressivamente in un mutamento di vedute da parte della giurisprudenza: il passaggio dalla lettura privatistica a quella pubblicistica venne fortemente determinato dall'autorità della dottrina giuspubblicistica del tempo. Conseguenze pratiche della qualificazione unilateralipubblicistica delle concessioni furono lo svuotamento graduale della competenza giurisdizionale del giudice ordinario sulle controversie relative agli aspetti peculiari del rapporto concessorio e il collegamento "integrale" tra discrezionalità amministrativa e interessi legittimi del concessionario¹⁸⁰.

La qualificazione pubblicistica dei rapporti amministrativi all'interno dell'opera di Ranalletti, nata specificamente nel campo delle concessioni e lineare dal punto di vista argomentativo, incise fortemente sulle contemporanee impostazioni giudiziali dei rapporti concessori.

Nel corso degli anni Ottanta e durante i primi anni Novanta del XIX secolo si tende alla complessiva pubblicizzazione delle concessioni di costruzione e di esercizio delle linee

¹⁷⁸ F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 440.

¹⁷⁹ M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit., p. 210.

¹⁸⁰ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 148.

ferroviarie. In realtà, la sottrazione all'area civilistica travolge soltanto le situazioni soggettive dei terzi rispetto al rapporto giuridico intercorrente tra l'amministrazione concedente e il concessionario. Secondo la Cassazione di Roma spetta alle autorità amministrative competenti il potere esclusivo di concedere la costruzione di vie ferrate, di controllarne l'esercizio e la manutenzione e di introdurre durante e dopo i lavori le modificazioni ritenute necessarie nel rispetto dell'interesse pubblico. In relazione agli scopi che la costruzione di una strada ferrata concessa dallo Stato persegue, le modalità della stessa non possono costituire oggetto di contestazione giudiziale, né possono considerarsi materia di diritto civile¹⁸¹.

Al binomio autorità concedente-società concessionaria venne attribuita dalla giurisprudenza altissima discrezionalità nei confronti dei terzi, fossero essi enti pubblici o soggetti privati¹⁸².

Gli interessi dei terzi privati dovettero cedere spazio alla politica infrastrutturale e industriale condotta dalle società ferroviarie e dalla pubblica amministrazione. Ai terzi venne negata la possibilità di azione giudiziaria, l'unica esperibile fino alla riforma di Crispi del 1889 sulla giustizia amministrativa.

In tale periodo i rapporti concessori vengono qualificati in modo giuridicamente diverso a seconda degli interessi e dei soggetti coinvolti.

Le concessioni di costruzione ed esercizio di ferrovie continuano ad essere qualificate dalla giurisprudenza come categorie di carattere contrattualprivatistico: esse sono considerate come contratti dai quali discendono degli obblighi reciproci in capo alle parti¹⁸³. Per essere maggiormente analitici, le concessioni di costruzione ed esercizio di ferrovie assumono una veste pubblicistica nei riguardi dei terzi, pur mantenendo natura di atti contrattuali in relazione alle parti.

Benché si registri una forte tendenza giurisprudenziale volta a pubblicizzare anche il rapporto concedente-concessionario, la qualificazione pubblicistica si limita ad incidere esclusivamente su taluni aspetti del rapporto medesimo; quest'ultimo, infatti, rimane inalterato nella sua genesi contrattuale.

¹⁸¹ Cass. Roma, 12 febbraio 1892, in *Legge*, 1893, I, 5.

¹⁸² M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 151.

¹⁸³ Cfr. Cass. Roma, 3 marzo 1893, in *Corte supr. Roma*, 1893, mat. civ., II, 40.

Prendiamo ad esempio quegli atti con i quali l'amministrazione concedente modifica le tariffe ferroviarie in vista di un pubblico interesse: anche nel caso in cui il contratto di concessione preveda una modifica esclusivamente consensuale delle tariffe, l'amministrazione concedente può trasformare queste ultime *iure imperii* in vista del perseguimento di un interesse collettivo, ma, in caso di inadempimento contrattuale, sarà obbligata a risarcire il danno subito dal concessionario. In alternativa, un patto che figura in un contratto bilaterale diventerebbe lettera morta¹⁸⁴.

La concessione viene qualificata come un atto amministrativo discrezionale e d'imperio. Per la giurisprudenza l'interesse degli aspiranti alla concessione non è tutelabile dinnanzi al giudice ordinario ma dinnanzi alla IV sezione del Consiglio di Stato, le trattative avviate non hanno alcun valore vincolante per l'amministrazione e l'aspirante non ha diritto ad un contraddittorio preventivo alla decisione di concedere, specie quando trattasi di società concessionarie di rilievo economicamente secondario¹⁸⁵. Per le grandi imprese, invece, i meccanismi contrattuali continuarono ad essere adottati, in tal modo, la protezione del concessionario risultava ancora direttamente proporzionale alla sua portata economica¹⁸⁶.

Va notato che le controversie giudiziali in materia di concessioni ferroviarie, lungo il periodo intercorso tra gli anni Ottanta dell'Ottocento e la statizzazione del 1905, continuano ad avere ad oggetto, in misura prevalente, l'insieme dei rapporti derivanti dal contratto di trasporto, in altre parole quelli sussistenti fra società concessionaria e utente del servizio¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Cass. Torino, 15 giugno 1894, in *Mon. trib.*, 1894, 852.

¹⁸⁵ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 155.

¹⁸⁶ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 156.

¹⁸⁷ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 155.

Sezione III

DALL'ETÀ GIOLITTIANA AGLI ANNI OTTANTA DEL NOVECENTO

SOMMARIO: 1. Normazione nei primi anni del Novecento. – 2. L'invenzione della concessione-contratto nella giurisprudenza della Cassazione di Roma. – 2.1. Implicazioni pratiche della concessione-contratto. – 3. La prima giurisprudenza sulle concessioni-contratto. – 4. Risultato delle qualificazioni giuridiche storicamente utilizzate.

1. *Normazione nei primi anni del Novecento.*

La progressiva espansione della sfera discrezionale dell'amministrazione concedente, la revocabilità *ad nutum* della concessione, l'assenza di indennizzi a favore del concessionario a seguito della cessazione unilaterale del rapporto, la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo relativamente agli aspetti più salienti del rapporto concessorio, la qualificazione delle situazioni soggettive del concessionario come interessi legittimi più che diritti soggettivi pieni, furono alcune delle considerevoli conseguenze prodotte dalla pubblicizzazione dei rapporti amministrativi, elaborata dalla dottrina italiana e in larga misura penetrata nella giurisprudenza¹⁸⁸.

La dottrina di fine Ottocento aveva contribuito al consolidamento dell'ideologia di uno Stato amministrativo forte, al cui potere andava subordinato ogni interesse del concessionario.

Nelle elaborazioni della scienza del diritto amministrativo e pubblico di fine Ottocento e Novecento emergeva più di un eco della dottrina tedesca. Sebbene l'obiettivo della gran parte di queste analisi fosse costituito dal contratto di diritto pubblico, alcune delle considerazioni erano chiaramente riconducibili alle concessioni. Potremmo citare due tesi in proposito, dal punto di vista temporale ampiamente distanti tra loro¹⁸⁹.

In primo luogo, quella di Laband¹⁹⁰, il quale impiegò la figura dell' *öffentlicher Vertrag* per indicare sia l'atto mediante il quale veniva concessa la cittadinanza (*Naturalisation*), sia l'atto col quale veniva instaurato il rapporto di pubblico impiego (*Beamtenanstellung*). In simil contesto, il contratto assoggettava il singolo ad un potere pubblico, lasciando così spazio ad

¹⁸⁸ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 175.

¹⁸⁹ F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., p. 251.

¹⁹⁰ P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I, Tübingen, 1876, p. 166.

un'autorità quasi assoluta¹⁹¹. In secondo luogo, la dottrina del “doppio grado”, che invece si interrogava sulle relazioni tra carattere tradizionalmente unilaterale del potere amministrativo e possibilità di rapporti convenzionali stipulati dal soggetto pubblico.

Una tesi che poté godere di grande successo¹⁹² fu quella che propose di dislocare su piani diversi l'esercizio del potere ed il contratto. Il rapporto venne pertanto diviso nelle due aree del diritto (*Stufen*): appartiene interamente al diritto pubblico la decisione sul “se” concedere la sovvenzione, d'altra parte, spetta al diritto privato la regolamentazione dello stesso. Rimanevano tuttavia aperti numerosi problemi¹⁹³.

Nella normazione italiana dei primi anni del Novecento la qualificazione unilaterale pubblicistica delle concessioni amministrative subì una battuta d'arresto, come dimostrano due vicende di particolare rilievo.

La prima vicenda attiene al modo in cui fu attuata la statizzazione delle ferrovie¹⁹⁴. «La vecchia formula liberistica della superiorità della gestione privata sulla gestione pubblica delle attività economiche, del resto contestata anche in passato nei riguardi del servizio ferroviario, cominciava ad apparire invecchiata nel nuovo clima economico caratterizzato dalla tendenza alla concentrazione industriale, dalla simbiosi tra capitale finanziario e capitale industriale e dalla tendenza dei gruppi finanziario-industriali oligopolistici a favorire l'allargamento delle mansioni dello Stato nel settore dei pubblici servizi. In questa situazione diveniva un buon affare per il capitale privato ritirarsi dal campo ferroviario (a condizioni quanto più possibile vantaggiose) per avviarsi verso investimenti più proficui nei settori traenti dell'economia, come l'industria elettrica, la siderurgia e la meccanica. Questa tendenza d'altra parte agiva in senso concomitante con l'interesse pubblico generale, date le vivaci e molteplici richieste di miglioramento del servizio ferroviario»¹⁹⁵. Se guardiamo poi al vantaggioso riscatto delle linee già di proprietà delle società concessionarie e alla liquidazione delle passate gestioni, deduciamo quanto la statizzazione delle ferrovie si rivelò un fenomeno tutt'altro che lesivo

¹⁹¹ F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, LXXIII, p. 1280.

¹⁹² M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., pp. 187 ss.

¹⁹³ F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., p. 252.

¹⁹⁴ A. PAPA, *Classe politica e intervento pubblico nell'età giolittiana. La nazionalizzazione delle ferrovie*, Napoli, 1973, spec. pp. 113 ss.

¹⁹⁵ G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, VII, Milano, 1975 (3^a ed.), p. 200.

della forza delle grandi società concessionarie. In relazione al potere di riscatto, è da notarsi che mentre per la dottrina francese siffatto potere costituiva applicazione del potere generale di rescissione (*résiliation*) ed era sottinteso in ogni concessione, per la dottrina italiana si poteva parlare di riscatto sussistendo o una previsione di legge o una clausola espressa all'interno della convenzione¹⁹⁶.

La seconda vicenda attiene, invece, alla legge per la municipalizzazione n. 103 del 1903, la quale disciplina materie nelle quali le amministrazioni erano legate ai privati da rapporti concessori concernenti tanto l'utilizzazione di beni pubblici, quanto la costruzione di opere e la gestione di servizi. Forza motrice di tale iniziativa legislativa, come emerge dai lavori parlamentari del tempo, è il contrasto governativo al regime di monopolio in cui taluni capitalisti privati concessionari di servizi pubblici operano: un atteggiamento politico specchio dell'ostilità di Giolitti nei confronti di alcuni gruppi monopolistici, specialmente industriali e finanziari¹⁹⁷, che tuttavia non si risolse concretamente nell'alterazione degli equilibri economici già costituiti.

Nella presentazione del suo disegno di legge alla Camera sull'«assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni»¹⁹⁸, Giolitti stesso disse che era necessaria una disciplina legislativa della situazione di fatto e che, riconosciuta l'opportunità della municipalizzazione, occorreva «provvedere a favorirla cautamente col circondarla delle opportune forme e garanzie»¹⁹⁹. Il compito di controllare saldamente l'esecuzione e l'attuazione pratica della legge fu così affidato alle «autorità centrali e tutorie»²⁰⁰. Nella legge per la municipalizzazione del 1903 il procedimento di assunzione del servizio da parte dei Comuni venne, però, disegnato con toni fin troppo «solenni»²⁰¹.

Bocciati i progetti di riforma tributaria del Ministro Wollenborg, finalizzati al rafforzamento della finanza locale²⁰², la legge del 1903 si limitava, in definitiva, a prevedere per le amministrazioni municipali la possibilità di contrarre mutui a basso interesse e a lungo

¹⁹⁶ E. SILVESTRI, *Il riscatto delle concessioni amministrative*, Milano, 1956, pp. 135 ss.

¹⁹⁷ G. CAROCCI, *Giolitti e l'età giolittiana*, Torino, 1971 (9^a ed.), pp. 32 ss.

¹⁹⁸ Atti. parl., Camera, Legisl. XXI, 2^a sess., 1902, Documenti, disegni di legge e relazioni, n. 1, pp. 1 ss.

¹⁹⁹ Atti. parl., cit., p. 7.

²⁰⁰ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 180.

²⁰¹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 179.

²⁰² E. RAGIONIERI, *Storia politica e sociale*, in *Storia d'Italia*, IV, 3, Torino, 1976, p. 1882.

ammortamento con la Cassa depositi e prestiti e a rimuovere i precedenti ostacoli posti alle spese comunali.

La legge, considerata la diffusa utilizzazione del modello concessorio per la gestione dei servizi pubblici di maggiore rilievo, prevedeva per i Comuni il potere di riscatto relativamente ai servizi già dati in concessione, ma subordinava tale potere al rispetto di precise condizioni temporali che si rivelarono nell'arco dell'*iter* progressivo di formazione della legge del 1903 sempre più favorevoli ai concessionari. Nel confronto con i Paesi economicamente e civilmente più progrediti, l'Italia deteneva il primato in ordine alla durata dei contratti di concessione – alcuni estensibili fino a 90 anni – e al notevole ammontare dell'indennità prevista a favore dei concessionari a seguito del riscatto²⁰³.

«La legge da noi raccomandata ai vostri suffragi è così guardinga, così circondata (qualcuno, con ironia, direbbe circuita) da tante cautele e da tali gradi di autorità vigilatrici, e richiede un così complesso cumulo di condizioni e guarentigie, che, per fermo, è assai più facile il timore che non la si applichi, per ossidamento del copioso suo ingranaggio, anziché quello che, per essa, spensieratamente i Comuni si abbandonino alla deriva del disavanzo»²⁰⁴, queste le condivisibili considerazioni contenute nella relazione alla Camera della commissione Majorana²⁰⁵.

Fino alla prima guerra mondiale la giurisprudenza non si premurò affatto di porre rimedio a quell'«ossidamento degli ingranaggi» previsto dalla commissione parlamentare, al contrario, sostenne che i Comuni potevano assumere direttamente solo l'esercizio dei servizi pubblici elencati nella legge, ma non le opere e i lavori pubblici relativi; ancorché siano un mezzo necessario per il loro esercizio, questi ultimi, infatti, non vanno confusi con i pubblici servizi²⁰⁶. La giurisprudenza, inoltre, accrebbe la complessità della procedura di riscatto dei servizi in precedenza dati in concessione e avvalorò il ruolo chiave delle autorità di controllo per l'esecuzione della normativa²⁰⁷.

²⁰³ A. PIRAS, *La municipalizzazione*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione* (volume «I Comuni»), Vicenza, 1967, p. 375.

²⁰⁴ Atti parl., Camera, Legisl. XXI, 2^a sess. 1902, Documenti, disegni di legge e relazioni, n. 1-A, p. 55.

²⁰⁵ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 183.

²⁰⁶ C.d.S., Sez. interni, parere 12 gennaio 1906, in *Foro it.*, 1906, III, 25.

²⁰⁷ Cfr. C.d.S., SS.UU., parere 19 gennaio 1911, in *Foro it.*, Rep. 1911, voce «Municipalizzazione», n. 16.

Così la legge per la municipalizzazione, se da un lato, incrina le principali regole ranellettiane sugli atti amministrativi unilaterali e il tentativo di Cammeo di qualificare le concessioni come atti amministrativi costitutivi di diritti pubblici soggettivi in capo al concessionario, dall'altro, acuisce la centralità dell'istituto della concessione amministrativa in tutte le sue manifestazioni²⁰⁸.

La costruzione unilaterale pubblicistica delle concessioni appariva ormai in contrasto con la nuova cornice economica, politica e normativa dell'Italia²⁰⁹.

La concessione, già nota ai giuristi degli anni Ottanta del XIX secolo, tra l'utilizzo di regimi giuridici che privilegino un rapporto più paritario che di subordinazione tra amministrazioni e concessionari e la tutela di privati indispensabili ai fini di uno sviluppo economico, venne tralasciata con l'avvento della pubblicizzazione, per poi riproporsi nel momento di decollo industriale del Paese quando lo Stato-apparato amministrativo si troverà a dover collaborare con quei particolari interlocutori per la sua crescita economica.

2. *L'invenzione della concessione-contratto nella giurisprudenza della Cassazione di Roma.*

La giurisprudenza abbandonò le costruzioni unilaterali dei rapporti concessori sul finire del primo decennio del Novecento.

Nel 1910 la Cassazione di Roma, in tema di concessioni su demanio marittimo per uso industriale, disse: «le dottrine non sono sicure e determinate e molto meno di accordo nella definizione giuridica dell'essenza di siffatte concessioni. Sembra che sia più conforme alla loro nozione considerare l'atto di concessione in due momenti giuridici. In un primo momento si ravvisa la determinazione della volontà dello Stato che, sottraendo all'uso pubblico un'area o una pertinenza demaniale, la concede, per uno spazio più o meno lungo di tempo, o ad uso di una industria marittima o per un uso industriale estraneo alle industrie marittime, a una qualunque industria privata; è un atto di sovranità dello Stato che si concentra nella concessione. Ma in un secondo momento l'amministrazione dello Stato, regolando il suo atto di concessione, entra in rapporti di obbligazione col concessionario; e fra l'uno e l'altro si

²⁰⁸ V. CASTRONOVO, *La storia economica*, in *Storia d'Italia*, IV, 1, Torino, 1975, pp. 194 ss.

²⁰⁹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 187.

stabiliscono le condizioni, le modalità, il prezzo: si opera una vera e propria stipulazione di contratto»²¹⁰.

Secondo la Cassazione di Roma si tratterebbe di due negozi essenzialmente distinti che si congiungono: il primo trova attuazione e realizzazione nell'altro, sebbene, possa non far seguito ad esso la stipula di un contratto. All'accettazione del concessionario si aggiunge il consenso delle due parti su un regolamento giuridico volto a disciplinare modalità e condizioni dettate dalla pubblica amministrazione o a formare oggetto di una stipulazione che attribuisca all'ente pubblico il ruolo di contraente²¹¹.

Viene, dunque, rinnovata l'idea di concessione come provvedimento amministrativo unilaterale contestualmente all'invenzione di un contratto di diritto privato da aggiungere al provvedimento. Questa figura concettuale venne impropriamente definita "concessione-contratto"; la giurisprudenza, infatti, già in periodi precedenti, al fine di indicare la vecchia costruzione integralmente privatistica dei rapporti concessori, aveva adottato la stessa espressione²¹².

Nonostante la figura concettuale della concessione-contratto fosse nata in relazione ai rapporti concessori patrimonialmente più complessi, finì per essere utilizzata come categoria generale anche per rapporti patrimoniali di esiguo valore.

Nei primi anni successivi alla sua "invenzione", la giurisprudenza attribuì alla nuova figura concettuale l'idea di unico negozio, ancora stimato di carattere pubblicistico. In molte pronunce del tempo si sostenne che il contratto aggiunto ricoprisse un ruolo "accessorio", "complementare", "indipendente"; in base alla tradizione culturale, infatti, fra l'elemento pubblicistico e quello privatistico la prevalenza continuava ad attribuirsi al primo²¹³. Ma l'esteriormente consolidata costruzione unilateralistica dell'unico negozio di diritto pubblico, dovette gradualmente cedere il passo alla nuova concezione dei due atti separati ed indipendenti sul piano dell'efficacia giuridica e della validità. Il mero riconoscimento della presenza di un elemento di natura contrattuale, per quanto accessorio, polverizzò

²¹⁰ Cass. Roma, 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, 248.

²¹¹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 187.

²¹² M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 188.

²¹³ App. Trani, 3 aprile 1916, in *Giur. it.*, 1917, I, 2, 1.

progressivamente le radici della tesi unilateralistica e contribuì a far acquisire al contratto aggiunto una tale autonoma rilevanza che col tempo si tramutò in preminenza. Rivoluzionaria in tal senso fu la frase della Cassazione romana nel 1910: «Sorgono obbligazioni e responsabilità, diritti e doveri giuridici le cui violazioni possono dar luogo ad azioni giudiziarie»²¹⁴: il concessionario non veniva più riconosciuto come mero titolare di interessi legittimi ma di diritti pieni verso l'amministrazione concedente. Il quadro tipico della costruzione unilateralistica finiva così per essere stravolto.

2.1. *Implicazioni pratiche della concessione-contratto.*

Giacché si trattava di diritti in senso stretto, il giudice ordinario iniziò a conoscere di ogni controversia relativa all'esecuzione del rapporto contrattuale²¹⁵. Norme civilistiche su contratti e obbligazioni e principi sulla parità delle parti e sull'equilibrio delle prestazioni attraversarono progressivamente la sfera del modello concessorio. Se in passato, l'idea della concessione-contratto come negozio unico di diritto pubblico, aveva circoscritto l'utilizzo di regole privatistiche, in questi anni, grazie all'affermarsi della cesura tra provvedimento di concessione e contratto e all'ottenuta indipendenza di quest'ultimo sul piano della validità e dell'efficacia giuridica, il loro impiego fu straripante.

Una delle problematiche più delicate del periodo fu quella della revoca. A seguito dell'introduzione della concessione-contratto viene, infatti, superato il principio della revocabilità *ad nutum*, secondo il quale l'amministrazione concedente può far cessare in maniera unilaterale il rapporto concessorio per qualsivoglia motivo, senza alcun obbligo di motivazione²¹⁶. Si sostiene che la pubblica amministrazione, qualora revochi, abbia l'obbligo di motivare la sua azione e che la revoca sia possibile, al di là delle ipotesi espressamente previste dalla legge o dall'atto di concessione o dal contratto, unicamente per gravi ragioni di pubblico interesse, il cui controllo spetta al giudice amministrativo, e, per inadempimenti contrattuali del concessionario sulla cui legittimità è chiamato, invece, a pronunciarsi il giudice ordinario, lo stesso che sovente si trova, debordando i propri confini giurisdizionali,

²¹⁴ Cass. Roma, 12 gennaio 1910, cit.

²¹⁵ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 190.

²¹⁶ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 191.

ad indagare perfino sulla gravità dei motivi e ad invadere la sfera delle valutazioni di opportunità riservata alla pubblica amministrazione²¹⁷.

A meno di un decennio dall'introduzione della figura concettuale della concessione-contratto il giudice ordinario estese la sua giurisdizione anche in ordine alla legittimità della revoca per gravi ragioni di interesse pubblico. Allorché la revoca fosse stata illegittima, il concessionario avrebbe pacificamente avuto diritto al risarcimento del danno, qualora la revoca fosse stata legittima, invece, l'amministrazione avrebbe comunque dovuto garantire un indennizzo al concessionario, alla luce dei criteri propri dell'espropriazione e non del risarcimento²¹⁸.

Dall'Unità d'Italia alla fine del XIX secolo i provvedimenti amministrativi incidenti sui rapporti concessori non vennero quasi mai considerati imperativi²¹⁹. E' soltanto con l'avvento del XX secolo che, sull'onda della progressiva pubblicizzazione dei rapporti tra pubblica amministrazione e privati operata dalla dottrina, l'imperatività, considerata alla stregua di una forza che degrada le situazioni soggettive, si affermerà come elemento intrinseco di tutti i provvedimenti amministrativi discrezionali²²⁰. Il tutto è destinato ad affievolirsi con la pronuncia della Cassazione di Roma del 1910: sarà sin dalle primissime sentenze sulla nuova costruzione concettuale della concessione-contratto che si affermerà la non imperatività della decadenza. Lo sviluppo della figura della concessione-contratto condurrà alla graduale negazione dell'efficacia degradante della revoca discrezionale per ragioni di pubblico interesse. E' questo l'orientamento che la dottrina e i giudici continuano a seguire nel periodo che va dalla fine della prima guerra mondiale all'inizio degli anni Quaranta.

L'applicabilità ai rapporti concessori del regime contrattuale paritario e la caduta della revocabilità *ad nutum* rispondevano al preciso scopo di garantire ai concessionari una tutela giuridica più solida rispetto a quella assicurata loro dall'inflessibile modello ranellettiano.

Si riaffermò l'intrecciata connessione, ribadita da Giolitti qualche anno prima, tra l'utilizzo del diritto contrattuale da parte delle amministrazioni pubbliche e la tutela di quei privati forti che si trovavano nelle condizioni di potere alimentare il progresso e lo sviluppo del Paese.

²¹⁷ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 192.

²¹⁸ Cass. Roma, 9 febbraio 1918, in *Foro it.*, 1918, I, 487.

²¹⁹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 194.

²²⁰ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 194.

La concessione-contratto diventerà una costruzione potenzialmente applicabile a tutti i rapporti concessori, nata nella tarda età giolittiana, si svilupperà lungo tutto l'arco del periodo fascista e poi nell'età repubblicana. La sua struttura rimarrà a lungo quella prospettata dalla giurisprudenza della Cassazione di Roma negli anni dieci del Novecento, nel cui disegno un atto di tipo contrattuale va ad affiancarsi ad un atto di natura provvedimentoale. Col passare del tempo, però, l'elemento contrattuale andrà perdendo gli originari caratteri di accessorietà in vista dell'assunzione di un ruolo primario all'interno dei rapporti di concessione.

Durante gli anni del fascismo la dottrina prevalente, mantenute larghe distanze dalla giurisprudenza, alimentò l'idea dominante dell'atto amministrativo unilaterale, attribuendo al contratto un ruolo del tutto eccezionale²²¹. Il fenomeno di influenza della dottrina sulla giurisprudenza, caratterizzante il periodo a cavallo fra XIX e XX secolo, si invertirà, quindi, per lasciare spazio al sempre più acuto contrattualismo dei giudici, solo in epoca repubblicana.

3. *La prima giurisprudenza sulle concessioni-contratto.*

Nelle concessioni-contratto sussiste un stretta interdipendenza tra il provvedimento amministrativo ed il contratto, essendo il primo la fonte diretta del rapporto negoziale tra le parti ed il secondo lo strumento regolativo di questo rapporto²²². Tra il provvedimento concessorio e il contratto sussisterebbe uno stretto vincolo, definibile di presupposto e conseguenza, al punto che il venir meno del primo comporta necessariamente l'estinzione del secondo. Il rapporto negoziale tra pubblica amministrazione e privato deve essere fatto risalire direttamente al provvedimento concessorio, rappresentando il contratto una mera regolazione delle condizioni di tale rapporto²²³.

Nella pratica giudiziale i primi problemi, in ordine di tempo, che vennero a porsi furono quelli relativi alla possibilità del concessionario di esercitare l'eccezione di inadempimento, nonché di avvalersi di quei diritti potestativi che dal codice civile del 1942 saranno ricondotti alle tre

²²¹ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937 (3^a ed.), pp. 234 ss.; G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, pp. 31 ss.

²²² F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., pp. 250-277.

²²³ G. LA ROSA, *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2012, p. 1466; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998, spec. pp. 30 ss.

forme di risoluzione del contratto: per inadempimento, per impossibilità sopravvenuta e per eccessiva onerosità sopravvenuta²²⁴. Subito dopo il 1910, la prima giurisprudenza sulle concessioni-contratto rigetta la possibilità di applicare tali istituti ai rapporti concessori. L'idea della qualificazione della concessione-contratto come "negozio di diritto pubblico" e la riconosciuta preminenza del momento pubblicistico su quello contrattuale sono elementi sufficientemente esplicativi della ragione per cui la giurisprudenza ritenga inapplicabili «pretese che hanno radice e sviluppo esclusivo nel terreno del diritto privato»²²⁵. Un ruolo determinante a sostegno dell'inapplicabilità viene ricoperto anche dall'art. 4 dell'allegato E della legge 2248/1865. La pronuncia giudiziale di risoluzione e la sospensione dell'esecuzione delle prestazioni, causata dal porre in essere l'eccezione di inadempimento, incidono sul contratto coinvolgendo così anche il provvedimento di concessione. Ciò provoca la modifica o la rimozione di un atto amministrativo, che, in base ai dettami del citato art. 4 dell'allegato E della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, non può determinare né il giudice ordinario né un privato: sono pertanto vicende inammissibili²²⁶.

Nell'ambito delle concessioni di pubblico servizio, inoltre, il principio della necessaria continuità del servizio pubblico impediva l'applicabilità ai rapporti di tipo concessorio delle azioni di risoluzione o delle eccezioni di inadempimento²²⁷.

4. Risultato delle qualificazioni giuridiche storicamente utilizzate.

A partire dall'unificazione amministrativa dello Stato italiano fino ad arrivare agli anni Ottanta del XIX secolo, registriamo una marcata prevalenza delle qualificazioni contrattualistiche elaborate in prima battuta dalla giurisprudenza, che esercita un'influenza notevolmente trainante sulla dottrina. Si tratta di architetture privatistiche fondate su ragioni di tipo prevalentemente economico.

Dagli anni Ottanta fino a tutto il primo decennio del Novecento s'impongono nel panorama giuridico le qualificazioni di carattere unilaterale-pubblicistico, introdotte dalla dottrina di Mantellini, Orlando, Ranelletti, Cammeo e Santi Romano. In questo periodo sarà la

²²⁴ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 258.

²²⁵ Cass. Roma, 9 febbraio 1918, cit.

²²⁶ Cass. Napoli, 12 giugno 1920, in *Foro it.*, 1920, I, 689.

²²⁷ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 259.

giurisprudenza ad adeguarsi alla dottrina, sebbene con forme e modalità proprie. Si tratta di costruzioni pubblicistiche impiegate sulla premessa ideologica di uno Stato che agisce imperativamente nei confronti di qualsiasi interlocutore.

Negli anni immediatamente successivi, la Corte di Cassazione di Roma riporta in auge l'antica vocazione civilistica, dando i natali ad una nuova figura contrattuale accessiva al provvedimento di concessione: la concessione-contratto.

La giurisprudenza, detentrica di un notevole ruolo creativo nel quadro storico in esame, affinerà col tempo questa costruzione, il cui utilizzo permarrà fino a tempi recenti. Nell'arco temporale sopra esaminato, relativamente alle questioni giurisdizionali, è possibile delineare più fasi. Dagli anni Dieci agli anni Quaranta del XX secolo, la magistratura ordinaria afferma la sua competenza sulle controversie aventi ad oggetto la revoca per pubblici interessi, quindi afferenti all'esecuzione e alla cessazione del rapporto concessorio.

Sebbene la legge sui tribunali amministrativi regionali del 1971 istituisca la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di concessioni di beni e servizi pubblici, al giudice ordinario non verranno mai relegati spazi di secondario valore.

Fino ai primi anni Settanta la giurisprudenza continuerà in larga misura ad applicare ai rapporti concessori norme civilistiche sui contratti e sulle obbligazioni. La dottrina, al contrario, rimarrà sempre ancorata alle posizioni unilateralipubblicistiche; solo negli anni del secondo dopoguerra una parte di essa si adeguerà progressivamente alla costruzione giurisprudenziale della concessione-contratto.

Le qualificazioni pubblicistiche dei rapporti amministrativi presero corpo in dottrina e giurisprudenza prima dell'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato: ciò conferma che anche un sistema a giudice unico può dar vita ad un diritto sostanziale speciale della pubblica amministrazione, per quanto solo con l'apporto di regole partorite dal giudice amministrativo tale diritto speciale potrà dirsi definitivamente completo²²⁸.

Nel settore delle concessioni, dunque, il nostro ordinamento, servendosi ingentemente del diritto civile, non si contrappone del tutto a sistemi come quello inglese, considerato

²²⁸ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 281.

tradizionalmente difforme in quanto ispirato, in relazione alle attività delle amministrazioni, al diritto comune e non al *droit administratif*.

Persino nell'ambito dei rapporti tra Corti di Giustizia e sapere dottrinale accademico, in genere stimato come prevalente rispetto alla giurisprudenza negli Stati dell'Europa continentale, non si ravvisa alcun netto contrasto con gli ordinamenti di *common law*: in Italia, infatti, è la giurisprudenza ad influenzare la dottrina nei momenti cruciali della storia giuridica delle concessioni ²²⁹.

²²⁹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 280.

Sezione IV

DALLA CONCESSIONE-CONTRATTO ALL'ACCORDO PROCEDIMENTALE

SOMMARIO: 1. L'iter procedimentale della legge 241/1990. – 2. L'art. 33 del d.lgs. 80/98 novellato dalla legge 205/2000 ed inciso dalla sentenza della Corte Costituzionale 204/2004. – 3. I risvolti della pronuncia della Consulta del 2004 negli ambiti di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

1. *L'iter procedimentale della legge 241/1990.*

La concessione ha sempre ricoperto un ruolo strategico per il suo connaturato dinamismo e la sua attitudine ad assolvere compiti cui l'amministrazione non era in grado di provvedere né direttamente, né attraverso la costituzione di appositi apparati.

Inizialmente il profilo pubblicistico della concessione risultò offuscato dallo strumento contrattuale, maggiormente idoneo a fornire stabilità al rapporto.

Quando il sistema ebbe modo di stabilizzarsi, però, emersero gli aspetti pubblicistici e si avvertì l'esigenza di attribuire una portata autoritativa allo strumento concessorio. Successivamente all'amministrazione concedente venne riconosciuto un ruolo di controllo, rispetto al quale la posizione del concessionario doveva necessariamente qualificarsi di mera soggezione.

Nella prassi, all'atto concessorio autoritativo e unilaterale, fu allegata una convenzione bilaterale atta a regolare determinati aspetti e non un semplice capitolato d'oneri richiedente meramente l'adesione del concessionario, com'era in uso, invece, nei rari casi di rapporti concessori semplici²³⁰.

La convenzione è definita come il testo concordato tra una pubblica amministrazione, che agisce nell'esercizio di una potestà pubblica, e una controparte (pubblica o privata) contenente la determinazione consensuale di reciproci impegni, assunti mediante comune sottoscrizione. Tale tesi rivisitò tradizionali categorie, tra le quali quella dell'imperatività²³¹.

L'ibrida figura a cui diede vita la Cassazione di Roma fu la cosiddetta concessione-contratto²³², ritratto della connessione tra un provvedimento di concessione ed un accordo

²³⁰ R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 2011, p. 941.

²³¹ F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., p. 254.

²³² Cass. Roma, 12 gennaio 1910, cit.

bilaterale regolativo degli obblighi e dei diritti, dei poteri e degli oneri di tipo economico inerenti al rapporto costituito, il cosiddetto contratto accessivo o integrativo. Questa nuova creazione giurisprudenziale fu una soluzione compromissoria e di contemperamento tra l'originario regime garantistico del rapporto e quello autoritativo progressivamente emerso.

Tuttavia, all'amministrazione non vennero mai sottratti i propri poteri d'imperio, la loro conservazione fu comunque imposta dall'esigenza di assicurare il costante adeguamento del rapporto alle necessità di carattere pubblico; essi vennero vincolati al ricorrere di specifici presupposti e furono bilanciati da clausole contrattuali di riequilibrio economico.

La particolare figura della concessione-contratto ha da sempre presentato aspetti problematici in ordine al collegamento tra un atto amministrativo unilaterale, deputato a rendere accessibile a terzi vantaggi in alternativa indisponibili, ed uno strumento privatistico, idoneo a regolare gli aspetti patrimoniali del rapporto.

Sembra opportuno ritenere che tale collegamento assuma rilievo sul piano dell'efficacia, generando una combinazione di effetti pubblici e privati tale da renderne impossibile la scissione senza comprometterne l'intera portata.

In realtà, se si ammettesse l'inquadramento della fattispecie nell'ambito degli accordi procedurali di cui all'art. 11 della legge 241/1990, i dubbi della giurisprudenza relativi all'applicazione di taluni istituti di diritto privato potrebbero essere agevolmente risolti. Questo implicherebbe un'inversione dell'ordine sequenziale del procedimento solitamente adottato che consiste prima nella scelta, in base all'*iter* imposto dall'evidenza pubblica, del soggetto a cui affidare l'organizzazione e la gestione del servizio oppure del bene o delle opere pubbliche strumentali, e poi nell'adozione del provvedimento di concessione, con successiva stipulazione del contratto regolativo del rapporto²³³.

Bisogna considerare, inoltre, che il contenuto convenzionale della concessione non è innovativo, bensì, risponde al suo originario modello ed ha tuttora illustri sostenitori²³⁴, e, che la sovrapposizione del piano provvedimentale con quello convenzionale non si verifica, poiché l'accordo regolativo dei termini economico-giuridici del rapporto definito con

²³³ R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 942.

²³⁴ G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1994, *passim*; M. D'ALBERTI, voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 13.

l'aggiudicazione assume valenza preliminare ed obbligatoria, ma non del tutto vincolante. Gli impedimenti alla ricostruzione della fattispecie nei termini sequenziali accordo endoprocedimentale-provvedimento perdono dunque consistenza. Non può sostenersi, altresì, che lo schema concessorio possa essere omologato a quello del contratto ad evidenza pubblica: sebbene ammessa una loro parziale assimilazione sul piano procedimentale, differente ne è senza alcun dubbio l'oggetto. Quest'ultimo è pubblico e sottratto alla disponibilità privata nell'accordo, mentre è comune e interamente disponibile nel contratto. Diversa è anche la loro causa, considerato poi che nell'accordo procedimentale sussiste una partecipazione del privato alle scelte amministrative, del tutto assente nel contratto.

La sequenza accordo endoprocedimentale-concessione rappresenta il ragionevole epilogo di un *iter* procedimentale che richiede la fissazione preventiva dei termini giuridici ed economici cui devono attenersi le offerte dei partecipanti alla gara, nonché dei criteri di aggiudicazione cui l'amministrazione decide di vincolarsi²³⁵.

Nonostante ciò avvenga di regola nelle ipotesi di concessioni di lavori pubblici, nulla impedisce che lo stesso meccanismo venga impiegato anche per le concessioni complesse di servizi pubblici e per quelle che hanno ad oggetto utilità su beni strumentali a servizi.

L'art. 11 della legge 241/90 permette al privato richiedente di partecipare alle scelte discrezionali dell'amministrazione, concordando con essa anche i termini economici e giuridici, oltre quelli più marcatamente pubblicistici di disciplina del rapporto. La tutela giurisdizionale del concessionario viene così estesa alla fase di formazione della fattispecie, per mezzo del riconoscimento di contropartite indennitarie o risarcimenti in caso di recesso, giustificato o ingiustificato, dell'amministrazione²³⁶.

L'art. 3, comma 11, del d.lgs. 163/2006, ossia, il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, definisce le concessioni di lavori pubblici come contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto 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.

²³⁵ R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 943.

²³⁶ Cfr. F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., p. 275.

Il d.lgs. 163/2006 dedica alle concessioni di servizi l'art. 30 che ne disciplina il regime, e l'art. 3, comma 12, che definisce queste come contratti aventi le medesime caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, eccezion fatta per il corrispettivo della fornitura di servizi che consiste esclusivamente nel diritto di gestire i servizi oppure in tale diritto accompagnato da un prezzo. Ciò che distingue l'appalto dalla concessione è, dunque, il vantaggio per il committente di non sopportare il necessario esborso finanziario, che verrà invece a gravare sul concessionario, la cui remunerazione è affidata ai proventi di gestione, con relativa assunzione del rischio economico. In altri termini, il contratto di appalto deve prevedere il pagamento di un corrispettivo corrisposto dall'amministrazione a fronte della realizzazione di un servizio da parte dell'appaltatore, mentre nella concessione l'affidatario si remunera in ragione dell'esercizio dell'attività, assumendosene il rischio²³⁷.

Se ne può dedurre che il legislatore europeo abbia voluto assoggettare la disciplina delle concessioni a norme e principi propri, avvertendo l'eterogeneità di qualificazione e di trattamento che a tale istituto viene riservata nei singoli Stati membri; la norma costituirebbe in tal maniera un primo tentativo di armonizzazione procedurale e sostanziale²³⁸.

In base a tale indirizzo interpretativo, l'espressa qualificazione contrattuale della natura giuridica della concessione non ostacolerebbe la sopravvivenza della diversa nozione provvedimentale, tipica della costruzione teorica della concessione-contratto o del suo inquadramento nell'ambito degli accordi *ex art. 11 l. 241/90*, operando l'armonizzazione sostanziale unicamente nei casi di sicura identificazione della fattispecie come appalto.

Qualora sorgano controversie relative a concessioni che hanno ad oggetto servizi pubblici essenziali e l'affidamento di lavori pubblici, l'art. 133, comma 1, lett. c) ed e) del d.lgs. 104/2010, prevede che queste vengano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Tale norma, letta in combinato disposto con l'art. 7, che estende la giurisdizione dei TAR anche alle questioni risarcitorie consequenziali, permette al concessionario, come già prima gli artt. 33 e 35 del d.lgs. 80/1998, novellati dalla legge 205/2000, di far valere in un *simultaneus processus* sia le pretese caducatorie di atti che quelle

²³⁷ F. MERUSI, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 4, 2011, p. 3347.

²³⁸ C. SGUBIN, *La difficile applicazione del diritto comunitario nella zona grigia tra l'appalto e la concessione*, in *Rass. Avv. dello Stato*, n. 4, 2009, pp. 130 ss.

patrimoniali risarcitorie consequenziali al loro annullamento. Quest'ottica globalizzata della tutela giurisdizionale consente di evitare il meccanismo del doppio binario giurisdizionale e comporta un ampliamento dei poteri istruttori e decisorii dei TAR, i quali adottano sentenze costitutive o di condanna al risarcimento del danno in forma specifica.

2. *L'art. 33 del d.lgs. 80/98 novellato dalla legge 205/2000 ed inciso dalla sentenza della Corte Costituzionale 204/2004.*

Il d.lgs. 163/2006 ha riprodotto essenzialmente il testo degli artt. 33-35 del d.lgs. 80/1998, modificati dalla legge 205/2000, adeguandosi alle indicazioni contenute nella sentenza della Corte Costituzionale 204/2004, che ne ha stabilito la portata, e nelle successive sentenze 191/2006, 140/2007 e 35/2010, che hanno contribuito a delimitare il perimetro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo²³⁹.

Prima della sentenza 204/2004 della Consulta erano state sollevate numerose questioni di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 33 del d.lgs. 80/1998. Queste ultime erano poi sfociate nella sentenza della Corte Costituzionale n. 292/2000, la quale aveva dichiarato incostituzionale l'articolo per il superamento dei limiti della delega conferita dall'art. 11 della legge 59/1997, giacché quest'ultima autorizzava l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle sole controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali e non all'intero complesso delle materie inerenti ai settori dell'urbanistica, dell'edilizia e dei servizi pubblici.

Riproponendo il testo degli artt. 33 e 34 del d.lgs. 80/1998 a mezzo di legge ordinaria, il testo dell'art. 11 della legge 59/1997 è stato integralmente riprodotto con l'intervento di sanatoria legislativa apportato dall'art. 7 della legge 205/2000, reintroducendo in tal modo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici, urbanistica ed edilizia.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 204/2004, ha poi compiuto un «vero e proprio intervento di ortopedia normativa»²⁴⁰ sull'art. 33, come novellato dalla legge 205/2000.

²³⁹ R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 944.

²⁴⁰ R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 945.

Con riferimento al comma 1 dell'art. 33, la Corte ha limitato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle sole controversie «relative a concessioni di pubblici servizi, eccetto 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 disciplinato dalla legge 241/1990, 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, sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481».

L'operazione è stata finalizzata a circoscrivere l'area della materia dei servizi pubblici, in cui l'aspetto concessorio e quello dell'affidamento in gestione risultano esaltati, purché formalmente vengano realizzati attraverso la mediazione del processo amministrativo previsto dalla legge 241/1990. In tal maniera la Consulta ha delimitato la sfera della giurisdizione esclusiva ai soli atti di concessione o di affidamento e, in riferimento alla fase attuativa, soltanto alle controversie inerenti all'adozione di provvedimenti amministrativi conclusivi di un procedimento *ex lege* 241/1990 e agli atti di controllo e di vigilanza sul gestore dei servizi pubblici.

Oltre ad aver dichiarato la parzialmente illegittimità costituzionale dell'art. 1, la Consulta ha anche abrogato il comma 2 dello stesso articolo con la sentenza del 2004. Tale abrogazione ha causato innumerevoli problemi relativamente all'individuazione del giudice competente a conoscere di alcune tipologie di controversie che l'originaria formulazione del secondo comma dell'art. 33 esplicitamente escludeva dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si pensi ad esempio alle controversie in materia di rapporti individuali d'utenza con soggetti privati.

La Corte Costituzionale, infatti, considerando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo come un'eccezione alla regola della giurisdizione generale di legittimità dei TAR, che a sua volta rappresenta un'eccezione alla giurisdizione civile, sostiene che la stessa debba essere interpretata restrittivamente²⁴¹.

²⁴¹ R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 946.

Costituisce fondamento della motivazione della sentenza l'esigenza di rendere compatibili la materia dei servizi pubblici, dell'edilizia e dell'urbanistica, con l'art. 103 della Carta Costituzionale, secondo il quale il legislatore ordinario non avrebbe una totale e ed incondizionata discrezionalità nell'attribuire al giudice amministrativo materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, avrebbe piuttosto il potere di indicare specifiche materie nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investa anche diritti soggettivi.

La giurisdizione esclusiva si giustifica unicamente per l'intreccio fitto di interessi legittimi e diritti soggettivi e per il riguardare materie in cui la pubblica amministrazione agisce come autorità, esercitando poteri funzionali ed autoritativi. In quest'ottica non va considerata come qualcosa di diverso dalla giurisdizione generale di legittimità, quanto, una sua filiazione.

La Corte Costituzionale, inoltre, sostiene convintamente nella sua pronuncia la natura procedimentale-amministrativa del momento costitutivo del rapporto concessorio. Le problematiche sulla giurisdizione, invece, attengono alla verifica della natura amministrativa o paritetica di un insieme di atti adottati dalla pubblica amministrazione, quali riduzioni quantitative e qualitative nell'ambito del rapporto concessorio, declaratorie di decadenza, annullamenti, modifiche delle tariffe, revoche.

Resta ancora ferma, in seguito alla pronuncia delle Consulta del 2004, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione alle controversie sull'affidamento del servizio pubblico, afferenti ad una procedura di gara o ad altro equivalente procedimento concorsuale, nonché quelle afferenti alla contestazione di un affidamento diretto compiuto in violazione delle norme di legge.

La medesima sentenza lascia inalterata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie sulla vigilanza e sul controllo nei confronti del gestore, sulla vigilanza relativa al credito, alle assicurazioni e al mercato mobiliare.

3. I risvolti della pronuncia della Consulta del 2004 negli ambiti di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Un accenno merita anche la normativa contenuta nella legge finanziaria per il 2005, la quale all'articolo 1, comma 552, prevede la giurisdizione esclusiva amministrativa sulle controversie in materia di centrali elettriche. Tale norma è stata abrogata dal d.lgs. 104/2010

che, all'art. 133, comma 1, lett. o), prevede tra le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nell'ambito applicativo della materia energetica, le controversie, comprese quelle risarcitorie, attinenti alle procedure ed ai provvedimenti della pubblica amministrazione relativi alla produzione di energia. Questa disposizione ritrae il frutto di una evoluzione normativa che, prese le mosse dall'art. 1 comma 552 della legge finanziaria per il 2005, ha poi esteso le maglie della giurisdizione esclusiva amministrativa nell'ambito energetico con l'art. 41 della legge 99/2009; quest'ultimo articolo dispone che siano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e alla competenza funzionale del Tar Lazio, anche per le questioni cautelari e risarcitorie, le controversie afferenti alle procedure ad ai provvedimenti della pubblica amministrazione o dei soggetti alla stessa equiparati concernenti la produzione di energia elettrica da fonte nucleare, i gasdotti di importazione, i rigassificatori, le centrali termoelettriche di potenza termica superiore a 400 MW nonché quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese nella rete di trasmissione nazionale.

L'aver limitato la devoluzione alle sole materie "particolari" rappresentate dalle procedure e dai provvedimenti, è una scelta che evidenzia la fedeltà del legislatore alle indicazioni della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004. Il legislatore ha, da un lato, espunto il riferimento alla materia dell'energia e, dall'altro, soppresso ogni riferimento alla tutela dei diritti costituzionalmente protetti²⁴².

In passato, la giurisprudenza ha a lungo dibattuto sulla possibilità di ricondurre alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le controversie risarcitorie ed inibitorie aventi ad oggetto la lesione del diritto alla salute ad opera del gestore di un servizio pubblico, poiché, in tal caso, si tratterebbe di un diritto incompressibile, costituzionalmente protetto e non degradabile ad interesse legittimo. L'orientamento maggioritario sosteneva che, qualora il privato richiedesse il risarcimento del danno per la lesione del diritto alla salute, la giurisdizione spettasse al giudice ordinario. Una parte della dottrina ha invece ritenuto che, con la normativa del 2005, l'*intentio legislatoris* sia stata quella di far rientrare nel perimetro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie risarcitorie,

²⁴² R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 957.

anche quelle inerenti alla domanda di risarcimento in forma specifica avanzata dal terzo ai fini di tutelare il proprio diritto alla salute leso a causa delle immissioni elettromagnetiche generate dalle centrali.

Alla luce di questi rilievi, il Tribunale di Civitavecchia ha rimesso alla Consulta la questione di legittimità dell'art. 1, comma 552, della legge 311/2004, nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva le controversie afferenti a provvedimenti e procedure in materia di impianti generatori di energia elettrica. Si tratterebbe per il giudice remittente di una deroga ingiustificata alla giurisdizione ordinaria nell'ambito della tutela dei diritti soggettivi alla salute e alla salubrità ambientale. La Corte Costituzionale è intervenuta sul punto con la sentenza n. 140/2007 asserendo che non esiste all'interno del nostro ordinamento nessuna norma o principio che riservi esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti. Al giudice amministrativo viene riconosciuta la piena tutela, anche risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno sofferto anche in violazione dei diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione. Su questo orientamento si è dapprima allineata la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione con sentenza n. 27187/2007 e successivamente il legislatore che ha introdotto, con l'art. 4 del d.lgs. 90/2008, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per tutte le controversie relative alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, quand'anche concernenti diritti costituzionalmente protetti.

E' stata chiamata a pronunciarsi su quest'ultima norma la Corte Costituzionale che, in conformità al precedente orientamento, con sentenza n. 35/2010, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 4 del d.lgs. 90/2008.

Potremmo sostenere che in questa sentenza vi sia un *quid pluris* rispetto alle precedenti pronunce della Consulta sul tema²⁴³.

In riferimento alla nozione di giurisdizione esclusiva, la Corte giudica requisito solo «normalmente necessario» l'inestricabile compresenza di diritti soggettivi ed interessi

²⁴³ R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 960.

legittimi, di conseguenza prescindibile, ai fini del radicamento della giurisdizione esclusiva amministrativa.

Qualora tale affermazione attenga a singole controversie, non farà altro che richiamare la giustificazione stessa della giurisdizione esclusiva, che nata in relazione a quelle controversie in cui diritti soggettivi e interessi legittimi sono strettamente irretiti, renderebbe particolarmente complessa l'individuazione del giudice a cui spetta decidere. Al contrario, qualora la sola presenza di diritti soggettivi vada riferita alle materie, allora la sentenza 35/2010 supera quanto precedentemente affermato dalla stessa Corte con sentenza 204/2004 e fornisce una lettura dell'art. 103, comma 1, della Costituzione, decisamente innovativa. Secondo questa prospettiva, il legislatore ordinario può affidare al giudice amministrativo in via esclusiva, non solo quelle materie in cui sia presente il "nodo gordiano" tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, ma anche quelle materie caratterizzate dalla presenza di soli diritti soggettivi. A tale conclusione induce l'interpretazione dell'avverbio «normalmente» utilizzato dalla Corte Costituzionale, significativo per illustrare la contrapposizione fra una configurazione normale della giurisdizione esclusiva, caratterizzata dall'intreccio fra diritti soggettivi ed interessi legittimi, ed una configurazione eccezionale, in cui siano presenti solo diritti soggettivi²⁴⁴.

Ulteriore approfondimento meritano i contratti di utenza pubblica, ossia quelli con cui vengono erogati, da gestori pubblici o privati, prestazioni di servizi pubblici ad utenti singoli dietro corrispettivo. A seguito dell'intervento abrogativo del secondo comma dell'art. 33 del d.lgs. 80/1998 posto in essere dal Giudice delle leggi, il criterio di riparto fondato sulla natura pubblica o privata dei soggetti coinvolti nel rapporto d'utenza è venuto meno. Se prima, infatti, si riteneva che qualora il rapporto fosse intercorso tra utenti individuali e gestori pubblici, la giurisdizione sarebbe spettata al giudice amministrativo, e qualora il rapporto fosse intercorso tra utenti e gestori privati, la giurisdizione sarebbe spettata al giudice ordinario, alla luce della sentenza della Consulta del 2004 tutte le controversie afferenti ai contratti di utenza dovranno ritenersi devolute al giudice ordinario. Invero, il problema è che il rapporto generato da tali contratti, benché paritetico, risente di una notevole influenza

²⁴⁴ F. G. COCA, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 1, 2010, pp. 439 ss.

pubblicistica. Paradigmatica è la situazione in cui il rapporto individuale di utenza abbia ad oggetto un servizio pubblico il cui presupposto sia l'esistenza di un provvedimento concessorio. In tal caso bisogna evidenziare gli effetti di riflesso che la concessione può produrre sul contratto, in ragione del regime pubblicistico che ne costituisce il substrato. Rileveranno pertanto i principi di imparzialità, buon andamento, efficacia, economicità e non discriminazione, che stanno alla base dell'agire della pubblica amministrazione. Il contratto si arricchirà di una parte precettiva la cui violazione comporterà l'intervento dell'Autorità dei servizi pubblici che esercita il controllo e la vigilanza anche attraverso l'imposizione di comportamenti di indennizzo o di ripristino. Tale Autorità ha ragione di esistere in risposta alla privatizzazione degli enti e degli organi di impresa che, trasformati in società di capitali a partecipazione pubblica, sono divenuti concessionari dei servizi per via istituzionale loro attribuiti ed hanno aperto questi alla concorrenza, richiedendo la razionalizzazione e il controllo del settore da parte dei poteri pubblici. Analoghe considerazioni potrebbero altresì estendersi ai nevralgici settori del mercato in cui operano la Consob e l'Antitrust²⁴⁵.

Dai risultati emersi dall'*excursus* storico sulle qualificazioni giuridiche elaborate in materia di concessioni dall'Unità d'Italia in avanti, emerge dunque imperiosa la portata del modello concessorio e il relativo spazio che esso è venuto progressivamente a conquistarsi nel mondo del diritto amministrativo.

²⁴⁵ R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 962.

CAPITOLO II

L'IMPATTO DEL DIRITTO COMUNITARIO SUL TRADIZIONALE ISTITUTO CONCESSORIO ITALIANO

SOMMARIO: 1. Contenuto dispositivo della concessione. – 1.1. Concessione ed autorizzazione a confronto. – 1. 2. Oggetto del potere concessorio. – 2. La concessione amministrativa nel diritto comunitario. – 3. D.lgs. 163/2006: quadro normativo nazionale vigente alla vigilia del recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Dalla legge comunitaria all'emanazione del codice dei contratti pubblici del 2006. – 3.1. Le novità in materia di concessioni di servizi. – 3.2. Le novità in tema di concessioni di lavori pubblici. – 3.3. Analisi critica dell'influsso europeo sul paradigma concessorio. – 4. La direttiva "concessioni" del 2014. – 5. I principi della legge delega n. 11/2016 e la nascita del d.lgs. 50/2016.

1. *Contenuto dispositivo della concessione.*

La concessione è tradizionalmente definita come il provvedimento che produce una precisa vicenda giuridica e che determina il sorgere di specifici diritti in capo al concessionario, la cui dotazione giuridica risulta infine espansa.

Conseguentemente il diritto costituito non può considerarsi preesistente rispetto all'esercizio del potere²⁴⁶.

Ai fini di una maggiore comprensione del modello concessorio risulta utile il richiamo alla tradizionale distinzione tra concessioni traslative e concessioni costitutive²⁴⁷.

Nelle prime ciò che si aggiunge è in precedenza di pertinenza del soggetto pubblico, nelle seconde, invece, le situazioni sono create *ex novo* in capo al concessionario²⁴⁸.

Qualsiasi provvedimento amministrativo è dotato in fondo di un effetto innovativo nell'ordinamento, «tutti gli atti provvedimentali determinano una vicenda giuridica modificativa dell'assetto complessivo delle relazioni tra i soggetti di quell'ordinamento»²⁴⁹.

Risulta quindi corretta l'affermazione secondo la quale tutte le concessioni siano dotate di un cosiddetto effetto accrescitivo, tuttavia, bisogna focalizzarsi sulle diverse tipologie di effetti giuridici che il potere concessorio della pubblica amministrazione può produrre e non sulla portata del suo effetto innovativo nell'ordinamento, carattere tipico appunto di ogni provvedimento.

²⁴⁶ F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit. p. 256.

²⁴⁷ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 239; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 652.

²⁴⁸ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo* a cura di F. FRACCHIA, Milano, 2016, pp. 343 ss.

²⁴⁹ F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., p. 256.

Guardando nello specifico alla posizione del concessionario prima e dopo la produzione dell'effetto, si osserva come questi sovente abbia, comunque, la possibilità di porre in essere tutte le prestazioni riconducibili alla concessione; tali prestazioni rappresentano l'espressione e lo specchio della libertà di iniziativa economica che, senza dubbio, appartiene al privato a prescindere dal verificarsi della vicenda concessoria.

Non sempre è coinvolto un diritto soggettivo, sono frequenti, infatti, questioni di facoltà o poteri o di una libertà. Normalmente, ma vi sono delle eccezioni²⁵⁰, preesiste alla concessione una situazione di vantaggio, esempio ne sia la libertà di iniziativa economica, il cui esercizio confluisce nell'attività del concessionario. La dottrina si è preoccupata di dare maggiore sostanza al carattere costitutivo della concessione, limitando la concessione ai casi di "riserva" dell'amministrazione²⁵¹. In tali casi risulta ovvio che quanto il privato può fare nel momento successivo alla concessione gli era prima precluso, dal momento che l'attività è strettamente connessa ad una situazione riservata all'amministrazione²⁵².

Diversa è la soluzione che, prescindendo dal criterio della presenza di un ambito riservato normativamente *a priori* al soggetto pubblico, tenta di individuare in una modalità divergente l'effetto accrescitivo della concessione. La concessione può, secondo questo orientamento, originare situazioni di vantaggio analoghe a quelle che il privato potrebbe ipoteticamente gestire in assenza di una concessione²⁵³. Tali situazioni sono oggetto di un precedente provvedimento amministrativo che conferisce loro finalità pubblicistiche: la prestazione potrà, pertanto, configurarsi come erogazione di un servizio pubblico e non come mero esercizio della libera iniziativa economica²⁵⁴.

Sebbene il privato sia immesso in una posizione di peculiarità per ciò che concerne l'utilizzo di beni non accessibili a tutti, è di norma gravato dai doveri o dagli oneri che conseguono alla decisione assunta a monte dall'amministrazione²⁵⁵.

²⁵⁰ D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *D. disc. pubbl.*, III, 1989, pp. 301 ss.

²⁵¹ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, *passim*.

²⁵² E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 371.

²⁵³ F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., p. 257.

²⁵⁴ A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, pp. 459 ss.; R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico*, Torino, 1998, pp. 113 ss.

²⁵⁵ G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2005, p. 199.

Altro profilo concernente l'effetto accrescitivo dello strumento concessorio va a cogliersi in riferimento alla limitatezza di qualsivoglia posizione concessoria rispetto all'aspirazione dei soggetti: ciò costituisce un riflesso dell'originario carattere di "privilegio" della concessione²⁵⁶.

Secondo la tesi della sostituzione²⁵⁷, inoltre, il concessionario è chiamato all'espletamento di un compito o di un'attività, il cui esercizio, direttamente o per mezzo di strumenti diversi dalla concessione, dovrebbe spettare al soggetto pubblico²⁵⁸. L'amministrazione dischiude in maniera temporanea questa dimensione che sarebbe diversamente preclusa al cittadino, e di quest'ultimo accresce la dotazione giuridica. Il cittadino sarà chiamato ad operare in una precisa direzione, nell'alveo di un rapporto che potrebbe legarlo sia agli utenti che all'amministrazione pubblica²⁵⁹, la quale spesso dispone di poteri sostitutivi nei suoi riguardi²⁶⁰. In alcune figure concessorie il carattere tipizzante è rappresentato dall'assunzione del rischio da parte del concessionario, il quale sta per svolgere un'attività che, in mancanza di una concessione, l'amministrazione dovrebbe offrire sul mercato²⁶¹.

Premessa l'eterogeneità delle diverse classificazioni, tutte le concessioni accrescono la sfera soggettiva del destinatario, attribuendo a questo una condizione di privilegio²⁶². Nel caso di concessioni traslative, il punto di partenza è costituito da una situazione di pertinenza dell'amministrazione e non del privato; in assenza del verificarsi della vicenda concessoria, infatti, l'unico legittimato ad attivarla sarebbe appunto il soggetto pubblico. Nonostante il concessionario sia chiamato a gestire situazioni relative a libertà o poteri preesistenti, solo la concessione conferisce la legittimazione all'esercizio di questi²⁶³.

²⁵⁶ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 651; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, p. 186.

²⁵⁷ Cass, sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Foro it.*, 1991, I, 3405.

²⁵⁸ G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, pp. 73 ss.

²⁵⁹ D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, cit., p. 284.

²⁶⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, 1967, *passim*.

²⁶¹ F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., p. 258.

²⁶² A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO e F. G. SCOCA, Parte generale, Bologna, 2005, p. 204.

²⁶³ F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., p. 259; Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2002, n. 902, in *Cons. Stato*, 2002, I, 321.

Esistono molteplici esempi di concessioni, in relazione all'oggetto distinguiamo dunque la concessione di uso di beni, di esercizio di servizi pubblici, della cittadinanza e ancora altre tipologie²⁶⁴: tutte le concessioni, però, attengono ad una dimensione pubblicistica²⁶⁵.

1.1. *Concessione ed autorizzazione a confronto.*

La concessione produce un effetto ampliativo della sfera giuridica del destinatario, a sua volta titolare di un interesse pretensivo nei confronti del relativo potere, tuttavia, i medesimi caratteri ricorrono nell'autorizzazione²⁶⁶.

Nelle teoriche elaborazioni di Ranelletti la precipua distinzione tra le due figure consisteva nel fatto che l'effetto dell'autorizzazione non consiste nella creazione di una situazione giuridica nuova, ma rimuove semplicemente un ostacolo all'esercizio di un diritto preesistente²⁶⁷. L'autorizzazione ha di fatto vissuto una consistente crisi teorica che ne ha determinato un sempre più comune accostamento al modello concessorio²⁶⁸.

La differenza è percepibile anche attribuendo alla sola concessione un carattere contrattuale²⁶⁹. Nelle concessioni si assiste ad una espansione dell'area di gestione delle situazioni giuridiche soggettive riferibili al privato in virtù dell'attribuzione di possibilità che prima della concessione non erano di pertinenza dello stesso: nelle concessioni costitutive questo è evidente, poiché quelle situazioni, in mancanza dell'atto concessorio, non potrebbero essere attivate da chiunque; nelle concessioni traslative, ove si eliminasse il regime concessorio, al privato rimarrebbe preclusa la relativa attività, divenendo così il soggetto pubblico l'unico legittimamente in grado di svolgerla secondo quelle modalità.

Nelle autorizzazioni, invece, si fa questione di una situazione che, in assenza dell'autorizzazione e del relativo assenso, il privato potrebbe comunque attivare, in quanto geneticamente rientrante all'interno della sua sfera giuridica soggettiva.

²⁶⁴ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 343.

²⁶⁵ F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., p. 259.

²⁶⁶ F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., p. 265

²⁶⁷ A. ORTOLANI, *Autorizzazione e approvazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, p. 263.

²⁶⁸ R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974, *passim*.

²⁶⁹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 8.

In caso di concessione si tratta di attribuire “energie nuove” non riferibili a nessun soggetto ovvero pertinenti all’amministrazione, in caso di autorizzazione si tratta, invece, di liberare quelle preesistenti al privato che chiede l’assenso. Nelle concessioni traslative, inoltre, l’amministrazione si deve spogliare di una posizione ad essa pertinente per dischiudere al privato sostituto uno spazio a lui precluso, diversamente, nelle autorizzazioni l’amministrazione può assentire ciò che è comunque di per sé riferibile al privato.

Quando si utilizza un criterio di individuazione per le due fattispecie fondato sul rapporto con il principio di uguaglianza, la linea di separazione tra alcuni tipi di concessioni ed alcune autorizzazioni viene ad assottigliarsi: solitamente, infatti, la concessione ha ad oggetto beni contesi, attribuirli a qualcuno significherebbe sottrarli ad altri. Questo, però, non si verifica sempre (si ponga mente alle concessioni di onorificenze), come del resto accade per alcune autorizzazioni (basti pensare al permesso di costruire)²⁷⁰.

La distinzione tra autorizzazione e concessione è avallata nondimeno dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia urbanistica²⁷¹.

1.2. *Oggetto del potere concessorio.*

Tradizionalmente il tema dell’oggetto della concessione viene impiantato distinguendo tra concessioni di servizi pubblici, di lavori pubblici e di beni (o dell’uso di beni pubblici). Una nuova figura è costituita dalla concessione di servizi.

La natura contrattuale della concessione, in passato, venne sostenuta da una parte della dottrina anche in riferimento alla concessione di servizi pubblici, figura a cui l’ordinamento ricorre allorché intenda garantire ai privati determinate prestazioni ed attività e consenta alla pubblica amministrazione di affidare il loro svolgimento, mediante un provvedimento di tipo concessorio, a soggetti privati.

Assume importanza cruciale nell’economia del rapporto la convenzione bilaterale stipulata tra pubblica amministrazione e concessionario. Perfino in ordine alle concessioni di beni, accanto al provvedimento per mezzo del quale si esercita il potere concessorio amministrativo, può sovente individuarsi una bilaterale convenzione di diritto privato, che risponde allo scopo di

²⁷⁰ F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., p. 266.

²⁷¹ C. cost. 30 gennaio 1980, n. 5, in *Giur. cost.*, 1980, 21 ss.

dare assetto ai rapporti patrimoniali tra concessionario e concedente: la così definita “concessione-contratto”.

Si è rilevato come all’interno della convenzione stessa spesso si esauriscano tutte le scelte relative all’esercizio del servizio, sicché l’esercizio del potere concessorio non si concretizzerebbe in un provvedimento autonomo. La concessione sembra così relegarsi in una posizione secondaria, potendo essere addirittura sostituita dal contratto²⁷².

Con riferimento alle concessioni di beni, la disposizione di essi deve avvenire per mezzo di strumenti di natura pubblicistica. Nulla esclude che, in luogo di un provvedimento unilaterale, ricorra un accordo bilaterale. La riconduzione delle concessioni nell’ambito degli accordi di cui all’art. 11, l. 241/1990, è l’ *escamotage* che meglio permette di fare convivere il carattere pubblico del potere, la presenza di una contrattazione e l’esigenza di non frazionare e duplicare la fattispecie. Non sembra, dunque, potersi accogliere la tesi della qualificazione del potere posto in essere dalla pubblica amministrazione come meramente privatistico²⁷³.

Il particolare problema attinente alla distinzione tra concessione di servizi pubblici e appalto di servizi, viene risolto alla luce del carattere trilaterale della prima, che coinvolgerebbe amministrazione, concessionario ed utenti, ed il carattere bilaterale del secondo, che legherebbe soltanto amministrazione ed impresa²⁷⁴.

La concessione di servizi è, invece, un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in questo stesso diritto accompagnato da un prezzo²⁷⁵.

Per ciò che concerne invece la concessione di lavori pubblici (o di opere pubbliche), la legislazione mira, per diretta influenza della normativa comunitaria, ad equipararle all’appalto o comunque a limitare la discrezionalità di cui gode l’amministrazione chiamata a rilasciarle, così da evitare che, impiegando lo strumento concessorio, caratterizzato dalla possibilità di scegliere in maniera discrezionale il privato chiamato a sostituirsi all’amministrazione in situazioni per le quali il soggetto pubblico non dispone di adeguata organizzazione,

²⁷² E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 345.

²⁷³ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 346.

²⁷⁴ R. CAVALLO PERIN, *Riflessioni sull’oggetto e sugli effetti giuridici della concessione*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 113 ss.

²⁷⁵ F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., p. 260.

l'amministrazione possa sentirsi svincolata dal rispetto delle regole poste a tutela della concorrenza. L'essenziale distinzione tra questa tipologia di concessione e l'appalto consiste nel fatto che il corrispettivo nella concessione è costituito dal diritto del concessionario di gestire l'opera, che a sua volta genererà entrate²⁷⁶.

I problemi essenziali per quanto riguarda la concessione di lavori pubblici si riducono a tre: la proprietà dell'opera durante il periodo della gestione²⁷⁷, la natura della concessione, significativamente avvicinatasi alla qualificazione contrattuale, e la distinzione tra gestione dell'opera e gestione del servizio pubblico²⁷⁸.

La concessione di beni pubblici è relativa all'*utilitas* ad essi pertinente ed è configurabile come concessione di beni demaniali, marittimi, idrici, stradali, beni del patrimonio indisponibile, foreste, miniere, cave e torbiere. Si dibatte in merito alla possibilità di impiegare il contratto in luogo del provvedimento. Se la giurisprudenza tende ad assumere posizioni contrarie²⁷⁹, la dottrina talvolta assume posizioni favorevoli alla "despecializzazione del demanio"²⁸⁰. Si individuano in questo settore figure miste, in cui la concessione "di" bene si unisce a quella "su" bene (si ponga mente al servizio che richiede l'impiego di un bene pubblico)²⁸¹.

Ad onta della terminologia utilizzata dal nostro legislatore, è opportuno precisare che non ha natura concessoria la concessione edilizia; la Corte Costituzionale ha infatti negato il carattere costitutivo della concessione edilizia con sentenza n. 5 del 1980, affermando l'inerenza del diritto di edificare alla proprietà e la conseguente illegittimità della disciplina dell'indennità di espropriazione, basata sul criterio del valore agricolo medio, prevista dalla l. 865/1971.²⁸²

²⁷⁶ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 343-348.

²⁷⁷ Cass., 5 febbraio 1969, n. 385, in *Giur. it.*, 1969, I, 638; Cass., 21 febbraio 1978, n. 1179, in *Giust. civ.*, 1978, I, 837.

²⁷⁸ Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 1996, n. 561, in *Foro it.*, 1996, III, 375; F. FRACCHIA, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 367 ss.

²⁷⁹ Cass, sez. un., 19 febbraio 1999, n. 79, in *Foro it.*, 1999, I, 1857.

²⁸⁰ M. RENNA, *La regolamentazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, pp. 101 ss.

²⁸¹ F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., p. 262.

²⁸² E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 349.

2. *La concessione amministrativa nel diritto comunitario.*

Si è frequentemente fatto ricorso alla concessione per dare vita a delle condizioni di privilegio e restringere l'ambito di operatività del diritto comunitario, derogando così alla disciplina in materia di libertà fondamentali e di tutela della concorrenza²⁸³. Grazie all'influenza del diritto comunitario è maturata la consapevolezza di circoscrivere la durata del rapporto concessorio instaurato con un unico operatore e di definire forme di selezione del contraente che limitino il criterio discrezionale dell'*intuitu personae*, aprendo interamente taluni settori economici, in passato riservati alla disciplina dei singoli Stati membri, ad una nuova logica orientata a garantire maggiori *standard* qualitativi ai soggetti fruitori dei servizi²⁸⁴. Conseguentemente, la vecchia nozione di concessione di servizio pubblico subisce un cambiamento qualitativo; nata come provvedimento autoritativo di affidamento discrezionale di un monopolio dovrà adattarsi al nuovo sistema liberale introdotto dall'ordinamento CE che impone affidamenti contraddistinti da obiettività e trasparenza²⁸⁵. Bisogna chiarire che, fino ad un certo momento, il diritto comunitario derivato non si interessa direttamente dell'istituto concessorio, se non per imporre un'estensione della normativa sugli appalti pubblici e, inoltre, che questo modello di gestione non è conosciuto in tutti gli Stati membri ed assume, in quegli ordinamenti in cui è presente, caratteristiche del tutto differenti²⁸⁶. Uno dei più rilevanti ostacoli all'apertura comunitaria del settore dei servizi pubblici è costituito dalla difformità dei modelli giuridici di gestione delle attività di servizio pubblico nei diversi Paesi membri. Permangono tuttora numerose differenze tra i vari ordinamenti: se in taluni la modalità preminente di gestione è quella del coinvolgimento di soggetti privati, in altri la forma privilegiata di gestione è quella diretta tramite pubbliche imprese. Tuttavia, il rispetto delle scelte nazionali, non può essere una giustificazione posta a fondamento del fatto che una stessa attività sia gestita in base alle regole del libero mercato o

²⁸³ G. DI GASPARO, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2001, pp. 114 ss.

²⁸⁴ B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentanti*, Milano, 1998, *passim*.

²⁸⁵ Cfr. M. P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, *passim*; L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Milano, 2005, p. 55.

²⁸⁶ Cfr. F. GIACHELLA, M. CAMPANALE, *Prospettive per la regolamentazione europea di servizi e concessioni*, in *Reg. e Gov. Loc.*, 1992, p. 249 e ss.

sia soggetta a diritti di esclusiva e restrizioni a seconda della metodologia di gestione prescelta in ogni singolo ordinamento²⁸⁷.

Le disposizioni di diritto positivo dedicate all'istituto concessorio appaiono fortemente limitate. La disciplina che si è andata delineando a livello comunitario risulta dalla progressiva espansione dell'ambito di applicazione della normativa in tema di appalti pubblici ed era limitata, fino al momento dell'adozione delle nuove direttive in materia di appalti 2004/17/CE e 2004/18/CE, unicamente alle concessioni di lavori, per le quali sono particolarmente ridotti gli obblighi imposti nella selezione del concessionario²⁸⁸. La *ratio* sottesa alla legislazione comunitaria in materia di appalti, persegue l'obiettivo di dare attuazione ai principi di libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi, dei capitali e della libera concorrenza, sopprimendo la discriminazione nei confronti delle imprese dei diversi Stati membri²⁸⁹.

Il termine concessione appare per la prima volta a livello comunitario nella direttiva 71/305/CEE di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici. In questo documento, dopo la definizione della nozione di appalto di lavori pubblici come contratti a titolo oneroso conclusi in forma scritta tra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice per la realizzazione di lavori pubblici, l'art. 3 prevedeva che «quando la controprestazione dei lavori da eseguire consisteva unicamente nel diritto di gestire l'opera commissionata oppure in tale diritto accompagnato da un prezzo, le disposizioni della direttiva non erano applicabili a tale contratto detto di concessione»²⁹⁰.

Fin dagli anni Settanta si andava affermando una concezione contrattuale del modello concessorio, avente oggetto analogo a quello di un appalto di lavori pubblici, differenziandosi da questo per il solo fatto che la controprestazione dei lavori realizzati consisteva nel diritto di gestione.

²⁸⁷ G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, *passim*.

²⁸⁸ G. P. CIMOLINO, *Gli appalti pubblici*, in *Elementi di diritto comunitario*, a cura di U. DRAETTA, Milano, 1995, p. 83.

²⁸⁹ L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, cit., p. 59.

²⁹⁰ Cfr. G. B. GARRONE, *La concessione di opera pubblica negli ordinamenti italiano e comunitario*, Napoli, 1993, *passim*.

Alla fine degli anni Ottanta, però, l'esperienza ormai ventennale della disciplina degli appalti pubblici di lavori introdotta con la direttiva 71/305/CEE mostrava numerosi limiti poiché le regole di matrice comunitaria operavano all'interno di un ambito piuttosto ristretto e richiedevano un aggiornamento²⁹¹. In sede di revisione della direttiva del 1971, operata con la direttiva del Consiglio n. 89/440/CE, si decise di estendere anche alla concessione di lavori pubblici talune regole di pubblicità previste in ordine agli appalti. Nelle premesse alla direttiva 89/440/CE si prendeva atto della notevole importanza che progressivamente stavano acquisendo le concessioni di lavori pubblici nel "sistema comunitario" di esecuzione di lavori pubblici: a seguito di tale riflessione, diveniva dunque necessario includere nella precedente direttiva 71/305/CE delle regole di pubblicità in materia²⁹².

La concessione di lavori pubblici si riaffermava come un contratto con le stesse peculiarità del contratto di appalto di lavori pubblici, eccetto per la controprestazione dei lavori che nella concessione consisteva unicamente nel diritto di gestire l'opera oppure in tale diritto accompagnato da un prezzo²⁹³.

Le disposizioni inerenti alla concessione, ad ogni modo, sono di portata decisamente ridotta: viene sostanzialmente riconfermato il regime delineato dalla previgente regolamentazione. La disciplina delle concessioni risulta di gran lunga meno strutturata di quella prevista per gli appalti e unicamente consistente nella previsione di obblighi di pubblicità e di rispetto dei termini minimi di ricezione delle candidature. Non vi è nessuna disposizione afferente alle procedure attraverso le quali selezionare il concessionario di lavori, la cui determinazione viene quindi rimessa alle scelte effettuate dai singoli Stati membri²⁹⁴.

E' pertanto intuibile l'essenziale importanza che, al fine di individuare la disciplina comunitaria applicabile, riveste una precisa delimitazione del confine tra la nozione di appalto e quella di concessione.

²⁹¹ A. NOBILE, *Gli appalti pubblici di servizi: la disciplina comunitaria degli appalti pubblici di servizi trasposta nell'ordinamento giuridico italiano*, Roma, 1997, p. 245.

²⁹² M. PALLOTTINO, *La concessione di opera pubblica e la Direttiva C.E. 18 luglio 1989, n. 440*, in *Riv. trim. app.*, 1, 1990, p. 27.

²⁹³ S. SCOTTI CAMUZZI, *La concessione di costruzione ed esercizio di opere pubbliche nella direttiva comunitaria n. 89/440*, in *Contr. e Impr.*, 1191, p. 1049 e ss.

²⁹⁴ L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, cit., p. 67.

La problematica relativa alla demarcazione del confine tra la figura concettuale dell'appalto pubblico di lavori e quella della concessione di lavori non è sfuggita alla Commissione che già nel progetto di comunicazione interpretativa sulle concessioni del 24 febbraio 1999 aveva rilevato la possibilità che potessero sussistere rischi di confusione tra una concessione di lavori ed un appalto di lavori pubblici. In tale prospettiva, la Commissione individuava come elemento tipizzante la fattispecie concessoria il “rischio di gestione” la cui presenza permette la qualificazione delle diverse ipotesi di natura contrattuale che abbiano una costruzione giuridica complessa, indipendentemente dalla connotazione formale data alle stesse nei singoli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione Europea.

Le disposizioni sulla concessione di lavori all'interno della direttiva 2004/18/CE prevedono una disciplina “a monte”, relativa all'individuazione del concessionario di lavori, ed una disciplina per i rapporti “a valle”, relativa agli appalti del concessionario, concernente norme diverse in base al fatto che il concessionario di lavori possa essere o meno un'amministrazione aggiudicatrice. In ordine alla selezione del concessionario si prevede che le disposizioni della direttiva vengano applicate alle concessioni il cui valore sia pari o superiore ad un determinato importo. Relativamente alla regolamentazione degli appalti del concessionario, il regime della direttiva 2004/18/CE conferma in sostanza la disciplina previgente, ribadendo il principio secondo cui il concessionario di lavori, a prescindere dalla sua natura, sia sempre tenuto a rendere nota a livello comunitario l'intenzione di affidare a terzi un appalto di lavori, espandendo così l'ambito di applicazione delle correlate norme della direttiva²⁹⁵.

Fino all'adozione della direttiva 2004/18/CE nessuna definizione della concessione di servizi era presente all'interno della disciplina comunitaria in materia di appalti di servizi. Le concessioni di servizi pubblici, poiché non erano dotate di una specifica regolamentazione nelle disposizioni in materia di servizi, non potevano ricondursi neppure nell'ambito di applicazione della direttiva lavori. Con l'avvio dei processi di privatizzazione dei più importanti servizi pubblici nazionali²⁹⁶, si è intravista nell'incremento dei ricorsi al modello

²⁹⁵ L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, cit., p. 74.

²⁹⁶ A. PIOGGIA, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 567 ss.

concessorio una modalità di gestione dei servizi pubblici «particolarmente in linea con lo spirito del tempo, contrario all'imputazione all'amministrazione di attività organizzate in forme imprenditoriali e favorevole alla loro attribuzione all'industria privata»²⁹⁷. La Commissione CE, nel suo programma di apertura del mercato interno, agli inizi degli anni Novanta, aveva elaborato una proposta di direttiva per il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi nella quale erano presenti anche delle disposizioni concernenti le concessioni di servizi pubblici. Purtroppo le avversità politiche e giuridiche resero vano questo tentativo e nella definitiva stesura della direttiva servizi vennero così eliminati tutti i riferimenti alla concessione di servizio pubblico²⁹⁸. Peraltro le modalità con cui l'istituto della concessione venne disciplinato nei diversi Stati membri polverizzarono ogni tentativo di possibile compromesso.

La scelta di far venire meno ogni riferimento alla concessione di pubblico servizio nella definitiva versione della direttiva 92/50/CE acui, inoltre, il problema della compatibilità dell'istituto con il diritto dell'Unione e del suo rapporto con le altre tipologie concessorie.

Tale lacuna nel diritto positivo venne parzialmente colmata con la direttiva 2004/18/CE tramite la quale venne introdotta la nozione di concessione di servizi: quest'ultima viene definita come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

Si delinea, inoltre, una sorta di definizione di concessione di servizi pubblici in base alla quale «se un'amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un'amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità».

Per i “settori speciali” viene delineato un regime nel quale relativamente alla fase “a monte” le concessioni di servizio pubblico, indipendentemente da come vengano configurate, non sono assoggettate alle disposizioni contenute nella direttiva 2004/17/CE; per la fase “a valle”

²⁹⁷ G. DI GASPARÈ, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, cit., pp. 106-107.

²⁹⁸ A. NOBILE, *Gli appalti pubblici di servizi: la disciplina comunitaria degli appalti pubblici di servizi trasposta nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 241.

il concessionario, amministrazione aggiudicatrice o impresa pubblica, dovrà rispettare per gli appalti aggiudicati da questo a terzi le disposizioni previste dalla direttiva 2004/17/CE, allo stesso obbligo viene assoggettato il concessionario privato cui siano stati conferiti diritti speciali o esclusivi per l'esercizio delle attività nei settori oggetto della disciplina (acqua, energia, trasporti, poste, ecc.). Sono, invece, esclusi nella pratica dall'ambito di applicabilità della direttiva 2004/17/CE i contratti di appalto dei concessionari privati scelti sulla base di una procedura concorsuale.

Le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE saranno poi abrogate dalle direttive 2014/25/UE e 2014/24/UE.

Nel Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni del 2005, all'interno della categoria dei partenariati pubblico-privati di tipo meramente contrattuale, la Commissione delle Comunità Europee ricomprende anche il modello concessorio espressamente definito «uno dei modelli più conosciuti» a livello comunitario²⁹⁹.

In tale prospettiva, la Commissione nel 2005 si interroga sull'opportunità di introdurre una disciplina finalizzata al coordinamento delle procedure di aggiudicazione delle concessioni³⁰⁰.

3. *D.lgs. 163/2006: quadro normativo nazionale vigente alla vigilia del recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Dalla legge comunitaria all'emanazione del codice dei contratti pubblici del 2006.*

Il diritto nazionale degli appalti, alla vigilia del recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, era il seguente: tre distinti decreti legislativi, che hanno recepito le precedenti direttive comunitarie, disciplinavano gli appalti sopra soglia comunitaria di forniture, servizi, nonché lavori, servizi e forniture nei settori speciali (d.lgs. n. 358/1992, d.lgs. n. 157/1995, d.lgs. n. 158/1995). Gli appalti di lavori, sopra e sotto soglia, erano disciplinati dalla l. n. 109/1994 e successive modificazioni. Gli appalti di forniture sotto soglia erano disciplinati con un regolamento, d.P.R. n. 573/1994, mentre, mancava una disciplina organica degli appalti di servizi sotto soglia. Speciali procedure di affidamento per le grandi infrastrutture

²⁹⁹ Cfr. M. P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009, *passim*.

³⁰⁰ L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, cit., p. 219.

erano regolate dal d.lgs. n. 189/2005, mentre, sugli appalti pubblici relativi ai c.d. beni culturali era stato varato, come un testo unico, il d.lgs. n. 30/2004.

Secondo gli organi comunitari e la giurisprudenza italiana, anche i contratti sotto soglia comunitaria dovevano rispettare i principi della concorrenza, della trasparenza, della non discriminazione, della parità di trattamento e della proporzionalità³⁰¹.

Le concessioni di servizi erano eccettuate espressamente dall'ambito delle direttive appalti e rimanevano quindi in attesa della tanto preannunciata regolamentazione in ambito comunitario³⁰².

Il legislatore italiano ha affrontato l'onere imposto dall'art. 80 della Direttiva Unica Appalti, di dotarsi entro il 31 gennaio 2006 di uno strumento di recepimento delle norme comunitarie dettate in materia di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, facendo ricorso al meccanismo della legge comunitaria³⁰³.

Attraverso l'utilizzo di un apposito strumento, la legge 86/1989, nota come legge "La Pergola", il Parlamento italiano ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi volti a recepire le direttive 2004/18 e 2004/17 emanate in materia di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi.

A fronte dell'originaria intenzione di realizzare un'integrale sostituzione della legge Merloni con il varo di un Testo Unico in materia di appalti pubblici di lavori pensato per valorizzare le istanze di flessibilizzazione delle procedure di gara, l'art. 24 della legge comunitaria si è limitato di fatto ad introdurre delle novità, dal principio entrate in vigore nel nostro ordinamento nazionale, idonee semplicemente ad innestarsi nella cornice generale della legge Quadro dei Lavori Pubblici.

Il legislatore italiano era chiamato non a recepire le direttive limitandosi unicamente a riprodurle nell'ordinamento interno, quanto piuttosto ad impiantare un sistema organico, coerente, semplificato ed esaustivo delle norme che regolano le procedure di affidamento di appalti e concessioni: criterio direttivo per l'attuazione della delega era quello di procedere ulteriormente ad una semplificazione delle procedure di affidamento non costituenti diretta

³⁰¹ Corte Giust. CE, sez. II, 3 dicembre 2001, C-59/2000, ord., in *Foro it.*, 2002, IV, 67.

³⁰² R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Roma, 2007 (2^a ed.), pp. 25-26.
A. MASSARI, M. GRECO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Rimini, 2006, pp. 28 ss.

³⁰³ C. GIURDANELLA, *Commento al codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2010 (5^a ed.), pp. 14 ss.

applicazione delle normative comunitarie, al fine di favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici.

L'esigenza di provvedere ad una attuazione interna della disciplina comunitaria ha rappresentato l'occasione per un organico riassetto della normativa in materia di appalti pubblici, realizzato attraverso una penetrante opera di armonizzazione con i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria³⁰⁴.

Il rispetto del principio di effettività della concorrenza, nonché il riferimento alla trasparenza e all'imparzialità delle procedure di gara all'interno del d.lgs. 163/2006, vanno intesi non solo come obbligo di *non facere*, ma specialmente come onere all'adozione di provvedimenti e misure positive per l'implementazione dei principi fissati dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

L'impressione che infine se ne trae è che, nonostante l'utilizzo all'interno della delega del termine «unico testo», si sia in presenza non di un «testo unico», per quanto di portata sicuramente innovativa, bensì di un decreto legislativo che codifichi la materia, apportando gli interventi di riforma resi necessari dai sostanziali criteri di delega e, in primo luogo, recependo le direttive comunitarie³⁰⁵.

3.1. *Le novità in materia di concessioni di servizi.*

La concessione è stata per lungo tempo considerata, da dottrina e giurisprudenza, un provvedimento amministrativo unilaterale, alternativo all'attività contrattuale³⁰⁶.

Per la giurisprudenza la concessione di pubblico servizio è un vero e proprio atto provvedimentale con il quale l'amministrazione, avente l'esclusiva del servizio, ne attribuirebbe *intuitus personae* l'esercizio ad un privato, facendone un suo organo indiretto.

Nel perseguire l'intento di una valorizzazione dell'accordo contenuto nella convenzione accessoria all'atto amministrativo, la dottrina ritiene che la concessione di servizi realizzi un rapporto a carattere sinallagmatico, tanto più evidenziato dalla circostanza che l'accordo accessivo al provvedimento può costituire un limite per il successivo esercizio di potestà

³⁰⁴ R. MANGANI, F. MARZARI, D. SPINELLI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, pp. 3-4.

³⁰⁵ F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, p. 23.

³⁰⁶ S. MORRONE, *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, a cura di M. BALDI, R. TOMEI, Collana diretta da F. CARINGELLA e G. DE MARZO, Milano, 2007, p. 300.

amministrative vere e proprie. Altri invece sostengono che si tratti di un contratto ad oggetto pubblico³⁰⁷.

La concessione è stata attratta in maniera progressiva nell'ambito delle regole sull'evidenza pubblica; è evidente, dunque, come il ribaltamento dell'ottica, da strumento di traslazione dei poteri pubblici a contratto, comporti il necessario ricorso alle procedure concorsuali.

Nel corso degli anni, si è assistito ad un tendenziale avvicinamento tra la disciplina della concessione imposta dall'ordinamento comunitario e quella imposta dal diritto nazionale.

Prima che la direttiva 2004/18 introducesse la definizione di concessione di servizi, salvo in seguito escluderne l'assoggettamento alla sua normativa, l'ordinamento comunitario aveva unicamente conoscenza della definizione di concessione di lavori.

Riconoscendo espressamente anche la concessione di servizi, il diritto comunitario ammetteva che la concessione si costituisse anche a seguito di atto autoritativo, sebbene continuasse a mantenere la sua qualificazione contrattuale.

Per stabilire se una concessione avesse ad oggetto i lavori, a livello comunitario, veniva utilizzato il criterio della prevalenza funzionale, invece, a livello nazionale, in ordine all'individuazione dell'oggetto del contratto, prima che la normativa si adeguasse ai principi comunitari, veniva applicato esclusivamente il principio della prevalenza economica.

Il codice del 2006, recependo l'orientamento del giudice amministrativo, stabilisce che per individuare l'oggetto della concessione, si debba verificare *in primis* se i lavori abbiano carattere accessorio rispetto ai servizi. La concessione concerne essenzialmente servizi pubblici cosiddetti esterni che le amministrazioni gestiscono direttamente o tramite concessionario, in favore dell'utenza³⁰⁸.

Nel 2006 manca ancora nell'ordinamento nazionale una unitaria e precisa nozione di servizi pubblici: essi sono tradizionalmente intesi come quelle attività implicanti prestazione rese alla collettività da un'amministrazione pubblica con modalità non autoritative e soggette ad una

³⁰⁷ L. DELPINO, F. DEL GIUDICE, *Diritto amministrativo*, Napoli, 2006, pp. 512 ss.

³⁰⁸ Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6768, in *Foro Amm.-Cons. Stato*, 2003, 3000; Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2002, in *Foro Amm.-Cons. Stato*, 2002, 941.

disciplina settoriale in grado di assicurare costantemente il conseguimento dei fini sociali ad essi connessi³⁰⁹.

I servizi pubblici, sostanzialmente ed oggettivamente, sono assimilati alle attività economiche esercitate per erogare prestazioni volte al soddisfacimento di bisogni collettivi indispensabili in un dato contesto sociale e collocate in un ordinamento di settore, al cui vertice è posta l'Autorità pubblica di vigilanza, indirizzo e controllo³¹⁰.

Il servizio pubblico si caratterizza per l'elemento funzionale, dato dal soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale³¹¹.

È la sottoposizione del gestore a tutta una serie di obblighi tra cui quelli di esercizio a tariffa, finalizzati a conformare l'espletamento dell'attività a norme di continuità, regolarità, qualità e capacità, a contraddistinguere il servizio pubblico; anche se il gestore è un privato, inoltre, dovrà garantire la trasparenza dell'attività connotata dal rispetto del fondamentale principio dell'imparzialità.

Nella concessione di servizi l'imprenditore assume il rischio di gestione del servizio remunerandosi per una cospicua parte presso l'utente, in special modo mediante la riscossione dei canoni sotto qualsiasi forma³¹².

Qualora il rimborso dei finanziamenti venga garantito dalla pubblica amministrazione senza l'alea connessa alla gestione, l'elemento rischio verrebbe meno ed il contratto dovrebbe essere considerato come appalto e non come concessione: nella concessione di servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'amministrazione compensare l'attività del privato.

La giurisprudenza, allo scopo di tracciare la linea di confine che separa l'appalto di servizi dalla concessione di servizi pubblici, ha individuato i seguenti criteri discretivi: il carattere surrogatorio dell'attività del concessionario di pubblico servizio contrapposta all'attività di mera rilevanza economica svolta dall'appaltatore nell'interesse del committente pubblico; la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico; il trasferimento

³⁰⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Cons. Stato*, 2002, I, 500-501.

³¹⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 29 novembre 2000, n. 6325, in *Giust. amm.*, 2001, 162.

³¹¹ Cfr. Cons. Stato, sez. un., 30 marzo 2000, n. 71, in *Corr. giur.*, 2000, 591.

³¹² Cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294, in *Foro it.*, 2003, III, 327.

di potestà pubbliche in capo al concessionario, nonché l'effetto accrescitivo proprio della concessione³¹³.

Mentre gli appalti pubblici di servizi, o anche le concessioni pubbliche di servizi, sono destinati a soddisfare interessi propri dell'ente pubblico, la concessione di servizio pubblico soddisfa interessi generali della collettività³¹⁴. Secondo il Consiglio di Stato la modalità di remunerazione costituisce il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi³¹⁵.

La scelta del concessionario deve, inoltre, avvenire conformemente al rispetto del principio di uguaglianza e di trasparenza. Il codice dei contratti pubblici del 2006, tuttavia, fa salve le discipline di settore che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza.

3.2. *Le novità in tema di concessioni di lavori pubblici.*

E' necessario partire dall'analisi della definizione di "lavori" ed "opera" di cui al comma 8 dell'art. 3 del d.lgs. 163/2006. Secondo tale norma, i "lavori" comprendono le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione di opere, mentre per "opera" si intende il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione tecnico-economica³¹⁶. Pertanto, per lavori pubblici o di pubblica utilità, di cui all'art. 3, comma 11, del codice del 2006, dovrà intendersi la realizzazione di opere destinate ad un fine pubblico, sia quelle realizzate ed appartenenti ad un ente pubblico sia le opere private a quel fine preposte, nonché la realizzazione di servizi di rete rispondenti alle esigenze di una comunità organizzata. Le opere di pubblica utilità rappresentano, invece, il risultato di attività finalizzate al soddisfacimento di esigenze individuali o private ma che, anche in modo parziale, possono perseguire interessi di carattere generale rispetto ai quali lo Stato non rimane indifferente; titolare *ab origine* di un lavoro e di un'opera di pubblica utilità può

³¹³ Cfr. Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Politiche Comunitarie del 1° marzo 2002, n. 3944.

³¹⁴ S. LUCE, *Il nuovo diritto degli appalti e delle concessioni pubbliche di lavori, servizi e forniture*, in *Studi ed Esperienze di Diritto amministrativo*, Collana a cura di F. CARINGELLA e R. GAROFOLI, Torino, 2006, p. 156.

³¹⁵ Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2002, n. 2634, in *Cons. Stato*, I, 1133.

³¹⁶ G. LEONE, *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, Padova, 1983, *passim*; M. PALLOTTINO, *Costruzione di opere pubbliche (concessione di)*, in *Dig. pubbl.*, IV, 1989, pp. 348 ss.; F. PELLIZZER, *La concessione di opera pubblica*, Padova, 1990, *passim*.

essere solo un soggetto di diritto privato³¹⁷. Vi sono delle ipotesi in cui l'opera realizzata non assume immediatamente il carattere di opera pubblica, in assenza del requisito soggettivo, ma di opera di pubblica utilità, diventando pubblica solo al termine della concessione di gestione³¹⁸. *Ex art. 143, comma 1*, le concessioni di lavori pubblici hanno ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati. La concessione di lavori pubblici può avere ad oggetto anche lavori non di pubblica utilità ma, comunque, strutturalmente collegati ed accessori rispetto all'opera pubblica, principale oggetto del contratto. Il nesso funzionale tra lavori accessori e opere di pubblica utilità non potrebbe giustificare affidamenti autonomi o separati³¹⁹.

Lo strumento concessorio è volto prevalentemente alla realizzazione di “opere calde”, cioè idonee a produrre reddito ed a remunerare l'investimento effettuato, funzionali alla gestione di un servizio pubblico il cui onere viene fatto gravare sull'utenza³²⁰. Allorquando la rilevanza sociale o la specifica funzione dell'opera precludano la possibilità di applicare agli utenti tariffe o prezzi in grado di assicurare una redditività diretta della medesima opera, parleremo di “opere fredde”³²¹.

Nei casi in cui la stazione appaltante disponga del progetto definitivo ed esecutivo, ovvero del solo progetto definitivo, l'oggetto della concessione, per quanto attiene alle prestazioni progettuali, può essere circoscritto al completamento della progettazione, ovvero alla revisione della medesima, da parte del concessionario³²².

La realizzazione dell'opera da parte del concessionario si presenta come fase strumentale alla successiva gestione del servizio. Tale gestione ha causato delle incertezze in merito alla distinzione con la concessione di servizi pubblici perché, nell'ambito della concessione di costruzione e gestione, il concetto di gestione dell'opera è stato sovente interpretato con riferimento all'erogazione del servizio relativo all'opera realizzata. A tal riguardo, va

³¹⁷ G. ROEHRSEN, *Lavori pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, 1990 (aggiornamento R. D'ALESSIO).

³¹⁸ E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2002, p. 208.

³¹⁹ E. ROBALDO, *La realizzazione di opere pubbliche con la partecipazione di capitale privato*, in *Urb. e app.*, 2, 2005, p. 149.

³²⁰ R. DE NICTOLIS, *La concessione di lavori pubblici*, in F. CARINGELLA, G. DE MARZO (a cura di), *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano, 2003, *passim*.

³²¹ E. ROBALDO, *La realizzazione di opere pubbliche con la partecipazione di capitale privato*, cit., p. 151.

³²² S. LOMBARDO, A. CIRAFISI, *Manuale dei lavori pubblici*, Milano, 2003, I, p. 1431.

osservato che la differenza non può consistere nel fatto che il concessionario di servizi pubblici sia tenuto a corrispondere un canone all'amministrazione, neppure può consistere nella prevalenza dell'obiettivo prefissato dall'amministrazione pubblica con lo strumento concessorio: appare maggiormente persuasiva la tesi che fonda tale distinzione sul peso economico delle opere o dei lavori eseguiti³²³. Un'altra corrente giurisprudenziale sostiene, invece, una distinzione fondata non solo sul dato quantitativo, ma anche sul criterio funzionale, per mezzo del quale si pone in rilievo la complessiva finalità che la stazione appaltante intenda conseguire, e sul criterio dell'accessorietà, in base a cui distinguiamo le prestazioni principali caratterizzanti il contratto da quelle secondarie, relative ad aspetti marginali³²⁴.

Con la comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000 la Commissione europea ha chiarito la distinzione tra concessione di lavori pubblici e appalto pubblico, consistente nell'attribuzione al concessionario del diritto di gestire l'opera realizzata e tramite il quale lo stesso concessionario percepisce i proventi costituenti la contropartita della costruzione effettuata; trattasi di proventi derivanti dall'utilizzo dell'opera realizzata che non provengono dall'amministrazione aggiudicatrice ma direttamente dagli utenti. La Commissione considera l'accollo del rischio economico di gestione come elemento essenziale che caratterizza il concetto di concessione nel diritto comunitario³²⁵, anche quando si tratta di concessione di servizi, in quanto un contratto di concessione ha le medesime caratteristiche a prescindere dal suo oggetto. Il concessionario assume in capo a sé non solo il rischio dell'attività di costruzione, proprio degli appaltatori-costruttori, ma anche quello relativo alla gestione e all'utilizzo dell'impianto³²⁶.

La direttiva 18/2004/CE, e coerentemente con essa il d.lgs. 163/2006, mettono in rilievo come la concessione sia di lavori che di servizi rientri, al pari degli appalti, nella nozione di

³²³ C. GALLUCCI, *Appalto, (Appalto pubblico)*, in *Enc. giur. Treccani*, II, p. 2000; Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2001, n. 2518, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratti delle p.a.*, n. 124.

³²⁴ F. PASCUCCI, *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, cit., p. 1230.

³²⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6338, in *Dir. e Giust.*, 2006, 96.

³²⁶ M. MIGUIDI, *Appalti di lavori pubblici dopo il regolamento generale*, Milano, 2000, p. 589.

“contratti pubblici”, e come in essa sia essenziale il profilo delle modalità di retribuzione del concessionario, e, con ciò, del rischio economico³²⁷.

In sede comunitaria non si perde occasione per ricordare l'essenzialità del rischio di gestione nella definizione del modello concessorio; in tal senso, assumono portata vincolante all'interno dell'ordinamento nazionale le sentenze della Corte di Giustizia.

Una riflessione sul rischio economico del concessionario non può però prescindere da una previa definizione dello stesso rischio inteso secondo le varie categorie in cui si manifesta: importanti indicazioni sul tema sono offerte da Eurostat.

In particolare, Eurostat individua tre principali forme di rischio nei rapporti di partenariato³²⁸. Sulla base di queste categorie di “rischio” si deve stabilire se un'opera incida o meno sul bilancio pubblico.

Il “rischio di costruzione” è relativo, nella fase di realizzazione dell'infrastruttura, per esempio ai ritardi nella consegna, ai costi addizionali, a *standard* inadeguati, a deficienze tecniche. Qualora il soggetto pubblico si impegni a corrispondere il prezzo indipendentemente dalla verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell'infrastruttura o ripiani ogni costo aggiuntivo emerso, quale ne sia la causa, vi è assunzione del rischio di costruzione da parte del soggetto pubblico.

Il “rischio di disponibilità” è relativo alla qualità e al volume dei servizi che il *partner* privato deve rendere durante la fase di utilizzazione dell'opera. Affinché tale rischio possa ritenersi in capo al privato, occorre che il soggetto pubblico abbia il diritto di ridurre o bloccare i propri pagamenti, nel caso in cui i parametri prestabiliti di prestazione non vengano raggiunti: deve, in sostanza, essere pattuita la riduzione dei pagamenti nel caso di prestazioni insufficienti con l'applicazione di opportune penali. Laddove siano previsti pagamenti costanti, canoni invariabili, indipendenti dal volume e dalla qualità dei servizi erogati, è il soggetto pubblico ad essersi in realtà assunto tale rischio.

³²⁷ F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 4, 2011, p. 705.

³²⁸ A. MASSERA, *Il partenariato pubblico privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, pp. 1201 ss.; M. MATTALIA, *Il Project financing come strumento di partenariato pubblico privato*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, pp. 1246 ss.

Il “rischio di domanda” riguarda i volumi di domanda del servizio che il *partner* privato finisce per soddisfare, in altri termini, la domanda di un servizio può variare indipendentemente dalla sua qualità. Solo laddove i pagamenti pubblici risultino correlati all’effettiva quantità domandata per quel servizio dell’utenza, tale rischio è assunto dal privato. Viceversa, qualora l’amministrazione incassi direttamente dagli utenti i proventi derivanti dall’utilizzo, assicurando al concessionario un canone di utilizzo non parametrato alla domanda degli utenti, oppure riconosca un minimo garantito al concessionario, il rischio di domanda è in capo al pubblico³²⁹.

Nella visione di Eurostat, perché il rischio economico possa dirsi allocato al concessionario, deve essere significativo, ossia tale da mettere in discussione l’equilibrio economico della operazione. Esso può altresì consistere, alternativamente, nel rischio di disponibilità ovvero di domanda.

Se per Eurostat un rischio è rilevante ai fini della determinazione della allocazione dei rischi, nella misura in cui possa dirsi significativo, la posizione della Corte di Giustizia è più complessa. Essa ritiene, infatti, che la speciale disciplina pubblicistica che caratterizza la gestione e il godimento di beni di interesse pubblico possa ben ridurre quantitativamente il rischio, senza perciò solo far transitare il rapporto dalla concessione all’appalto. I giudici comunitari dimostrano di pretendere che vi sia un effettivo e significativo trasferimento di rischi; i rischi trasferiti, però, possono essere limitati, se non addirittura tali da integrare un rischio di gestione “molto ridotto”, senza che ciò infici il carattere concessorio del rapporto. Il rischio di impresa che maggiormente connota la concessione rispetto all’appalto non implica affatto una trasformazione dell’attività in senso privatistico, con rinuncia a quei profili pubblicistici che rendono l’attività, per sua natura, meno rischiosa di altre attività più direttamente soggette alle logiche di mercato³³⁰.

Con riferimento alle concessioni di lavori, si dovrà valutare in concreto la conformazione al paradigma del trasferimento del rischio imprenditoriale. Ove tale trasferimento non vi sia o sia soltanto apparente, si dovrà parlare di appalto, applicando la relativa disciplina.

³²⁹ F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, cit., p. 710.

³³⁰ F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, cit., p. 715.

Tornando alle differenze ed alla progressiva assimilazione tra concessione di lavori pubblici e appalto pubblico di lavori nella giurisprudenza italiana, occorre chiarire che, secondo il tradizionale orientamento della Corte di Cassazione, nel caso di concessione di opera pubblica l'amministrazione trasferisce in capo al concessionario proprie potestà di carattere pubblicistico, di talché il concessionario sarebbe investito di facoltà e poteri tipici dell'ente concedente³³¹: si tratta della "teoria dell'organo indiretto" della pubblica amministrazione che, tuttavia, non ha trovato accoglimento presso il giudice amministrativo, il quale ha sottolineato come risulti necessaria una norma di rango primario perché si possa verificare un trasferimento di funzioni a favore di soggetti privati³³².

Scopo dell'istituto concessorio era quello di dotare l'amministrazione di uno strumento utile a reperire le risorse finanziarie necessarie alla realizzazione di opere di notevole rilievo, attingendo al capitale privato remunerato tramite gestione dell'opera, e supplendo così alla carenza di competenze tecniche idonee all'interno dell'amministrazione medesima³³³.

L'art. 3, paragrafo 3, della direttiva 93/37/CEE prevede espressamente che il concessionario possa essere un'amministrazione aggiudicatrice contemplata dalla direttiva, il che implica che questo tipo di relazione sia soggetto, a monte, ad una pubblicazione ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, della stessa direttiva³³⁴.

Per i concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, invece, è prevista una più ampia libertà di azione, in quanto, in questo caso, per gli appalti di valore superiore alla soglia comunitaria affidati a terzi i principi di evidenza pubblica debbono essere applicati in forma molto meno rigorosa: tale distinzione trova fondamento essenzialmente nella qualificazione o meno del concessionario come organismo di diritto pubblico, da tale qualificazione discende, infatti, una differente disciplina relativamente agli appalti di lavori affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici e quelli affidati dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici. Il concessionario deve comunque

³³¹ Cass. civ., sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Foro amm.*, 1991, 655 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1994, *passim*.

³³² Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1577, in *Giur. it.*, 1997, III, 261 ss., con nota di E. CANNADA BARTOLI, *Amministrazioni aggiudicatrici e problemi di giurisdizione*; C. GUCCIONE, *Appalti pubblici: ambito soggettivo della normativa e criteri di riparto della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, pp. 809 ss.

³³³ A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, pp. 105 ss.

³³⁴ F. PASCUCCI, *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, cit., p. 1238.

rispettare i principi fondamentali in materia di procedure ad evidenza pubblica, mentre l'appaltatore che non è organismo di diritto pubblico può liberamente affidare a terzi parte dei lavori³³⁵.

Il d.lgs. n. 163/2006, artt. 142-151, prevede che la controprestazione a favore del concessionario consista, in linea generale, esclusivamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati. Salvo il rispetto delle regole comunitarie e della normativa antimafia, il concessionario svolge la sua attività in piena autonomia, intrattenendo rapporti indipendenti con gli appaltatori, i fornitori ed i prestatori di servizi, che si pongono con l'oggetto della concessione in un collegamento molto lato, senza alcuna possibilità che si instauri una relazione di derivazione diretta dei citati rapporti dal modello concessorio³³⁶.

L'operazione economica sottostante all'atto concessorio deve basarsi su una corretta valutazione dell'onere economico derivante dalla costruzione e dalla gestione dell'opera e tener conto dell'andamento del mercato e delle prospettive future. Pertanto la durata della concessione è stabilita dal decreto legislativo del 2006 in trenta anni per consentire al concessionario di godere di un lasso di tempo sufficiente ad ammortizzare i costi suddetti; proprio questa finalità contribuisce a rendere il limite dei trent'anni non tassativo, ma superabile nelle ipotesi in cui il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario del concessionario necessiti di una durata maggiore.

Per quanto riguarda il regime giuridico dell'opera realizzata, il concessionario è titolare di un diritto di superficie per tutta la durata della concessione. Nel caso di specie parleremo di proprietà temporanea e non di proprietà piena, in quanto il concessionario è titolare di un diritto limitato nel tempo ed ha realizzato e finanziato l'opera in sostituzione del soggetto concedente³³⁷.

Oggetto di concessione possono anche essere opere destinate ad un uso diretto da parte dell'amministrazione, poiché funzionali alla gestione di pubblici servizi, purché l'alea della gestione dell'opera continui a gravare sul concessionario. Si tratta, in tal caso, di un

³³⁵ M. GIOVANNELLI, D. LASTRAIOLI, *Concessione di lavori pubblici e promotore finanziario*, in *Urb. e app.*, 8, 2006, p. 893.

³³⁶ P. SANTORO, *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2005, p. 265.

³³⁷ Cass., sez. un., 9 marzo 1978, n. 1179, in *Giust. civ.*, 1978, I, 837.

affidamento in concessione di “opere fredde”, contraddistinte cioè da una ridotta redditività; questa tipologia di concessione sorge come concessione di costruzione per trasformarsi in concessione di gestione del bene, ma senza le peculiarità di una concessione di esercizio di servizio pubblico, il quale rimane in capo alla pubblica amministrazione³³⁸.

Come specifica il comma 3 dell’art. 142, il codice degli appalti si applica alle concessioni ed agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici: amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da tali soggetti. Questi soggetti devono attenersi alle disposizioni del codice sia quando affidano concessioni e appalti a terzi, sia quando essi stessi siano concessionari. Qualora si tratti di concessionari che non siano amministrazioni aggiudicatrici si applicheranno solo talune disposizioni della direttiva. Dall’ambito di operatività del codice del 2006 vengono esclusi i contratti riguardanti i settori del gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali e sfruttamento di area geografica. L’applicabilità della disciplina delle concessioni risulta quindi esclusa in tali settori speciali; tuttavia, ai sensi dell’art. 27 del codice, l’affidamento deve essere preceduto da una “selezione minima”.

La giurisprudenza ha più volte ribadito che nei contratti pubblici non soggetti a specifiche procedure di selezione, poiché atipici, occorre comunque rispettare la regola della concorrenza³³⁹.

La *ratio* del ricorso alla concessione di lavori pubblici è il coinvolgimento del capitale privato nella realizzazione di opere di pubblica utilità: la pubblica amministrazione ricorre infatti al contributo tecnico-economico del privato quando ad essa manchino adeguate risorse tecniche e finanziarie per la realizzazione di un’opera pubblica. «La causa giustificatrice della concessione di lavori pubblici è la realizzazione di un’opera strumentale all’erogazione di un servizio pubblico a vantaggio della collettività»³⁴⁰.

Come già ricordato, perché si possa ricorrere al modello concessorio nell’ottica comunitaria, il concessionario deve assumere in capo a sé i rischi connessi alla gestione; qualora tale

³³⁸ A. CARULLO, *La concessione di costruzione e di gestione*, in *Riv. trim. app.*, 1993, p. 334.

³³⁹ Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2001, n. 4680, in *Foro amm.*, 2001, 9.

³⁴⁰ R. VESPIA, *Novità nell’ambito della giurisprudenza e del diritto comunitario in materia di concessione di costruzione e gestione dei lavori pubblici*, in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2006, pp. 395 ss.

rischio restasse in capo all'amministrazione si avrebbe un appalto pubblico. Non potrebbe usarsi uno strumento pubblicistico ai fini di veicolazione di una causa prettamente privatistica, in altri termini, la pubblica amministrazione non potrebbe ricorrere allo strumento della concessione qualora dovesse esclusivamente realizzare un'opera³⁴¹.

Occorre chiarire che l'oggetto interessato dal provvedimento concessorio è solo l'opera pubblica e non l'opera di interesse pubblico: l'opera pubblica soddisfa tramite fruizione collettiva ed indifferenziata i bisogni dell'intera collettività ed è strumentale al raggiungimento di interessi non commerciali e non industriali, al di fuori del regime di libera concorrenza, viceversa, l'opera di interesse pubblico è deputata al soddisfacimento delle esigenze dei singoli e non della collettività, il suo godimento è pertanto esclusivo³⁴².

In conclusione, l'art. 143, comma 9, del d.lgs. 163/2006 stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione delle opere destinate alla diretta utilizzazione della pubblica amministrazione, funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera. In tale evenienza l'opera non resta nella disponibilità del concessionario che deve gestirla verso l'utenza, ma è trasferita alla pubblica amministrazione per l'uso diretto da parte della stessa. Il concessionario non ha dunque rapporti con l'utenza, non essendo colui che eroga il servizio, ma in seguito alla realizzazione dell'opera ha comunque un ruolo da svolgere: trattasi di un'attività gestoria da erogare nei confronti della stessa amministrazione. Questa ipotesi viene denominata "*global service*" e, ai sensi della l. n. 448/2001, altro non è che «un contratto riferito ad una pluralità di servizi sostitutivi delle normali attività di manutenzione con piena responsabilità sui risultati da parte dell'assuntore»³⁴³.

3.3. *Analisi critica dell'influsso europeo sul paradigma concessorio.*

Il diritto comunitario ha notevolmente inciso sulla fisionomia di taluni istituti afferenti all'attività amministrativa. Emblematico risulta il caso delle concessioni. Nel 2011 è stata

³⁴¹ M. BALDI, *La concessione di lavori pubblici*, in M. BALDI, G. DE MARZO (a cura di), *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2004, pp. 296 ss.

³⁴² R. MIRANDA, *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, cit., p. 1252.

³⁴³ S. CARTA, *Gli appalti misti di lavori, servizi e forniture, anche con riferimento alla figura del "global service"*, in *Riv. trim. app.*, 2004, pp. 535 ss.

presentata una proposta di direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, con la finalità di fornire coordinate giuridiche certe nel settore delle procedure di aggiudicazione delle concessioni medesime³⁴⁴.

La concessione di lavori, da strumento di affidamento di compiti pubblicistici *intuitu personae*, si è progressivamente trasformata in un contratto, distinguendosi dall'appalto unicamente in relazione alla modalità di remunerazione, la quale implica la gestione dell'opera ed il relativo rischio. L'alea di esposizione al mercato deve essere trasferita, *in toto* o in misura consistente, in capo al concessionario³⁴⁵.

Nel diritto europeo il carattere peculiare della concessione è rappresentato, *ergo*, dal trasferimento in capo al concessionario dell'alea relativa alla gestione dell'opera. In tal senso si orientano anche la giurisprudenza dell'Unione Europea³⁴⁶ e, a livello nazionale, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

La giurisprudenza italiana, invece, invoca come criteri distintivi e peculiari del modello concessorio diversi profili³⁴⁷.

In Italia si sente, infatti, la necessità di delineare una definizione coerente con i caratteri propri della giurisdizione amministrativa esclusiva indicati nella sentenza della Consulta n. 204/2004³⁴⁸, secondo la quale la giurisdizione esclusiva può essere introdotta soltanto nelle materie in cui la pubblica amministrazione agisce come autorità³⁴⁹. Di conseguenza fattori come il carattere trilaterale del rapporto o il profilo della delega di poteri, vengono in rilievo per tal ragione.

L'elemento della trilateralità della concessione, come contrapposta alla bilateralità dell'appalto, viene ancor oggi strenuamente difeso in dottrina, in quanto, unico criterio in grado di offrire elementi distintivi solidi e di risultare coerente con la tradizione giuridica di

³⁴⁴ F. FRACCHIA, L. GILI, *Ordinamento dell'Unione Europea, Mercato, Risorse pubbliche e Contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2013, p. 94.

³⁴⁵ Cfr. F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo, crisi finanziaria globale e mercati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 451 ss.

³⁴⁶ Corte Giust. CE, sez. II, 18 luglio 2007, C-328/05, *Commissione c. Italia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 1907 ss.

³⁴⁷ F. FRACCHIA, L. GILI, *Ordinamento dell'Unione Europea, Mercato, Risorse pubbliche e Contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 94.

³⁴⁸ V. GASPARINI CASARI, *Le materie e i contenuti della giurisdizione esclusiva secondo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. econ.*, 2004, pp. 719 ss.

³⁴⁹ Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 343-349.

molti Stati membri, tra cui l'Italia, in cui la distinzione tra servizi pubblici e, rispettivamente, servizi offerti direttamente alla pubblica amministrazione, sotto forma di appalto di servizi, è densa di conseguenze giuridiche³⁵⁰. In giurisprudenza nazionale, pertanto, l'idea di una necessaria trilateralità conserva vasto credito³⁵¹.

Il Consiglio di Stato, con riguardo ad una concessione di lavori, ha ricordato che nella concessione l'impresa concessionaria eroga le proprie prestazioni al pubblico, assumendo il rischio di gestione dell'opera o del servizio, poiché si remunera, quantomeno per una consistente parte, presso gli utenti mediante riscossione di un prezzo; nell'appalto, invece, le prestazioni vengono erogate non al pubblico, ma all'amministrazione, tenuta a remunerare l'attività posta in essere dall'appaltatore per le prestazioni ad essa rese. Anche le Sezioni Unite della Cassazione hanno rilevato come la linea di demarcazione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi sia netta, poiché l'appalto pubblico di servizi, a differenza della concessione di servizi, riguarda generalmente servizi resi alla pubblica amministrazione e non al pubblico degli utenti, non comporta il trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione, e non determina, in ragione delle logiche di remunerazione, l'assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario³⁵².

Nel contesto della giurisprudenza comunitaria, quei rapporti in cui il rischio economico manchi, non possono definirsi come concessioni, bensì come appalti di servizi: e ciò nonostante la loro trilateralità sostanziale, ossia il loro essere diretti a fornire utilità direttamente a terzi utenti, nel contesto di un'attività definibile, secondo le categorie nazionali, come di servizio pubblico.

Sembra esservi una stretta connessione tra trilateralità e rischio economico: senza trilateralità, infatti, mancherebbe, in linea generale, il rischio di domanda-mercato e di conseguenza il carattere concessorio del rapporto.

Nell'ambito della conformazione comunitaria della concessione di lavori e servizi, potremmo sostenere che una trilateralità, anche sostanzialmente intesa, continua ad essere rilevante,

³⁵⁰ R. VILLATA, *Pubblici servizi, discussioni e problemi*, Milano, 2008, pp. 99 ss.; B. GILBERTI, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 4, 2011, pp. 183 ss.

³⁵¹ F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, cit., p. 723.

³⁵² F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, cit., p. 725.

giacché condizione necessaria ma non sufficiente del rischio economico, ossia dell'elemento distintivo principe tra appalto e concessione³⁵³.

In virtù dell'assunzione del rischio è altresì naturale che il concessionario si rifaccia sugli utenti, ove essi siano presenti, in modo tale che il carattere triangolare del rapporto possa assumere i connotati di indice di assunzione del rischio, o, venga completato «accostando al momento della sostituzione del concessionario in una posizione giuridica di indole pubblicistica quello del trasferimento del rischio economico»³⁵⁴. Il filo conduttore di queste numerose tesi è quindi costituito dal trasferimento in capo al concessionario di un fattore che non rientrerebbe naturalmente nella sua sfera giuridica ed economica.

Può notarsi, inoltre che, mentre la direttiva comunitaria 18/2004/CE fa riferimento ai lavori pubblici, la versione italiana estende l'oggetto della concessione fino a ricomprendere anche i lavori di pubblica utilità e quelli collegati. Non viene fatto cenno, invece, al profilo dell'integrale o comunque significativo trasferimento del rischio, sebbene questo possa essere recuperato attraverso una lettura sistematica che abbracci anche il dato giurisprudenziale europeo. Ci si può domandare se l'intervento sul versante del prezzo possa incidere su questo requisito e se ciò non permetta di realizzare delle opere differendo al futuro un debito già attuale senza la garanzia dei mezzi per farvi fronte.

Anche la concessione di servizi riveste una qualificazione contrattuale, in misura diversa dall'appalto poiché il corrispettivo consiste nel diritto di gestire il servizio o in tale diritto accompagnato da un prezzo. In questo caso ricorre il trasferimento in capo al concessionario del rischio di gestione³⁵⁵ ma l'utente è la pubblica amministrazione.

Ove si incontrino poi figure al confine tra lavori e servizi, la qualificazione dovrà avvenire alla luce di un criterio di prevalenza funzionale.

Sulla base di quanto sopra analizzato, diviene facile evincere come il diritto interno abbia aderito al modello del contratto anche dal punto di vista terminologico.

³⁵³ F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, cit., p. 729.

³⁵⁴ F. FRACCHIA, L. GILI, *Ordinamento dell'Unione Europea, Mercato, Risorse pubbliche e Contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 95.

³⁵⁵ R. CARANTA, *La Corte di Giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*, in *Urb. e app.*, 2012, p. 287.

Il distinguo tra concessione e contratto sembra sfumarsi fino a svanire definitivamente, eliminando i margini discrezionali insiti nella prima, ritenuti eccessivi. Viene così a perdersi il senso più profondo della concessione, istituto *ab origine* concepito ai fini della realizzazione di operazioni complesse, geneticamente atto a permettere all'amministrazione di scegliere un privato in grado di supplire la stessa nel compiere l'intera attività.

E' così che l'Unione Europea reagisce alla continua resistenza opposta dalle amministrazioni dei vari Stati membri nei confronti della penetrazione del suo diritto all'interno degli ordinamenti nazionali, manifestamente con lo scopo di eludere la meno flessibile disciplina sugli appalti.

Questa è la ragione per la quale la Corte di Giustizia rivendica a sé il compito di definire quando una pattuizione possa essere qualificata come concessione o come appalto di servizi.

In realtà, l'unico obiettivo perseguito dall'Unione Europea è l'applicazione dei principi di matrice comunitaria: piuttosto che una forzata omologazione tra appalti e concessioni, sarebbe allora stata più opportuna un'estensione alla disciplina delle concessioni dei principi comunitari.

Altro influsso derivante dal diritto dell'Unione Europea è rappresentato dalla semplificazione dei modelli, la cui causa è da attribuirsi all'opera della giurisprudenza comunitaria³⁵⁶.

In un contesto del tutto diverso da quello fondato sulla gestione dell'attività o dell'opera e da quello basato sul rischio, nonché in una prospettiva ancorata alla tradizione interna, una distinzione tra appalto e concessione potrebbe essere intravista in relazione alla rilevanza dell'interesse pubblico: ciò risulterebbe in linea con la struttura di partenariato pubblico-privato della concessione e con l'esigenza propria della pubblica amministrazione di tutelare le parti che, sebbene non abbiano partecipato alla pattuizione, sono i beneficiari ultimi della gestione dedotta nel negozio di concessione³⁵⁷. Questi poteri andrebbero, pertanto, giustificati in virtù del fatto che il rischio assunto dal concessionario è quello trasferito dall'amministrazione, la quale sulla vicenda continua a mantenere una responsabilità

³⁵⁶ Corte Giust. CE, sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen Stadtwerke Brixen Ag*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2005, 1907.

³⁵⁷ P. MICHIARA, *Il terzo settore e la finanza di progetto*, in G. F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010, pp. 369 ss.

complessiva: l'interesse pubblico, insito nell'istituto concessorio, prevale sulle esigenze di stabilità della pattuizione in seno allo schema contrattualprivatistico.

Le disposizioni sulla *spending review* mettono fortemente in crisi la stabilità del contratto; se da un lato, l'accostamento anomalo del contratto all'accordo dovrebbe portare ad una rifioritura pubblicistica del contratto medesimo e non ad una qualificazione contrattuale della concessione, dall'altro, questo avvicinamento trova perno su necessità legislative di contenimento dei costi tipicamente riferibili alla concessione.

Il diritto europeo, d'altra parte, appare disinteressato a tutto ciò: laddove la qualificazione dell'atto non incida sull'applicabilità dei principi di matrice comunitaria, la diversificazione quanto a natura tra contratti e concessioni posti in essere dalle pubbliche amministrazioni viene accettata da un ordinamento che mira in misura prevalente a tutelare la concorrenza sul mercato quando la fattispecie abbia sufficiente rilievo³⁵⁸.

4. La direttiva "concessioni" del 2014.

All'interno della trilogia delle direttive sui contratti pubblici, quella sulle concessioni, 2014/23/UE, rappresenta una assoluta novità³⁵⁹. Tale direttiva, infatti, disciplina per la prima volta sia le concessioni di lavori che le concessioni di servizi, estendendo il proprio ambito applicativo ai settori "tradizionali" ed ai settori "speciali", e fornisce una configurazione dell'istituto di gran lunga diversa da quella a cui la nostra tradizione ci aveva abituati³⁶⁰.

E' chiaro, dunque, che la portata innovativa della direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, comporti una serie di problematiche relative alla compatibilità, al coordinamento e all'adattamento della disciplina interna e dello stesso *modus operandi* degli operatori del settore³⁶¹.

³⁵⁸ F. FRACCHIA, L. GILI, *Ordinamento dell'Unione Europea, Mercato, Risorse pubbliche e Contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 102.

³⁵⁹ Cfr G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2015, p. 101 ss.; H. CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2014, p. 1135.

³⁶⁰ G. GRECO, *La Direttiva in materia di "Concessioni"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2015, p. 1096.

³⁶¹ Cfr. M. P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in G. F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di) *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2015, pp. 3 ss.

La direttiva mira precipuamente alla creazione di un quadro giuridico appropriato, che sia flessibile ed equilibrato, così che possa scaturirne una quanto più ampia possibile diffusione dell'istituto della concessione.

L'operazione definitoria della direttiva è stata conseguita in positivo, descrivendo gli elementi costitutivi di una concessione, ed in negativo, escludendo espressamente dalla disciplina le tipologie contrattuali che avrebbero potuto genere dei dubbi di classificazione³⁶².

La disciplina del modello concessorio si innesta, d'altronde, in un contesto di "libertà" che la direttiva stessa riconosce agli Stati membri: libertà di scelta delle modalità di gestione per l'esecuzione dei lavori e la fornitura di servizi, libertà di istituire servizi di interesse economico generale, nonché servizi non economici di interesse generale.

La libertà di scelta delle modalità di gestione per l'esecuzione dei lavori e la fornitura di servizi ha forti ripercussioni sulla «dialettica tra autoproduzione ed esternalizzazione»³⁶³, influenzata dalla più elastica nozione di persona giuridica *in house* proposta dalla direttiva medesima.

La libertà di scelta riconosciuta dalla normativa europea non può non avere una qualche influenza sul *trend* normativo nazionale, perlopiù orientato, nell'ambito dei servizi pubblici, ad imporre l'esternalizzazione al fine di soddisfare le presunte esigenze derivanti dal diritto europeo della concorrenza³⁶⁴.

La direttiva "concessioni" sfa tale approccio, sostenendo espressamente che il diritto europeo non imponga affatto che i servizi di interesse economico generale siano necessariamente affidati a soggetti terzi³⁶⁵, sicché, se limitazioni potranno e dovranno concepirsi per la scelta dell'autoproduzione, dovrà trattarsi di limitazioni imposte dal diritto nazionale, che non potrà così scaricare la scelta su supposte responsabilità di matrice comunitaria³⁶⁶.

³⁶² M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 7, 2014, pp. 741 ss.

³⁶³ G. GRECO, *La Direttiva in materia di "Concessioni"*, cit., p. 1097.

³⁶⁴ A. LUCARELLI, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 1, 2011, p. 261.

³⁶⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino (4^a ed.), 2014, pp. 59-60.

³⁶⁶ G. GRECO, *La Direttiva in materia di "Concessioni"*, cit., p. 1097.

Per ciò che concerne la libertà di istituire servizi di interesse economico generale, il relativo ambito e le peculiarità del servizio, occorre chiarire che si tratta di una libertà non assoluta: permangono il controllo della Commissione in ordine alla istituzione del servizio e, a livello nazionale, la doverosa osservanza del principio di sussidiarietà orizzontale. Ad ogni modo, laddove l'Ente pubblico abbia optato per l'esternalizzazione della gestione di un servizio, si applicheranno ora le regole della gara, prassi in passato risultata «variamente attenuata»³⁶⁷.

Il riferimento ai servizi di interesse economico generale evoca la specifica missione che le imprese, incaricate della relativa gestione, sono tenute ad assolvere per scopi di interesse generale; richiama, altresì, servizi rivolti agli utenti per soddisfare interessi dei cittadini, come singoli o come componenti della collettività.

Chi volesse poi ricercare all'interno della direttiva "concessioni" un qualche rilievo accordato a detta "missione" rimarrebbe deluso, poiché, la direttiva non si occupa minimamente di tali temi e «la figura del cittadino-utente risulta la grande assente, così come risultano totalmente pretermessi i relativi bisogni e le connesse esigenze»³⁶⁸.

La direttiva 2014/23/UE compie un notevole sforzo nel definire l'ambito oggettivo di applicazione degli istituti disciplinati. La definizione delle concessioni di lavori e di servizi è in sostanza ripetitiva nella sua prima parte delle nozioni già contenute nelle direttive 17 e 18 del 2004: si tratta di un contratto che segue gli schemi degli appalti di lavori o di servizi, avente la caratteristica che il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori (o i servizi) o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Il secondo comma dell'art. 5, precisa inoltre che l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo. Il rischio operativo, a cui il privato deve essere esposto, può riguardare il lato della domanda e dell'offerta: il rischio della domanda consiste nel fatto che la fruizione di quel servizio possa avere un calo per l'insorgere nel mercato di un'offerta competitiva di altri operatori, il rischio dell'offerta è, invece, quel rischio associato

³⁶⁷ G. GRECO, *La Direttiva in materia di "Concessioni"*, cit., p. 1097; cfr. G. MONTEDORO, V. TALIENTI, *Le concessioni di lavori pubblici: nozioni e caratteristiche*, in *Trattato dei contratti pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e altri, Milano, 2008, vol. IV, pp. 2478 ss.

³⁶⁸ G. GRECO, *La Direttiva in materia di "Concessioni"*, cit., p. 1098.

all'offerta di lavori e servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura non corrisponda alla domanda³⁶⁹.

Il rischio operativo può anche essere, in termini assoluti, molto limitato: quel che conta è che l'amministrazione trasferisca il suo rischio, o un parte considerevole dello stesso, non che il rischio sia necessariamente significativo³⁷⁰.

La novità rispetto al d.lgs. 163/2006, portatrice di future necessità di adeguamento, sempre inserita nel comma 1 dell'art. 5 della direttiva, riguarda la puntualizzazione di cosa comporta l'aggiudicazione di una concessione, in altri termini quale sia il contenuto necessario di un contratto di concessione: il trasferimento in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi³⁷¹.

Non è una novità per il codice del 2006 che i rischi abbiano una centralità nella qualificazione delle concessioni: l'art 143, comma 9, indica infatti la necessità nelle concessioni destinate alla utilizzazione diretta dalla pubblica amministrazione, c.d. "fredde", in cui il *main payer* sia la pubblica amministrazione con il pagamento di un canone periodico all'affidatario, di mantenere a carico del concessionario "l'alea economico finanziaria della gestione dell'opera". Tuttavia, il codice non è stato così esplicito nella necessità di individuare i rischi nelle concessioni ordinarie, dove i proventi della gestione sono corrisposti dai fruitori del servizio, ossia gli utenti, verosimilmente perché ciò è stato ritenuto un fatto comunemente acquisito³⁷².

Con la direttiva in esame il vuoto sulla previsione sostanziale di rischio a livello comunitario è stato colmato, si tratta di una definizione completa che non consente ai concessionari e agli istituti finanziari di introdurre in modo strisciante forme di attenuazione o eliminazione del proprio rischio, restituendolo alla pubblica amministrazione.

L'intenzione del legislatore comunitario di quantificare la possibile entità del rischio è testimoniata dal fatto che il rischio operativo, nelle precedenti versioni del testo della

³⁶⁹ M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 746.

³⁷⁰ F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, p. 758.

³⁷¹ Cfr. G. F. CARTEI, *Interesse pubblico e rischio: il principio di equilibrio economico finanziario nella finanza di progetto*, in *Finanza di Progetto. Temi e prospettive*, a cura di G. F. CARTEI e M. RICCHI, cit., *passim*.

³⁷² M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 743.

direttiva, era definito “sostanziale”; in seguito l’aggettivo sostanziale è stato espunto, perché avrebbe generato interpretazioni non univoche.

La direttiva precisa, dunque, il valore potenziale della perdita economica associata al rischio operativo: fino al 2014 l’indeterminatezza di questo valore ha nella prassi consentito l’elusione delle prescrizioni comunitarie³⁷³.

La Corte di Giustizia³⁷⁴ e la Commissione, attraverso la comunicazione del 2000³⁷⁵ ed il Libro Verde sui partenariati pubblico-privati del 2004, in molteplici occasioni avevano già messo in luce che la principale caratteristica distintiva delle concessioni rispetto agli appalti è data dall’assunzione di un rischio, qualitativamente diverso da quello normalmente sopportato da un appaltatore. La giurisprudenza amministrativa italiana, d’altro canto, si è progressivamente allineata a questa interpretazione³⁷⁶.

In assenza di tale trasferimento del rischio, dunque, avremmo un contratto d’appalto, specie in riferimento alla fase di aggiudicazione. Tuttavia, non è la struttura del rapporto che si viene a costituire a differenziare un appalto da una concessione, piuttosto il trasferimento o meno del rischio operativo³⁷⁷.

Dal punto di vista qualitativo, la direttiva specifica che deve trattarsi di un rischio «sul lato della domanda o sul lato dell’offerta, o su entrambi i lati» e che tale rischio «dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti»: ciò risulta facilmente conciliabile con il rischio della domanda, che dipende da comportamenti di soggetti terzi, ma è meno agevole da conciliare con il rischio dell’offerta resa dallo stesso concessionario. Nell’ambito del rischio dell’offerta è dubbio dunque che possa aver rilievo il c.d. rischio di disponibilità tipico delle concessioni associate (ai servizi e) alle “opere fredde”; poiché il rischio di disponibilità risulterebbe legato «alla capacità da parte del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per *standard* di qualità», sarebbe un rischio

³⁷³ M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l’impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 745.

³⁷⁴ Cfr. Corte Giust. CE, sez. III, 13 novembre 2008, C-437/07, *Commissione c. Italia*, in *Rass. Avv. St.*, 1/2010, 12.

³⁷⁵ Cfr. “*Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*”, in GUCE 29 aprile 2000, C 121/2.

³⁷⁶ Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377, in *Foro amm. C.d.S.*, 6, 2011, 1973.

³⁷⁷ G. GRECO, *La Direttiva in materia di “Concessioni”*, cit., p. 1100.

dipendente dalla *performance* del concessionario stesso, la cui rilevanza sembrerebbe esclusa dalla direttiva³⁷⁸.

Si pone conseguentemente anche il problema della sopravvivenza della concessione di lavori relativi alle “opere fredde”³⁷⁹, prive cioè della capacità di generare reddito tramite la fruizione da parte dei terzi, così il privato che le realizza e gestisce, fornisce direttamente servizi all’amministrazione e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa.

L’applicabilità delle concessioni alle “opere fredde” ha da sempre determinato l’insorgere di gravi perplessità, giacché ambiente naturale dell’istituto è fondamentalmente quello delle “opere calde”, intrinsecamente dotate della capacità di generare reddito attraverso i ricavi degli utenti, o al massimo delle “opere tiepide”, i cui ricavi di utenza non sono sufficienti a ripagare interamente le risorse impiegate, rendendo necessario, per consentirne la fattibilità in termini finanziari, un contributo pubblico.

La direttiva, parlando del diritto di gestire i lavori o i servizi, non specifica se tale gestione debba essere effettuata a favore dei terzi, sicché non pare opportuno escludere l’applicazione della concessione (ai servizi e) alle “opere fredde”³⁸⁰.

Se per le “opere fredde” viene in rilievo prevalentemente il rischio dell’offerta, per le “opere calde” viene principalmente in rilievo il rischio della domanda³⁸¹.

Non risulta precisamente determinata nella direttiva l’entità del rischio operativo che deve gravare sull’operatore privato; neppure la giurisprudenza della Corte appare univoca, in taluni casi ritenendo sufficiente la traslazione di un rischio anche molto ridotto³⁸², in talaltri ritenendo necessaria, invece, una traslazione in misura significativa³⁸³. Nei casi di “opere fredde” con gestione a favore della stessa amministrazione, il confine tra concessione di lavori

³⁷⁸ Il T.A.R. Lombardia, sez. III, 16 dicembre 2011, n. 3200, definisce il rischio di disponibilità come «quello connesso alla soddisfazione delle richieste dell’utenza».

³⁷⁹ G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Direttiva 2014/23/UE*, cit., p. 124.

³⁸⁰ G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di pubblico servizio*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, Padova, 1988, p. 8 e ss.

³⁸¹ G. GRECO, *La Direttiva in materia di “Concessioni”*, cit. p. 1103.

³⁸² Corte Giust. CE, sez. III, 10 marzo 2011, C-274/09, *Privater Rettungsdiensts und Krakentransport Stadler c. Zweckverband*, con nota di M. ROBLES, *Distinzione tra appalto pubblico di servizi e concessione di servizi*, in *Giur. it.*, 2011, 762 ss.

³⁸³ Corte Giust. CE, sez. III, 10 settembre 2009, C-206/08, *WazGotha c. Eurawasser*, con nota di T. BIANCHI, L. PONZONE, *La Corte di giustizia torna sulla distinzione tra concessione di servizi e appalto di servizi*, in *Dir. com. scambi int.*, 2010, 279 ss.

e appalto misto di lavori e servizi è così sottile³⁸⁴ da esporre la prima alla possibile accusa di un appalto camuffato, pertanto, le amministrazioni aggiudicatrici dovranno operare con particolare prudenza.

Il *considerando* 18 della direttiva 2014/23/UE dichiara fin da subito, in tema di aggiudicazione dei contratti di concessione, la centralità della problematica relativa al rischio economico nella distinzione tra appalti e concessioni e riconosce al contempo le perduranti incertezze che hanno caratterizzato sul punto l'esperienza giurisprudenziale europea.

L'art. 5 nel fornire la definizione di concessione, parla di 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: emerge fin da principio, dunque, la centralità della traslazione del rischio operativo di gestione, assieme al suo articolarsi in un rischio di domanda e in un rischio di offerta. Per rischio intendiamo che nessuna garanzia è data del recupero dell'investimento privato, poiché vi è effettiva soggezione alle fluttuazioni di mercato. Si delineano due caratteri del rischio nella direttiva "concessioni": uno positivo, ossia una sua generica significatività, nel senso che non deve essere per nulla scontato il recupero dell'investimento privato, ed uno negativo, ossia la circostanza che tale rischio non deve rientrare nella normale alea contrattuale, quale ad esempio quella ricollegabile ad una cattiva gestione o ad inadempimenti. Questa rappresentazione del rischio operativo appare in gran parte coerente con gli orientamenti della Corte di Giustizia emersi prima della direttiva: era già percepibile, infatti, una certa divergenza rispetto alle sopra ricordate posizioni dell'Eurostat³⁸⁵.

Il rischio di disponibilità era effettivamente centrale nella proposta di direttiva della Commissione, ove si faceva riferimento, alternativamente al rischio di domanda ad «un rischio relativo alla disponibilità delle infrastrutture fornite dal concessionario o utilizzate per la fornitura dei servizi agli utenti». All'inizio del procedimento legislativo si era proposto di dare rilievo al rischio di disponibilità, sebbene con riguardo alle sole infrastrutture, tuttavia, il dato legislativo consegnato all'interprete è oggettivamente diverso ed i rischi economici

³⁸⁴ G. MONTEDORO, V. TALIENTI, *Le concessioni di lavori pubblici: nozione e caratteristiche*, cit., p. 2489.

³⁸⁵ F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, cit., pp. 744-747.

potenzialmente da valorizzare sono molteplici. Lo stesso rischio dell'offerta non può essere assimilato all'idea di rischio di disponibilità; il legislatore non aveva idee particolarmente chiare su cosa intendere per il rischio dell'offerta, ma certamente, voleva si differenziasse da quello della domanda. Pare indiscutibile che, nella direttiva del 2014 in materia di concessioni, per rischio di offerta il legislatore abbia inteso un diverso modo di indicare il rischio di domanda, componente essenziale del rischio di mercato che non può essere trascurata dai giudici europei allorquando descrivono il rischio di fluttuazioni del mercato. Guardare al solo rischio di domanda risulterebbe insoddisfacente a far sì che vi sia un livello adeguato di sottoposizione alle imprevedibili dinamiche di mercato, considerato che la domanda non è affatto aleatoria ed imprevedibile, piuttosto tendenzialmente stabile per carenza di alternative reali. Appare convincente in definitiva la tesi di chi ha proposto di interpretare il criterio del rischio di offerta come un criterio sostanzialmente subordinato a quello del rischio della domanda.

Va precisato, inoltre, che la direttiva, pur richiedendo di prendere in considerazione il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario, non offre alcuna precisa indicazione quantitativa del rischio minimo che deve essere trasferito. Manca altresì ogni definizione di quelle condizioni operative normali, nel cui contesto non dovrebbe esser garantito il recupero dell'investimento³⁸⁶.

In generale le prescrizioni comunitarie prevedono che in un contratto di partenariato pubblico-privato, il privato debba, sostanzialmente e non formalmente, sostenere il rischio di costruzione e almeno uno dei due rischi di domanda e di disponibilità, mentre la pubblica amministrazione deve assumere pienamente il rischio "amministrativo", costituito da eventi riconducibili alla sua diretta responsabilità. Se il rischio di domanda dipende dalla variabilità della richiesta del servizio erogato dal concessionario agli utenti che pagano una tariffa, il rischio di disponibilità è il rischio legato alla *performance* dei servizi che il *partner* privato deve rendere alla pubblica amministrazione e si esplica nella potenziale decurtazione dei

³⁸⁶ F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, cit., p. 757.

pagamenti pubblici per effetto dell'applicazione di penali, qualora gli *standard* dei servizi non siano soddisfatti³⁸⁷.

La direttiva si propone di realizzare un coordinamento minimo delle procedure nazionali di aggiudicazione delle concessioni, al fine di garantire un determinato livello di flessibilità che gli Stati membri dovrebbero aver facoltà di completare e sviluppare ulteriormente.

Il titolo II della direttiva si riferisce alle garanzie procedurali e alle norme sull'aggiudicazione, dettando per lo più prescrizioni non puntuali e criteri di larga massima, cui gli Stati membri debbono attenersi. Questo vale per le procedure di scelta del concessionario che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono liberi di organizzare, secondo i principi enunciati nell'art. 3, con la puntualizzazione che «gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione dei contratti di concessione, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, stabiliti dall'Unione» o dalle disposizioni nazionali. Quest'ultima rappresenta una delle clausole trasversali³⁸⁸ attraverso le quali l'Unione Europea garantisce l'applicazione delle proprie politiche in tema di ambiente, servizi sociali e tutela del lavoratore, anche in materie non specificamente dedicate ad esse.

La libertà delle amministrazioni aggiudicatrici relativamente alle procedure di aggiudicazione potrebbe indurre le committenti a scegliere sempre la procedura negoziata e potrebbe rivelarsi pericolosa in ordine alla concezione dell'assetto dei rapporti; l'istituto concessorio implica analisi, previsioni e valutazioni delicate sia dal punto di vista giuridico che dal punto di vista economico, pertanto, non è affatto scontato che qualsivoglia amministrazione aggiudicatrice sia in grado di dominare l'intera problematica, tenuto conto peraltro dello «squilibrio informativo rispetto agli operatori economici»³⁸⁹.

Oltre che un maggiore ricorso alle centrali di committenza, tutto ciò suggerirebbe la configurazione di un quadro normativo più specifico, che agisca da protezione e al contempo da indirizzo per il non facile compito delle amministrazioni committenti. La giurisprudenza restrittiva della Corte di Giustizia, a proposito dei criteri di aggiudicazione, ha giudicato in

³⁸⁷ M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 744.

³⁸⁸ Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2014, p. 694.

³⁸⁹ G. GRECO, *La Direttiva in materia di "Concessioni"*, cit., p. 1107.

contrasto con la libertà di scelta tra prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa una normativa italiana che imponeva «in termini generali e astratti alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al prezzo più basso»³⁹⁰. Se tale libertà vale, dunque, *ex ante*, cioè al momento della scelta della procedura, nel corso della procedura prescelta vale il principio della sua non modificabilità in ordine ai requisiti minimi e ai criteri di aggiudicazione.

All'interno della direttiva 2014/23/UE risulta dettagliata la disciplina dei bandi di concessione, che deve contenere tutte le informazioni minime indicate nell'allegato V, invece, per le concessioni relative ai servizi sociali, e ad altri servizi speciali indicati nell'allegato IV, è sufficiente un avviso di preinformazione. Non è prevista l'elaborazione di un piano economico finanziario volto a dimostrare la fattibilità dell'operazione in ordine alla copertura degli investimenti e della connessa gestione e neppure una disciplina dell'anomalia delle offerte. Considerando, inoltre, che secondo la direttiva le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori dovrebbero sempre poter aggiudicare una concessione per un periodo più breve di quello necessario per recuperare gli investimenti, dovrà convenirsi che l'elemento caratterizzante è sempre il c.d. rischio operativo che, sebbene concepito in un'ottica di promozione della produttività, può spingersi fino a presentare un'alea non molto diversa da quella di una vera e propria scommessa.

La direttiva non predetermina, inoltre, i criteri di aggiudicazione, bensì, concede un'ampia facoltà di scelta e di configurazione alle stazioni committenti, purché i criteri da queste adottate 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 aggiudicatore³⁹¹: tali criteri potrebbero includere aspetti ambientali, sociali ed essere relativi all'innovazione o alla durata, tuttavia, dovranno essere coerenti con l'oggetto della concessione e vincolanti per l'ente committente, che dovrà indicarli previamente in ordine decrescente di importanza³⁹².

³⁹⁰ Corte Giust. CE, sez. II, 7 ottobre 2004, C-247/2002, con nota di B. LUBRANO, *Limiti e poteri della normativa nazionale nelle materie disciplinate da direttive comunitarie*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 3342.

³⁹¹ Corte Giust. CE, sez. V, 25 aprile 1996, C-87/94, *Bus Wallon*, in *Racc.*, 1996, I, 2043.

³⁹² G. GRECO, *La Direttiva in materia di "Concessioni"*, cit., p. 1109.

La direttiva dedica quattro articoli alla fase di esecuzione: l'art. 42 sul subappalto, l'art. 43 sulla modifica di contratti durante il periodo di validità, l'art. 44 sulla risoluzione delle concessioni e l'art. 45 sul monitoraggio e sulle relazioni.

Rispetto alla disciplina contenuta nella direttiva 2004/18/CE, che era limitata alle sole concessioni di lavori, si tratta, dunque, di una regolamentazione più dettagliata.

Per ciò che concerne la disciplina dei subappalti, nella direttiva 2004/18/CE il tema era trattato in una prospettiva tesa a garantire ampia apertura agli appalti affidati dal concessionario a terzi³⁹³, l'affidamento dei lavori da parte del concessionario presupponeva una procedura concorrenziale e non poteva essere frutto di scelta diretta: si parlava più opportunamente di appalto e non di subappalto affidato a terzi, giacché in questo caso la scelta è autonoma e diretta, come sempre avviene quando è l'appaltatore a compierla. La disciplina del subappalto non si differenzia da quella prevista dalle altre direttive appalti, precisa che «l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore possono chiedere o possono essere obbligati a chiedere all'offerente o al candidato di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti della concessione che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti»: da un lato, non possono quindi essere imposti, come in passato, subaffidamenti a terzi, dall'altro lato, si tratta di subappaltatori veri e propri, scelti direttamente dal concessionario. Questa innovazione appare coerente e logicamente consequenziale alla struttura dell'istituto e alla circostanza che al momento dell'affidamento della concessione venga garantita l'apertura alla concorrenza: avendo incentrato la concessione sul rischio operativo del concessionario, risulta consequenziale che sia quest'ultimo a scegliere in autonomia i propri subappaltatori, inoltre, avendo implementato le garanzie concorsuali, ben si comprende la superfluità di imporre ulteriori procedure concorsuali a valle dell'affidamento delle concessioni, notoriamente contratti di lunga durata³⁹⁴.

³⁹³ F. GOISIS, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. VILLATA e altri, Padova, 2014, pp. 1744 ss.; G. MONTEDORO, V. TALIENTI, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Direttiva 2014/23/UE*, cit., p. 2498.

³⁹⁴ Cfr. G. GRECO, N. BASSI, *L'ambito oggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. A. SALA, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., pp. 242 ss.; F. MASTRAGOSTINO, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e altri, Milano, 2008, vol. I, p. 301.

La presenza di un lato *jus variandi* da parte delle amministrazioni concedenti ha da sempre rappresentato uno degli elementi più tipizzanti della concessione rispetto all'appalto; il modello concessorio, dovendosi adattare alle esigenze del pubblico degli utenti sempre mutevoli nel tempo, comporta un costante potere di intervento, anche modificativo, da parte delle amministrazioni e quindi un considerevole margine di elasticità³⁹⁵.

Alla modifica dei contratti durante il periodo di validità la direttiva dedica un lungo articolo nel quale stabilisce i limiti oltre i quali è necessario affidare una nuova concessione, con la conseguente riapertura alla concorrenza. Una delle principali criticità delle concessioni italiane è sempre stata l'innumerabile quantità di proroghe spesso immotivate che ne protraevano a dismisura la durata, dando vita a delle vere e proprie rendite di posizione³⁹⁶.

In apertura dell'art. 18 della direttiva viene precisato che le concessioni devono avere una durata limitata, sono vietate le concessioni con durata illimitata o che potrebbero esserlo attraverso clausole di rinnovo. Tale approccio cerca di evitare che durate temporali sovradimensionate, rispetto alle esigenze di equilibrio economico-finanziario, generino dei benefici impropri per il concessionario. L'eccessiva estensione della durata di una concessione limita la contendibilità dei servizi connessi alla gestione dell'opera oggetto della concessione e la convenienza della pubblica amministrazione al raggiungimento dell'equilibrio del piano economico finanziario³⁹⁷. Quest'ultimo, assieme al contratto ed al progetto, costituisce un *unicum* inscindibile per la concessione: al momento della stipulazione del contratto questi tre elementi devono, pertanto, essere coerenti tra loro.

La disciplina prevista per la fase di esecuzione e le possibili rinegoziazioni che essa implica, non può più essere considerata, quantomeno alla stregua del diritto europeo, un tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto³⁹⁸. Del resto, anche la disciplina relativa

³⁹⁵ G. GRECO, *La Direttiva in materia di "Concessioni"*, cit., p. 1112.

³⁹⁶ H. CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, cit., pp. 1135 ss.

³⁹⁷ M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 753.

³⁹⁸ Cfr. F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, p. 343 e ss.

all'istituto della risoluzione delle concessioni³⁹⁹, identica nelle altre due direttive appalti nei settori tradizionali e nei settori speciali del 2014, fa sì che ancora una volta non si possa parlare di una regolamentazione dedicata esclusivamente alle concessioni: a livello nazionale la risoluzione della concessione è prevista in particolare per le concessioni affidate nell'ambito del *project financing*⁴⁰⁰, ma con un contenuto di gran lunga differente, si disciplinano infatti i casi di risoluzione per inadempimento del concedente o i casi in cui quest'ultimo revochi la concessione per motivi di interesse pubblico. Si ripropone, in definitiva, il problema della sorte di quest'ultimo istituto, della possibilità di persistenza di poteri pubblicitici nella fase di esecuzione della concessione, nonché, il problema della natura della concessione e del giudice competente a deliberare le controversie sorte in fase di esecuzione⁴⁰¹.

Se raffrontiamo il nostro tradizionale istituto concessorio di lavori o di servizi, connotato dal carattere trilatero del rapporto⁴⁰² e dall'impronta pubblicitica, con il modello concessorio delineato nella direttiva 23 del 2014, rileviamo in maniera perspicua una certa asimmetria dal punto di vista oggettivo.

La nozione europea è, per un verso, più ampia di quella nazionale, giacché ricomprende anche casi di concessione relativi a servizi od "opere fredde", la cui gestione è a favore della stessa amministrazione concedente, tenuta a sostenerne i relativi costi: trattasi di concessioni che danno luogo a rapporti meramente bilaterali, come negli appalti, che esulano dunque dalla nostra tradizionale concezione di concessione. Per altro verso, la nozione europea è più ristretta, perché non comprende tutti i casi in cui, pur sussistendo il rapporto trilaterale, non sussiste quella traslazione del rischio operativo che connota viceversa l'istituto comunitario.

Fatta eccezione per questa asimmetria, il nucleo centrale dell'ambito operativo dei due istituti è largamente sovrapponibile: vi è coincidenza di fattispecie ogni volta in cui il rapporto concessorio implichi prestazioni a favore di terzi e vi sia quella traslazione del rischio

³⁹⁹ Corte Giust. CE, sez. III, 18 luglio 2007, in causa C-503/04, con nota di G. GRECO, *Superprimato del diritto europeo: le direttive sui mezzi di ricorso vincolano tutti, ma non la Commissione e la Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 413 ss.

⁴⁰⁰ Cfr. M. RICCHI, *Finanza di progetto, contributo pubblico, controllo ed equità*, in *Dir. econ.*, 3, 2006, pp. 567 ss.

⁴⁰¹ G. GRECO, *La Direttiva in materia di "Concessioni"*, cit., p. 1114.

⁴⁰² Cfr. R. VILLATA, *Servizi pubblici*, cit., pp. 99 ss.; F. MASTRAGOSTINO, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., p. 282.

operativo, che pur non essendo geneticamente presente nel nostro istituto concessorio, non può dirsi certamente estraneo ad esso⁴⁰³.

Aldilà della coincidenza oggettiva della fattispecie, l'idea che tutte le nostre tradizionali concessioni debbano rientrare nell'ambito applicativo della direttiva, appare quasi utopistica; sussiste pur sempre una notevole distanza qualitativa tra gli istituti, considerata l'impronta pubblicistica che permea il nostro istituto concessorio⁴⁰⁴, se non altro per la sua valenza di atto organizzativo⁴⁰⁵ con cui l'amministrazione conferisce ad un operatore privato compiti suoi propri.

La concessione, specialmente quella di pubblici servizi, comporta sovente il conferimento in capo al concessionario di poteri pubblicistici⁴⁰⁶: per tal ragione è ritenuta espressione di poteri amministrativi⁴⁰⁷. D'altronde l'amministrazione mantiene poteri pubblicistici sia in fase di esecuzione e svolgimento del rapporto concessorio⁴⁰⁸, sia in ordine alle vicende modificative ed estintive dello stesso⁴⁰⁹, tanto che la Consulta, sul presupposto che l'amministrazione eserciti poteri autoritativi anche sotto forma di accordi amministrativi⁴¹⁰, ha riconosciuto in materia di pubblici servizi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁴¹¹. La direttiva "concessioni", da un lato, ci presenta un istituto concessorio qualitativamente simile all'appalto, con il medesimo regime in ordine ai mezzi di ricorso e con una nota contrattualprivatistica ancora più spiccata, essendo il suo elemento differenziale costituito dalla traslazione del rischio operativo e dall'assunzione da parte del concessionario di rischi superiori a quelli normalmente sopportati dall'appaltatore, dall'altro lato, introduce elementi di vera e propria aleatorietà in un rapporto di per sé commutativo⁴¹².

⁴⁰³ G. GRECO, *La Direttiva in materia di "Concessioni"*, cit., p. 1115.

⁴⁰⁴ G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *La concessione di pubblici servizi*, Milano, 1995, *passim*.

⁴⁰⁵ G. MONTEDORO, V. TALIENTI, *Le concessioni di lavori pubblici: nozioni e caratteristiche*, cit., p. 2464.

⁴⁰⁶ Cfr. Cass., sez. I, 14 dicembre 2007, n. 26261, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 12.

⁴⁰⁷ Cfr. F. PELLIZZER, *L'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e gli appalti dei concessionari*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., p. 2535.

⁴⁰⁸ F. MASTRAGOSTINO, in *Trattato sui contratti pubblici*, p. 301.

⁴⁰⁹ Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2012, n. 3474, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 1614.

⁴¹⁰ S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, Torino, 2011, p. 108 e ss.

⁴¹¹ L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte Costituzionale ne ridisegna l'ambito. Nota a Corte Cost.*, 6 luglio 2004, n. 204, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2005, pp. 214-248.

⁴¹² Cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377, cit.

La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni, distinta dalle altre due direttive sugli appalti ordinari e speciali, rappresenta una innovazione rilevante che evidenzia l'importanza che i contratti di partenariato pubblico-privato hanno assunto nel mercato europeo del *public procurement*. La direttiva approda ad una definizione di concessione «che coglie l'*ubi consistam*»⁴¹³ nella permanenza del rischio operativo in capo al soggetto privato ed unifica le concessioni di lavori e servizi indicando il metodo di stima del valore ed una sola soglia per la pubblicazione del bando di gara sulla GUCE.

Il problema più rilevante che derivava dall'impatto della direttiva europea del 2014 sul nostro ordinamento interno era, a questo punto, quello di stabilire se il modello concessorio potesse sopravvivere o dovesse scomparire del tutto⁴¹⁴.

La prima opzione interpretativa, nei mesi successivi all'emanazione della direttiva, è quella di ritenere che il nostro tradizionale istituto concessorio debba scomparire ed essere interamente superato dalla sua configurazione europea: avremmo in tal caso una disciplina integralmente privatistica ed ogni rapporto tra concedente e concessionario sarebbe affidato alla capacità del contratto di prevedere tutte le possibili vicende che il rapporto di lunga durata comporta.

Secondo l'orientamento interpretativo del Supremo Collegio, seguito prevalentemente anche dal giudice amministrativo⁴¹⁵, vi sarebbe ormai una piena equiparazione tra appalto di lavori e concessione di lavori, con l'esito di un giudice competente che per le controversie sorte in fase di esecuzione non potrebbe che essere lo stesso giudice ordinario.

Questo indirizzo giurisprudenziale ha voluto superare il criterio di riparto delle giurisdizioni precedentemente invalso, che distingueva le "concessioni di sola costruzione" dalla "concessione di costruzione e gestione"⁴¹⁶, equiparando solo le prime agli appalti pubblici: conseguentemente le concessioni di sola costruzione risultavano ormai pacificamente di competenza del giudice ordinario, per tutte le controversie attinenti alla fase successiva all'aggiudicazione e alla stipula della convenzione (o del contratto), mentre le concessioni di

⁴¹³ M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 741.

⁴¹⁴ G. GRECO, *La Direttiva in materia di "Concessioni"*, cit., p. 1118.

⁴¹⁵ Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2013, n. 231, in *Foro amm. C.d.S.*, 1, 2013, 187.

⁴¹⁶ Cfr. G. GRECO, N. BASSI, *L'ambito oggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. A. SALA, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., p. 240, nota 80.

costruzione e gestione rientrano nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁴¹⁷. Il diritto europeo avrebbe superato, secondo tale interpretazione⁴¹⁸, la dicotomia fra concessioni di sola costruzione e concessioni di costruzione e gestione, ricomprendendole tutte nell'ambito dell'istituto della concessione di lavori pubblici. Qualora si seguisse tale impostazione anche per le concessioni di pubblici servizi, dovrebbe essere soppressa la giurisdizione esclusiva, che non avrebbe più ragion d'essere, si azzererebbero tutti i poteri amministrativi e questi ultimi diverrebbero diritti potestativi scaturenti dal contratto; laddove la configurazione europea si sostituisse a quella nazionale *in toto*, muterebbe non solo il regime ma anche la causa giuridica dell'istituto concessorio⁴¹⁹. La direttiva "concessioni" contempla una specifica libertà, secondo la quale «gli Stati membri o le autorità pubbliche dovrebbero rimanere liberi di definire e specificare le caratteristiche dei servizi da fornire, comprese le condizioni relative alla qualità e al prezzo dei servizi, conformemente al diritto dell'Unione, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico».

Una seconda chiave interpretativa rileva che tale libertà, unita a quella di definire «la qualità del servizio al fine di perseguire gli obiettivi delle politiche pubbliche» nell'ambito dei servizi di interesse economico generale, possa comportare la sottrazione delle nostre concessioni di pubblici servizi alla direttiva n. 23 del 2014: il tradizionale paradigma concessorio italiano potrebbe dunque continuare ad operare autonomamente, senza alcun influsso di derivazione comunitaria. In altre parole, l'impostazione del nostro modello concessorio e l'attenzione da esso dedicata alle esigenze degli utenti, anche sotto il profilo dello *standard* qualitativo dei servizi, lo renderebbero non riconducibile alla figura di stampo europeo⁴²⁰.

Secondo una terza opzione interpretativa la libertà degli Stati membri andrebbe sviluppata all'interno degli schemi e dei limiti imposti dalla direttiva "concessioni", sfruttando al meglio le facoltà riconosciute alle committenti di prevedere criteri di aggiudicazione e condizioni di esecuzione che tengano conto «di una migliore integrazione di considerazioni sociali ed ambientali»: ciò comporta un'accurata opera di ricognizione di tutti gli istituti che, non

⁴¹⁷ Corte Giust. CE, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, in Riv. amm. R. It., 2009, 9-10, III, 637.

⁴¹⁸ R. VILLATA, *Servizi pubblici*, cit., pp. 129 ss.

⁴¹⁹ R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 693.

⁴²⁰ G. GRECO, *La Direttiva in materia di "Concessioni"*, cit., p. 1122.

essendo incompatibili con la direttiva europea, siano in grado di soddisfare quelle primarie esigenze che il nostro istituto concessorio assolve, partendo dal presupposto che la direttiva disciplini solo una faccia del fenomeno complessivamente considerato, ossia quella di interesse europeo volta a garantire l'apertura alla concorrenza, all'efficienza e alla produttività, ma non anche l'altra faccia di precipuo interesse nazionale connessa al ruolo servente degli interessi della collettività⁴²¹.

Alla vigilia del recepimento delle direttive del 2014 era, dunque, evidente che l'opera del nostro legislatore non avrebbe potuto essere di mera trasposizione ma avrebbe dovuto attentamente conciliare istituti improntati a logiche diverse, considerando che i margini di discrezionalità lasciati dalla direttiva, sebbene non eccessivamente ampi, risultano essere tali da garantire l'autonomia procedimentale degli Stati membri⁴²².

La direttiva "concessioni" si propone inoltre di combattere le frodi, i favoritismi, la corruzione ed i conflitti di interesse, imponendo agli Stati membri di adottare misure adeguate a garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e la parità di trattamento di tutti i candidati e gli offerenti. Tutte queste misure devono mirare ad eliminare i conflitti di interesse e altre irregolarità gravi. La tecnica di adozione di misure adeguate, indicate dalla direttiva, è evidentemente ispirata alla clausola generale della "leale collaborazione" tra Stati membri e Comunità, codificata all'art. 10 del Trattato CE, che impone allo Stato membro vincoli relativi all'adeguamento del proprio ordinamento ai precetti comunitari. Per evitare che le prescrizioni, sebbene conformi alla norma comunitaria, rimangano di fatto inattuato, lo Stato è tenuto anche ad adottare le misure idonee ad assicurare che i soggetti obbligati ad un determinato comportamento in forza delle norme comunitarie rispettino concretamente gli obblighi in questione⁴²³. L'ordinamento europeo è carente di poteri propri di coercizione, lasciando agli Stati membri una propria autonomia nella scelta delle misure atte a dare applicazione alle regole di propria emanazione. Ne consegue che, laddove si presenti la necessità di accordare tutela penale agli obblighi di matrice europea, occorre l'intervento dell'apparato sanzionatorio nazionale. In riferimento alle direttive di armonizzazione,

⁴²¹ L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, p. 297 e ss.

⁴²² G. GRECO, *La Direttiva in materia di "Concessioni"*, cit., p. 1124.

⁴²³ N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2009, p. 887; L. SALAZAR, *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 1658 ss.

l'obiettivo di integrazione perseguito dal legislatore comunitario sarebbe del tutto vanificato qualora uno Stato membro potesse adottare una disciplina sanzionatoria che risultasse del tutto inefficace o non dotata della sufficiente forza deterrente per condizionare le attività dei privati⁴²⁴. Nell'ambito della tutela sanzionatoria da approntare rispetto alla disciplina europea, la c.d. "tutela adeguata" rappresenta solo una delle tre tecniche utilizzabili in risposta alle domande europee di salvaguardia dei beni fondamentali la cui disciplina è di competenza dell'Unione⁴²⁵.

Queste tecniche sono *in primis* costituite dall'obbligo formale di tutela penale, qualora dalla norma europea provenga una domanda in tal senso, essendo già stato il presupposto della necessità e dell'effettività della pena in sede comunitaria; in secondo luogo, dalla tecnica di tutela adeguata e proporzionale, utilizzata nel caso che ci riguarda, in cui la regola europea pone un vincolo meno invasivo, invocando l'esistenza di una sanzione e la valutazione della sua adeguatezza formale; in terzo luogo, dall'obbligo di tutela per assimilazione, ovvero la norma comunitaria impone la tutela di un proprio bene nello stesso modo in cui lo Stato membro tutela l'analogo bene interno⁴²⁶. Relativamente alla direttiva in esame, essendo la scelta del legislatore europeo ricaduta sul secondo paradigma, diventa cruciale la verifica del contenuto degli obblighi europei di tutela, al fine di valutare l'efficacia della risposta sanzionatoria data dal nostro ordinamento nazionale. Il diritto europeo, infatti, con le modifiche introdotte determina un ampliamento del novero delle condotte punibili in relazione alle fattispecie tipiche dei reati contro la pubblica amministrazione, con l'effetto di ripiasmare le disposizioni penali nazionali attraverso differenti meccanismi di implementazione interpretativa derivanti dall'applicazione della direttiva⁴²⁷.

La questione appare di rilievo, giacché passando in rassegna le norme di comportamento che vengono introdotte dalla direttiva, appare subito evidente come siano anch'esse destinate ad incidere in vario modo sui due principali fenomeni di rilevanza penalistica in ambito

⁴²⁴ A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2008, p. 76.

⁴²⁵ C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2002, p. 171 e ss.

⁴²⁶ R. MASTROIANNI, *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del "falso in bilancio"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2003, p. 621.

⁴²⁷ A. BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Cass. pen.*, 1996.

nazionale, costituiti dalla corruzione e dall'illecito arricchimento della parte privata ai danni dell'erario. La disciplina sul conflitto di interessi di matrice europea deve essere correlata alla prevenzione di alcuni fenomeni di corruzione, mentre la disciplina sul riequilibrio economico-finanziario dei contratti e sul divieto di elusione delle forme contrattuali afferisce alle questioni riguardanti l'illecito arricchimento del soggetto privato. Si tratterà, infine, anche il tema delle criticità concorrenziali, non immune da profili di rilevanza penale⁴²⁸.

5. I principi della legge delega n. 11/2016 e la nascita del d.lgs. n. 50/2016.

Si poteva in astratto optare in ordine alla redazione del recepimento per la meccanicistica trasposizione *sic et simpliciter* dell'integrale direttiva "concessioni", sull'esempio inglese, ovvero far luogo ad una disciplina delle concessioni del tutto autonoma e separata dagli appalti, o ancora procedere alla totale assimilazione della disciplina delle concessioni agli appalti ed infine ricorrere ad una disciplina "a pettine" degli appalti e delle concessioni⁴²⁹. Secondo quest'ultima impostazione, con la legge 28 gennaio 2016, n. 11, il Parlamento italiano ha delegato il Governo a provvedere all'attuazione della nuova disciplina europea in materia di appalti pubblici e concessioni all'interno di un solo contesto normativo, al fine di assicurare un quadro unitario di certezza giuridica per tutti gli operatori istituzionali e privati⁴³⁰.

Su un piano generale, la delega vincola il decreto di recepimento al rispetto dell'art. 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, recante norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione Europea, nonché al rispetto dei principi direttivi specificamente dettati per l'esercizio della delega. Tale apposizione, ancorché indispensabile ai sensi dell'art. 76 della Costituzione, per evitare possibili censure di incostituzionalità per eccesso di delega o per ritenuta estraneità rispetto all'oggetto, ovvero per genericità e indeterminatezza, non è affatto eccessiva, appare invece

⁴²⁸ G. VICICONTE, *Profili di responsabilità penale nella direttiva concessioni*, in *Finanza di progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, cit., pp. 293-301

⁴²⁹ Cfr. M. P. CHITI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici: profili di diritto europeo e comparato*, in *Atti del 61° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, 2015. La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, 2016, pp. 89-120.

⁴³⁰ Cfr. U. REALFONZO, *I contratti di concessione dopo la cura europea*, in P. MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, Milano, 2015, pp. 159 ss.

del tutto opportuna in ordine sia alla rilevanza e alla complessità della materia sia alle numerose questioni aperte che, in assenza di un accordo tra le diverse componenti nazionali, il Parlamento europeo aveva deliberatamente rinviato ai singoli Stati membri⁴³¹.

La legge delega n. 11/2016 prevede un gran numero di criteri che hanno una valenza portante per la generalità di tutti i procedimenti ivi compresi gli affidamenti delle concessioni che costituiscono il paradigma di riferimento necessario per valutare la correttezza e la completezza del testo delegato. Tra le linee guida fondamentali va ricordato che il recepimento delle specifiche disposizioni comunitarie in materia di procedure e di esecuzione dei contratti di concessione, deve garantire, in ogni caso, l'effettivo coordinamento e l'ordinata transizione tra la vigente e la nuova disciplina ed evitare incertezze interpretative ed applicative, e che il decreto delegato deve dar vita ad una drastica semplificazione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, amministrative e regolamentari vigenti, ma soprattutto un maggiore livello di certezza del diritto⁴³².

Per ciò che riguarda in modo particolare le concessioni, la legge n. 11/2016 ha demandato al legislatore delegato il rispetto di alcuni precisi cardini: la disciplina organica della materia delle concessioni deve assicurare la semplificazione e l'armonizzazione delle disposizioni vigenti, nonché la previsione di criteri direttivi per le concessioni indicate nella sezione II della direttiva 2014/23/UE⁴³³; il piano finanziario della concessione e dei tempi previsti dallo stesso devono essere assolutamente vincolanti per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche; la disciplina delle procedure di fine concessione, nonché delle modalità di indennizzo in caso di subentro deve essere completa e cogente; i soggetti pubblici e privati, concessionari di lavori o di servizi pubblici, sia esistenti che di nuova aggiudicazione, sono obbligati ad affidare con evidenza pubblica una quota pari all'80% dei contratti; la previsione di criteri per le concessioni escluse deve essere effettuata nell'ambito delle prescrizioni delle direttive europee; devono essere previsti criteri finalizzati alla promozione delle concessioni relative agli approvvigionamenti industriali in autoconsumo elettrico da fonti rinnovabili nel

⁴³¹ G. MARCHIANÒ, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2016, p. 3 e ss.

⁴³² Cfr. A. MASSARI, *Gli appalti pubblici dopo la Legge di Stabilità 2016, il Decreto Milleproroghe e la Legge sulla Green Economy*, Rimini, 2016, *passim*.

⁴³³ G. MARCHIANÒ, *Modernizzazione del mercato degli appalti pubblici nella Proposta di Direttiva comunitaria*, Padova, 2012, p. 15 e ss.

rispetto del diritto dell'Unione Europea; va revisionata la disciplina dell'affidamento delle concessioni autostradali; deve essere assicurata la partecipazione dei portatori qualificati di interessi nell'ambito dei processi decisionali finalizzati alla programmazione e all'aggiudicazione di appalti pubblici e contratti di concessione, nonché nella fase di esecuzione del contratto; vanno introdotte forme di dibattito pubblico nelle comunità locali dei territori interessati alla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali; va specificata la disciplina specifica per il subappalto; si dovrà far luogo al "superamento" delle disposizioni di cui alla legge n. 43 del 2001, la cosiddetta "legge obiettivo", a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo di ordine.

Il modello auspicato nella legge delega è volto a realizzare un procedimento di affidamento e di gestione dei contratti di concessione per quanto possibile semplice, equilibrato e flessibile, che assicuri l'accesso effettivo e non discriminatorio al mercato di tutti gli operatori economici, la trasparenza delle aggiudicazioni e l'efficienza della gestione dei servizi.

Il decreto di recepimento delle direttive costituisce il nuovo codice dei contratti per cui è stata disposta l'abrogazione del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006, del relativo regolamento (d.P.R. n. 207/2010) e delle altre disposizioni, espressamente indicate⁴³⁴.

A tal riguardo se, nell'intitolazione del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 «Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture» manca la qualificazione di "codice", la stessa è invero contenuta nell'art. 1 «il presente codice...»⁴³⁵.

Alle ore 22 del 19 aprile 2016 è così stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana ed è entrato immediatamente in vigore il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

A dieci anni e qualche giorno dalla sua originaria approvazione viene, dunque, definitivamente abrogato il primo codice unico dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

⁴³⁴ Cfr. F. GARELLA, M. MARIANI, *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, Torino, 2016, *passim*.

⁴³⁵ U. REALFONZO, *I contratti di concessione*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, opera diretta da F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI, Roma, 2016, p. 383.

In una chiave di lettura generale, un intervento legislativo decisivo era necessario e il d.lgs. n. 50/2016 costituisce una rivoluzione copernicana dei sistemi di affidamento e gestione delle commesse pubbliche.

Non sempre, però, l'approvazione di nuove norme, che in questo caso arrivano sino alla integrale variazione della disciplina di riferimento, è sufficiente a garantire il miglioramento; occorrono mutamenti culturali ed organizzativi. E' proprio dall'esperienza applicativa del codice del 2006, del resto, che discende tale conclusione. Il d.lgs. 163/2006 nel tempo aveva manifestato un duplice limite: un'assoluta instabilità della disciplina dovuta alle continue modifiche che in questi due lustri si sono succedute destabilizzando di continuo il quadro normativo di riferimento ed un'eccessiva regolamentazione, non richiesta peraltro dagli *standard* comunitari, che ha ingessato il sistema degli appalti. L'attuazione delle nuove direttive del 2014 ha quindi rappresentato una *chance* di prim'ordine per superare i limiti della previgente disciplina. Tra i principi guida della riforma, il c.d. divieto di *gold plating*, in virtù del quale non potranno essere introdotti o mantenuti livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle tre direttive UE, potrebbe avere l'impatto più significativo. Dai circa 600 articoli della precedente sovrastruttura legislativa primaria e secondaria tra codice del 2006 e regolamento del 2010, si giunge nel 2016 ad una struttura più snella che consta di 220 articoli. Il rischio che sembra corrersi è che ad un numero maggiore di articoli semplici sia sostituito un numero minore di articoli corpulenti e ricchi di commi, anche se ciò potrebbe essere dovuto in parte alla opzione prescelta dal legislatore delegato di procedere con un "copy out temperato" del testo delle direttive europee nell'ordinamento nazionale.

Per un giudizio definitivo sul punto bisognerà verificare il peso che avranno gli interventi di *soft law* che andranno ad affiancarsi, se non addirittura a sostituirsi *tout court*, alla normazione regolamentare. Le innovazioni del "nuovo codice" dei contratti pubblici sono molte, dall'aggregazione delle stazioni appaltanti alla riqualificazione dell'offerta attraverso i criteri reputazionali per le imprese e la limitazione dell'avvalimento, dal *favor* per il criterio costo-qualità, e il conseguente depotenziamento del massimo ribasso, allo sviluppo delle gare telematiche, dalla centralità del progetto esecutivo all'incremento del partenariato pubblico-privato e della disciplina delle concessioni: tutto sotto il forte presidio dell'Autorità nazionale anticorruzione. La corsa contro il tempo, anche a fronte dell'approvazione della legge delega

solo in data 28 gennaio 2016, ha indotto ad accelerare la procedura di A.I.R. e di consultazione degli *stakeholders*, sebbene il dibattito e il confronto nei due anni successivi all'emanazione delle direttive sia stato intenso e ricco di indicazioni.

Il parere del Consiglio di Stato, espresso dalla sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, è stato in gran parte recepito nel testo finale del nuovo codice ed ha infine contribuito al suo miglioramento ed alla disciplina del regime transitorio scolpita nell'attuale art. 216⁴³⁶.

La combinazione di rigore e semplificazione che emerge dal nuovo codice rappresenta indubbiamente una delle sfide più interessanti del futuro.

⁴³⁶ F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI, *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, cit., *passim*.

CAPITOLO III
LE CONCESSIONI NEL D.LGS. 18 APRILE 2016, N. 50

Sezione I
PRINCIPI GENERALI

SOMMARIO: 1. Oggetto ed ambito di applicazione. – 2. Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni. – 3. Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche. – 4. Metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni. – 5. Durata delle concessioni. – 6. Contratti misti di concessioni. – 7. Novità, criticità e differenze tra la nuova e la vecchia disciplina sulle concessioni.

1. *Oggetto ed ambito di applicazione.*

Gli articoli della parte III del nuovo codice sono dedicati alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori o di servizi, indette da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori, i cui lavori o i servizi rientrano nelle attività elencate nell'allegato II del nuovo codice dei contratti pubblici. Tale allegato è stato redatto in conformità all'allegato II della direttiva 2014/23/UE.

Sulla spinta del legislatore europeo, il d.lgs. 50/2016 introduce una disciplina «di nuovo conio» dedicata alle concessioni⁴³⁷. Tale regime ha l'ambizione di regolare i principi, le garanzie procedurali e l'esecuzione del rapporto concessorio, si rivela perciò innovativo nei contenuti e dettagliato. Il paradigma concettuale, che costituisce la fonte d'ispirazione per l'assetto della nuova disciplina, è rappresentato dall'esigenza di spogliare le concessioni del loro radicamento pubblicistico perché possano assumere una configurazione a tutti gli effetti contrattuale, rispondente alle necessità del contesto economico, il cui elemento tipizzante è il trasferimento del rischio operativo. In quest'ottica il concessionario assume le vesti di un *partner* privato che si confronta con il mercato, che sottostà alle regole della concorrenza, mirando al contenimento dei costi ed alla realizzazione di un lavoro o alla gestione di un servizio in maniera efficiente⁴³⁸.

Il nuovo codice dei contratti pubblici disciplina anche le concessioni e gli appalti nei c.d. settori speciali.

⁴³⁷ M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, p. 476.

⁴³⁸ Cfr. M. A. SANDULLI, *Commento all'art. 30 in Codice dell'appalto pubblico* a cura di S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI, Milano, 2015, pp. 300 ss.

La concessione di costruzione e la concessione di costruzione ed esercizio, già disciplinata con l. 1137/1929, ha dovuto confrontarsi con la normativa europea, preoccupata di evitare che un mezzo nato per consentire ai privati di sostituirsi all'amministrazione nella realizzazione complessiva di opere di sua competenza, si trasformasse in uno strumento teso ad eludere la più rigida disciplina europea in materia di appalti; la legge ha per tal motivo in maniera progressiva equiparato la concessione all'appalto: ciò è particolarmente avvenuto per la concessione di sola costruzione⁴³⁹.

L'art. 164 del nuovo codice dei contratti pubblici richiama preliminarmente l'art. 346 del TFUE: i principi del Trattato non impediscono che ogni Stato membro adotti le misure che ritenga necessarie per tutelare la propria sicurezza in riferimento alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico⁴⁴⁰.

Per la prima volta viene disciplinato in maniera organica l'istituto delle concessioni pubbliche. Si delinea una disciplina tendenzialmente innovativa, che conferisce al modello concessorio un'autonoma configurazione ontologica e giuridica.

I tratti distintivi dell'istituto vengono determinati nell'art. 3, comma 1, lett. *uu*) e *vv*) del codice, che ne delincono la nozione facendo un distinguo tra concessione di lavori e di servizi. La concessione di lavori viene definita come un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici, riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione da parte del concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei lavori.

La concessione di servizi presenta le stesse dimensioni costitutive, divergendo esclusivamente per l'oggetto dell'affidamento e della relativa gestione, ossia «la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera *ll*».

Resta invece preclusa la possibilità di configurare una concessione unicamente di «forniture».

⁴³⁹ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 647.

⁴⁴⁰ U. REALFONZO, *I contratti di concessione*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 387.

La concessione di lavori o di servizi pubblici si caratterizza, tradizionalmente, per l'affidamento della gestione e, nel quadro della disciplina codicistica, per il trasferimento del rischio: trattasi sostanzialmente di un meccanismo di “esternalizzazione del rischio”⁴⁴¹.

Potremmo dire che la definizione di concessione recata dall'art. 3 risulta sostanzialmente aderente a quella fornita dal legislatore italiano nel codice del 2006. L'unica eccezione è rinvenibile nella prospettazione di una possibile pluralità soggettiva, tanto dal lato della domanda pubblica quanto dal lato dell'offerta privata, con possibilità di aggregazioni.

Sotto il profilo definitorio, il legislatore ha mantenuto ferma la tradizionale linea di demarcazione tra l'istituto dell'appalto e quello della concessione. Una importante novità è immediatamente ravvisabile, invece, nell'equiparazione delle concessioni di servizi alle concessioni di lavori che, per la prima volta, sono oggetto della medesima disciplina.⁴⁴²

Con il d.lgs. 50/2016, il legislatore ha scelto di distinguere il contratto di concessione dai rapporti di partenariato pubblico-privato, a cui ha dedicato un'autonoma parte⁴⁴³. In tale ultima fattispecie contrattuale sono conferite all'operatore economico “un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa”.

Il partenariato acquisisce così a livello nazionale una sua autonoma dignità giuridica, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione europea a parere della quale, invece, le concessioni rientrano, come già ricordato, tra le fattispecie di “partenariato-contrattualizzato”.

La disciplina codicistica, in secondo luogo, fissa una soglia a partire dalla quale i rapporti concessori sono soggetti alla nuova normativa, recependo sul punto le indicazioni europee. Non si può fare a meno di notare che si tratta di un valore particolarmente elevato, specie se consideriamo le concessioni di servizi, quantunque direttamente prescritto dall'Unione Europea⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 647.

⁴⁴² F. GARELLA, M. MARIANI, *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 377.

⁴⁴³ F. DI CRISTINA, *Il partenariato pubblico privato quale “archetipo generale”*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, pp. 482-495.

⁴⁴⁴ C. GUCCIONE, *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, pp. 1253 ss.

Il nuovo codice si applica, infatti, a quelle concessioni di servizi o di lavori il cui valore sia pari o superiore a 5.186.000 euro (come per l'appalto di lavori): al fine di mantenere *standard* di applicazione uniformi, ogni due anni la Commissione è tenuta a verificare la corrispondenza della soglia di rilevanza comunitaria alle prescrizioni di cui all'accordo sugli appalti pubblici dell'Organizzazione mondiale del commercio.

Sono vietati, inoltre, frazionamenti indebiti che possono alterare il valore della concessione, aventi lo scopo di escludere quest'ultima dall'osservanza delle norme del d.lgs. 50/2016, se non nei casi in cui ragioni oggettive ne siano loro giustificazione⁴⁴⁵.

Vengono espressamente esclusi dall'ambito di applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici gli affidamenti *in house*, i servizi non economici di interesse generale, i contratti di servizi aggiudicati in base ad un diritto esclusivo ed i contratti aggiudicati in base a norme internazionali; nonché le concessioni di servizi di trasporto aereo e trasporto pubblico, le concessioni di servizi di lotterie ovvero per l'esercizio di attività all'estero⁴⁴⁶.

2. *Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni.*

I ricavi di gestione del concessionario devono provenire dalla vendita dei servizi resi al mercato e quest'ultimo non può essere sollevato da qualsiasi perdita potenziale tramite la garanzia di un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati ed ai costi sostenuti. In questa prospettiva, viene trasferito in capo al concessionario un rischio operativo, aggiungendo al rischio caratteristico del contratto di appalto il rischio di mercato, riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi ed ai ricavi, oggetto della concessione, incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario.

Il rischio operativo è quello legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario, come previamente ricordato.

L'indizio interpretativo offerto dai *consideranda* della direttiva "concessioni" riguarda, del resto, il fatto che il rischio operativo dal lato dell'offerta sia stato configurato solo per i contratti di concessione dove la pubblica amministrazione paga un canone periodico a fronte

⁴⁴⁵ M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, cit., p. 478.

⁴⁴⁶ A. PAJNO, L. TORCHIA, H. CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, pp. 1136 ss.

della realizzazione di una struttura e la gestione di un servizio, oppure solo per la gestione di un servizio. In altri termini, il riferimento è alle concessioni di lavori “fredde”, per la realizzazione di ospedali, strutture penitenziarie, uffici pubblici, o alle concessioni di servizi “fredde” di *global service* ed assimilati. Quando la capacità dell’offerta del concessionario stabilita contrattualmente, venga meno per qualsiasi ragione, con conseguenze afflittive di ordine economico che potenzialmente valgono ad intaccare gli investimenti ed i costi di gestione, allora queste circostanze possono configurare il rischio operativo dal lato dell’offerta. In particolare nei contratti di concessioni “fredde”, stante la struttura bilaterale in cui la pubblica amministrazione paga un canone al concessionario a cadenza periodica, per configurare il rischio operativo dal lato dell’offerta deve essere strutturato un sistema di penali ad applicazione automatica, che decurta il canone versato dalla pubblica amministrazione al concessionario ogniqualvolta venga rilevato il mancato soddisfacimento degli *standard* di servizi predeterminati in termini di volume o di qualità. Per questa ragione nelle concessioni “fredde” è attivo un costante monitoraggio, solitamente gestito da un *software*, degli obblighi di *compliance* delle prestazioni in termini di qualità ed efficienza che gravano sul concessionario. Sembra che il rischio operativo dal lato dell’offerta coincida con il rischio di disponibilità, anche se viene da domandarsi perché la direttiva 2014/23/UE non lo abbia esplicitato almeno nei *consideranda*, quando il rischio di disponibilità ha già un’ampia casistica definitoria ed è espressamente richiamato dai documenti comunitari di contabilità Eurostat. La *ratio* di questa mancata ripresa lessicale, frutto di un evidente compromesso perché il termine era presente nella versione della direttiva precedente alla sua pubblicazione sulla GUCE, potrebbe risiedere nell’intenzione di volere accedere ad una ricostruzione di rischio che vada oltre quella indicata per la contabilizzazione Eurostat degli investimenti in partenariati pubblico-privati⁴⁴⁷. La “direttiva”, lungi dal voler prendere le distanze da quei punti fermi, ha piuttosto individuato il comune denominatore economico che possono assumere i rischi, collocandoli nel contesto della dinamica classica del mercato. Nel mercato si fronteggiano domanda ed offerta ed i rischi si collocano in entrambi i versanti; per cui il valore che il rischio assume, dal lato della domanda e dell’offerta, per poter rientrare nella

⁴⁴⁷ M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l’impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 746-747.

categoria generale di rischio operativo deve essere tale da poter intaccare gli investimenti effettuati ed i costi di gestione.

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.

Restano fuori dall'area del rischio operativo gli inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore, o cause di forza maggiore, profili comunque disciplinati in ogni contratto nella parte relativa all'inadempimento. In dottrina non vi è unanimità di vedute sul concetto di gestione; peraltro, la questione è spesso complicata dal fatto che in uno stesso rapporto si realizzano più vicende concessorie: l'amministrazione potrebbe affidare contestualmente la costruzione e la gestione dei beni e l'erogazione dei servizi pubblici correlati all'impiego di quei beni.

La concessione di costruzione e gestione è stata considerata da dottrina⁴⁴⁸ e giurisprudenza⁴⁴⁹ come comprensiva di attività diverse «che vanno dalla mera manutenzione dell'opera alla più complessa attività necessaria per consentire all'opera di essere utilizzata per la finalità cui è destinata», senza presentare il profilo dell'erogazione del servizio.

La gestione deve pertanto distinguersi sia dall'utilizzazione della stessa, sia dall'erogazione di servizi pubblici connessi all'impegno di opere: nella prima figura prevale la manutenzione dell'opera, nelle due restanti ipotesi si impone invece il profilo dell'attività d'impresa del gestore, la quale può consistere nell'effettuazione di prestazioni a terzi, ovvero nell'erogazione di servizi pubblici agli utenti titolari di diritti all'adempimento di particolari prestazioni.

Il d.lgs. 50/2016 si applica anche alle concessioni di servizio pubblico, come confermato del resto dal fatto che la nozione di rischio di domanda fa espresso riferimento all'utenza.

Laddove i ricavi di gestione provengano dal canone riconosciuto dall'ente concedente, la concessione viene "riassorbita" nella disciplina del partenariato pubblico-privato di cui all'art. 180 del nuovo codice dei contratti pubblici. Ci troviamo al cospetto delle c.d. opere fredde a

⁴⁴⁸ Cfr. F. GOISIS, *Concessioni di costruzione e gestione di lavori e concessioni di servizi*, in *IUS Publicum*, giugno 2001, pp. 2-9.

⁴⁴⁹ Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 1996, cit.

canone o, comunque, di opere nelle quali il principale pagatore è l'amministrazione acquirente dei servizi; la norma aggiunge il caso in cui i ricavi derivino da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal concessionario anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna; tale profilo si accosta alla presenza di un'amministrazione *main payer*. Seguendo il modello europeo, *Manual on Government Deficit and Debt*, le concessioni vere e proprie vanno distinte dal partenariato pubblico-privato, nel quale devono essere ricondotte le operazioni a canone. Data la sussistenza di un corrispettivo pubblico, per queste ultime è più difficile identificare il trasferimento del rischio in capo al soggetto al quale l'amministrazione si rivolge per ottenere prestazioni o per fruire di *assets*.

Rientrano nella disciplina delle concessioni sia quelle bilaterali, c.d. fredde, in cui il rapporto intercorre unicamente tra concedente e concessionario, che quelle trilaterali, caratterizzate dalla presenza di un'utenza, purché vi sia un trasferimento di rischio: senza rischio, la fattispecie ricadrebbe nella disciplina prevista per l'appalto⁴⁵⁰.

Accanto alle concessioni per opere "fredde", rientrano nei partenariati pubblico-privati il contratto di disponibilità e la locazione finanziaria di opere pubbliche. Anche nel partenariato, d'altronde, deve esservi il trasferimento del rischio operativo che, tuttavia, assume caratteri peculiari. In capo al concessionario, in questo caso, vengono trasferiti il rischio di costruzione ed il rischio di disponibilità. Saranno le clausole contrattuali a dover costruire un modello che permetta il trasferimento effettivo del rischio. Poiché si tratta di operazioni "non esposte" alle dinamiche del mercato, il legislatore ridimensiona la flessibilità di cui gode l'amministrazione; non si prevede, infatti, né la libertà dell'amministrazione di strutturare la gara, né la possibilità di condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti. Viene previsto invece che la scelta dell'operatore economico avvenga con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo.

Per tornare alle concessioni che si collocano al di fuori del partenariato pubblico-privato, il trasferimento del rischio solleva l'esigenza di disporre di un piano economico finanziario adeguato e spiega il riferimento alla gestione per la durata della concessione: i ricavi

⁴⁵⁰ Cfr. E. EULA, *Le concessioni amministrative bilaterali nella giurisprudenza del Supremo Collegio*, in *Foro it.*, 1933, I, pp. 1150-1151.

preponderanti, infatti, derivano dalla gestione e devono essere tali da coprire il rischio, in base ad un corretto piano economico finanziario⁴⁵¹.

Il trasferimento del rischio operativo corrisponde in concreto ad un obbligo di “internalizzare” nel rapporto concessorio l’eventualità di non riuscire a coprire gli investimenti effettuati ed i costi sopportati per la realizzazione dei lavori oppure per l’esecuzione e la gestione dell’opera o del servizio reso.

Ne deriva un obbligo normativo di quantificazione esatta delle grandezze economiche per la corretta allocazione dei rischi, tra cui *in primis* il valore della concessione, al fine di assicurare la bancabilità ed il finanziamento delle opere⁴⁵².

Il tratto innovativo di maggior rilievo della nuova disciplina delle concessioni deve rinvenirsi nella compiuta perimetrazione del «rischio operativo». In questo senso i contratti di concessione vengono definiti dall’art. 165 come i contratti in cui la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato, che comportano appunto il trasferimento del rischio operativo e gestionale⁴⁵³ in capo al concessionario.

La sostanziale novità consiste nell’aver precisato il contenuto indefettibile del contratto di concessione, ossia il trasferimento al concessionario di un rischio operativo che viene individuato in un’alea avente natura prettamente economica consistente nella possibilità di mancato recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La norma si preoccupa di individuare espressamente la natura del rischio, sgombrando così il campo da potenziali negative ripercussioni derivanti dalla cattiva gestione, inadempimenti o cause di forza maggiore, trattandosi del resto di evenienze tipiche anche dei contratti di appalto, non idonee a qualificare il rischio operativo della concessione. La natura economica del rischio permette di individuarlo essenzialmente nella possibilità di non riuscire a rientrare dei costi e degli investimenti effettuati per la realizzazione dei lavori o dei servizi aggiudicati. Il rischio operativo, rilevante ai fini della disciplina in commento, è sostanzialmente quello di mercato, derivante da fattori al di fuori del controllo delle parti, che attengano al mercato e all’oscillazione di domanda ed offerta.

⁴⁵¹ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 646 ss.

⁴⁵² M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, cit., p. 479.

⁴⁵³ Cfr. U. REALFONZO, *Le concessioni nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giust. amm.*, 4, 2016, par. 7.2.

L'espressa previsione del trasferimento del rischio comporta l'impossibilità di qualificare il contratto come concessione ogni volta che l'ente aggiudicatore sopporti buona parte dell'alea, sollevando l'operatore dalle perdite e garantendogli un introito minimo, sufficiente a recuperare gli investimenti effettuati. Il rischio operativo è rappresentato dalla potenziale perdita degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti. Ove il rischio operativo risulti eliminato o limitato, attraverso l'erogazione di garanzie pubbliche dirette a consentire il recupero del finanziamento, potranno realizzarsi meccanismi di distorsione del mercato⁴⁵⁴.

Il rischio della domanda è inerente al fatto che la richiesta del mercato sia inferiore ai livelli previsti, mentre il rischio dell'offerta attiene al fatto che la fornitura potrebbe non corrispondere alla domanda.

In relazione alle concessioni di servizi, vengono in considerazione il rischio di disponibilità, legato all'effettiva capacità dell'operatore di erogare i servizi secondo gli *standard* richiesti nonché il rischio della domanda, legato all'andamento della domanda dei servizi offerti.

Con riferimento alle concessioni di lavori viene in rilievo il rischio di costruzione, che si compendia nell'alea connessa allo svolgimento dei lavori, vale a dire i tempi di consegna, gli inconvenienti, le carenze costruttive e tutti i possibili inadempimenti dell'esecutore di lavori.

Il trasferimento del rischio deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile⁴⁵⁵.

Ai fini della corretta perimetrazione della nozione in esame, un ulteriore fondamentale dato è da rilevarsi nel fatto che l'assunzione del rischio operativo da parte dell'operatore economico è circoscritta ai soli casi di «condizioni operative normali»: tale inciso sembra volere escludere dal concetto di rischio operativo quello generato dal rischio finanziario sistemico ed i casi di estrema depressione economica. Restano al di fuori dell'alveo di definizione i casi limite, le crisi sistemiche imprevedibili, a fronte delle quali l'operatore economico è incapace di difendersi.

⁴⁵⁴ F. GOISIS, *La concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. A. SALA, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., II, p. 1715.

⁴⁵⁵ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 647.

C'è un altro particolare che merita attenzione nella definizione di rischio operativo della direttiva “concessioni”, legato alla necessità che non sia garantito il recupero degli investimenti e dei costi attinenti alla gestione. L'art. 5, comma 1, della direttiva 23 del 2014, infatti, con l'inciso «in condizioni operative normali», stabilisce una salvezza per il concessionario privato all'assunzione del rischio operativo. Sembrerebbe che sia escluso dal rischio operativo a carico del concessionario quello generato dal rischio finanziario sistemico a fronte del quale, per entità e forza d'urto, nulla può l'operatore privato. Ci sono delle prassi nazionali e internazionali che, in presenza di fluttuazioni eccezionali dei tassi finanziari, esonerano il privato dall'assunzione del rischio corrispondente, imputandolo alla forza maggiore, soverchiante e non prevedibile, piuttosto che ad una incapacità del concessionario di gestire scenari finanziari difficili.

La crisi presente e soprattutto l'azione di “pressione” degli istituti di credito ha inserito l'inciso per evitare che le depressioni critiche dei cicli economici debbano essere sopportate dal sistema bancario, traslando così sul pubblico il rischio corrispondente⁴⁵⁶.

L'entità della possibile perdita, in mancanza fino ad ora di un parametro quantitativo di riferimento, sovente è stata fortemente limitata dal contraente privato, con maggiore competenza e specializzazione e dunque con una forza negoziale superiore alla pubblica amministrazione, che per tale motivo non ha subito sostanzialmente conseguenze economiche sfavorevoli. Qualora nel contratto di concessione sia prevista una garanzia pubblica, che introduce un meccanismo di mitigazione del rischio domanda, compensando i ricavi che siano scesi in particolari circostanze al di sotto di valori critici, allora si potrebbe prevedere un meccanismo che inneschi il rischio operativo dal lato dell'offerta a carico del concessionario. L'entrata in funzione della mitigazione della domanda sotto forma di garanzia, eliminando il rischio di domanda anche solo temporaneamente, metterebbe a rischio l'esistenza stessa della concessione, invece in questa fase l'installarsi nello schema concessorio di un progredito rischio di disponibilità avrebbe l'effetto di salvaguardare la tenuta giuridica della concessione. Lo stesso *considerando* 19 della direttiva “concessioni” nei settori con tariffe regolamentate

⁴⁵⁶ M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 747.

sembra alludere all'ammissibilità di compensazioni parziali che limitino il rischio operativo⁴⁵⁷.

Il trasferimento del rischio operativo comporta, ai sensi dell'art. 165 del d.lgs. 50/2016, che non tutte le fluttuazioni di mercato incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario, rilevano esclusivamente le variazioni che incidono, nello specifico, sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario⁴⁵⁸.

Lo schema contrattuale deve essere definito dall'amministrazione nell'ottica di garantire adeguati livelli di bancabilità dell'opera. Al fine di assicurare la serietà delle garanzie finanziarie, il bando potrà prevedere che le offerte siano provviste di una o più dichiarazioni d'interesse da parte di istituti finanziatori. Possono anche essere avviate consultazioni preliminari con gli operatori economici per verificare la finanziabilità e la bancabilità dei progetti sul mercato, in vista di un eventuale adeguamento degli atti di gara alle esigenze del contesto economico.

Il rispetto del principio dell'equilibrio economico-finanziario del piano economico finanziario è la condizione essenziale per la stipulazione della concessione e per le operazioni di rinegoziazione del contratto, in considerazione della stretta correlazione tra equilibrio del piano economico finanziario, distribuzione dei rischi, investimenti e durata⁴⁵⁹.

Il rispetto delle condizioni di equilibrio nella redazione del piano economico finanziario in fase di sottoscrizione della concessione deve essere presente anche nelle eventuali fasi di rinegoziazione successive del contratto. Il motivo risiede nel fatto che l'interesse pubblico è quello della realizzazione e gestione dell'opera pubblica e se il piano economico finanziario non prevedesse il recupero degli investimenti ed il legittimo ritorno sul capitale investito, si determinerebbe rispettivamente il fallimento dell'operazione ed il disinteresse del mercato per un'operazione che non consente margini comparabili con investimenti alternativi. La pubblica amministrazione assicurando il perseguimento delle condizioni di equilibrio del piano economico finanziario adempie ad un obbligo che tutela il proprio interesse affinché i

⁴⁵⁷ M. RICCHI, *I contratti di concessione 2.€*, in *Finanza di progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, cit., pp. 63-64.

⁴⁵⁸ F. GARELLA, M. MARIANI, *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 378-379.

⁴⁵⁹ G. FERRANTE, P. MARASCO, *Equilibrio economico finanziario e valutazione di congruità del contributo pubblico*, in *Finanza di Progetto. Temi e prospettive*, cit., pp. 563-588.

contratti complessi e di lunga durata siano conclusi. La redazione del piano economico finanziario deve rispettare gli ulteriori requisiti di bancabilità, ossia di sostenibilità finanziaria, che gli istituti di credito richiedono nel momento in cui si accede alle loro linee di credito per finanziare l'operazione. Una concessione non bancabile non otterrà il finanziamento per cui non potrà essere realizzata l'opera e il servizio tramite questa. Per sostenibilità finanziaria di un investimento si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso dei finanziamenti attivati. La sostenibilità finanziaria di un investimento viene misurata attraverso il calcolo degli indici di copertura del debito, che misurano la capacità del progetto di far fronte al servizio del debito in un determinato anno o in riferimento all'intero periodo di rimborso del finanziamento contratto. Gli indicatori di riferimento per la valutazione della sostenibilità finanziaria di un investimento sono il *Debt Service Cover Ratio* ed il *Loan Life Cover Ratio*. L'analisi terminologica della direttiva "concessioni" non porta alcun risultato preciso con riferimento alla bancabilità: la spiegazione plausibile consiste nella vocazione delle direttive comunitarie di costituire un mercato in cui gli attori sono le pubbliche amministrazioni committenti dal lato della domanda e le imprese dal lato dell'offerta. Questa visione economica e liberistica dà come presupposte le condizioni in cui le parti negoziano e la bancabilità è un'istanza gestita dal privato per potere presentare un'offerta appropriata e concorrenziale. Quando interviene una causa di rinegoziazione la pubblica amministrazione comunitaria è consapevole che le mutate condizioni di equilibrio del piano economico finanziario rendono necessaria la soddisfazione delle nuove condizioni di bancabilità perché sono agganciate al tempo. In Italia la tendenza generale è sempre stata quella di ignorare i profili finanziari dei contratti di concessione, soprattutto quando comportino in sede di revisione contrattuale un presunto aggravamento della posizione pubblica per le mutate condizioni di bancabilità. La strutturazione normativa del diritto di bancabilità in Italia assolve la funzione di instillare autoritativamente nella pubblica amministrazione la necessità di considerare la sostenibilità finanziaria del privato, che altrimenti per tradizione culturale verrebbe ignorata, creando delle tensioni che potrebbero sfociare in contenziosi giudiziari⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 755-757.

Considerata la centralità dell'equilibrio economico-finanziario, il contratto potrà essere sottoscritto soltanto qualora l'aspirante concessionario dimostri, sulla base di idonea documentazione, il finanziamento dell'opera medesima.

La concessione, altresì, è un contratto di durata nel quale occorre conservare nel tempo la sostenibilità dell'equilibrio economico-finanziario; l'equilibrio economico-finanziario nell'ambito del rapporto concessorio è dato dalle condizioni di "convenienza economica" e di "sostenibilità finanziaria", la prima consiste nella capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito, la seconda va letta come l'idoneità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento.

In vista di simile scopo, l'amministrazione può anche stabilire, in sede di gara, che vi siano contributi pubblici ovvero cessioni, o diritti di godimento, di beni immobili, la cui utilizzazione risulti strumentale all'opera affidata in concessione, purché il finanziamento pubblico non sia superiore al 30% del costo dell'investimento complessivo comprensivo di eventuali oneri finanziari.

A questi si vanno ad aggiungere gli strumenti di finanziamento "nel" mercato, ad esempio il contratto di finanziamento o l'emissione di obbligazioni di debito.

Deve essere prevista la risoluzione del rapporto concessorio quando entro un congruo termine sia mancato il collocamento delle obbligazioni di progetto. «In caso di finanziamento solo parziale (sebbene per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale), il bando può disporre che il contratto rimanga efficace limitatamente alla parte che regola la realizzazione e la gestione di tale stralcio funzionale»⁴⁶¹.

3. *Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche.*

Il primo periodo dell'art. 166 del nuovo codice riprende il portato dell'art. 2 della direttiva 2014/23/UE che afferma il canone della libera modalità di gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi.

L'enunciazione, connotata da una certa forzatura enfatica pseudo-liberista, appare impropria in un Paese da sempre afflitto dall'affarismo e dall'inquinamento dell'amministrazione, di

⁴⁶¹ M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, cit., p. 479.

recente classificato in Europa al secondo posto dopo la Bulgaria per l'incidenza specifica della corruzione in materia di affidamenti di contratti pubblici⁴⁶².

L'esperienza concreta rende evidente che, proprio per la particolarità della situazione italiana, la libertà procedimentale deve essere presidiata da un nucleo duro di regole chiare e precise sulle fondamentali garanzie procedimentali e da una compiuta disciplina degli aspetti di carattere contrattuale.

Onde evitare equivoci nell'interpretazione, il secondo inciso prevede esplicitamente che, nelle procedure di affidamento di concessioni, debba comunque essere «fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente Parte». Tale richiamo, però, non implica un'assoluta nullificazione del principio.

Il principio di libera determinazione consente l'esercizio di quell'ampia sfera di discrezionalità tecnica e politica che è necessaria, in sede di avvio della gara, alla stazione aggiudicatrice per determinare l'ottimale assetto gestionale, per individuare gli *standard* tecnici e i livelli minimi dei servizi e per valutare globalmente gli interessi coinvolti.

Nel testo finale dell'art. 166 del d.lgs. 50/2016, ben più rigoroso delle precedenti stesure, il concetto di "libertà di organizzare la procedura" è stato ricondotto alla facoltà di scelta sul piano non procedimentale ma su quello esclusivamente teleologico ed organizzativo.

Il legislatore del recepimento ha tenuto ben presente che la concessione nella prassi non è una relazione bilaterale concessionario-concedente, essa è piuttosto un rapporto multilaterale che coinvolge oltre alla concedente, alla concessionaria ed agli istituti finanziatori, un gran numero di cittadini utenti.

La norma va peraltro letta in raccordo con l'art. 30 del decreto di recepimento che, nel disciplinare l'affidamento e l'esecuzione di appalti e concessioni, garantisce la qualità delle prestazioni e il rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, imponendo altresì alle stazioni appaltanti di rispettare i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità. Perfino il principio di economicità deve rispondere ai criteri previsti nel bando ispirati ad esigenze sociali, alla tutela della salute,

⁴⁶² U. REALFONZO, *Gli investimenti degli Enti locali-Aspetti generali e problemi particolari*, Firenze, 1986, pp. 108 ss.

dell'ambiente, del patrimonio culturale ed alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

In tali ambiti, il bando mantiene integralmente la sua forza di *lex specialis* del procedimento e la sua centralità nella fase di affidamento e *in parte qua* nella fase di esecuzione, una volta trasfuso nel contratto di concessione, al fine di regolare la realizzazione dei lavori e la prestazione dei servizi. Gli enti concedenti sono liberi di individuare le necessità ed i modi per garantire un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità delle prestazioni nei servizi pubblici.

La traduzione del principio comunitario nell'ordinamento interno, da un lato, presidia con regole rigide le fasi procedurali, dall'altro, consente alle amministrazioni di individuare liberamente le proprie necessità e modalità organizzative, di ricorrere a forme di negoziazione più flessibili con candidati ed offerenti e di affidare direttamente le concessioni in caso di assenza di offerte "appropriate".

L'intenzione è pertanto quella di assicurare contemporaneamente la libertà di individuare e perseguire le finalità di pubblico servizio ed un rigoroso rispetto delle regole poste a tutela dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione⁴⁶³.

Vi è dunque da sperare che il rischio di «un'artata eccessiva fantasiosità» delle clausole che determinano la scelta del concessionario diventi una possibilità più remota in seguito al nuovo quadro di certezze giuridiche in materia⁴⁶⁴.

4. *Metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni.*

Al termine della disamina delle norme disciplinate dalla direttiva "concessioni" sulla determinazione del valore delle concessioni, si possono valutare gli effetti a garanzia e tutela del mercato: il primo riguarda la necessaria comunicazione al mercato, mediante l'inserimento del bando, dei reali valori del contratto che si intende affidare, distinti per fatturato, contributi pubblici e valori non finanziari. Il valore della concessione, attualizzando i flussi attesi, deve essere comunicato al fine di garantire una trasparente informazione che

⁴⁶³ Cfr. M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico privati*, Milano, 2013, *passim*.

⁴⁶⁴ U. REALFONZO, *I contratti di concessione*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 402.

consenta agli operatori economici di formulare un'offerta credibile; il secondo effetto dovrebbe incrementare il numero dei procedimenti per l'affidamento dei contratti di concessione da pubblicare sulla GUCE, poiché la stima fa emergere anche i valori associati alla gestione della vicenda concessoria e non solo quelli riferibili ai lavori, consentendo di superare la soglia comunitaria. Inoltre, la pubblicazione sovranazionale dei bandi per l'assegnazione delle concessioni potrebbe incrementare la pressione concorrenziale sulla singola gara perché un maggior numero di imprese, rientranti nel perimetro europeo e potenzialmente interessate, sono raggiunte dall'informazione. La preoccupazione della chiusura del mercato e di una distorsione dell'efficienza nelle operazioni di partenariato pubblico-privato in assenza di un'armonizzazione delle procedure di affidamento tra gli Stati membri è segnalata nel Libro Verde sui partenariati pubblico-privati: «L'assenza di coordinamento delle legislazioni nazionali rappresenta infatti un potenziale ostacolo per un'autentica apertura comunitaria delle operazioni in questione, in particolare quando tali operazioni vengono realizzate a livello transnazionale. L'insicurezza giuridica legata all'assenza di norme chiare e coordinate potrebbe inoltre provocare un aumento dei costi legati all'attuazione di tali operazioni. Queste considerazioni sugli effetti benefici della corretta applicazione della stima del valore si applicheranno anche alle concessioni di servizi per effetto dell'equivalenza del metodo di calcolo del valore delle concessioni di lavori e servizi effettuato dalla direttiva⁴⁶⁵.

L'art. 167 del d.lgs. 50/2016 riprende l'art. 31 della direttiva "concessioni" per cui il calcolo del valore attuale, e futuro, della concessione è informato al principio dell'onnicomprendività, nel computo si dovrà perciò tener conto del fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto.

Il valore della concessione deve essere stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, computando tutti i corrispettivi dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché le forniture accessorie a tali lavori e servizi.

⁴⁶⁵ M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 753.

Trattasi di una valutazione rilevante, anzitutto, in ordine all'individuazione delle soglie di interesse comunitario e delle relative conseguenze, sul piano giuridico, economico e procedimentale⁴⁶⁶.

Ai fini di cui all'art. 35, il valore di una concessione va computato sulla base del fatturato totale, al netto dell'IVA, che presuntivamente verrà prodotto per tutta la durata del contratto di concessione: si tratta naturalmente di un precetto analogo alle ordinarie regole da tempo vigenti in materia di procedure ad evidenza pubblica⁴⁶⁷.

Per ciò che attiene al momento di individuazione della soglia, il comma 2 dispone che il valore stimato debba essere calcolato al momento di invio del bando di concessione.

Ciò nonostante, considerata la complessità degli interventi e le facoltà di negoziazione delle stazioni concedenti, di cui all'art. 171, comma 7, può accadere che il valore finale della concessione al momento dell'aggiudicazione sia maggiore del 20% di incremento rispetto al valore originariamente stimato.

In tale ipotesi, il terzo comma, riprendendo integralmente l'art. 8 della direttiva 2014/23/UE, specifica che la stima valida a tutti i fini è costituita dal valore della concessione al momento dell'aggiudicazione.

Relativamente alle modalità di computo si deve tenere evidentemente conto di tutte le poste e le evidenze contabili e progettuali specificate nei documenti della concessione secondo un metodo oggettivo che non trascuri alcun elemento finanziario di rilievo risultante nei documenti posti alla base della procedura di concessione.

Per il rilievo del calcolo del valore stimato della concessione sulla disciplina è stato poi inserito l'obbligo delle stazioni concedenti di tener conto degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti (Anac, Agcm, Autorità dei Trasporti, etc...).

Va notato che la versione finale del testo non ha accolto il rilievo contenuto nel parere del Consiglio di Stato, ripreso anche all'interno dei pareri della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, per il quale sarebbe stata opportuna una più dettagliata indicazione delle modalità e delle finalità degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti.

⁴⁶⁶ Cfr. A. TULLIO, *La Finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003, pp. 186 ss.

⁴⁶⁷ Cfr. S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto*, Milano, 2008, *passim*.

Il nuovo codice estende anche alla disciplina propria delle concessioni alcuni precetti, analoghi a quelli di derivazione comunitaria in materia di appalti, precipuamente finalizzati ad evitare aggiramenti della disciplina europea. Il divieto di frazionamento è attenuato dalla possibilità che si possa motivare la giustificata sussistenza di ragioni oggettive che inducono alla ripartizione in lotti. Sulla base del parere reso dalle due Camere del Parlamento sarebbe, tuttavia, stato opportuno indicare il soggetto in grado di valutare le ragioni oggettive che giustificano il frazionamento della concessione; la versione finale della norma, infatti, specifica che la decisione relativa alla legittimità o meno del frazionamento deve essere assunta dall'aggiudicatrice stessa⁴⁶⁸.

5. *Durata delle concessioni.*

Il recepimento all'art. 168 del nuovo codice riprende solo parzialmente l'art. 18 della direttiva 2014/23/UE, ragion per cui il cardine della durata limitata delle concessioni ne risulta notevolmente depotenziato. Dall'art. 169 è stato espunto l'elemento che dava una connotazione oggettiva al concetto di "limitatezza" e che è fissato nel secondo comma dell'art. 18 della direttiva "concessioni" con riferimento alla durata «inferiore ai cinque anni» al fine di dare un elemento di concretezza del *favor* per la concorrenza. Questo disallineamento rispetto all'art. 18 della direttiva 23, è stato anche sottolineato dal parere del Consiglio di Stato, il quale annotava come la norma comunitaria preveda per le sole concessioni ultraquinquennali che la durata massima non superi il periodo di tempo in cui si possa ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti.

La differenza non è formale ma sostanziale: nel modello comunitario, infatti, la durata infraquinquennale è ammissibile perché non è strettamente necessario che il concessionario recuperi integralmente gli investimenti nel periodo contrattuale, giacché al momento del ri-affidamento della concessione sarà il concessionario subentrante a farsi carico della surroga a quello uscente in tutte le posizioni debitorie.

In sede di recepimento il legislatore ha voluto ignorare che la limitatezza temporale delle gestioni, soprattutto in riferimento alle concessioni di servizi in cui non vi sono particolari

⁴⁶⁸ U. REALFONZO, *I contratti di concessione*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016*, n. 50, cit., pp. 402-404.

oneri iniziali di investimento, costituisce una garanzia del buon andamento dei servizi pubblici. L'eliminazione del riferimento al lustro per la durata ordinaria della concessione ha finito in realtà per depauperare la portata innovativa del principio, ritenuto eccessivamente restrittivo rispetto alle trentennali e più prassi nazionali.

La lunghezza delle concessioni gioca un ruolo perverso soprattutto nelle concessioni relative a situazioni sostanzialmente monopolistiche; quando la durata delle concessioni è prolungata in misura eccessiva, il capitale realmente investito viene spesso ammortizzato e remunerato in un momento effettivamente antecedente a quello ufficialmente previsto, sebbene da ciò non consegua alcuna riduzione delle tariffe o dei prezzi.

In questi casi, le concessioni finiscono per sostituire il monopolista privato a quello pubblico, congelando il mercato per un tempo lunghissimo, ostacolando la concorrenza ed incidendo negativamente sui servizi pubblici.

Il profilo temporale, come è facile intuire, ha un'implicazione fondamentale su ogni aspetto gestionale del rapporto concessorio, in quanto una lunghezza irragionevole determina artificiosi incrementi dei costi ed un abbassamento degli *standard* qualitativi del servizio: basta pensare al ricorrente mancato sgombero della neve in inverno sulla nostra rete autostradale, fenomeno sconosciuto in Italia fino agli anni Settanta del secolo scorso, oppure alle disfunzioni di alcune gestioni aeroportuali.

Parliamo di aree vischiose caratterizzate da un pesante intreccio di interessi pubblici, privati, generali e locali, manifesti ed occulti che, in passato, hanno originato discutibili e ripetute proroghe. In tali frangenti le riforme c.d. liberali sono finite per risolversi in un «ingiustificabile accaparramento di rendite a scapito degli interessi generali della collettività e degli altri imprenditori dei relativi settori»⁴⁶⁹.

In luogo di applicare il modello anglosassone del “*price cap*”, come studi di economia dimostrano, le amministrazioni degli ultimi quarant'anni con il reiterato prolungamento della durata delle concessioni hanno spesso assicurato indebiti vantaggi a società pubbliche e private, al solo fine di massimizzare i ricavi immediati per le casse statali e locali.

⁴⁶⁹ U. REALFONZO, *I contratti di concessione*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 406.

La durata del rapporto concessorio non può superare il tempo ragionevolmente necessario al recupero dell'investimento e il ritorno del capitale investito, tenendo in considerazione altresì l'ammontare degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali risultanti dal piano economico finanziario e la complessità organizzativa dell'oggetto contrattuale.

Il limite della durata massima della concessione deve perciò essere calcolato con riferimento agli elementi che risultano dal piano economico finanziario computando il periodo di tempo di ammortamento degli investimenti e della remunerazione del capitale.

Ai fini dell'individuazione dell'elemento "tempo" si deve tener conto di tutti gli investimenti iniziali e di quelli effettuati in corso di concessione.

Ai fini della "durata" si deve tener conto, invece, soltanto degli investimenti che, sebbene realizzati in seguito, erano stati comunque originariamente previsti; saranno pertanto irrilevanti, per ottenere prolungamenti della durata, gli investimenti realizzati in seguito a modifiche e varianti al contratto⁴⁷⁰.

Nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento, non può essere prevista la proroga della durata di concessione in corso di esecuzione, a differenza di quanto accade nell'appalto in cui la proroga è ammessa sebbene solo ove sia stata prevista in sede di gara e limitatamente al tempo strettamente necessario per l'individuazione di un nuovo contraente⁴⁷¹.

6. *Contratti misti di concessioni.*

Ulteriore innovazione, derivante dal recepimento della normativa europea, e specificamente dagli artt. 20, 21 e 22 della direttiva "concessioni", è rintracciabile nel disposto dell'art. 169, il quale prevede una regolamentazione specifica per i contratti misti di concessione.

L'articolo in esame specifica quali disposizioni applicare nel caso dei contratti misti, secondo metodologie analoghe a quelle previste nei contratti misti di appalto.

⁴⁷⁰ U. REALFONZO, *I contratti di concessione*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 407.

⁴⁷¹ M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, cit., p. 480.

La concessione mista ricorre nei casi in cui la concessione abbia ad oggetto sia lavori che servizi. In queste circostanze, la procedura di aggiudicazione andrà individuata tra quelle applicabili al tipo di concessione che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione⁴⁷².

In linea generale, la nozione di «oggetto principale» rilevante per distinguere le concessioni di servizi da quelle di lavori viene delineata secondo la cosiddetta regola dell'assorbimento ovvero della strumentalità della prestazione, sicché prevale l'attività sotto il profilo strumentale predominante.

Qualora si tratti di una concessione mista di servizi sociali e di altri determinati servizi previsti nell'allegato IX, l'individuazione dell'oggetto principale è effettuata secondo un criterio economico, ossia in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi.

Ove le diverse parti di un contratto siano oggettivamente separabili, l'ente aggiudicatore potrà scegliere se aggiudicare contratti distinti per parti distinte, applicando a ciascuna parte il regime applicabile in base alle sue caratteristiche, ovvero aggiudicare un contratto unico, applicando la disciplina del contratto misto che ne deriva.

Nell'ipotesi di contratti misti contenenti elementi di concessioni ed elementi di appalti pubblici nei settori ordinari o speciali, l'aggiudicazione deve avvenire secondo la disciplina prevista per gli appalti.

Infine, allorquando le diverse parti di un contratto non siano separabili, si applicherà il regime giuridico a sua volta applicabile all'oggetto principale del contratto.

Nel caso in cui sussistano elementi relativi ad una concessione di servizi e ad un contratto di forniture, opererà il principio del valore stimato più elevato.

Per quanto riguarda i contratti misti afferenti ad aspetti di difesa o di sicurezza, vale a dire quei contratti che presentano sia elementi disciplinati dalla direttiva “concessioni” sia elementi riconducibili all'art. 346 TFUE o al d.lgs. n. 208/2011, la norma prevede l'applicazione della disciplina degli appalti relativi ai suddetti settori, delineata dall'art. 160 del d.lgs. 50/2016⁴⁷³.

⁴⁷² R. VILLATA, *Pubblici servizi, discussioni e problemi*, cit., pp. 129 ss.

⁴⁷³ F. GARELLA, M. MARIANI, *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, cit., pp. 385-386.

L'impostazione seguita dai giudici nazionali è conforme ai principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria; del resto anche di recente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 7/2014, ha chiarito che occorre avere riguardo all'oggetto principale della prestazione secondo la funzione prevalente o accessoria svolta da ciascuna componente, c.d. criterio qualitativo, a prescindere dal valore economico delle prestazioni medesime, c.d. criterio quantitativo⁴⁷⁴.

Quanto ai servizi pubblici locali, che sono quelli correlati allo sviluppo ed alla promozione delle comunità locali, parte della dottrina ha osservato che l'art. 112 TUEL fa riferimento all'attività oltre che al bene. Ne consegue che può essere ritenuto servizio ogni attività in grado di garantire una maggiore fruibilità del bene anche se si tratti di bene che soggiace al regime demaniale. In tal senso risulta difficile definire *a priori* i servizi pubblici⁴⁷⁵.

7. *Novità, criticità e differenze tra la nuova e la vecchia disciplina sulle concessioni.*

Il recepimento della direttiva “concessioni”⁴⁷⁶ in tema di affidamento dei contratti di concessione costituisce un intervento a carattere sistematico nell'alveo dei contratti pubblici che produce, come primo ed apprezzabile risultato, l'omogeneizzazione della disciplina dei contratti di concessione, nel precedente assetto caratterizzata dalla netta separazione tra l'identità concettuale di concessione di lavori pubblici e quella di concessione di servizi. Le concessioni di lavori pubblici erano disciplinate in modo così puntuale e dettagliato da essere considerevolmente accostate agli appalti di lavori, soprattutto per ciò che attiene alla fase di affidamento del contratto, sussistevano, invece, notevoli diversità di regime giuridico relative alla fase dell'esecuzione.

Ex art. 142, comma 3, del d.lgs. 163/2006, infatti, alle concessioni di lavori pubblici si applicavano, se non derogate dalle disposizioni speciali inerenti a questa tipologia di concessioni, le disposizioni del codice dei contratti pubblici.

⁴⁷⁴ S. ROCCA, *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, a cura di M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, Milano, 2017, p. 654.

⁴⁷⁵ C. ROSSANO, *I contratti misti*, relazione al Convegno IGI, Concessione di servizi, concessione di lavori pubblici e contratti misti: alla ricerca delle differenze, Roma 27 giugno 2007.

⁴⁷⁶ Cfr. R. CRAVEN, *The EU's 2014 Concessions Directive*, in *Public Procurement Law Review*, 4, 2014, pp. 188-200.

Anche i concessionari di lavori pubblici non soggetti al rispetto dello statuto delle amministrazioni aggiudicatrici, nell'affidare lavori a terzi erano tenuti al rispetto di un corposo numero di disposizioni codicistiche, contenute nella parte II (titolo I e II) e riguardanti la pubblicità dei bandi, i termini procedurali, i requisiti generali e di qualificazione dei concorrenti, il subappalto, la progettazione, il collaudo ed i piani di sicurezza.

Diversamente, per le concessioni di servizi l'art. 30 del d.lgs. 163/2006 si limitava a fissare alcune norme di principio che collocavano la figura ai margini del campo di azione del vecchio codice.

L'assenza di disposizioni imperative nel campo delle concessioni di servizi, lasciava ampi margini di manovra all'amministrazione aggiudicatrice sia nel dettare le disposizioni della *lex specialis* regolative della procedura di affidamento, sia nella fase di esecuzione. Al contempo era sovente il verificarsi di situazioni controverse, attinenti in special modo alla fase dell'aggiudicazione, di incerta soluzione, nelle quali si doveva stabilire se una certa disposizione degli appalti nei settori ordinari potesse o meno trovare applicazione, poiché espressiva di uno dei principi richiamati dal comma 3 dell'abrogato art. 30.

Oltre all'incertezza interpretativa nel campo delle concessioni di servizi, si aveva un'evidente disparità di regime giuridico ed una notevole discordanza di istituti tra concessioni di servizi e concessioni di lavori. L'assoggettamento anche delle concessioni di servizi ad una normativa puntuale e, tendenzialmente, sovrapponibile a quella regolante le concessioni di lavori costituisce una innovazione di sistema, capace di generare un grande impatto innovativo che verosimilmente si rivelerà positivo in quanto idoneo a limitare gli spazi di incertezza.

Proprio su questa innovazione di fondo fortemente voluta dal legislatore eurounitario, si innestano le possibili comparazioni fra vecchio e nuovo codice afferenti ai singoli istituti.

Sul piano definitorio vi è una indubbia assonanza tra le definizioni vigenti di concessione di lavori e di concessione di servizi e le definizioni di cui all'art. 3 del d.lgs. 163/2006, giacché tutte fanno riferimento alla configurazione del corrispettivo del concessionario, quale diritto di gestire l'opera o i servizi oggetto del contratto a cui può accompagnarsi, se del caso, un prezzo. Tuttavia nelle definizioni vigenti assume un rilievo centrale per la figura contrattuale in esame, l'assunzione da parte del concessionario del rischio operativo legato alla gestione

del servizio o dell'opera, aspetto che sul piano testuale non compariva nel testo dei commi 11 e 12 dell'art. 3 del codice previgente.

Se è certo che l'elemento del rischio operativo riveste un ruolo cruciale nell'individuazione del contratto di concessione e che l'introduzione nel diritto positivo di questo essenziale aspetto del rapporto contrattuale di concessione rappresenta una novità assoluta, idonea a rendere l'elemento imprescindibile, è altrettanto vero che dal rischio operativo non poteva prescindere neanche nel precedente assetto; la nozione era stata ampiamente delineata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e fedelmente recepita dalla giurisprudenza interna, ai fini, della distinzione tra concessione di lavori o servizi e appalto, la quale poteva provocare conseguenze notevoli sul piano della disciplina, tanto della scelta del contraente quanto dei diversi istituti interessanti la fase esecutiva del rapporto.

Il definitivo recepimento della nozione europea di concessione di servizio pubblico e di lavori, imperniata sul trasferimento in capo all'affidatario di una parte almeno del rischio economico dell'attività, era già avvenuto nella vigenza del codice anteriore, sotto la spinta decisiva del giudice europeo.

Anche la giurisprudenza italiana mostra di avere ormai superato la logica che ravvisava la distinzione tra appalto di servizi e concessione di servizio pubblico, nel beneficiario della prestazione, giungendo alla conclusione che l'elemento decisivo per poter distinguere la concessione dall'appalto sia la modalità di remunerazione: si avrà concessione quando l'operatore si assuma in concreto i rischi economici della gestione del servizio o dell'opera, rifacendosi prevalentemente sull'utenza, si avrà appalto quando l'onere del servizio venga a gravare sull'amministrazione⁴⁷⁷.

La nozione del rischio operativo nella concessione non è altro che il recepimento normativo di una concettualizzazione già ampiamente sviluppata in sede giurisprudenziale, anche per ciò che concerne il profilo della compatibilità con la concessione di un contributo pubblico a carico della stazione concedente, a patto che non venga completamente azzerato il rischio dipendente dalle variazioni di ricavi e di costi del mercato di riferimento, perché oggi come un tempo, il concessionario è l'operatore a cui non è garantito il recupero degli investimenti

⁴⁷⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377, cit.

effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione.

Si tratta di nozioni, in special modo quella di concessione e di rischio operativo, in linea con quelle già elaborate dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia UE, di qui la problematicità, oggi come allora, del ricondurre nell'area delle concessioni le "opere fredde", manufatti la cui realizzazione e gestione è remunerata dalla sola amministrazione, soprattutto nei casi in cui ciò accada secondo quantità e prezzi definiti⁴⁷⁸.

Nel precedente codice questa tipologia di opera, destinata all'utilizzazione diretta da parte della pubblica amministrazione, poteva comunque costituire oggetto di concessione di lavori, a condizione che restasse a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera: nel nuovo codice del 2016 non si rinviene una corrispondente definizione.

Rappresentano invece differenze sostanziali e gravide di conseguenze applicative quelle derivanti dalle disposizioni che oggi disciplinano positivamente una serie di aspetti precedentemente non contemplati, i quali concorrono alla definizione ed ai limiti del rischio operativo e sui quali in precedenza ci si è soffermati. In particolare, vi sono degli istituti o dei profili giuridico-economici del tutto assenti nell'assetto normativo del 2006, oggi invece ben definiti, come l'equilibrio economico-finanziario, il limite del contributo pubblico all'equilibrio economico-finanziario dell'impresa del concessionario, la dettagliata regolamentazione delle modalità di finanziamento dell'opera, il metodo di calcolo del valore stimato dalle concessioni.

Relativamente all'equilibrio economico, l'art. 143 del vecchio codice del 2006 ammetteva la possibilità di contributi economici a vantaggio del concessionario e a carico dell'amministrazione, alternativi all'auto-finanziamento dell'impresa mediante i ricavi provenienti dalle vendite dei servizi al mercato degli utenti; nell'attuale impianto codicistico, sebbene continui ad esser ammesso il contributo pubblico sotto forma di prezzo o altro meccanismo di finanziamento a carico dell'amministrazione concedente per l'ottenimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'attività dedotta in concessione, esso viene

⁴⁷⁸ Cfr. Tar Sardegna, sez. I, 10 marzo 2011, n. 203, in *Foro amm. Tar*, 3, 2011, 1030.

circondato da maggiori cautele e limiti, volti ad evitare condotte opportunistiche ed ingiustificati guadagni in favore dei concessionari. Il concessionario dovrà necessariamente reperire sul mercato la gran parte dei ricavi di gestione.

Un'altra importante differenza si ravvisa nel superamento della previgente previsione secondo cui l'intervento di riequilibrio, in corso di rapporto, poteva anche realizzarsi attraverso una proroga della concessione in corso, ovvero attraverso la previsione originaria, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di una durata anche ultratrentennale del rapporto, laddove ciò fosse stato necessario ad assicurare il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario.

Il nuovo codice non fissa una durata massima in termini di anni ma la àncora a dei parametri ben precisi che sono il valore della concessione e la complessità organizzativa dell'oggetto della stessa.

Altro aspetto innovativo è l'aver limitato l'ambito degli investimenti rilevanti a quelli necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultanti dal piano economico finanziario.

La fondamentale innovazione è di natura sistematica in quanto, per la prima volta nel nostro ordinamento, anche le concessioni di servizi ricevono una disciplina puntuale e dettagliata, che le assimila pienamente alle concessioni di lavori: ne deriva che la distinzione tra concessioni di lavori e concessioni di servizi, seppur continuando ad avere un innegabile rilievo, non comporterà più conseguenze altrettanto pregnanti che in passato⁴⁷⁹. La qualificazione del contratto come concessione di servizi che, in passato, avrebbe comportato l'assoggettamento del procedimento di aggiudicazione ai soli principi del Trattato ed ai principi desumibili dal vecchio codice dei contratti pubblici, con sottrazione dell'amministrazione concedente alla gran parte delle disposizioni e dei vincoli che costellavano le procedure di affidamento dei contratti pubblici, nel sistema attuale comporterà in ogni caso l'assoggettamento a tutte le disposizioni, vevoli anche per le concessioni di lavori, contenute nel capo III.

⁴⁷⁹ Cfr. G. GRECO, N. BASSI, *L'ambito oggettivo di applicazione del codice*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. A. SALA, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., p. 252.

Con il recepimento delle nuove disposizioni di derivazione europea, scompare dall'ordinamento degli appalti pubblici la profonda diversificazione di disciplina che contrapponeva le due tipologie di concessione e che collocava la concessione di servizi ai margini del sistema, fra i contratti esclusi dall'ambito applicativo del codice dei contratti pubblici.

Le norme di cui agli artt. 164-169 del d.lgs. 50/2016 cagionano effetti che saranno in gran parte apprezzati dagli *stakeholders* in quanto svolgono una funzione di semplificazione del sistema dei contratti di concessione, superando, *in primis* la divergenza di disciplina che contrapponeva, nel previgente quadro normativo, le concessioni di lavori pubblici, da un lato e quelle di servizi, dall'altro.

Le nuove disposizioni recepiscono e stabilizzano, inoltre, nozioni e regole di elaborazione giurisprudenziale che oggi trovano la loro fonte in precise norme di legge, con intuibili e considerevoli effetti sul piano della certezza del diritto. Si ponga mente, ad esempio, alle definizioni positive di rischio operativo e di equilibrio economico-finanziario nelle concessioni, ai metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni, al limite massimo di valore che può raggiungere il contributo pubblico a sostegno della gestione del concessionario, la quale non può per definizione mai essere sottratta ai rischi derivanti dalle fluttuazioni del mercato. «Allo stesso modo non possono che salutarsi con favore le disposizioni in tema di calcolo del valore della concessione e di individuazione del contratto prevalente e della disciplina da applicare nelle diverse ipotesi di contratti misti di concessioni»⁴⁸⁰.

Altro dato positivo è l'aver introdotto perentoriamente il principio di un limite temporale nel sistema delle concessioni, ancorando la loro durata al valore della concessione e alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa.

Le “virtuosità” delle nuove disposizioni sembrerebbero largamente prevalenti rispetto alle criticità emerse in passato nel sistema dei contratti pubblici, ciò nonostante in ordine alla durata massima delle concessioni possono rilevarsi alcuni profili problematici: si è a lungo criticata la scelta del legislatore di non aver voluto fare riferimento al “lustrò” come durata

⁴⁸⁰ C. VALLORANI, *Contratti di concessione*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma, 2016, p. 931.

ordinaria del rapporto di concessione, considerando che la lunghezza eccessiva e la facile prorogabilità delle concessioni nei vari settori, in Italia hanno causato per decenni restrizioni e barriere per l'accesso al mercato di servizi ed opere pubbliche ed in parecchi casi hanno generato situazioni di sostanziale monopolio di fatto⁴⁸¹.

⁴⁸¹ C. VALLORANI, *Contratti di concessione*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, cit., p. 932.

Sezione II

GARANZIE PROCEDURALI

SOMMARIO: 1. Requisiti tecnici e funzionali. – 2. Garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione. – 3. Selezione e valutazione qualitativa dei candidati. – 4. Termini, principi e criteri di aggiudicazione. – 5. Novità, criticità e differenze tra la nuova e la vecchia disciplina sulle concessioni.

1. Requisiti tecnici e funzionali.

Ai sensi dell'art. 166 del d.lgs. 50/2016, le amministrazioni sono libere di scegliere le procedure di selezione del concessionario e di decidere il miglior modo per organizzare e gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione di servizi, nell'ottica di assicurare la qualità, la sicurezza e l'accessibilità tariffaria e geografica del servizio medesimo. Ciò risulta logicamente coerente con l'impostazione di matrice comunitaria volta ad una maggiore professionalizzazione e relativa responsabilizzazione delle stazioni appaltanti, in stretta collaborazione con le garanzie di interesse pubblico.

La procedura competitiva deve flessibilmente adattarsi alle esigenze amministrative, così da garantire la qualità delle prestazioni ed il rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (art. 30).

Nel rispetto dei criteri di aggiudicazione previsti nella parti I e II, la stazione appaltante può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti (art. 171), data la "complessità" tecnica ed operativa delle concessioni.

Potranno essere discussi con i candidati tutti gli aspetti del contratto in occasione della fase di attuazione, pur nel rispetto del principio di trasparenza e di parità di trattamento tra operatori economici, in modo tale da consentire all'amministrazione di acquisire le conoscenze del mercato che le consentano di bandire una procedura concorsuale il più possibile rispondente alla soddisfazione dell'interesse pubblico.

Il bando dovrà fornire adeguata pubblicità ai seguenti elementi: la descrizione della concessione, le condizioni di partecipazione alla gara da parte dei candidati, l'espressa indicazione della subordinazione della validità del rapporto concessorio all'attuazione del piano finanziario, al rispetto della tempistica in esso prevista per la realizzazione degli investimenti e alla necessità che il concessionario s'impegno espressamente ad osservare tali

condizioni, la descrizione dei criteri di aggiudicazione e, se del caso, dei requisiti minimi da soddisfare per aver accesso alla gara.

Proporzionalmente alla necessità di garantire la capacità di eseguire il contratto ed al contempo il perseguimento degli obiettivi pubblici, le stazioni appaltanti potranno verificare il possesso in capo agli aspiranti aggiudicatari delle capacità tecnico-professionali ed economico-finanziarie sulla base di certificazioni, autocertificazioni, o attestati che devono essere presentati come prova⁴⁸².

Il capo II si occupa dunque delle garanzie procedurali in ordine all'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Il legislatore italiano, sulla scia delle indicazioni provenienti dalla direttiva 23, art. 36, si propone di delineare all'interno dell'art. 170 del d.lgs. 50/2016, la disciplina relativa alla predeterminazione dei requisiti tecnici e funzionali dei lavori da eseguire o dei servizi da fornire. E' proprio attraverso tali requisiti che l'amministrazione aggiudicatrice individua le caratteristiche del contratto, in corrispondenza dei fini dalla stessa perseguiti: in altri termini, essi definiscono la prestazione dedotta nel contratto di concessione che si intende stipulare ed evidenziano quali esigenze funzionali sia necessario soddisfare attraverso lo stesso.

La norma richiede che detti requisiti siano esplicitati e specificati nei documenti di gara, in modo da consentire agli operatori economici di presentare delle offerte che risultino quanto più aderenti alle richieste dell'amministrazione.

In ossequio ai fondamentali principi di non discriminazione e di libera concorrenza, i requisiti in esame non devono introdurre vincoli troppo stringenti, tali da ostacolare l'accesso alla procedura di aggiudicazione, creando delle situazioni di sostanziale disparità di trattamento e restringendo artificiosamente la concorrenza, e non devono favorire uno specifico operatore economico, rispecchiando le principali caratteristiche delle forniture, dei servizi o dei lavori da esso abitualmente offerti. Non devono introdursi, perciò, requisiti che pretendano capacità tecniche o professionali sproporzionate rispetto all'oggetto del contratto.

⁴⁸² M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, cit., p. 480.

I requisiti *de quibus* possono, nei limiti dell'aderenza all'oggetto del contratto e dell'adeguatezza rispetto al valore e agli obiettivi dello stesso, afferire anche allo specifico processo di produzione o esecuzione della prestazione.

La norma enumera alcuni degli elementi che l'ente aggiudicatore può includere tra i requisiti necessari all'accesso alla procedura, quali ad esempio, livelli di prestazione ambientale ed effetti sul clima, la valutazione di conformità, l'esecuzione, la sicurezza o le dimensioni, la terminologia, i simboli, il collaudo ed i metodi di prova.

Al contempo, viene fortemente limitata la possibilità di introdurre riferimenti a fabbricazioni e provenienze determinate o a particolari procedimenti che risultino caratterizzanti di determinati prodotti o servizi offerti da uno specifico operatore economico.

E' esclusa tendenzialmente la menzione, all'interno delle clausole contrattuali, di marchi, brevetti, tipi, origini e produzioni scientifiche che abbiano l'effetto di favorire od escludere taluni operatori dalla procedura.

Tale riferimento è ammesso eccezionalmente nelle sole ipotesi in cui risulti giustificato dall'oggetto del contratto e nella misura in cui ciò sia indispensabile a consentire una descrizione intellegibile e precisa della prestazione richiesta; in tali casi la suddetta menzione dovrà essere accompagnata dall'espressione «o equivalente», al fine di chiarire il carattere esemplificativo del riferimento unicamente diretto a definire i connotati del bene o del servizio oggetto del contratto.

Per le medesime ragioni di imparzialità e tutela della concorrenza, la norma vieta alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori di respingere un'offerta sulla base del fatto che i lavori o i servizi offerti non siano conformi ai requisiti tecnici e funzionali richiesti, ogniqualvolta l'offerente sia in grado di fornire la prova che le soluzioni proposte soddisfino in modo equivalente i suddetti requisiti tecnici e funzionali.

La disciplina delineata dal nuovo codice dei contratti pubblici consente dunque agli operatori economici di offrire soluzioni anche non esattamente identiche a quelle individuate nella documentazione di gara, purché la stessa risulti equivalente ed idonea a raggiungere le finalità perseguite dall'ente aggiudicatore⁴⁸³. Il concetto di «equivalenza» va interpretato in maniera

⁴⁸³ M. GENTILE, *Le specifiche tecniche: l'Autorità torna sulla questione dell'equivalenza*, in *Urb. e app.*, 7, 2009, p. 792.

estensiva e va riferito ai prodotti ed alle prestazioni aventi caratteri essenziali analoghi a quelli previsti all'interno del bando e medesima funzione pratica degli stessi⁴⁸⁴.

2. *Garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione.*

Nella direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, è possibile cogliere l'introduzione di tre nuovi elementi che contraddistinguono l'evoluzione dei contratti di concessione, con una forte componente di innovatività e al contempo di complessità: la natura ed il dimensionamento dei rischi del concessionario; l'obbligo di monitoraggio *in streaming*; la condivisione pubblica sul *web* del *dataset* riferito ad ogni operazione di partenariato pubblico-privato⁴⁸⁵. Il nuovo codice, in maniera innovativa rispetto alle precedenti discipline, prevede all'art. 171 le garanzie procedurali minime che le amministrazioni devono rispettare nell'aggiudicazione delle concessioni, conformemente alle regole dettate dal legislatore europeo nell'art. 37 della direttiva 2014/23/UE.

Si stabilisce che l'aggiudicazione delle concessioni è subordinata al soddisfacimento di determinate circostanze riferite all'offerta ed all'offerente. L'offerta deve essere conforme ai requisiti minimi prescritti dalla stazione appaltante che attengono alle condizioni ed alle caratteristiche tecniche, fisiche, funzionali e giuridiche della medesima offerta.

Occorre, inoltre, che l'offerente ottemperi alle condizioni di partecipazione determinate nei documenti di gara con riferimento alle capacità tecniche e professionali ed alle capacità economiche e finanziarie.

Viene delineato il contenuto del bando di concessione, il quale deve comprendere una descrizione delle concessioni e delle condizioni di partecipazione, includere l'espressa indicazione che la concessione è vincolata alla piena attuazione del piano finanziario e al rispetto dei tempi previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche, precisare che l'offerta deve espressamente contenere, a pena di esclusione, l'impegno espresso da parte del concessionario all'osservanza di tali condizioni, nonché fornire una descrizione dei criteri di aggiudicazione e gli eventuali requisiti minimi da soddisfare. La documentazione di gara deve definire in maniera chiara ed obiettiva i criteri

⁴⁸⁴ F. GARELLA, *I contratti di concessione*, in F. GARELLA, M. MARIANI, *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, cit., pp. 386 ss.

⁴⁸⁵ M. RICCHI, *I contratti di concessione 2.0*, in *Finanza di progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, cit., p. 49.

previsti dalla legge ovvero delineati dalla stazione appaltante ai fini dell'aggiudicazione, in maniera tale da rendere edotti i partecipanti, sin dalle prime fasi della procedura, di tutti gli elementi rilevanti nella valutazione delle offerte. Viene così assicurata l'effettività della concorrenza tra gli offerenti e viene ridotto al minimo l'arbitrio della commissione giudicatrice, consentendo il sindacato delle valutazioni effettuate. La stazione appaltante deve rendere note a tutti i partecipanti le modalità della procedura ed un termine indicativo per il suo completamento nonché comunicare adeguatamente le eventuali modifiche.

Si prevede anche la facoltà per la stazione appaltante di limitare il numero di candidati o di offerenti ad un livello adeguato, sulla base di criteri oggettivi e nel rispetto del principio di trasparenza. Si sottolinea, però, che tale limitazione non deve comunque essere tale da incidere negativamente sull'effettività del principio di concorrenza. E' necessario dunque che il numero di candidati o di offerenti invitati a partecipare risulti comunque idoneo a tali fini, anche allo scopo di acquisire la migliore offerta, dal punto di vista economico e tecnico.

Conformemente a quanto richiesto dalla legge delega, si stabilisce che la stazione appaltante assicuri la tracciabilità degli atti inerenti alle singole fasi del procedimento.

Un'ulteriore novità si rinviene nella facoltà della stazione appaltante di condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti. La disposizione omette però di precisare le modalità di effettuazione delle suddette negoziazioni, fatta eccezione per il divieto di modifica dell'oggetto della concessione, dei criteri di aggiudicazione e dei requisiti minimi, già predeterminati⁴⁸⁶.

3. *Selezione e valutazione qualitativa dei candidati.*

All'atto della selezione dei candidati, la stazione appaltante è tenuta a verificare, ai sensi dell'art. 172 del d.lgs. n. 50 del 2016, che recepisce l'art. 38 della direttiva "concessioni", le condizioni di partecipazione, dei candidati o degli offerenti, sia in merito alle capacità tecniche e professionali, sia in ordine alla solidità finanziaria ed economica. Il possesso di tali requisiti può essere acclarato sulla base di certificazioni, autocertificazioni o attestati. Le condizioni in esame devono essere adeguate all'oggetto della concessione e allo scopo di

⁴⁸⁶ F. GARELLA, *I contratti di concessione*, in F. GARELLA, M. MARIANI, *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 388.

assicurare la concorrenza effettiva e devono essere proporzionali alla necessità di garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione.

La disposizione in questione deve essere raccordata all'art. 81 per cui, in linea di massima, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico-finanziario per la partecipazione alle procedure disciplinate dal codice, è acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati nazionale degli operatori economici del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ossia è messa a disposizione sul Registro on line dei certificati; in alternativa, viene in considerazione l'autodichiarazione dei concorrenti *ex art. 85*.

Ad ogni modo, resta salva la facoltà delle stazioni appaltanti di acquisire i certificati, le dichiarazioni e gli altri mezzi per provare l'assenza di motivi di esclusione di cui all'art. 80 o il rispetto dei criteri di selezione di cui all'art. 83. L'amministrazione può altresì acquisire le certificazioni di qualità ambientale *ex art. 87*.

La norma in esame si occupa, sotto un profilo diverso, dell'istituto dell'avvalimento, ammettendo la possibilità che, per soddisfare le sopra indicate condizioni di partecipazione, l'operatore economico si giovi delle capacità tecniche ed economico-finanziarie di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei rapporti tra essi intercorrenti.

Il legislatore ha voluto così assicurare una più ampia partecipazione degli operatori economici alle procedure di aggiudicazione, favorendo la libera concorrenza.

Per ciò che concerne la capacità finanziaria, la stazione appaltante può richiedere che l'operatore economico ed i soggetti avvalsi siano responsabili in solido dell'esecuzione del contratto. E' previsto anche che la dimostrazione delle capacità di partecipazione in vista dell'aggiudicazione della concessione provenga da un raggruppamento temporaneo di imprese di cui all'art. 45.

Un profilo di criticità che emerge dalla disposizione in commento discende dalla mancanza di una disciplina di dettaglio in tema di requisiti del concessionario, fatto salvo il richiamo ai requisiti generali e speciali degli appaltatori.

Non essendo stato riprodotto l'art. 95 del d.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010, recante i «requisiti del concessionario», bisogna chiedersi, inoltre, se tali requisiti verranno individuati nello specifico in sede di normativa d'attuazione del codice oppure se ciascuna amministrazione

dovrà procedere di volta in volta parametrando gli stessi in riferimento all'oggetto della gara⁴⁸⁷.

4. *Termini, principi e criteri di aggiudicazione.*

L'art. 173, recependo l'art. 41 della direttiva 2014/23/UE relativo ai criteri di aggiudicazione dei contratti di concessione, precisa che le concessioni sono aggiudicate sulla base dei criteri previsti per l'affidamento dei contratti di appalto.

In particolare, in deroga all'art. 95, si impone alla stazione appaltante la predisposizione di un elenco di criteri, specificando espressamente la rilevanza di ciascun criterio di valutazione, attraverso l'individuazione di un ordine decrescente di importanza.

Tale ordine può eccezionalmente essere modificato nel caso di presentazione di un'offerta che propone una soluzione innovativa e imprevedibile, con un livello straordinario di prestazioni funzionali. In tale ipotesi, in ossequio al principio di trasparenza, la stazione appaltante è tenuta all'emissione di un nuovo invito a presentare offerte ovvero un nuovo bando di concessione, nel quale si dà conto delle modifiche intervenute. Si precisa infine che la modifica deve essere operata nel rispetto dei principi di imparzialità e non deve dar luogo a discriminazioni. Il legislatore ha dapprima usato il termine "offerenti", oltre che "nuovo invito", tipico della procedura ristretta, per poi estendere la previsione del comma 3 della norma anche in caso di procedura aperta per la quale, appunto, sarà necessario applicare un nuovo bando di concessione⁴⁸⁸.

Si può agevolmente inferire dal chiaro tenore della disposizione come il legislatore abbia voluto valorizzare, in relazione all'individuazione dei criteri di aggiudicazione, il principio di libera determinazione dell'autorità, permettendo all'amministrazione di modificare «in corsa» l'ordine gerarchico che informa l'elenco dei criteri di aggiudicazione⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ F. GARELLA, *I contratti di concessione*, in F. GARELLA, M. MARIANI, *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 389.

⁴⁸⁸ S. ROCCA, *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, a cura di M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, cit., p. 664.

⁴⁸⁹ F. GARELLA, *I contratti di concessione*, in F. GARELLA, M. MARIANI, *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 390.

5. *Novità, criticità e differenze tra la nuova e la vecchia disciplina sulle concessioni.*

Gli articoli da 170 a 173 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, inseriti nel capo espressamente dedicato alle garanzie procedurali in materia di concessioni, dettano le disposizioni ed i principi che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono chiamati ad osservare nella predisposizione del bando di concessione, definendo i contenuti, in certi aspetti imprescindibili ed imperativi, che la *lex specialis*, regolante l'assegnazione di uno specifico contratto di concessione, deve recepire.

Va ribadito che, ai sensi dell'art. 59, comma 1, del nuovo codice dei contratti pubblici, il divieto di ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori non trova applicazione nei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico-privato, contratto di disponibilità; sicché la concessione di lavori rappresenta una delle poche fattispecie ammesse a derogare al divieto codificato di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori.

Così come del resto previsto nel settore degli appalti, nella nuova e nella previgente normativa, la scelta dei requisiti tecnici e funzionali necessari a definire l'oggetto del contratto, alla cui stipulazione la procedura competitiva è diretta, è scelta meramente discrezionale, attinente al merito tecnico-amministrativo, per definizione riservato alle valutazioni dell'amministrazione che qui è chiamata a prefigurare ed a valutare i contenuti della futura prestazione, meglio in grado di soddisfare l'interesse pubblico che va ad influenzare inevitabilmente la causa concreta del contratto pubblico da stipulare, sia esso di appalto o di concessione. La grande discrezionalità che, al riguardo, compete alle amministrazioni aggiudicatrici ed agli enti aggiudicatori può essere limitata esclusivamente dai principi generali, anche di derivazione comunitaria, che sovrintendono all'attività amministrativa in generale e, soprattutto, alla materia dei contratti pubblici e delle concessioni.

Proprio in relazione a queste ultime il legislatore, in sede di recepimento, ha opportunamente ritenuto di fissare il peculiare principio, limitativo della discrezionalità della stazione concedente nella selezione dei requisiti tecnici e funzionali della prestazione, in forza del quale essi debbono collegarsi all'oggetto del contratto ed essere commisurati al valore ed agli obiettivi dello stesso, con l'intento pro-concorrenziale e conforme al canone della

proporzionalità di impedire l'applicazione di requisiti oggettivi eccessivamente onerosi o troppo impegnativi, in quanto non richiesti dall'oggetto e dallo scopo del contratto⁴⁹⁰.

La principale novità in tema di garanzie procedurali attiene all'assoggettamento delle procedure di affidamento ad una disciplina unitaria, concernente sia i contratti di concessione di lavori pubblici che i contratti di concessione di servizi. Per questi ultimi, come osservato in precedenza, si perviene nel nuovo codice ad una disciplina puntuale e dettagliata rispetto al precedente regime, basato sui principi generali e sulla gara informale con almeno cinque concorrenti. Nel precedente quadro normativo si ravvisavano numerosi inconvenienti nel fin troppo ampio margine di discrezionalità di cui disponeva la stazione appaltante nell'organizzazione della gara, in ordine alla fissazione dei criteri e alla scelta delle disposizioni da osservare, nonché nelle notevoli incertezze circa l'applicabilità delle regole generali in materia di affidamento degli appalti, laddove non richiamate dalla *lex specialis*.

In numerose occasioni la giurisprudenza italiana ha dovuto affrontare il problema di definire le regole concretamente applicabili alle concessioni, specie quelle di servizi, tenuto conto che esse non possono derogare ai principi del sistema comunitario dei contratti pubblici. Nel diritto europeo vi sono dei principi generali che assumono rilevanza costituzionale e che agiscono indipendentemente dall'essere richiamati in una data disposizione di legge. Come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel 7 maggio del 2013, nell'ordinamento comunitario il tratto distintivo della concessione di servizi va individuato nelle modalità di remunerazione del soggetto affidatario e nella attribuzione o meno in capo al soggetto del rischio economico connesso alla gestione economico-funzionale dell'opera o del servizio. Secondo il Supremo Consesso, l'art. 30 del d.lgs. 163/2006, al comma 2, affermava che nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste soltanto nel diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente il servizio. La distinzione attiene alla struttura del rapporto che, se nell'appalto di servizi intercorre tra due soggetti, nella concessione di servizi pubblici intercorre tra tre soggetti, la prestazione viene

⁴⁹⁰ C. VALLORANI, *Contratti di concessione*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, cit., p. 933.

cioè affidata dall'amministrazione aggiudicatrice al concessionario ed è rivolta al pubblico o agli utenti⁴⁹¹.

Nonostante le direttive del 2004 avessero tendenzialmente escluso dal proprio ambito di applicazione le concessioni di servizi, l'affidamento delle stesse, in virtù della giurisprudenza comunitaria e nazionale, non poteva comunque essere sottratto ai principi espressi dal Trattato in tema di concorrenza. Questa regola era stata codificata nell'art 30, comma 3, del precedente codice dei contratti pubblici, il quale, unitamente alla definizione dell'istituto stesso, recepiva gli orientamenti espressi dalla Comunicazione interpretativa della Commissione⁴⁹² sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000 nonché, nell'ordinamento interno, dalle circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 3944 del 1 marzo 2002 e n. 8756 del 6 giugno 2002. Alla luce dei richiamati principi, l'Adunanza Plenaria ha concluso che, in sede di affidamento di una concessione di servizi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono applicabili le disposizioni di cui all'art. 84, commi 4 e 10, del d.lgs. 163/2006, in quanto sono da ritenere espressive di quei principi di trasparenza e di parità di trattamento richiamati dall'art. 30 del vecchio codice, ciò fa di esse delle norme imperative in grado di integrare e di sovrapporsi alla *lex specialis*.

Il Consiglio di Stato nel 2013 era però giunto a conclusioni differenti, quando aveva ritenuto che l'applicabilità alle concessioni delle disposizioni del codice dei contratti doveva essere esplicitata dall'amministrazione aggiudicatrice, attraverso il richiamo specifico di esse nella legge di gara.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, in una fattispecie di gara per l'affidamento di una concessione, poiché il bando non conteneva alcun richiamo all'art. 49 del codice dei contratti pubblici, non era possibile l'applicazione del modello di avvalimento invocato da uno dei concorrenti, atteso che detto istituto non sarebbe stato riconducibile ad alcuno dei principi cogenti applicabili alle concessioni di servizi, giusto il disposto dell'art. 30, comma 3, del codice previgente⁴⁹³.

⁴⁹¹ C. VALLORANI, *Contratti di concessione*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, cit., p. 941.

⁴⁹² F. LEGGIADRO, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb. e app.*, 2000, pp. 1430 ss.

⁴⁹³ Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2385, in *Foro amm. C.d.S.*, 5, 2013, 1329.

Ai sensi dell'art. 172, comma 2, del nuovo codice l'avvalimento ha oggi pieno riconoscimento nell'ambito degli affidamenti di contratti di concessione. Con riguardo al precedente assetto normativo, secondo l'opinione prevalsa, la qualificazione di "principio" in riferimento al contenuto dell'art. 38, non impediva la sua applicazione diretta come invece argomentava parte della giurisprudenza⁴⁹⁴, secondo cui sarebbe stata comunque richiesta la sua ripetizione nella *lex specialis* di gara.

Nell'area delle concessioni ha trovato ampia adesione l'orientamento "sostanzialista" nell'interpretazione ed applicazione delle cause di esclusione, in base al quale, allorquando il bando non identifichi le cause di esclusione, la mancanza della dichiarazione non può condurre all'esclusione se non nell'ipotesi di effettiva assenza del requisito. Si è ritenuto necessario far riferimento al principio della tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 46, comma 1 *bis*, codice del 2006, così che, anche in materia di concessioni, non possa darsi una lettura estensiva delle clausole di esclusione ma debbano favorirsi sempre la più ampia partecipazione degli operatori economici e la riduzione al minimo degli ostacoli alla concorrenza.

In passato un tema a lungo dibattuto e giurisprudenzialmente controverso, anche nell'ambito delle concessioni, è stato quello dell'esclusione delle offerte per eccesso di ribasso, ai sensi dell'art. 86 del previgente codice dei contratti pubblici.

Nelle poche sentenze sull'argomento il Consiglio di Stato tendeva ad escludere le concessioni dalla disciplina dell'anomalia. L'applicazione delle regole sulla verifica dell'anomalia poteva metter in crisi la netta separazione tra la fattispecie concessoria e quella dell'appalto nel previgente assetto, giacché la normativa sull'eccesso di ribasso non sarebbe stata compatibile con l'alea economico-finanziaria che dovrebbe caratterizzare le concessioni⁴⁹⁵.

In realtà l'esclusione delle offerte anomale anche nell'ambito delle concessioni appare compatibile con la qualifica delle stesse quali specie del *genus* contratti a titolo oneroso.

⁴⁹⁴ C. VALLORANI, *Contratti di concessione*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, cit., p. 943.

⁴⁹⁵ C. VALLORANI, *Contratti di concessione*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, cit., p. 944.

Questo anche in relazione ai fini perseguiti dalla disciplina, che generalmente sono quelli di assicurare la serietà delle offerte e l'equilibrio economico tendenziale dei contratti⁴⁹⁶.

La giurisprudenza ha anche affrontato la questione della garanzia provvisoria di cui all'art. 75 del vecchio codice dei contratti pubblici ed in particolare il Consiglio di Stato è apparso concorde nel concludere che, per quanto riguarda le concessioni, l'art. 75 dovrebbe operare solo se richiamato nel bando di gara⁴⁹⁷, non essendo la cauzione espressione dei principi di sistema più volte richiamati. Analoghi problemi sembrano oggi porsi nuovamente con riguardo all'applicabilità alle procedure di concessione della garanzia provvisoria obbligatoria di cui all'attuale art. 93, norma che concerne gli affidamenti nei settori ordinari e che non appare tra quelle a cui si riferisce il richiamo di cui al comma 2 dell'art. 164 che non cita, nell'elencazione degli istituti della parte I e II del nuovo codice, la verifica delle offerte anormalmente basse.

Sulla base delle sintetiche rassegne che precede, l'applicazione alle concessioni di regole in origine nate per gli appalti, ha cagionato in passato innumerevoli dubbi interpretativi ed applicativi alla giurisprudenza, fatti salvi i rari casi in cui vi fosse espressa estensione di tali regole al campo delle concessioni. In virtù delle nuove disposizioni, gli spazi di incertezza risultano notevolmente ridotti, ma non interamente eliminati, come dimostra il mancato richiamo del citato art. 93 in tema di garanzie.

Alla luce del principio della massima partecipazione alle gare da parte di tutti gli operatori interessati, sembra doversi ammettere, sebbene in mancanza di un espresso richiamo all'interno dell'art. 164 del nuovo codice, la possibilità di attivare anche nel campo delle concessioni la disciplina del soccorso istruttorio dettata per i settori ordinari dall'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, in caso di «carenze di qualsiasi elemento formale della domanda» le quali «possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma».

Nel quadro delineato dal nuovo codice che ha proceduto all'unificazione delle discipline afferenti ai procedimenti competitivi per la scelta del contraente nei contratti di concessione

⁴⁹⁶ R. CIPPITANI, *Concessioni di servizi e applicazione dei principi in materia di appalti* (commento a Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 2015, n. 3910), in *Urb. e app.*, 1, 2016, pp. 74 ss.

⁴⁹⁷ Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377, cit.

ed ha avvicinato notevolmente gli stessi procedimenti alle procedure competitive nei settori ordinari, permangono ancora alcune criticità. Quest'ultime attengono *in primis* all'applicabilità al campo delle concessioni di istituti "ordinari" di rilievo quali le garanzie per partecipare ed il soccorso istruttorio. Vi sono altresì difficoltà nell'inquadrare, fissando i necessari limiti applicativi, figure allo stato problematiche e integralmente nuove come la facoltà di negoziazione con i candidati e gli offerenti e la modifica dei criteri successivamente ad un'offerta innovativa.

L'estrema ampiezza delle scelte rimesse all'amministrazione nell'attivazione dei sub-procedimenti in discorso, essendo piuttosto larghe le maglie dell'articolato normativo, di certo non ancora l'esercizio del potere a presupposti rigidi e stringenti. Il rischio di abusi ed eccessi di potere che, nelle concrete fattispecie, potrebbero verificarsi non è meramente teorico.

I correttivi, dunque, non potranno che essere individuati in ossequio ai principi sistematici della materia dei contratti pubblici, a partire dal divieto di porre in essere condotte discriminatorie, menzionato all'interno dell'art. 173, comma 3, del d.lgs. 50/2016⁴⁹⁸.

⁴⁹⁸ C. VALLORANI, *Contratti di concessione*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, cit., pp. 942 ss.

Sezione III
ESECUZIONE DELLE CONCESSIONI

SOMMARIO: 1. Subappalto. – 2. Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia. – 3. Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro. – 4. Affidamenti dei concessionari. – 5. Norme in materia di concessioni autostradali e particolare regime transitorio. – 6. Novità, criticità e differenze tra la nuova e la vecchia disciplina sulle concessioni.

1. *Subappalto.*

La disciplina europea non tralascia la fase esecutiva del contratto nella convinzione che anch'essa sia in grado di incidere sull'assetto competitivo del mercato, soprattutto nei rapporti di durata, come quelli concessori che necessitano di adattamenti al mutare della cornice economica. In virtù di queste ragioni all'interno del nuovo codice vengono puntualmente disciplinati gli affidamenti infragruppo, la modifica del contratto, il subappalto e la cessazione del rapporto contrattuale⁴⁹⁹.

Rispetto alla delicata fase che si apre a valle dell'aggiudicazione, viene anzitutto in rilievo la figura del subappalto, disciplinato dall'art. 174 del d.lgs. 50/2016, che recependo l'art. 42 della direttiva 23, prevede una disciplina specifica in materia per il settore delle concessioni. La norma in commento, tramite il rinvio all'art. 30 del codice, impone alle stazioni appaltanti il rispetto dei principi generali di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, pubblicità e proporzionalità.

La *ratio* è quella di assicurare un'adeguata conoscenza ed una costante controllabilità da parte dell'ente aggiudicatore nei riguardi di quei soggetti che concretamente procederanno all'esecuzione del contratto di concessione.

La disposizione prevede in generale che gli operatori indichino in sede di gara le parti che intendono subappaltare a terzi. A tal riguardo non sono considerati terzi le imprese consorziate, raggruppate ovvero i soci di società di progetto *ex art.* 184.

Per i contratti che superano la soglia comunitaria di cui all'art. 35, si richiede agli operatori economici che non siano micro, piccole e medie imprese di indicare, già in sede di offerta, le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi, e di individuare una terna di nominativi di subappaltatori ogniqualvolta non sia necessaria una particolare

⁴⁹⁹ M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, cit., p. 481.

specializzazione o il reperimento sul mercato di nominativi da indicare risulti possibile. La prima specificazione non sembra essere perfettamente coerente con la *ratio* della disposizione in esame giacché non è agevole comprendere il motivo per cui la terna sia stata dettata per prestazioni generaliste e non anche per prestazioni altamente tecniche.

Non può trascurarsi, inoltre, che la norma fa riferimento a “concessioni di lavori, servizi e forniture”. Al riguardo, lungi dal volere introdurre una forma di concessione di forniture, l’espressione si riferirebbe esclusivamente all’obbligo per il concorrente di individuare potenziali fornitori di beni indispensabili alla effettuazione dei lavori o del servizio.

Per garantire la massima trasparenza, la norma impone all’offerente di dimostrare l’assenza, in capo ai subappaltatori indicati, di motivi di esclusione e di provvedere alla sostituzione ove, a seguito di una verifica, se ne riscontri l’esistenza. In un’ottica di maggior controllabilità possibile da parte dell’amministrazione nella fase di esecuzione della concessione, è fatto obbligo al concessionario di fornire una serie di informazioni attinenti ai subappaltatori coinvolti nei lavori o nei servizi e di comunicare ogni eventuale modifica: tale obbligo non si applica tuttavia ai fornitori.

La disposizione in commento aggiunge poi che in sede di approvazione il concessionario rimane responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante; la norma si occupa di tutelare anche i dipendenti del concessionario e dei subappaltatori nonché di garantire l’ente concedente e gli utenti.

Con riferimento all’allocazione degli obblighi retributivi e contributivi nei confronti dei dipendenti dell’impresa subappaltatrice, la disposizione sancisce un principio di solidarietà tra aggiudicatario e subappaltatore.

In maniera analoga a quanto previsto per gli appalti, si sancisce il divieto del c.d. subaffidamento a cascata, precludendo così la possibilità per i subappaltatori di ricorrere ad ulteriori subappaltatori o subfornitori.

Limitatamente a quanto ciò risulti possibile in virtù della natura del contratto, il pagamento dei subappaltatori andrà effettuato direttamente dalla stazione appaltante.

Nell’ipotesi in cui si tratti di micro e piccole imprese quest’obbligo avrà portata generale, diversamente, per le altre imprese sussisterà solo in caso di inadempimento da parte dell’appaltatore o su richiesta del subappaltatore.

Il pagamento diretto resta comunque subordinato alla verifica della regolarità contributiva e retributiva dei dipendenti del subappaltatore, in caso di pagamento diretto il concessionario è liberato dall'obbligazione solidale. La disposizione si chiude rinviando, in materia di subappalto, ai commi 10, 11 e 17 dell'art. 105⁵⁰⁰.

2. *Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia.*

L'art. 175 del nuovo codice si occupa del c.d. *jus variandi* e recepisce l'art. 43 della direttiva "concessioni" che prevede il regime di modifica del contratto di concessione durante la sua vigenza, nella sostanza analogo a quello previsto per il contratto di appalto.

Trattasi di una norma particolarmente significativa, tenuto conto del fatto che nelle concessioni di lunga durata, la necessità di affrontare l'evoluzione delle esigenze degli utenti e di garantire l'equilibrio economico-finanziario, determina continue revisioni dei contratti che conformano il regime concessorio. La norma impone di effettuare *ex novo* una procedura di aggiudicazione ogniqualvolta intervengano modifiche attinenti alla concessione durante il periodo della sua validità qualificabili come "sostanziali" e considerate alla stregua di una nuova aggiudicazione. La modifica di una concessione durante il periodo in cui essa è valida è considerata sostanziale, ai sensi del comma 7, ogniqualvolta essa introduca condizioni che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero comportato delle rilevanti modifiche in relazione ai requisiti di partecipazione alla gara o alle offerte presentate.

E' ritenuta sostanziale la modifica che incida sull'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale, ovvero che estenda considerevolmente l'ambito di applicazione della concessione.

Rilevano infine le sostituzioni di un nuovo concessionario a quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avevano originariamente aggiudicato la concessione.

La norma enumera in maniera dettagliata le ipotesi in cui, al contrario, è possibile modificare i contratti di concessione, senza ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione. In tali evenienze, la disposizione individua la procedura da attuare quando ricorrano circostanze

⁵⁰⁰ F. GARELLA, *I contratti di concessione*, in F. GARELLA, M. MARIANI, *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 392.

esterne, non prevedibili al momento dell'aggiudicazione, allo scopo di adeguare il contratto di concessione durante il suo periodo di validità, senza che sia necessario effettuare nuovamente la gara.

Si individuano, dunque, tre diverse ipotesi in ordine alla possibilità di modificazione di un contratto di concessione in corso di validità, senza necessità di ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione: modifiche sostanziali non ammesse, modifiche sostanziali ammesse e modifiche non sostanziali ammesse.

In prima istanza, la modifica del contratto è consentita quando le modifiche, indipendentemente dal loro valore monetario, siano state previste nei documenti di gara iniziali con delle clausole espresse che ne determinino la portata, la natura, le condizioni alle quali possono essere impiegate e che non alterino la natura generale della concessione. Vigè il divieto di prevedere nelle suddette clausole la proroga della durata della concessione.

In seconda istanza, la modifica contrattuale si ammette da parte del concessionario originario per lavori o servizi supplementari che si sono rivelati necessari ma non erano inclusi nella concessione iniziale: tuttavia tale eccezione è consentita solo ove un cambiamento di concessionario non sia possibile per motivi tecnici od economici e comporti per la stazione appaltante un eccessivo ritardo o un significativo aggravio dei costi.

Unicamente per le concessioni relative ad attività diverse da quelle riguardanti i c.d. settori speciali, l'eventuale aumento delle prestazioni e del relativo valore non deve eccedere il 50% del valore della concessione iniziale e, qualora vi siano più modifiche successive, tale limitazione si applicherà alle modifiche nell'insieme considerate; le modifiche successive non devono essere tese ad aggirare la direttiva.

La modifica contrattuale è del resto ipotizzabile laddove la necessità della stessa derivi da circostanze imprevedibili attraverso l'uso dell'ordinaria diligenza e qualora la modifica non alteri la natura di fondo della concessione medesima.

E' inoltre possibile il ricorso alla modifica del contratto nell'ipotesi di sostituzione del concessionario, al quale la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione, con uno nuovo, nei casi in cui sia prevista una clausola di revisione. Tale facoltà è altresì concessa quando al concessionario iniziale succeda, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro

operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti in principio, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non miri ad eludere l'applicazione del codice oppure nel caso in cui la stazione appaltante si assuma gli obblighi del concessionario principale nei confronti dei suoi subappaltatori.

Si dispone, infine, che le concessioni possano essere modificate senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione, né di verificare se le condizioni per considerare una modifica sostanziale vengono rispettate se la modifica è al di sotto dei valori indicati dal comma 4 della disposizione in esame; tali valori vanno accertati in un'ampia prospettiva in caso di più modifiche che si cumulino in aumento.

La modifica non può mai, ad ogni modo, alterare la natura generale della concessione. Allorquando intervengano in seguito più modifiche, il valore sarà accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche⁵⁰¹.

3. *Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro.*

Le fattispecie che determinano lo scioglimento del contratto di concessione sono contemplate dall'art. 176 che, conformemente all'art. 44 della direttiva 2014/23/UE, individua una serie di circostanze al ricorrere delle quali alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori viene concessa la possibilità di porre termine alla concessione durante la sua vigenza, mediante annullamento d'ufficio.

Alcune delle fattispecie contemplate dalla norma nell'ordinamento nazionale giustificano l'autotutela c.d. pubblicistica nella forma dell'annullamento d'ufficio. Nell'ordinamento nazionale, peraltro, per regola generale l'annullamento d'ufficio opera *ex tunc*.

Il *fil rouge* delle diverse figure è ravvisabile nel comune riferimento agli effetti estintivi del contratto, riconducibili alle diverse figure ma sulla base di modalità e presupposti molto diversi gli uni dagli altri.

Possiamo individuare tre diverse fattispecie: l'annullamento in autotutela del provvedimento di concessione (art. 176 comma 1); la revoca per sopravvenuti motivi di pubblico interesse

⁵⁰¹ F. GARELLA, *I contratti di concessione*, in F. GARELLA, M. MARIANI, *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 394

(art. 176 comma 4) e la risoluzione per inadempimento imputabile all'una o all'altra parte del contratto (art. 176 commi 4-7-8).

La disposizione al comma 1 individua tre ipotesi di annullamento d'ufficio della concessione: in primo luogo, quando il concessionario avrebbe dovuto essere escluso ai sensi dell'art. 80; in secondo luogo, nel caso in cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea abbia accertato l'inadempimento dello Stato agli obblighi comunitari a seguito dell'aggiudicazione da parte di una stazione appaltante di una concessione in violazione del diritto europeo; infine, nel caso in cui si sia verificata una modifica sostanziale non ammessa.

Viene espressamente esclusa l'applicabilità dei limiti di cui all'art. 21-*nonies*, legge n. 241, introdotti dalla legge n. 15/2005, che vincolano il potere di autoannullamento al termine massimo di diciotto mesi dalla concessione del provvedimento favorevole.

Ne consegue che l'amministrazione aggiudicatrice dispone, nel settore delle concessioni, di un potere che non soffre di limiti temporali predefiniti, tuttavia deve ritenersi che continui ad operare *in subiecta materia* il rispetto del "termine ragionevole", implicito nel dovere della pubblica amministrazione di tenere conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Nella seconda parte, la norma in commento disciplina il regime dei rimborsi, che spettano al concessionario in ogni caso se lo scioglimento non dipende da causa allo stesso imputabile.

Qualora il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento della stazione appaltante ovvero nell'ipotesi di revoca della stessa per «ragioni di pubblico interesse», la disposizione prevede che siano rimborsati al concessionario il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti ovvero, nel caso in l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario nonché le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione.

Viene inoltre imposta la corresponsione di un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10% del valore delle opere ancora da eseguire ovvero del valore attuale della parte del servizio pari ai costi monetari della gestione operativa previsti nel piano economico finanziario allegato alla concessione.

A garanzia dei terzi si prevede che le predette somme devono essere destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e dei titolari dei titoli emessi

dalla società costituita *ad hoc* e sono indisponibili da parte del concessionario fino all'integrale soddisfacimento di detti crediti.

La suddetta disciplina riveste peculiare rilievo tenuto conto che fissa e delimita il regime giuridico risarcitorio-indennitario valevole, non solo con riguardo agli annullamenti per vizi non imputabili al concessionario, ma anche, senza varianti sostanziali, nelle ipotesi di risoluzione per inadempimento dell'ente concedente e di revoca per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, istituto riconducibile allo schema generale di cui all'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990, a cui si rinvia.

Quello della revoca è sicuramente uno dei più complessi problemi nella storia giuridica delle concessioni amministrative; si è già detto della sua importanza fondamentale sul piano della tutela effettiva degli interessi del concessionario.

Fin dai primi anni di vita della nuova figura denominata "concessione-contratto", la giurisprudenza sostenne la revocabilità di tale concessione per atto amministrativo esecutivo, indipendente da un intervento del giudice, giacché sosteneva che fosse prevalente l'elemento pubblicistico, costituito dal provvedimento di concessione, sull'elemento contrattuale, considerato accessorio.

La presenza di un contratto privatistico nella fattispecie concessoria comportò il superamento della revocabilità *ad nutum* e consentì la revoca soltanto in due casi: per gravi ragioni di interesse pubblico e per inadempimenti contrattuali del concessionario⁵⁰².

Nel secondo decennio del Novecento la giurisprudenza sostenne che la revoca per gravi ragioni di interesse pubblico poteva essere adottata con valutazione discrezionale dell'amministrazione, senza che ostacolo alcuno potesse provenire dai diritti del concessionario e senza possibilità di sindacato per il giudice ordinario⁵⁰³, salvo, talora il diritto del concessionario all'indennizzo; per tutto il resto la pubblica amministrazione rimaneva obbligata ai patti contrattuali.

In passato, però, la distinzione fra revoca per pubblico interesse e revoca-decadenza per inadempimenti del concessionario non fu mai netta.

⁵⁰² M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 202 e ss.

⁵⁰³ App. Trani, 3 aprile 1916, cit.

Il primo riconoscimento giudiziale, in via di principio, della competenza del giudice ordinario nelle controversie riguardanti la legittimità della revoca per pubblico interesse è del 1918⁵⁰⁴.

La conoscenza del giudice ordinario sulle controversie relative alla revoca per motivi di pubblico interesse venne giustificata sulla base dell'affermata sussistenza in capo al concessionario di veri e propri diritti soggettivi nascenti dal contratto privatistico accessivo al provvedimento concessorio.

Può dirsi che la negazione dell'imperatività degradante della revoca di concessioni per pubblico interesse fu l'estrema conseguenza prodotta dall'innesto del contratto privatistico nel provvedimento concessorio.

Negli anni Trenta venne confermato l'indirizzo secondo cui nella competenza giurisdizionale del giudice ordinario può rientrare anche l'accertamento delle vere ragioni della revoca per motivi di pubblico interesse, quindi la verifica della sussistenza reale dei motivi adottati dall'amministrazione, ai fini del risarcimento del danno⁵⁰⁵.

Attorno agli anni Quaranta la giurisprudenza sulle concessioni-contratto cambia orientamento; mai la giurisprudenza aveva dubitato che la revoca per pubblico interesse fosse un atto amministrativo espressione di un potere discrezionale, ma, precedentemente le aveva negato efficacia imperativa, sostenendo la competenza del giudice ordinario nelle relative controversie.

La tendenza giudiziale degli anni Quaranta ribaltò questa impostazione sostenendo che qualora si ammettano diritti soggettivi si devono necessariamente escludere poteri discrezionali della pubblica amministrazione. Solo nel campo del potere discrezionale riservato all'amministrazione non possono sussistere diritti soggettivi. Il privato ha unicamente interessi legittimi e non diritti soggettivi di fronte ad atti discrezionali ed il potere discrezionale dell'amministrazione delimita la competenza dell'autorità giudiziaria.

Il potenziamento della giurisdizione amministrativa in tutti i settori di attività delle amministrazioni doveva coinvolgere gradualmente anche quello delle concessioni; le esigenze di protezione dei concessionari potevano essere realizzate così con sufficiente sicurezza anche dal Consiglio di Stato.

⁵⁰⁴ Cass. Roma, 9 febbraio 1918, cit.

⁵⁰⁵ Cass., 8 giugno 1933, in *Foro it.*, 1933, I, 1150.

Un criterio più solido di qualificazione dell'atto di cessazione lo offrì un parte della giurisprudenza, fra la fine degli anni Quaranta e gli anni Sessanta, sostenendo che il riferimento alle inadempienze del concessionario contenuto nell'atto di cessazione del rapporto è di per sé sufficiente a far rientrare l'atto nella categoria della decadenza e a determinare, quindi, la giurisdizione del giudice ordinario.

Gli eventuali richiami a motivi di interesse pubblico sono irrilevanti, risultando ovvio che «anche il potere di pronuncia d'autorità della decadenza per inadempienze contrattuali del concessionario è conferito all'amministrazione, come tutti i poteri di questa, per il pubblico interesse, e che gli obblighi imposti al concessionario si sogliono, appunto, stabilire per ogni migliore attuazione del servizio pubblico oggetto della concessione, e non per una finalità inutile, o peggio, vessatoria»⁵⁰⁶.

La distinzione tra revoca per motivi di pubblico interesse e decadenza per inadempimento del concessionario fu un espediente empirico, attraverso cui la giurisprudenza mantenne la competenza giurisdizionale del giudice ordinario almeno sulle controversie originate da vicende di esecuzione contrattuale per garantire, dunque, in questi casi una tutela patrimoniale al concessionario.

Per concludere questa breve digressione storica sulla revoca per motivi di pubblico interesse e tornare ai giorni nostri, possiamo dire che negli anni Sessanta, almeno in una parte della giurisprudenza ordinaria ed amministrativa, attorno al problema della decadenza si sono moltiplicate le incertezze nella distribuzione della competenza giurisdizionale tra giudice ordinario e giudice amministrativo⁵⁰⁷.

Come rilevato da attenta dottrina, la previsione contenuta nel d.lgs. 50/2016, di cui nella direttiva europea 23 non vi era cenno, che consente all'amministrazione di revocare la concessione per motivi di pubblico interesse sembra oggi allontanare la figura dal lido della fattispecie contrattuale per avvicinarla a quello degli accordi pubblicistici, di cui all'art. 11 l. 241/1990, posto che la permanenza del rapporto contrattuale è esposta alle conseguenze derivanti dalla variazione dell'interesse pubblico.

⁵⁰⁶ C.d.S., sez. V, 25 luglio 1947, in *Foro it.*, 1948, III, 78.

⁵⁰⁷ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit. pp. 230 ss.

Rimane, però, aperta la questione delle restituzioni e delle spettanze a seguito dell'annullamento d'ufficio ove il vizio sia imputabile al concessionario: non è chiaro dalle norme in commento, infatti, se il concessionario debba restituire alla pubblica amministrazione le opere realizzate senza nulla percepire, o debba applicarsi, quanto meno, il rimborso delle spese sostenute, nei limiti dell'arricchimento dell'amministrazione.

Su tale tema il parere del Consiglio di Stato aveva invitato ad un supplemento di riflessione, se del caso in sede di correttivo.

Laddove la concessione sia risolta per inadempimento del concessionario, trova applicazione il regime civilistico delineato dall'art. 1453 del codice civile⁵⁰⁸: molto dettagliata risulta la disciplina procedimentale che, al contrario di quella sostanziale, non trova riscontro nelle regole civilistiche.

In tal evenienza, l'amministrazione invia una comunicazione alla società ed ai finanziatori, che possono indicare, nel termine di 90 giorni, un operatore subentrante che abbia tutte le caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti e che, al di fuori delle ipotesi contemplate nell'art. 175, comma 1, lett. d) del nuovo codice, sostituisca il concessionario per il tempo necessario all'espletamento di una nuova procedura di gara.

La norma prevede, altresì, uno specifico ordine di soddisfacimento dei crediti e stabilisce, al fine di offrire la massima garanzia delle situazioni giuridiche, che l'efficacia della revoca della concessione venga subordinata alla condizione del pagamento da parte del concedente delle suddette somme.

In materia di risoluzione, deve inoltre considerarsi il disposto dell'art. 165, comma 5, del d.lgs. 50/2016, che tratta di un'ipotesi speciale di risoluzione funzionale al reperimento sul mercato dei necessari finanziamenti.

L'articolo 176 del nuovo codice dei contratti pubblici non affronta poi il tema relativo all'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, che assume un valore sicuramente rilevante in ragione della natura continuata e durevole dei rapporti concessori.

In caso di prestazioni che si rivelino nel tempo eccessivamente onerose a causa di eventi straordinari e non prevedibili, deve ritenersi applicabile l'art. 1476 del codice civile.

⁵⁰⁸ Cass. civ., sez. III, 27 novembre 2015, n. 24206; Cass. civ., sez. II, 29 febbraio 2016, n. 3940.

In tale ipotesi, che non ha nulla a che fare con l'alea che connota il rapporto concessorio, dovrebbe permettersi all'amministrazione di ricondurre ad equità il contratto per evitare la risoluzione *ex art.* 1476, comma 2, del codice civile: si tratta, tuttavia, di un caso peculiare, nel quale si verifica un evento esterno che incide gravemente sul profilo economico delle prestazioni, sicché non si rientra nel regime delle modifiche in precedenza illustrato.

Si può comunque immaginare che l'amministrazione possa incidere sul rapporto nel rispetto dei limiti costituiti dalla soglia comunitaria nonché dal 10% del valore iniziale della concessione⁵⁰⁹.

4. *Affidamenti dei concessionari.*

L'art. 177 individua la quota minima di contratti di concessione già in atto che possono diventare oggetto di procedure di affidamento ad evidenza pubblica, ammettendo tuttavia la realizzazione attraverso sistemi di internalizzazione. La disposizione stabilisce l'obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare, se non eseguite in maniera diretta, una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro. La restante parte può invece essere realizzata da società *in house* per i soggetti pubblici ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i servizi privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

E' facile intuire come il legislatore, pur ammettendo il ricorso all'internalizzazione, ha previsto che solo una piccola quota di lavori, servizi e forniture possa essere sottratta al libero mercato. La disposizione circoscrive la sua portata solo alle concessioni già in essere non affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure di gara ad evidenza pubblica, non contemplando affatto i nuovi affidamenti. Sul punto il Consiglio di Stato, nel parere del 21 marzo 2016 sullo schema di decreto, ha evidenziato che «in disparte la efficacia retroattiva connessa direttamente alla previsione della legge di delega, occorre segnalare che il presente articolo si limita, in ogni caso, a imporre tale obbligo solo per le concessioni già in essere, e

⁵⁰⁹ F. GARELLA, *I contratti di concessione*, in F. GARELLA, M. MARIANI, *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 395.

non anche per le nuove concessioni. Vero è che, almeno in linea teorica, tutte le nuove concessioni, affidate dopo l'entrata in vigore del codice, dovrebbero essere affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedura di gara ad evidenza pubblica, e quindi il problema, a regime, potrebbe non porsi»⁵¹⁰.

La norma individua, altresì, modalità di verifica del rispetto di tali previsioni, che vengono affidate anche all'Anac, la quale, in caso di riscontro di squilibri, può applicare sanzioni pari al 10% dell'importo dei lavori, servizi e forniture non affidati tramite gara. Per le concessioni già in essere, viene previsto infine un periodo transitorio di adeguamento non superiore a 24 mesi⁵¹¹.

5. *Norme in materia di concessioni autostradali e particolare regime transitorio.*

Il nuovo codice racchiude al suo interno una disciplina appositamente dedicata al settore autostradale, il cui contenuto è racchiuso nell'art. 178. In conformità alla normativa europea ed alle previsioni della legge delega, nell'ottica di assicurare la massima apertura al mercato ed evitare proroghe e rinnovi contrattuali in assenza di procedure ad evidenza pubblica, il regime speciale delle concessioni autostradali è scomponibile in almeno tre frammenti.

Il primo concerne la disciplina degli affidamenti, distingue tra concessioni scadute⁵¹², concessioni in scadenza, e concessioni che scadranno tra più di due anni, privilegiando in tutti i casi un ampio ricorso ai meccanismi competitivi di gara. Il secondo è relativo al tema del trasferimento del rischio operativo, all'interno del quale si intende compreso "il rischio traffico". Il terzo concerne la durata del rapporto concessorio, nella parte in cui è vietata la proroga delle concessioni autostradali⁵¹³.

In altri termini, l'art. 178 del d.lgs. 50/2016 introduce una disciplina di portata certamente innovativa dedicata ai concessionari autostradali.

⁵¹⁰ S. ROCCA, *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, a cura di M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, cit., p. 673.

⁵¹¹ Cfr. U. REALFONZO, *I contratti di concessione*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., pp. 446-447.

⁵¹² M. MACCHIA, *Le concessioni autostradali nella riforma del codice dei contratti pubblici*, in *Riv. giur. Mezz.* 3, 2016.

⁵¹³ *La realizzazione e la gestione di infrastrutture: il regime giuridico delle concessioni*, a cura di L. SALTARI, A. TONETTI, IRPA Working paper-Policy Papers Series No. 2/2014.

Tuttavia, non si tratta di un regime che interessa in maniera esaustiva il rapporto concessorio e le dinamiche convenzionali tra concedente e concessionario, ma solo di previsioni frammentate, adottate con l'obiettivo di favorire gli investimenti privati in infrastrutture di particolare rilevanza, specialmente in periodi di crisi economica, ricorrendo ai capitali di mercato⁵¹⁴.

La disposizione *de qua* stabilisce che, per le concessioni scadute alla data di entrata in vigore del codice, il concedente debba procedere alla predisposizione del bando di gara per l'affidamento della concessione, nel rispetto del principio di evidenza pubblica.

E' fatta salva la possibilità di affidamenti *in house* ai sensi dell'art. 5.

Con una norma di portata chiaramente innovativa, in sede di approvazione è stato chiarito che, fermo il regime delle esclusioni di cui all'art. 5, è vietata qualsiasi proroga delle concessioni autostradali.

In linea generale, è previsto che il concedente avvii la relativa procedura pubblica ventiquattro mesi prima della scadenza, ferma restando tuttavia la possibilità di ricorrere all'*in house*. Per le concessioni per le quali la scadenza avvenga nei ventiquattro mesi successivi alla data di entrata in vigore del codice, è invece previsto che il concedente avvii la procedura per l'individuazione del concessionario subentrante, mediante gara ad evidenza pubblica.

Nell'ipotesi in cui la procedura di gara non dovesse concludersi entro il termine di scadenza della concessione, il concessionario uscente resterà obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione fino al trasferimento della gestione.

Infine, l'articolo riconosce al concessionario, per le opere assentite che questi abbia già eseguito e non ancora ammortizzate alla scadenza della concessione, il diritto ad un indennizzo da parte del subentrante, stabilendo in ogni caso che l'importo del valore di subentro sia a carico del concessionario subentrante. La norma chiarisce, infine, che per le concessioni autostradali il rischio operativo è comprensivo del «rischio traffico», ossia della possibilità di non raggiungere i flussi di traffico attesi, e che l'amministrazione può richiedere

⁵¹⁴ M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, cit., p. 482.

sullo schema delle convenzioni da sottoscrivere un parere preventivo all’Autorità di Regolazione dei Trasporti, che ha sostituito l’Anac in sede di ultima approvazione⁵¹⁵.

Orbene, pur trattandosi di un parere facoltativo, il Consiglio di Stato, nel parere sullo schema di decreto, ha evidenziato che la previsione determinava una sovrapposizione di competenze tra l’Anac e l’Autorità di regolazione dei trasporti, oggi preposta allo specifico settore ai sensi dell’art. 37, comma 2, lett. g), d.l. 201/2011, convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214 “Disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici” (Salva Italia)⁵¹⁶.

6. *Novità, criticità e differenze tra la nuova e la vecchia disciplina sulle concessioni.*

Una rilevante novità della direttiva 23 è la previsione di varie disposizioni sulla fase dell’esecuzione della concessione. Nella direttiva 2004/18 non vi era quasi nulla a tal proposito, neanche per gli appalti. Lo stesso nel d.lgs. 163/2006, salva l’importante eccezione data dall’art. 143, comma 8, che prevede il diritto del concessionario a richiedere la revisione del piano economico finanziario in caso di variazioni apportate dalla stazione appaltante o scaturenti da modifiche normative che comunque incidano sull’equilibrio economico-finanziario della concessione.

E’ evidente che tanto il diritto europeo quanto il diritto nazionale erano fortemente influenzati dalla tradizionale visione che considerava rilevanti solo le fasi di programmazione, scelta del contraente e di aggiudicazione, lasciando il resto al diritto comune. Con l’ulteriore conseguenza, specifica solo per il sistema italiano, di una diversa giurisdizione per le questioni dell’una e dell’altra fase: del giudice amministrativo per le procedure ad evidenza pubblica e del giudice ordinario, salve le situazioni di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sulla fase dell’esecuzione.

La direttiva 23 è importante poiché indirettamente, ma senza alcun equivoco, pone alle amministrazioni pubbliche l’impegno di attrezzarsi per esercitare concretamente il ruolo di monitoraggio sul modo in cui il concessionario svolge la propria attività contrattualizzata.

⁵¹⁵ F. GARELLA, *I contratti di concessione*, in F. GARELLA, M. MARIANI, *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 396.

⁵¹⁶ S. ROCCA, *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, a cura di M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, cit., p. 675.

Un simile impegno va oltre quello di irrobustire e qualificare gli strumenti tradizionali di controllo sopra rammentati, implicando originali procedure, anche informatiche, per una costante verifica quantitativa e qualitativa dell'istituto concessorio⁵¹⁷.

Il monitoraggio *in streaming* permette all'amministrazione di dimostrare l'effettività del trasferimento del rischio nei contratti di concessione o di partenariato pubblico-privato, perciò la clausola di fornitura e messa a disposizione del sistema *software* informativo dovrà essere inserita nel contratto. Il bando di gara dovrà prevedere l'obbligatoria adozione per i concessionari di sistemi di *project management* e di BIM in fase di progettazione, di realizzazione e di gestione e, la conseguente, messa a disposizione dei flussi di informazioni in un "cruscotto" ad uso della pubblica amministrazione per il controllo in remoto. La fornitura non solo dovrà essere oggetto dell'offerta ma potrà essere premiata, nell'offerta economicamente più vantaggiosa, con un adeguato punteggio la quantità e la qualità dell'informazione presente nel modello e la relativa strutturazione utile alla pubblica amministrazione concedente. I contratti di concessione o di partenariato pubblico-privato sono estremamente complessi ed è questa complessità che giustifica l'imposizione del sistema di monitoraggio che ha costi importanti ma i cui effetti sono per valore di gran lunga superiori⁵¹⁸.

La gestione del flusso di informazioni nella disponibilità della stazione concedente, oltre l'effetto immediato di trasferimento effettivo dei rischi secondo le prescrizioni comunitarie vigenti e di *compliance* delle prescrizioni Eurostat per la contabilizzazione *off balance*, consente alla pubblica amministrazione di conoscere in ogni momento il valore effettivo della concessione. Il flusso informativo collegato al piano economico finanziario contrattuale diviene anche uno strumento decisionale utile per la pubblica amministrazione soprattutto nelle fasi critiche della gestione del contratto: allerta con anticipo la crisi gestionale del concessionario e consente di avere dei valori utili nell'ipotesi di revoca della concessione o di rinegoziazione per intervenute sopravvenienze. Il sistema di *project management* e di BIM, a questo punto obbligatorio per *lex specialis*, collegato all'*information technology*, è comunque

⁵¹⁷ M. P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, cit., pp. 18-20.

⁵¹⁸ A. CIRIBINI, *Level of Detail e Level of Development: i processi di committenza e l'information Modelling*, in *Techne*, 6, 2013, pp. 90-99.

uno strumento utilizzato dalle imprese per la gestione delle commesse complesse, che consente di ottenere risparmi notevoli; la base dei flussi informativi del monitoraggio è identica per pubblica amministrazione e concessionario, per cui si dovrà unicamente differenziare l'estrazione dei dati utili per le finalità della pubblica amministrazione⁵¹⁹.

Il monitoraggio *in streaming* in fase gestionale consente di verificare il raggiungimento delle *performance* predeterminate o i livelli minimi di qualità dei servizi con l'applicazione delle penali in automatico; l'amministrazione concedente ha il controllo effettivo sulla concessione per l'arco temporale contrattualmente determinato, senza dover dipendere dai *report* periodici del concessionario, eliminando così le asimmetrie informative, che potrebbero innescare dinamiche di *moral hazard* post contrattuale⁵²⁰

La nuova disposizione, art. 177, comma 1, sull'obbligo di affidamento esternalizzato di una cospicua quota di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni già in essere, rievoca ampiamente la preesistente disposizione transitoria di cui all'art. 253, comma 25, d.lgs. n. 163 del 2006. Si trattava di una norma pro-concorrenziale che, al pari dell'attuale art. 177, teneva conto del fenomeno delle concessioni assentite in epoche anche remote e poi variamente prorogate o rinnovate a favore degli originari concessionari, ai quali si imponeva di aprire alla concorrenza una quota cospicua dei lavori afferenti alle concessioni da essi gestite. La norma si applicava a tutte le tipologie di concessioni ma l'obbligo di affidamento esternalizzato riguardava soltanto i lavori.

In via ordinaria, prescindendo dalla data del provvedimento concessivo, il concessionario di pubblico servizio era chiamato ad agire come una normale amministrazione aggiudicatrice per l'assegnazione di lavori pubblici di valore superiore alla soglia comunitaria, ma soltanto quando essi fossero «strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice», norma suscettibile di non pochi problemi applicativi laddove si fosse prospettata in termini controversi la «stretta strumentalità» del lavoro rispetto al servizio.

⁵¹⁹ M. RICCHI, *I contratti di concessione 2.€*, in *Finanza di progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, cit., pp. 67-68.

⁵²⁰ M. RICCHI, *I contratti di concessione 2.€*, in *Finanza di progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, cit., p. 66.

Al di fuori dell'affidamento dei lavori il concessionario di servizi operava in piena libertà e senza alcun vincolo procedurale di matrice pubblicistica.

Di gran lunga più articolata si presentava la disciplina codicistica applicabile al concessionario di costruzione e gestione dell'opera pubblica. Qualora esso stesso fosse stato qualificabile come "amministrazione aggiudicatrice", era chiamato a scegliere i terzi a cui affidare l'esecuzione dei lavori in conformità alle regole ordinarie dettate per gli appalti di lavori; laddove, invece, non fosse stato qualificabile come "amministrazione aggiudicatrice" ai sensi dell'art. 3 previgente, il concessionario era comunque tenuto, per qualsiasi affidamento di lavori a terzi, alla pubblicazione di appositi bandi in conformità alle previsioni di cui agli artt. 66 o 122 del vecchio codice, a seconda che si fosse trattato di appalti sopra o sotto soglia comunitaria.

Al concessionario l'amministrazione poteva anche imporre, in sede di bando, il vincolo di affidare a terzi una percentuale di lavori non inferiore al 30% del valore complessivo dei lavori oggetto di concessione oppure di attribuire a terzi la percentuale di lavori indicata nell'offerta come appaltabile a terzi (art. 146 del d.lgs. 163/2006).

Nel nuovo codice dei contratti pubblici il problema dell'affidamento esternalizzato per una elevata quota, non concerne più i soli lavori ma, in linea generale, i contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni: esso, riguardando esclusivamente le concessioni già in essere e non affidate con adeguata procedura comparativo-selettiva, assume un ruolo unicamente transitorio.

Non sembra, pertanto, porsi più un problema di doverosità degli affidamenti all'esterno mediante procedure ad evidenza pubblica; il problema concorrenziale di fondo viene risolto alla radice imponendo in via generalizzata la procedura competitiva che rappresenta l'unico e fondamentale strumento per una integrale riconducibilità dei servizi e dei lavori ad un mercato concorrenziale in cui siano evitate rendite di posizione, proroghe e remunerazioni ingiustificate.

Qualora l'esigenza di ricorrere a terzi provenga, invece, dallo stesso affidatario della concessione, verrà in soccorso la nuova disciplina del subappalto, anch'essa modellata sulla falsariga della disciplina degli appalti nei settori ordinari.

Nel settore autostradale, peraltro, risulta evidente che, anche per il periodo transitorio, la principale preoccupazione del legislatore è quella di chiudere in tempi relativamente brevi le procedure ad evidenza pubblica e gli affidamenti ai nuovi operatori.

A una prima lettura, non sembrano ravvisabili evidenti criticità sul piano normativo⁵²¹.

La stessa scelta del legislatore delegato di limitare l'imposizione dell'evidenza pubblica per le esternalizzazioni di servizi, lavori e forniture, esclusivamente al regime transitorio relativo alle concessioni già in essere, senza estendere tale obbligo alle nuove concessioni, seppur produttiva di dubbi, anche perché in contrasto con la previsione di cui all'art. 1, comma 9, della legge delega, sembra tuttavia non causare problemi a regime quando tutte le concessioni dovranno essere affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedura di gara ad evidenza pubblica.

Potrebbero in ipotesi ravvisarsi delle criticità in riferimento all'applicazione del nuovo quadro normativo, il quale richiede un'approfondita ed accurata attività di monitoraggio e di verifica sia da parte dell'Anac, per ciò che attiene il possibile sconfinamento annuale del limite percentuale per gli affidamenti esterni, sia da parte dell'amministrazione concedente chiamata ad imporre, specialmente nel settore autostradale, il sollecito avvio delle gare, nonché a verificare l'effettiva entità degli investimenti dichiarati dal concessionario, al fine di evitare "ingiuste locupletazioni"⁵²².

⁵²¹ C. VALLORANI, *Contratti di concessione*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, cit., p. 967.

⁵²² Cfr. F. G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi*, a cura di F. ROVERSI MONACO, Rimini, 1988, pp. 25 ss.; F. SAITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, *passim*.

CAPITOLO IV

LE SCELTE DI GOVERNANCE NEL D.LGS. 18 APRILE 2016, N. 50

SOMMARIO: 1. Il decennio 2006-2016. – 2. Le norme di attuazione secondo il parere del Consiglio di Stato. – 3. Indirizzo e coordinamento. Autorità nazionale anticorruzione e valore giuridico delle linee guida. – 4. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e struttura tecnica di missione. – 5. Consiglio superiore dei lavori pubblici. – 6. Strategia Europa 2020: conclusioni.

1. *Il decennio 2006-2016.*

Conseguentemente alle riforme europee e nazionali dell'ultimo biennio in tema di contratti pubblici, il quadro delle fonti normative per la materia dei contratti pubblici rimane parzialmente in linea con il previgente sistema, per altra maggiore parte, è invece ampiamente innovato: si ponga mente, in tal senso, specialmente alle norme di attuazione e di completamento del d.lgs. 50/2016⁵²³.

Al fine di apprezzare opportunamente i caratteri di continuità e di originalità delle fonti di disciplina dei contratti pubblici occorre richiamare brevemente i maggiori dati della precedente situazione. Le direttive UE nn. 17 e 18 del 2004, inerenti rispettivamente agli appalti nei settori speciali e nei settori ordinari, sebbene “ispessite” rispetto alle più risalenti direttive in materia⁵²⁴, constavano di un numero di gran lunga inferiore di articoli e, particolarmente di *consideranda*, in rapporto alle corrispondenti ultime direttive del 2014.

Nel ripercorrere sinteticamente questi ultimi dieci anni intercorsi tra l'anno 2006 e l'appena trascorso 2016, è opportuno ricordare che il d.lgs. 163/2006, che diede attuazione alle direttive europee 17 e 18 del 2004, inizialmente si presentava come un testo sintetico, composto da 257 articoli e vari allegati, imperniato sugli appalti di lavori, servizi e forniture; non sulle concessioni, che soltanto nel 2014 sono divenute per la prima volta oggetto di un intervento normativo da parte dell'Unione Europea.

Nel corso del successivo decennio il testo iniziale del codice del 2006 è, però, stato oggetto di una macchinosa elefantiasi e si è così progressivamente espanso per effetto di tre decreti

⁵²³ M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, p. 436.

⁵²⁴ Dir. 93/38/CEE del Consiglio; Dir. 93/13/CEE del Consiglio, poi modificata dalla Dir. 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

correttivi e di decine di modifiche occasionali, inserite nelle innumerevoli leggi, a carattere generalmente frammentario.

Non abbiamo cifre certe in merito al numero delle integrazioni e delle modifiche; il parere del Consiglio di Stato, approvato nell'adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, sulla bozza di decreto attuativo delle direttive 2014 parla di 52 modifiche al vecchio codice del 2006, che avrebbero comportato un numero finale di 271 articoli: «la cifra, comunque significativa, sembra riduttiva»⁵²⁵.

Ricordiamo che sul codice del 2006 hanno poi inciso in modo diretto sei regolamenti dell'Unione Europea che hanno adeguato le “soglie” di rilevanza comunitaria degli appalti pubblici e si è anche aggiunto il Regolamento di esecuzione ed attuazione, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207; si tratta di un regolamento governativo, approvato ai sensi dell'art. 17, comma 1, l. n. 400/1988, di carattere lungo ed estremamente dettagliato, comprensivo di 359 articoli e parecchi allegati tecnici.

Erano parte integrante della cornice normativa degli appalti pubblici, inoltre, varie discipline “speciali”, ad esempio gli appalti per i beni culturali, la difesa e la sicurezza, nonché un certo numero di disposizioni delle risalenti leggi di contabilità dello Stato, neppure oggi del tutto abrogate, ed ancora leggi di regioni a statuto speciale e di province autonome, copiose nonostante i noti limiti posti da vasta giurisprudenza costituzionale alle loro competenze legislative in materia.

Alla disciplina europea e nazionale va ad affiancarsi la giurisprudenza dei due plessi ordinamentali; quest'ultima assume una veste più rilevante in questa materia data la molteplicità delle fattispecie che non sempre trovano un preciso parametro normativo di riferimento.

La Corte di Giustizia europea, le cui decisioni sono da annoverare tra le fonti del diritto dell'Unione, alle note condizioni, è intervenuta con oltre cento sentenze in esito alla procedura di rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali, *ex art. 267 TFUE*; va rilevato come una ventina di queste cause siano state originate da rinvii dall'Italia, a riprova della sempre vivace relazione che lega i due plessi giudiziari.

⁵²⁵ M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 437.

«Nella giurisprudenza nazionale non si contano le migliaia di sentenze del giudice amministrativo; spesso tanto originali quanto “creative”»⁵²⁶.

L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta, in seguito all’entrata in vigore del codice del processo amministrativo del 2010, con 42 sentenze.

Tale situazione è apparsa unanimemente ipertrofica e ha causato una sempre più dilagante incertezza del diritto, con ciò che ne consegue in termini di effettività della tutela.

Le più frequenti critiche sono state rivolte non tanto al numero iniziale degli articoli del vecchio codice quanto all’occasionalità delle modifiche e delle innovazioni posteriori e alla “compulsività” di una riforma in apparenza permanente, che non lasciava sufficiente tempo alla metabolizzazione delle riforme, a loro volta immediatamente soggette a mutamenti successivi.

Negativamente è apparso anche il tipo di disciplina regolamentare, oltre misura minuta, dettagliata e vincolante, come se questo potesse essere un usbergo per i funzionari pubblici e la premessa per una buona amministrazione.

Il Consiglio di Stato ha poi sottolineato all’interno del parere come una siffatta disciplina, approvata nelle complesse forme del regolamento governativo, abbia costituito una giustificazione per ripetuti interventi legislativi di dettaglio, sicuramente più incisivi e rapidi di potenziali modifiche del regolamento governativo⁵²⁷.

Il decreto legislativo n. 50 del 2016 ha carattere coeso, consolida in modo unitario le maggiori disposizioni e provvede ad una loro sistemazione complessiva secondo una *ratio* comune⁵²⁸.

La suddivisione per parti può risultare opinabile, ad esempio per ciò che concerne l’indicazione dei principi generali non nella prima parte del decreto, il coordinamento interno tra varie norme non è sempre puntuale, manca un indice sommario, necessario in presenza di “atti-codice”: ciò è sicuramente dovuto alla carenza di tempo nella spasmodica fase finale del recepimento.

Ciò nonostante, le carenze ed i difetti, attribuibili prevalentemente alla premura indotta dal ritardo della legge delega, potranno agevolmente essere emendati in occasione del primo

⁵²⁶ M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 437.

⁵²⁷ M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 436.

⁵²⁸ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 5, 2016, p. 543.

correttivo, che è auspicabile provveda ad un più efficace coordinamento del testo senza l'introduzione e l'aggiunta di novità sostanziali alle attuali disposizioni, tali da stravolgere un testo per molta parte originale.

Evitare per il futuro la prassi di costanti modifiche al codice, vista l'esperienza decennale precedente che ha dimostrato quanto ciò sia stato pernicioso per la funzionalità del sistema e per nulla utile al fine di assicurare l'efficacia, la trasparenza e la responsabilità, è stato durante questi recenti anni l'intendimento unanime: non resta che sperare che agli intenti seguano i fatti⁵²⁹.

2. *Le norme di attuazione secondo il parere del Consiglio di Stato.*

L'abrogazione del Regolamento n. 207 del 2010 non coinvolge in via immediata il regolamento *in toto*, in quanto l'art. 216 del nuovo codice dei contratti pubblici, recante "disposizioni transitorie e di coordinamento", prevede che una serie limitata di disposizioni regolamentari, tassativamente indicate, rimangano in vigore fino all'adozione degli atti attuativi che le andranno a sostituire: si tratta di un modello di "cedevolezza speciale"⁵³⁰.

Un'altra importante innovazione concerne le norme di attuazione del d.lgs. n. 50/2016, necessarie per la sua piena operatività stante il carattere tecnico di molte fattispecie.

All'interno del nuovo codice ricorrono di continuo richiami a prossime norme di attuazione.

Il Consiglio di Stato, nel suo parere sulla bozza adottata in prima lettura dal Governo, ha contato 16 decreti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, 15 decreti di altri Ministeri, 15 atti Anac, 1 atto Consip, 4 d.P.C.M., 1 d.P.R.

Sebbene non vi sia certezza, altre prime verifiche successive all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, parlano di 60 provvedimenti di attuazione del codice: il numero di atti è considerevole, tanto che si è immediatamente rilevato che, almeno in termini quantitativi, l'esito finale di queste decine di atti attuativi non si discosterà in modo significativo dal precedente oltremodo lungo regolamento.

All'analisi di questi atti, appare subito evidente che la suddivisione tra le varie tipologie sopra indicate non sembra avere precisa spiegazione; per fare un esempio la disciplina di dettaglio

⁵²⁹ M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 439.

⁵³⁰ M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 440.

sulle funzioni del responsabile unico del procedimento e del direttore dei lavori, figure strettamente connesse, è distintamente affidata al Mit e all'Anac.

Le procedure di elaborazione degli atti sono, altresì, spesso intrecciate, come nel caso di decreti del Mit, denominati linee guida, proposti da Anac oppure assunti d'intesa con Anac.

Il *nomen* di questi molteplici atti di attuazione è vario: in parte tipico, come per i decreti ministeriali, i d.P.C.M. e i d.P.R., per altra parte originale, non corrispondente a categorie tipizzate, come per la “regolamentazione flessibile” e le “linee guida”.

Altra parte ancora si richiama al diffuso genere degli “atti di indirizzo”, come le direttive amministrative, espressione del potere di indirizzo e connotate da una parziale vincolatività; nel gergo istituzionale che ha accompagnato l'approvazione del nuovo codice, si parla poi di *soft law* e di fonti deboli, espressioni derivate dal diritto inglese, la prima, e dal diritto francese, la seconda⁵³¹: si è di fronte ad atti spuri, che non corrispondono né a precedenti categorie né ad una nuova categoria precisamente definita, ciò determina naturalmente negativi effetti per la certezza del diritto, i diritti partecipativi e la tutela.

Complessivamente il quadro risulta assai confuso, come si può dedurre da un ulteriore esempio inerente alla disciplina dei bandi di gara, art. 71 del d.lgs. 50/2016, ed ai bandi tipo adottati da Anac, che sono da considerare come vincolanti alla luce del dettato della disposizione ora indicata secondo cui i bandi sono redatti “in conformità ai bandi tipo”; la stessa disposizione, però, all'ultimo comma prevede che le stazioni appaltanti possano ragionevolmente discostarsene, in base al modello degli atti di indirizzo non vincolanti⁵³².

Il parere del Consiglio di Stato, espresso dalla sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, si è concentrato soprattutto su due atti: i decreti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e le linee guida di Anac.

Nel primo caso i decreti, aldilà del nome, sarebbero regolamenti ministeriali da riportare alla previsione di cui all'art. 17, commi 3 e 4, l. n. 400/1988; nel secondo caso, le linee guida di Anac sarebbero inquadrabili come atti amministrativi generali.

⁵³¹ V. ITALIA, *Norme “forti” e norme “deboli”*, Milano, 2016, pp. 25 ss.

⁵³² M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 440.

I decreti ministeriali di attuazione del nuovo codice dei contratti pubblici sono effettivamente molto vicini alla categoria dei regolamenti ministeriali prevista all'art. 17, commi 3 e 4, l. n. 400/1988, essi hanno senza dubbio un carattere innovativo, generale ed astratto; di conseguenza, a parte la questione nominalistica, possono essere ascritti in quella tipologia, con tutto ciò che ne deriva per quante afferisce alla capacità di resistenza in confronto ad altri atti, alla loro ipotetica disapplicabilità in base a quanto elaborato dalla giurisprudenza amministrativa, al procedimento di approvazione ed elaborazione, compresi i pareri delle Commissioni parlamentari e del Consiglio di Stato.

Non si adattano a questi caratteri dei decreti ministeriali come specie del genere regolamenti ministeriali, malgrado ciò, altre previsioni del d.lgs. 50/2016 per i decreti ministeriali ivi trattati, in particolare la potestà di iniziativa riservata in molti casi all'Anac, un'autorità con natura giuridica ampiamente diversa dai ministeri statali, con ambiti propositivi che non lasciano grandi spazi al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Il nuovo codice parla dei decreti del Mit come “atti di indirizzo”, questo diverge profondamente con il carattere vincolante tipico dei regolamenti ministeriali⁵³³.

Ad ogni modo, nella manifesta de-tipizzazione degli atti fonte cui il nuovo codice dei contratti pubblici contribuisce, è da accogliersi l'interpretazione del Consiglio di Stato dei decreti Mit quali regolamenti ministeriali, auspicandosi che i futuri perfezionamenti normativi e la prima giurisprudenza possano fare maggiore chiarezza.

Controverso e di particolare complessità risulta, invece, il caso della qualificazione giuridica delle “linee guida” previste dal codice, perlopiù per atti di Anac, ma anche per taluni atti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

⁵³³ M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 441.

3. *Indirizzo e coordinamento. Autorità nazionale anticorruzione e valore giuridico delle linee guida.*

Il codice dei contratti pubblici del 2006 prevedeva gli obblighi di comunicazione alla Commissione europea, ma non un richiamo essenziale degli organismi di *governance*⁵³⁴ in materia.

Il nuovo d.lgs. 50/2016, invece, prevede l'istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri di una Cabina di regia con il compito di effettuare una ricognizione sullo stato di attuazione del presente codice; di esaminare le proposte di modifiche normative nella materia di interesse valutandone il relativo impatto sul sistema normativo vigente; di promuovere la realizzazione, in collaborazione con i soggetti competenti, di un piano nazionale in tema di procedure telematiche di acquisto, allo scopo di diffondere l'utilizzo degli strumenti informatici e la digitalizzazione delle fasi del processo di acquisto. La Cabina di regia deve poi segnalare eventuali specifiche violazioni o problemi sistemici all'Anac per gli interventi di competenza⁵³⁵.

Entro il 18 aprile del 2017 e successivamente ogni tre anni, la Cabina di regia, anche avvalendosi dell'Anac, deve presentare alla Commissione una relazione di controllo contenente, informazioni sulle cause più frequenti di non corretta applicazione o di incertezza giuridica, inclusi eventuali problemi strutturali o ricorrenti nell'applicazione delle norme, sul livello di partecipazione delle microimprese e delle piccole e medie imprese.

La Cabina di regia, che rappresenta in materia la novità del codice, è la «struttura nazionale di riferimento per la cooperazione con la Commissione europea per quanto riguarda l'applicazione della normativa in materia di appalti pubblici e di concessioni, e per l'adempimento degli obblighi di assistenza e cooperazione reciproca tra gli Stati membri, onde assicurare lo scambio di informazioni sull'applicazione delle norme contenute nel presente decreto e sulla gestione delle relative procedure».

La composizione e le modalità di funzionamento della Cabina di regia vengono stabilite con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottare di concerto con il Ministro delle

⁵³⁴ A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2015, pp. 1127 ss.

⁵³⁵ P. MANTINI, *La governance dei contratti pubblici*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016*, n. 50, cit., p. 551.

infrastrutture e dei trasporti, sentita l'Anac e la Conferenza unificata, entro tre mesi dall'entrata in vigore del codice.

Le politiche infrastrutturali in Italia si plasmano dunque su un modello a “tre punte”: Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Anac, cui si vanno ad aggiungere i compiti istituzionali propri del Cipe e della Conferenza unificata.

Per quanto manifesta sia la vocazione della Cabina di regia quale organismo di cooperazione comunitaria non può sottacersi che solo la prassi dell'implementazione sarà in grado di offrire col tempo delle risposte chiare agli interrogativi sull'equilibrio e sull'efficacia del nuovo assetto istituzionale.

Abbiamo già avuto modo di osservare come l'Autorità nazionale anticorruzione diventi l'istituzione “regina” del sistema degli appalti⁵³⁶, anche per la problematicità dei poteri di *soft law* che completano, in misura coesenziale, la disciplina del codice ed il sistema delle fonti⁵³⁷. Sin dall'inizio si è voluto utilizzare l'espressione polisena di *soft law* per caratterizzare il passaggio da un sistema di regolazione classicamente normativo e prescrittivo ad un altro, più improntato dalle linee guida dell'Anac, nonostante la legge delega abbia infine curvato l'approccio iniziale in direzione di un approdo più coerente con il diritto amministrativo, statuendo l'approvazione delle linee guida tramite decreto ministeriale e la ricorribilità degli atti dinanzi al giudice amministrativo.

A tal proposito si originano particolari questioni circa l'inquadramento dogmatico delle “linee guida” nel sistema delle fonti: sussistono numerosi elementi che inducono a ritenere che debba essere riconosciuto un potere normativo diffuso, interno alla società organizzata che si esprime in forme nuove superando la classica distinzione delle fonti indicata dall'art. 1 della legge generale del 1942.

E' interessante il rapporto del Consiglio di Stato francese del 2013, nella parte dedicata a “*le droit souple*” che, a certe condizioni, può trasformarsi in “*droit dur*” e la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 18 settembre 2015, n. 4358, che ha ritenuto che le linee guida «a

⁵³⁶ Cfr. C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, *passim*.

⁵³⁷ P. MANTINI, *La governance dei contratti pubblici*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 552.

prescindere dal loro inquadramento dogmatico, assumono, in ogni caso, valenza di canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore la cui violazione integra un'ipotesi di negligenza (...) essendo all'Autorità riconosciuto il ruolo di garante dell'efficienza e del corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore dei contratti pubblici (...)».

Quest'ultima considerazione ci riporta alle teorie neoistituzionaliste sui rapporti tra diritto ed economia che pongono l'enfasi sulla centralità della nozione di istituzione, quale terreno di incontro e punto di equilibrio, più che sul formalismo giuridico⁵³⁸.

L'Anac, che assomma in sé consistenti poteri di *rulemaking*, di vigilanza, normativi, amministrativi, gestionali, sanzionatori, paragiurisdizionali, ben oltre l'opportunità di un mutamento del *nomen*, rappresenta indubbiamente la vera novità, l'istituzione di riferimento, il presidio pubblico del complessivo sistema dei contratti pubblici⁵³⁹.

Le linee guida dell'Anac, cui è affidata larga parte della manovra di riordino, hanno natura essenzialmente regolamentare, alla luce delle espresse previsioni di legge e del disegno istituzionale, in quanto tali va, pertanto, riconosciuta ad esse efficacia vincolante nei confronti delle stazioni appaltanti e degli operatori del settore.

L'art. 213 del nuovo codice dei contratti pubblici attribuisce all'Anac i poteri di vigilanza e di controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi, con il precipuo obiettivo di prevenire e di contrastare la corruzione⁵⁴⁰.

La stessa norma riconosce all'Anac la gestione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza e la gestione della banca dati nazionale dei contratti pubblici e del casellario informatico: l'Anac ha altresì il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie sia nei confronti dei soggetti che omettono o rifiutano di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti, senza giustificato motivo, sia nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla

⁵³⁸ G. MONTEDORO, *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015, pp. 17 ss.

⁵³⁹ Cfr. G. M. RACCA, *Dall'autorità sui contratti pubblici all'autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. Amm.*, 2-3, 2015, pp. 345 ss.

⁵⁴⁰ M. L. CHIMENTI, N. PARISI, *Il ruolo dell'A.n.a.c. nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. int.*, 2, 2015, p. 419.

procedura di affidamento. Questa disciplina rafforza notevolmente il ruolo dell'Anac rispetto alle vigenti norme⁵⁴¹.

Le linee guida non corrispondono ad una categoria definita di atti fonte, per una loro adeguata configurazione giuridica si potrebbe partire o dai caratteri del soggetto che ha il potere di assumerle o dal loro contenuto oggettivo⁵⁴².

Il Consiglio di Stato nel suo parere, considerando che Anac è un'autorità amministrativa indipendente, i cui poteri includono la "regolazione", ha ritenuto che le linee guida siano ascrivibili al genere "atti amministrativi generali", che siano soggette al rispetto delle regole procedurali delle autorità amministrative indipendenti, tra cui la fase di consultazione preventiva, l'obbligo di verificare l'impatto della regolamentazione, un'adeguata pubblicità e la progressiva raccolta delle linee guida all'interno di testi di compilazione⁵⁴³.

Durante la fase finale dei lavori per il nuovo codice, a fronte di un costruttivo e stimolante dialogo tra i soggetti implicati, si è pervenuti ad un condiviso e sistematico inquadramento della natura giuridica delle linee guida Anac, che ha trovato la sua più limpida ed autorevole espressione nel parere dell'Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo del Consiglio di Stato.

Alla luce dei principi della legge delega n. 11 del 2016 e delle fonti del diritto in generale, sono state identificate tre diverse tipologie di atti attuativi: quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'Anac, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari; quelli adottati con delibera dell'Anac a carattere vincolante *erga omnes*, ed in particolar modo le linee guida ed, infine, quelli adottati con delibera dell'Anac a carattere non vincolante.

Appare evidente, dunque, l'importanza di definire la natura giuridica di tali provvedimenti, ministeriali e dell'Anac, e di individuare la loro collocazione nella gerarchia delle fonti del diritto, al fine di identificare una disciplina chiara sul piano procedimentale e delle garanzie per gli *stakeholders* e di evitare così poderose incertezze applicative che potrebbero derivare anche dal riferimento improprio, operato dai primi commentatori, al concetto di *soft*

⁵⁴¹ P. MANTINI, *La governance dei contratti pubblici*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 553.

⁵⁴² V. ITALIA, *Le "linee guida" e le leggi*, Milano, 2016, *passim*.

⁵⁴³ M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 441.

regulation, estraneo all'ordinamento nazionale e comunque troppo generico, in mancanza di una definizione della sua disciplina sostanziale e procedimentale⁵⁴⁴.

Secondo il Consiglio di Stato, dal punto di vista sostanziale, la delega riconduce le linee guida e gli atti in questione al genere degli "atti di indirizzo" e li qualifica come strumenti di "regolamentazione flessibile", dal punto di vista procedimentale, invece, la delega non reca alcuna disciplina e neppure rinvia ad atti fonte del Ministero o della stessa Anac: l'unica disposizione specifica a tal riguardo è quella che prevede la trasmissione alle Camere di apposite relazioni nelle ipotesi individuate dal codice del 2016, oltre a quella prevista dal comma 5 dell'art. 1 della legge delega per le linee guida "ministeriali".

Per quanto sia lodevole lo sforzo ermeneutico-ricostruttivo operato dal Consiglio di Stato, la configurazione delle linee guida Anac non convince, tanto più per le linee guida del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che chiaramente non è un'autorità amministrativa indipendente⁵⁴⁵.

La nozione acquisita di atti amministrativi generali è quella di atti di carattere provvedimentale che provocano effetti giuridici in ordine a tutti i rapporti che abbiano le stesse caratteristiche, e dunque si tratta di atti scevri del carattere di astrattezza.

Le linee guida sono un'esplicazione del potere normativo delle amministrazioni pubbliche, attribuito per legge, hanno un'efficacia di carattere generale, ma in quanto atti con carattere astratto.

Rispetto al criterio soggettivo appare più appropriato il metodo ermeneutico che ai fini definitivi va a considerare il contenuto oggettivo proprio dell'atto.

Qualora le linee guida abbiano carattere vincolante *erga omnes*, con previsioni di carattere astratto, dovranno ascrivarsi al genere degli atti regolamentari, per ora atipici, delle autorità amministrative, attribuiti per legge di delega n. 11 del 2016: parleremo non di atti amministrativi, ancorché generali, ma di atti di regolamentazione.

La questione dipende fondamentalmente dal carattere vincolante o meno delle linee guida di volta in volta previste dal d.lgs. 50/2016 ed utilizzate dall'Autorità nazionale anticorruzione e

⁵⁴⁴ P. MANTINI, *La governance dei contratti pubblici*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 555.

⁵⁴⁵ M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 441.

dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti: se sono vincolanti, le linee guida sono atti di regolamentazione amministrativa, altrimenti, sono atti amministrativi di indirizzo che, come le direttive amministrative nel diritto interno e consistente parte delle comunicazioni della Commissione europea nel diritto dell'Unione, tracciano degli obiettivi alle amministrazioni di riferimento, le quali possono con adeguato motivo sempre discostarsene⁵⁴⁶.

Permangono, tuttavia, svariati problemi dovuti alla mancata chiarificazione da parte del legislatore di alcuni profili di fondamentale rilievo: nello specifico, non è prevista una particolare forma, né una precisa formulazione delle linee guida.

Quantunque certa l'intenzione di Anac di attribuirvi carattere vincolante, le prime cinque linee guida poste in consultazione dalla stessa Anac dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 sono formulate in modo espositivo ed aperto, senza prescrizioni puntualmente formulate.

Sulla base di tale *drafting*, che perfino nelle conclusioni delle linee guida non riassume le prescrizioni, sarà il giudice, *ex post*, ma con indubbio attentato alla certezza del diritto ed al diritto alla difesa, a potere certificare il carattere vincolante delle linee guida, sempre che Anac, a conclusione delle consultazioni in atto, non decida di riassumere le proposizioni vincolanti nella parte finale delle linee guida, che in tal modo diventerebbe dispositiva.

Ed è proprio un caso di poco precedente al nuovo codice dei contratti pubblici che mostra con tutta evidenza quanto i rischi paventati siano effettivamente reali: Anac aveva sanzionato una società SOA per non aver ottemperato a quanto indicato alle società del settore con una serie di suoi "comunicati", non linee guida.

Il Consiglio di Stato, sezione VI, causa n. 4358 del 2015, ha sostenuto che «le indicazioni dell'Autorità, a prescindere dal loro inquadramento dogmatico, assumono in ogni caso valenza di canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore»; da qui la legittimità della sanzione irrogata alla SOA, malgrado la forma espositiva dei comunicati, l'assenza di un'esplicita previsione sulla loro vincolatività e la ridotta pubblicità.

I rischi aumentano con le prime linee guida messe in consultazione da Anac dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici: la prima linea guida concerne la disciplina di dettaglio per le figure del responsabile unico del procedimento, art. 31, comma 5, del nuovo

⁵⁴⁶ M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 442.

codice e del direttore dei lavori, art. 111, comma 1, del d.lgs. 50/2016, la prima attribuita all'Anac, la seconda al Mit su proposta di Anac.

Le linee guida elaborate da Anac per la figura del responsabile unico del procedimento anzitutto rilevano motivatamente l'improprietà dell'aver diviso la disciplina del responsabile unico del procedimento e quella del direttore dei lavori tra l'Autorità nazionale anticorruzione ed il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, nonostante l'assoluta nota vicinanza delle due figure.

Al fine di garantire "trasparenza, semplificazione ed efficientamento informatico", l'Anac estende le proprie competenze oltre la "disciplina di maggiore dettaglio", con l'obiettivo di valorizzare la figura del responsabile unico del procedimento come *project manager*.

L'Anac ambisce alla "integrazione delle disposizioni del codice", *ergo* non si tratta solamente di linee guida vincolanti, ma addirittura di un atto di integrazione di una norma legislativa sovraordinata, «illegittima, quale che sia l'esatta natura delle linee guida tra le norme di natura secondaria; con buona pace di ogni principio sulle fonti del diritto»⁵⁴⁷.

Individuare con precisione quali siano le prescrizioni vincolanti è poi ancor più difficile per l'interprete a causa della modalità espositiva e prolissa con la quale è stata scritta la linea guida.

La medesima impostazione può cogliersi nella linea guida per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria; trattasi di una tematica di ravvisabile crucialità per le amministrazioni e per gli operatori.

Il testo è nuovamente prolisso e dettagliato per assicurare, afferma Anac, meccanismi di trasparenza delle procedure e di parità di trattamento degli operatori economici, senza tuttavia specificare cosa sia vincolante o sia semplicemente un indirizzo.

Come per quelle precedentemente esposte, anche con le ultime linee guida, Anac non nasconde il suo intento di voler "integrare il codice".

Le restanti linee guida poste in consultazione, afferenti alla definizione dei criteri per la procedura di offerta economicamente più vantaggiosa e all'affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria, sono del resto assai lunghe e scritte in forma espositiva,

⁵⁴⁷ M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 442.

talora corredate da formule e numeri di difficile comprensione, come per l'offerta economicamente più vincolante, ma analogamente vincolanti e fonte di possibili sanzioni.

Viene da chiedersi, a fronte di una simile situazione, essenzialmente determinata dalla mancata definizione del problema nella legge di delega n. 11/2016, cosa rimanga dell'aspirazione ad una disciplina attuativa di "indirizzo", con carattere "leggero" e "flessibile", vale a dire di uno dei sostanziali criteri della legge delega per "una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative": art. 1, comma 1, lett. d.

Qualora le altre decine di linee guida previste nel codice seguissero il modello delle prime cinque di cui sopra, avremmo in poco tempo un corpo di norme abbondantemente più fitto del "vituperato" Regolamento del 2010, con previsioni prescrittive di vaga individuazione, l'opposto dell'estrema certezza e del meticoloso dettaglio delle precedenti norme regolamentari: due eccessi negativi, in contrasto manifestamente con un altro importante criterio della legge delega, cioè il raggiungimento di un maggiore livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti⁵⁴⁸.

Le dichiarazioni dei vertici di Anac, secondo cui «la *soft law* e i poteri di regolazione sono la giusta risposta alla iper-regolazione del passato e sono più adattabili alle esigenze del cambiamento: una sperimentazione continua», alimentano ancor più i pericoli relativi alla certezza del diritto e alla giustiziabilità dei diritti e degli interessi: talvolta sperimentare attraverso norme vincolanti può costituire una vera e propria degenerazione giuridica.

La parte del nuovo codice dei contratti pubblici inerente alle norme di attuazione appare insoddisfacente, a fronte delle contraddizioni e della vaghezza proprie della legge delega nonché della conseguente impossibilità per il legislatore delegato di tracciare un proprio nuovo sistema delle fonti; una più confacente soluzione difficilmente potrà essere definita in occasione del decreto correttivo, che sarà ancora necessariamente basato sulla legge delega che lo autorizza entro 12 mesi dall'entrata in vigore del decreto legislativo.

L'articolo 1, comma 8 della legge 28 gennaio 2016 n. 11, prevede che entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 50 del 2016, il Governo possa adottare

⁵⁴⁸ M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 443.

disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, con le medesime procedure previste per l'approvazione del decreto delegato.

Tali procedure prevedono, in particolare, al comma 2 del citato art. 1 che nell'esercizio delle deleghe la Presidenza del Consiglio dei Ministri coordini, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentita l'Anac, lo svolgimento delle consultazioni delle principali categorie dei soggetti pubblici e privati destinatari della nuova normativa.

L'art. 212, comma 1, del decreto legislativo n. 50 del 2016, lettera c) prevede poi che la Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri esamini le proposte di modifica normativa nelle materie disciplinate dal predetto decreto legislativo.

In data 7 marzo del 2017 il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha trasmesso lo schema di decreto correttivo predetto, che tiene conto delle consultazioni effettuate dal Parlamento che ha audito le principali stazioni appaltanti e le associazioni di categoria, delle osservazioni dell'Anac nonché delle considerazioni del Consiglio di Stato sui vari decreti attuativi oltre ai suggerimenti delle regioni, dell'Anci e degli esiti della consultazione pubblica dei Rup, per essere sottoposto all'avvio esame da parte del prossimo Consiglio dei Ministri al fine di procedere successivamente alle citate consultazioni.

Si tratta quindi di un testo aperto alle modifiche che dovessero risultare dalle consultazioni predette. All'esito delle consultazioni, il testo dovrà essere sottoposto al preliminare esame del Consiglio dei Ministri; sul testo dovranno poi essere acquisiti i pareri della Conferenza unificata, del Consiglio di Stato e delle competenti Commissioni parlamentari.

«Solo una nuova legge potrà dare un adeguato quadro al tema delle fonti atipiche in modo costituzionalmente orientato e corretto»⁵⁴⁹.

Alla luce di simil contesto, appare necessario considerare ad oggi le linee guida come atti espressione di un potere di normazione secondaria attribuito esplicitamente all'Autorità nazionale anticorruzione, ed in taluni casi al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, perciò originale; in ogni caso soggetto al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo. A meno che non si provi a contestare la vincolatività delle linee guida, che così si autoproclamano, attraverso un'eccezione di incostituzionalità della legge delega giacché ha

⁵⁴⁹ M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 443.

attribuito ad autorità amministrative un potere normativo “anche vincolante”, fonte di restrizioni e di sanzioni, senza averne definito condizioni e limiti.

Il testo finale del codice non segue del tutto il parere del Consiglio di Stato, specialmente per ciò che riguarda l’omessa previsione dell’obbligatorietà del parere ai fini dell’emanazione delle linee guida di carattere generale; ciò desta qualche preoccupazione poiché nel corso dei lavori si era manifestato un ampio consenso sull’inquadramento giuridico riferito e perché è chiaro che il parere del Consiglio di Stato sulle linee guida generali ha lo scopo di dare certezza ed efficacia, attraverso il massimo organo di consulenza giuridico-amministrativa dello Stato, alle regole per gli operatori.

Nondimeno il mantenimento in capo all’Anac, stabilito dall’art. 211 del nuovo codice dei contratti pubblici, di un diffuso potere di supremazia gerarchica su tutte le stazioni appaltanti tramite il meccanismo di raccomandazione-*stand still*-sanzione pecuniaria nei confronti del responsabile del procedimento che non si adegua alla raccomandazione, rischia concretamente di snaturare gli equilibri nel sistema ordinamentale dei contratti pubblici.

Mentre appare evidente la funzione che l’Anac esercita nell’esprimere il parere di cui all’art. 211, comma 1, del decreto attuativo, non risulta invece agevole procedere all’inquadramento sistematico del nuovo istituto previsto dal comma 2 di tale articolo, secondo il quale l’Autorità qualora, nell’esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un “vizio di legittimità” in uno degli atti della procedura di gara, ha il potere di invitare la stazione appaltante, mediante un apposito “atto di raccomandazione”, ad agire in autotutela e a rimuovere gli eventuali effetti dei suoi atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni; in caso di mancato adeguamento della stazione appaltante alla “raccomandazione vincolante”, Anac ha poi il potere di irrogare nei confronti del dirigente responsabile una sanzione amministrativa pecuniaria, fermo restando che la sanzione incide sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti di cui all’art. 36 del decreto attuativo.

Lo stesso Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 2016, pur riconoscendo che la previsione di tale potere può trovare “copertura legislativa” nel criterio di delega di cui alla lett. t), nella parte in cui dispone che la vigilanza è esercitata attraverso “poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio”, ha posto in rilievo che l’istituto presenta significative criticità sia sul piano della compatibilità con il sistema delle

autonomie, poiché introduce un potere di “annullamento mascherato” che esorbita dai meccanismi collaborativi ammessi dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 20 del 14 febbraio 2013, nel pronunciarsi sull’art. 21-*bis*, l. n. 287 del 1990, sia sul crinale della ragionevolezza e della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, perché la sanzione colpisce il rifiuto di autotutela, vale a dire un provvedimento amministrativo di cui è da presumere la legittimità fino a prova contraria, così da creare “una sorta di responsabilità da atto legittimo”⁵⁵⁰.

Occorre ribadire che, nonostante un’interpretazione meramente letterale della norma potrebbe indurre a ritenere che la raccomandazione dell’Anac assuma carattere vincolante solo nei confronti del dirigente titolare del potere di rimuovere in autotutela il provvedimento ritenuto dall’Autorità illegittimo, nonché i relativi effetti, tuttavia tale raccomandazione finisce per assumere carattere vincolante anche per la stazione appaltante, sia perché non è verosimile che il predetto dirigente si esponga al rischio di essere sanzionato, sia perché la sanzione irrogata nei confronti del dirigente incide sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti.

Coglie senz’altro nel segno il Consiglio di Stato quando afferma che non si tratta di un mero potere di raccomandazione, bensì di un vero e proprio potere di agire in autotutela “mascherato” sotto le mentite spoglie di un potere di raccomandazione⁵⁵¹.

Si deve registrare, dunque, un’ulteriore, significativa manifestazione del complessivo fenomeno di “spostamento verso il centro” di funzioni amministrative in materia di contratti pubblici, già posto in rilievo da attenta dottrina.

Il “movimento accentratore”, indotto anche dall’obiettivo del contrasto dell’illegalità e della corruzione, può essere colto osservando anche un altro fenomeno, ossia l’affermazione di uno specifico profilo del soggetto pubblico creato a presidio del settore dei contratti che, pure in questo caso, conduce ad una compressione degli spazi di autonomia degli enti pubblici, anche di quelli non statali⁵⁵².

⁵⁵⁰ C. POLIDORI, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, cit., p. 144.

⁵⁵¹ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 538-539.

⁵⁵² F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2015, pp. 1529 ss.

Il potere di agire in autotutela, cui può essere equiparato il potere di un'amministrazione di obbligare un'altra amministrazione ad agire in autotutela, è lo stesso potere che l'amministrazione esercita quando adotta il provvedimento che poi si rivela illegittimo.

Il potere di cui al comma 2 dell'art. 211, unitamente alla tipizzazione delle funzioni di regolazione e di vigilanza collaborativa e all'ampliamento dei poteri di amministrazione attiva dell'Autorità, pone l'Autorità stessa al vertice di una piramide ideale la cui base è costituita da tutte le stazioni appaltanti⁵⁵³.

Le molteplici questioni applicative poste dall'art. 211, comma 2, investono essenzialmente l'ampiezza del potere di "raccomandazione" ed, in particolare, la tipologia di vizi in presenza dei quali l'Anac può attivare il suo potere, i rapporti con la disposizione generale dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 e la tipologia di atti della stazione appaltante che può costituire oggetto del potere di raccomandazione.

Gran parte della "tenuta" concettuale di questo inquadramento rimane infine affidata alla valutazione degli esiti della prassi e dei decreti correttivi⁵⁵⁴.

4. *Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e struttura tecnica di missione.*

Nell'ambito della *governance* l'art. 214 del d.lgs. 50/2016 prevede che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti promuova le attività tecniche ed amministrative occorrenti ai fini della idonea e sollecita progettazione ed approvazione delle infrastrutture e degli altri relativi interventi, con la collaborazione delle regioni o province autonome interessate, le attività di supporto indispensabili per la vigilanza sulla realizzazione delle infrastrutture⁵⁵⁵.

Il Mit promuove e riceve le proposte delle regioni o delle province autonome e degli altri enti aggiudicatori; propone intese quadro tra Governo e singole regioni o province autonome, in vista di un congiunto coordinamento e della realizzazione delle infrastrutture; promuove la redazione dei progetti delle infrastrutture da parte dei soggetti aggiudicatori; provvede alle attività di verifica dello stato di realizzazione delle infrastrutture, nell'eventualità anche in

⁵⁵³ C. POLIDORI, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, cit., pp. 101-153.

⁵⁵⁴ P. MANTINI, *La governance dei contratti pubblici*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 559.

⁵⁵⁵ Cfr. A. NAPOLEONE, *Governance*, in F. GARELLA, M. MARIANI, *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 487.

collaborazione con le regioni, le province autonome e gli altri enti interessati con oneri a proprio carico; laddove necessario, collabora alle attività dei soggetti aggiudicatori o degli enti interessati alle attività istruttorie con azioni di indirizzo e di supporto.

Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti si avvale della Struttura tecnica di missione, per ciò che concerne le attività di indirizzo e di pianificazione strategica, ricerca, supporto, alta consulenza, valutazione, revisione della progettazione, monitoraggio e alta sorveglianza delle infrastrutture.

La Struttura tecnica di missione esercita, inoltre, le funzioni del Nucleo di valutazione e di verifica degli investimenti pubblici, previste ai sensi dell'articolo 1 della legge 17 maggio 1999, n. 144 e ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 228.

L'art. 214 del d.lgs. 50/2016 prevede che il Mit anche per le esigenze della Struttura tecnica di missione, possa avvalersi, quali *advisor*, di Università statali e non statali legalmente riconosciute, di Enti di ricerca e società specializzate nella progettazione e gestione di lavori pubblici e privati.

La Struttura tecnica di missione potrebbe *inter alia* assumere il ruolo di *advisor* collaborativo perfino nella fondamentale azione di riqualificazione e di riduzione delle stazioni appaltanti in Italia⁵⁵⁶.

5. *Consiglio superiore dei lavori pubblici.*

Il Consiglio superiore dei lavori pubblici nasce in Italia nel 1859, su ispirazione delle riforme francesi di matrice illuministica, quale suprema istituzione tecnica dello Stato: «esso può dunque ritenersi una gloriosa istituzione, di quelle che hanno fatto l'Unità d'Italia»⁵⁵⁷.

Proprio per l'alto grado di competenze in esso presente si è ritenuto per decenni che una circolare del Consiglio superiore valesse in effetti più di una legge⁵⁵⁸.

Con il processo di dispersione del potere pubblico, si pensi alla Cassa per il Mezzogiorno, ad Anas, Ferrovie, regioni, enti locali, e l'ordinamento costituzionale ad impronta "federalista"

⁵⁵⁶ P. MANTINI, *La governance dei contratti pubblici*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 559.

⁵⁵⁷ P. MANTINI, *La governance dei contratti pubblici*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 560.

⁵⁵⁸ Cfr. A. NAPOLEONE, *Governance*, in F. GARELLA, M. MARIANI, *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 487.

del 2001, il Consiglio superiore dei lavori pubblici ha finito per perdere col passare del tempo gran parte della sua centralità ed autorevolezza.

Il d.lgs. 50/2016 non compie una scelta nettamente in favore del suo rilancio ma ne conferma il ruolo nell'ambito delle ormai scarse organizzazioni tecniche dello Stato; l'art. 215 del nuovo codice prevede, infatti, che venga garantita la piena autonomia funzionale ed organizzativa, nonché l'indipendenza di valutazione e di giudizio del Consiglio superiore dei lavori pubblici quale massimo organo tecnico consultivo dello Stato.

Viene demandata ad un decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, l'attribuzione al Consiglio superiore dei lavori pubblici di poteri consultivi, relativamente a materie identiche od affini a quella già di competenza del Consiglio dei Ministri, i quali, dalle disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore del presente codice, siano stati affidati ad altri organi istituiti presso altre amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo.

Il Consiglio superiore dei lavori pubblici deve esprimere parere obbligatorio sui progetti definitivi di lavori pubblici di competenza statale, o comunque finanziati per almeno il 50 per cento dallo Stato, di importo superiore ai 25 milioni di euro, nonché parere sui progetti delle altre stazioni appaltanti che siano pubbliche amministrazioni, sempre superiori a tale importo, qualora esse ne facciano richiesta.

Per ciò che attiene ai lavori pubblici di importo inferiore ai 25 milioni di euro, le competenze del Consiglio superiore sono esercitate dai comitati tecnici amministrativi presso i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche.

Il legislatore delegato, a fronte di posizioni antitetiche, favorevoli ad un assoluto rilancio del Consiglio superiore dei lavori pubblici od alla sua definitiva soppressione, ha dunque preferito percorrere la via alternativa della "manutenzione" all'interno del più articolato sistema di *governance* degli appalti e delle politiche infrastrutturali italiane⁵⁵⁹.

⁵⁵⁹ P. MANTINI, *La governance dei contratti pubblici*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 560.

6. *Strategia Europa 2020: conclusioni.*

Nel sistema degli appalti e delle concessioni si è certamente avviata una forte azione di cambiamento in Italia⁵⁶⁰.

Realizzare grandi opere utili, mettere in sicurezza gli edifici ed il territorio, far funzionare le ferrovie, è una grande sfida nazionale, in un tempo di riforme per l'Italia.

Troppo spesso nel corso di questi anni gli appalti pubblici sono stati associati agli scandali, agli sprechi ed alla corruzione: occorre cambiare verso.

La disciplina sulle concessioni poggia le sue basi sui principi generali del diritto uniformemente riconosciuti e di portata globale e, a livello di diritto europeo primario e secondario, sui principi generali contenuti nel Trattato, desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalla disciplina dettata dalle principali direttive comunitarie in materia.

Nonostante oggi esista una disciplina armonizzata di diritto europeo derivato di coordinamento delle procedure di aggiudicazione delle concessioni di lavori, di servizi e forniture dettata dalla direttiva 2014/23/UE, i principi citati continuano a costituire le fondamenta della disciplina.

In passato la Corte di Giustizia UE ha più volte chiarito che la normativa interna in materia eventualmente in contrasto con alcuni principi, sia pure dopo un tentativo di interpretazione conforme, è comunque contraria al diritto comunitario ed il giudice nazionale è tenuto a disapplicarla; si tratta dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e mutuo riconoscimento⁵⁶¹.

Il recepimento delle nuove direttive europee sui contratti pubblici ha rappresentato un'occasione decisiva per riformare in modo profondo il settore degli appalti e delle concessioni in Italia.

Nella "Strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva" il contributo dei contratti pubblici è ritenuto cruciale e di essenziale importanza.

La Commissione europea, nel riprendere ed integrare la strategia di Lisbona, condensata nel rapporto Kok, ha avviato nel 2009 l'iniziativa "UE 2020", le cui linee guida sono state

⁵⁶⁰ P. MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, cit., *passim*.

⁵⁶¹ B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, in *Amministrazione in Cammino*, 2017, pp. 10-11.

elaborate per rispondere alla crisi recessiva in atto in Europa ed in particolare all'aumento della disoccupazione, all'accumulo del debito pubblico, all'invecchiamento della popolazione e alla flessione degli investimenti.

La Strategia di Lisbona, lanciata in occasione del Consiglio europeo di primavera del marzo 2000, è nata come uno strumento per il coordinamento delle politiche economiche europee; essa ha rappresentato la risposta europea nel cercare di colmare i divari di competitività rispetto agli Stati Uniti ed alle nazioni emergenti e nell'affiancare al Patto di Stabilità uno strumento per favorire la crescita e l'occupazione.

L'obiettivo era quello di fare dell'Europa nell'arco di un decennio l'economia più competitiva e dinamica del mondo, fondata sulla conoscenza ed in grado di realizzare una crescita economica con nuovi e migliori posti di lavoro ed una maggiore coesione sociale.

Dopo i deludenti risultati ottenuti nel primo quinquennio, la Strategia di Lisbona è stata rinnovata nel 2005 ed è stata indirizzata verso il raggiungimento di due obiettivi fondamentali: crescita ed occupazione.

Il rilancio della Strategia nel 2005 ha implicato anche la semplificazione del metodo di *governance*, prevedendo cicli di programmazione triennale, rapporti annuali sull'attuazione, un più attivo coinvolgimento dei Parlamenti nazionali, delle autonomie locali e delle parti sociali. Contemporaneamente, sono state adottate 24 linee guida che riunivano, in un solo documento (parte macro e micro), gli indirizzi di massima per le politiche economiche e gli orientamenti in materia di occupazione.

Sulla base delle linee guida integrate, ciascuno Stato membro è stato chiamato a redigere, con cadenza triennale, un Piano Nazionale di Riforma, nel quale vengono indicate le riforme e le misure di competenza nazionale necessarie per avvicinarsi agli obiettivi della Strategia di Lisbona.

Ogni anno, dunque, gli Stati membri hanno presentato alla Commissione europea un rapporto sullo stato di attuazione degli obiettivi di Lisbona, sulla base del quale veniva attuato un monitoraggio delle azioni intraprese a livello nazionale, incentrato su raccomandazioni elaborate dalle principali istituzioni europee che segnalavano i punti di debolezza sui quali era necessario intervenire.

Con la scadenza del decennio, è apparso inevitabile procedere ad una sostanziale revisione della strategia.

In tale ottica, la Commissione europea ha presentato il 3 marzo 2010 le proprie proposte per la nuova strategia ribattezzata “Europa 2020”.

Al fine di uscire dalla crisi e di preparare l’economia dell’Unione Europea per il prossimo decennio, sono stati individuati tre motori di crescita, da mettere in atto mediante azioni concrete a livello europeo e a livello nazionale: crescita intelligente, promuovendo la conoscenza, l’innovazione, l’istruzione e la società digitale; crescita sostenibile, rendendo la nostra produzione più efficiente sotto il profilo delle risorse e rilanciando contemporaneamente la nostra competitività; crescita inclusiva, incentivando la partecipazione al mercato del lavoro, l’acquisizione di competenze e la lotta alla povertà.

Questa sfida per la crescita e l’occupazione richiede un coinvolgimento al massimo livello politico e la mobilitazione di tutte le parti interessate in Europa.

Vengono fissati cinque obiettivi da cui si evincono i traguardi che l’Unione Europea dovrebbe raggiungere entro il 2020, in base ai quali saranno valutati i progressi compiuti.

Gli obiettivi proposti dalla Commissione sono i seguenti: il 75% delle persone di età compresa tra 20 e 64 anni dovrà avere un lavoro; il 3% del PIL dell’UE dovrà essere investito in R&S; i traguardi 20/20/20 in materia di energia-clima dovranno essere raggiunti; il tasso di abbandono scolastico dovrà essere inferiore al 10% e almeno il 40% dei giovani dovrà avere una laurea o un diploma; infine, almeno 20 milioni di persone dovranno essere sottratte al rischio di povertà.

Per conseguire questi obiettivi la Commissione propone sette “iniziative faro” la cui realizzazione diventa una priorità comune: l’Unione dell’Innovazione, *Youth on the Move*, un’agenda europea del digitale, un’Europa efficiente sotto il profilo delle risorse, una politica industriale per la crescita verde, un’agenda per nuove competenze e nuovi posti di lavoro ed infine una piattaforma europea contro la povertà.

Il grado di ambizione di Europa 2020 presuppone un livello adeguato di leadership e di responsabilità, si tratta di focalizzare l’attenzione su di un numero limitato di obiettivi per non disperdere le forze, certamente l’occupazione, la ricerca e l’innovazione ed uno sviluppo ecosostenibile oltre che il miglioramento del livello di istruzione della popolazione.

Le priorità stabilite devono essere riflesse nei bilanci dell'UE e degli Stati membri; per ognuno degli obiettivi prefissati ciascuno Stato membro deve indicare i livelli che prevede di raggiungere nel 2020, tenendo in considerazione i propri livelli di partenza.

Il reperimento delle risorse finanziarie necessarie a conseguire uno sviluppo ed un'occupazione sostenibili deve avvenire a livello nazionale in contemporanea al consolidamento fiscale: il "Patto di Stabilità e Crescita" è deputato a svolgere un ruolo determinante nel guidare le politiche di bilancio verso tali fini.

La Strategia UE 2020 è volta a creare un'economia in grado di crescere più velocemente ed in modo duraturo e di generare elevati livelli di occupazione e progresso sociale.

Le linee guida proposte dalla Commissione sono tre: una crescita basata sulla conoscenza; il coinvolgimento dei cittadini in una società competitiva; un'economia competitiva, interconnessa e più verde.

La strategia UE 2020 avrà però successo solo se gli indirizzi generali concordati a livello europeo si tradurranno in interventi nazionali concreti.

I punti deboli dell'economia europea indicati dalla Commissione – crescita modesta, tassi di occupazione non elevati, invecchiamento della popolazione – si riscontrano tutti in forma accentuata in Italia.

Il nostro Paese dovrebbe ampliare la propensione all'innovazione del sistema produttivo, accrescere i tassi di occupazione, diminuire le emissioni, sviluppare l'autonomia energetica e ridurre la diffusione della povertà.

Vi sono tre macro obiettivi a livello europeo: l'aumento dell'occupazione al 75 % della forza lavoro, l'attuazione del pacchetto energia clima (c.d. 20-20-20) ossia riduzione delle emissioni del 20%, aumento dell'energia proveniente da fonti rinnovabili del 20% ed aumento dell'efficienza energetica del 20%; spesa in Ricerca e Sviluppo del 3% come percentuale del PIL.

Uno degli aspetti deboli della Strategia di Lisbona è stata la struttura di *governance* del processo; il consolidamento di tale struttura e dei meccanismi di sorveglianza sull'attuazione Europa 2020 è quindi uno degli elementi qualificanti emersi dal Consiglio europeo di marzo.

Il rafforzamento dei meccanismi di *governance* della Strategia 2020 va visto in parallelo a quanto l'Europa sta facendo in tema di attuazione del coordinamento delle politiche economiche.

Il rientro nei parametri del Patto di Stabilità è oggi prioritario e lascia margini di manovra ridotti.

Mirare ad uno sviluppo equilibrato ed inclusivo dell'Europa nel suo insieme non può che significare per l'Italia un'azione condivisa di coesione economica, sociale e soprattutto territoriale.

Fondamentale è il rilancio del mercato unico ed il rafforzamento della competitività nel settore manifatturiero, con un'attenzione particolare per le piccole e medie imprese, spina dorsale della nostra realtà produttiva.

L'individuazione e l'eliminazione degli ostacoli, che sia a livello europeo sia a livello nazionale, frenano lo slancio dell'Europa sono un ulteriore aspetto da considerare.

La carenza di infrastrutture, gli appesantimenti burocratici e normativi sono esempi di quei "colli di bottiglia" che vanno rimossi per agevolare e sostenere la crescita del continente.

La dimensione esterna della Strategia UE è altrettanto importante al fine di sfruttare interamente il potenziale del commercio internazionale quale motore di crescita, occupazione e investimenti nell'UE.

Da parte dell'Italia è stato avviato un approfondito concerto interministeriale fin dal 2010 sull'argomento ed è stato intrapreso un dialogo con la Commissione europea, nello spirito di *partnership* che ispira la Strategia.

Vi è primariamente un'esigenza di realismo, che tuttavia non deve far venir meno lo sforzo teso al raggiungimento di quei risultati ambiziosi di crescita per il nostro Paese che tutti ci auguriamo⁵⁶².

Si tratta di una partita che l'Italia deve giocare a due livelli⁵⁶³.

Dal lato delle dinamiche comunitarie, è interesse italiano che il nuovo quadro di finanziamento pluriennale 2014-2020 non veda una contrazione eccessiva della spesa sul

⁵⁶² L. PAGANETTO, *Europa 2020. La sfida della crescita*, Roma, 2010, *passim*.

⁵⁶³ Cfr. G. PIGA, *La nuova disciplina sui contratti pubblici: il punto di vista dell'economista*, in *Atti del 61° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, 2015. *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, cit., pp. 75-88.

capitolo delle attività relative alla crescita rispetto a coesione ed agricoltura, aree di intervento nelle quali il Paese è meno debole; sul piano nazionale, l'Italia deve evidentemente continuare sul tema delle riforme interne per la crescita, ragion per cui l'apporto fornito dalla riforma del codice dei contratti pubblici rappresenta un passo fondamentale in questa direzione⁵⁶⁴.

E' sicuramente prematuro valutare oggi se il legislatore delegato abbia adeguatamente recepito la direttiva 2014/23/UE e dato piena attuazione alla legge di delega n. 11/2016 in materia di concessioni di lavori e di servizi⁵⁶⁵.

Tuttavia, ad una prima analisi può dirsi che il recepimento si è coerentemente mosso in una rigorosa ottica comunitaria e che ha mantenuto saldi alcuni punti di particolare innovazione; risulta, inoltre, apprezzabile che l'intera disciplina afferente alle concessioni sia stata correttamente accompagnata dal complessivo riordino delle disposizioni in materia degli affidamenti *in house providing*, del partenariato pubblico-privato, della finanza di progetto e degli accordi *ex art. 15* della l. n. 241/1990.

La nuova disciplina delle concessioni a società interamente *in house*, allorquando concerne settori non esposti ad alcuna concorrenza nel mercato ovvero interessanti infrastrutture essenziali non duplicabili, dà luogo alla possibilità di affidare direttamente ad una società totalmente pubblica una concessione concernente l'intera gestione tecnico-finanziaria, utilizzando il modello gestionale anglosassone dell'*unbundling*.

Tramite tale variabile gestionale, che rappresenta una possibilità intermedia tra internalizzazione integrale ed esternalizzazione, si separano le varie componenti della filiera produttiva attraverso il mantenimento delle proprietà delle infrastrutture e delle attività strutturalmente monopolistiche in capo alla società pubblica *in house*. Questa, laddove la cosa risulti materialmente possibile in riferimento alla natura delle infrastrutture, deve però favorire un accesso effettivo e non discriminatorio dei terzi ai servizi, c.d. *Third Party Access*, in tutti i segmenti di attività potenzialmente concorrenziali, quali la produzione, l'approvvigionamento e la vendita.

⁵⁶⁴ C. ALTOMONTE, S. RIELA, *Finanziare la competitività dell'UE. Europa 2020, il quadro finanziario pluriennale e le sfide per l'Italia*, in *Osservatorio di politica internazionale* (a cura dell'ISPI), 45, 2011, pp. 17-18.

⁵⁶⁵ Cfr. L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti di servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015, p. 291.

Un simile assetto garantisce l'apertura contemporanea del mercato a molti operatori; nel caso in cui le infrastrutture, invece, concernano *essential facilities*, gravate da costi fissi, elevati e non recuperabili, oppure non siano contemporaneamente utilizzabili da più operatori, alla società pubblica *in house* deve essere commesso l'intero ciclo di realizzazione dell'investimento, la manutenzione delle infrastrutture, la fornitura del servizio e l'esazione delle tariffe.

Ciò nonostante, al fine di realizzare le attività indispensabili alla gestione del servizio, la società concessionaria medesima deve provvedere attraverso l'affidamento con gare separate a diverse società private, interamente distinte fra loro⁵⁶⁶.

Questo modulo, sebbene in ambiti più ristretti, assicura una «...più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore, in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi» a suo tempo auspicata dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 23 novembre del 2007 n. 401: chiaramente si tratta di un modello fortemente antitetico alle ordinarie concessioni di cui alla parte III nelle quali gli utili restano a vantaggio dei concessionari privati.

La deliberata separazione di singole attività, e principalmente, una corretta gestione di tali assegnazioni che invece oggi, sono unitariamente ricomprese nelle concessioni lascerebbe i benefici di una reale concorrenza del mercato e farebbe acquisire al pubblico erario le risorse necessarie per finanziare gli indennizzi di subentro ai vecchi concessionari ed assicurare i nuovi investimenti di settore.

E' ben più complesso verificare se la disciplina delle concessioni complessivamente posta in essere risponda agli scopi formalmente conclamati e alla eterogeneità di esigenze ed interessi talvolta in contrapposizione.

Non sarà certamente facile superare le ricorrenti incongruenze tecniche dei progetti di lavori dei contratti di concessione e l'approssimazione di molti piani economico-finanziari, sui quali certamente una legge non può incidere in via del tutto immediata.

⁵⁶⁶ U. REALFONZO, *I contratti di concessione*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., pp. 453-456.

In tal senso, è plausibile che l'apporto di maggior rilievo arriverà dall'introduzione di metodi e strumenti di modellazione elettronica ed informativa per l'edilizia e le infrastrutture che, come dimostra l'esperienza statunitense⁵⁶⁷, apportano una maggiore definizione e standardizzazione dei modelli progettuali, promuovendo l'incremento della qualità dei progetti.

Le ambizioni poste alla base del testo codicistico sono molteplici e indubbiamente di non facile realizzazione.

Il d.lgs. n. 50/2016 non potrà offrire soluzioni a due fattori che sovente hanno una decisiva influenza nel settore quali, *in primis*, i conflitti di competenza legislativa tra Stato e regioni, ed, *in secundis*, l'incertezza dei confini tra le diverse giurisdizioni che, a vario titolo, sono chiamate a pronunciarsi sulla materia degli appalti pubblici, quindi giudici amministrativi, civili, penali e contabili.

Le diverse forme di pubblicità e le disposizioni destinate a contrastare la corruzione, non sembrano in realtà sufficienti a garantire maggiore trasparenza, anche perché c'è da chiedersi se la sola Anac sarà in grado di assolvere gli innumerevoli compiti di regolazione e di vigilanza dei quali è stata gravata su tutto il territorio nazionale.

L'eliminazione dei controlli preventivi, motivata con le esigenze di accelerazione e di semplificazione, non ha implementato di molto i tempi di realizzazione degli investimenti ma ha moltiplicato le corrottele, i favoritismi ed il malgoverno.

Anche in materia di concessioni si dovrebbe coraggiosamente ripensare a forme di controlli esterni più pervasivi sugli atti fondamentali per la realizzazione delle opere delle concessioni che prevedono alla fase di affidamento delle spese di investimento e sugli atti connessi con le gestioni dei concessionari sotto l'aspetto della qualità dei servizi e della regolarità finanziaria e contabile⁵⁶⁸; si dovrebbero forse riattribuire alcune competenze in materia della Corte dei Conti in sede di controllo preventivo e successivo⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ U. REALFONZO, *I contratti di concessione*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 455.

⁵⁶⁸ C. GALTIERI, *Controlli tradizionali e disciplina dei contratti pubblici*, in *Atti del 61° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, 2015. La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, cit., pp. 385-404.

⁵⁶⁹ Cfr. C. GALTIERI, *Sistema dei controlli e riforma della Costituzione*, Milano, 1992, pp. 353 ss.

E' comunque notevole lo sforzo del nuovo codice dei contratti pubblici di risolvere molte delle questioni normative e gestionali nello specifico settore delle concessioni per addivenire ad un coerente quadro giuridico e ad un assetto armonioso ed omogeneo della materia⁵⁷⁰.

Il modello concessorio resta centrale in Italia, ma anche in altri Paesi.

La stessa disciplina sulla finanza di progetto, oggi disciplinata dal nuovo codice, più volte oggetto di recenti modifiche normative, si fonda sull'istituto della concessione di costruzione e gestione. Rispetto al modello base, ambisce a caratterizzarsi essenzialmente per il fatto di originare dall'iniziativa privata, sia pure concernente un'opera inserita nella programmazione dell'amministrazione.

In realtà nonostante le diverse modifiche intervenute, l'ipotesi di un'iniziativa privata effettiva resta residuale nella normativa in vigore e le procedure oggi previste risultano, comunque, ancora lontane da quelle esigenze di flessibilità invocate dal mercato, caratteristiche tipiche della *Project Finance Initiative* anglosassone⁵⁷¹.

Si sta cercando di tracciare una linea di separazione netta tra un passato caratterizzato da troppe norme ma scarsa legalità, molte stazioni appaltanti inefficienti, modesta attenzione per la qualità dei progetti, massimi ribassi e massimi aumenti dei costi in corso d'opera, gare opache, ridotta efficienza dei controlli pubblici, partenariato pubblico-privato da migliorare, contenzioso giurisdizionale da contenere, ed un futuro che dalle premesse pare approdare a nuovi interessanti equilibri.

Nel presente vi sono naturalmente anche i punti di forza, le reti di Alta Velocità realizzate, il lavoro dell'Anac, le recenti norme su *project bond* e "sblocca cantieri", tuttavia, bisogna non perdere il treno delle direttive europee per realizzare i cambiamenti interni necessari di cui ormai da anni sentiamo parlare.

Saprà l'Italia approfittarne per sbrogliare i suoi nodi storici, intricati in quel groviglio di leggi che già Massimo Severo Giannini definì «enigmistica giuridica» ?

⁵⁷⁰ U. REALFONZO, *I contratti di concessione*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., p. 456.

⁵⁷¹ B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, in *Amministrazione in Cammino*, cit., p. 5.

Bibliografia

Elenco degli autori citati in ordine alfabetico.

ADAM R., TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2014.

ALLA L., *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Milano, 2005.

ALLEGRETTI U., *Il valore della costituzione nella cultura amministrativistica*, in *Dir. pubbl.*, 2006, pp. 771 ss.

ALTOMONTE C., RIELA S., *Finanziare la competitività dell'UE. Europa 2020, il quadro finanziario pluriennale e le sfide per l'Italia*, in *Osservatorio di politica internazionale* (a cura dell'ISPI), 45, 2011.

ASTENGO C., *Guida amministrativa ossia commentario della legge comunale e provinciale*, Milano, 1865.

BALDI M., *La concessione di lavori pubblici*, in BALDI M., DE MARZO G. (a cura di), *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2004, pp. 296 ss.

BERNARDI A., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2008, p. 76.

BORDA C., *Manuale dizionario di amministrazione municipale, provinciale e delle opere pie*, Torino, 1860.

BORSI U., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1941

CAFAGNO M., BOTTO A., FIDONE G., BOTTINO G., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico privati*, Milano, 2013.

CALANDRA P., *Oreste Ranelletti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pp. 1138 ss.

CAMMEO F., *I monopoli comunali*, in *Archivio giuridico Serafini*, precisamente in: vol. LIV, 1895, pp. 296 ss.; vol. LV, 1895, pp. 94 ss., 304 ss., 562 ss.; vol. LVI, 1896, pp. 71 ss., 362 ss., 521 ss.; *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910.

- CANDELORO G., *Storia dell'Italia moderna*, VII, Milano, 1975 (3^a ed.).
- CANNADA BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964.
- CARANTA R., *La Corte di Giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*, in *Urb. e app.*, 2012.
- CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, p. 23.
- CARINGELLA F., MANTINI P., GIUSTINIANI M., *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Roma, 2016.
- CAROCCI G., *Giolitti e l'età giolittiana*, Torino, 1971 (9^a ed.).
- CAROLI CASAVOLA H., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2014, p. 1135.
- CARTA S., *Gli appalti misti di lavori, servizi e forniture, anche con riferimento alla figura del "global service"*, in *Riv. trim. app.*, 2004, pp. 535 ss.
- CARTEI G. F., *Interesse pubblico e rischio: il principio di equilibrio economico finanziario nella finanza di progetto*, in *Finanza di Progetto. Temi e prospettive*, a cura di CARTEI G. F., RICCHI M., Napoli, 2010.
- CARTEI G. F., RICCHI M. (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2015.
- CARULLO A., *La concessione di costruzione e di gestione*, in *Riv. trim. app.*, 1993, p. 334.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo* a cura di FRACCHIA F., Milano, 2016.
- CASSESE S., *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 37.
- CASTRONOVO V., *La storia economica*, in *Storia d'Italia*, IV, 1, Torino, 1975.

CAVALLO PERIN R., *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 113 ss.; *La struttura della concessione di servizio pubblico*, Torino, 1998.

CELONE C., *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012.

CERULLI IRELLI V., *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, Pescara, 1979; *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1994.

CHIMENTI M. L., PARISI N., *Il ruolo dell'A.n.a.c. nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. int.*, 2, 2015, p. 419.

CHITI M. P., *Federico Cammeo comparativista*, in *Quaderni fiorentini*, 1993, p. 541 ss.; *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, pp. 488-489; *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009; *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in CARTEI G. F., RICCHI M. (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2015, pp. 3 ss.; *La nuova disciplina dei contratti pubblici: profili di diritto europeo e comparato*, in *Atti del 61° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, 2015; *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, 2016, pp. 89-120; *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, p. 436.

CHITI M. P., GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007.

CIANFLONE A., GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003.

CIMBALI G., *Le strade ferrate*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di ORLANDO V. E., vol. VII, parte I, Milano, 1914, pp. 561 ss.

CIMOLINO G. P., *Gli appalti pubblici*, in *Elementi di diritto comunitario*, a cura di DRAETTA U., Milano, 1995, p. 83.

CIPPITANI R., *Concessioni di servizi e applicazione dei principi in materia di appalti* (commento a Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 2015, n. 3910), in *Urb. e app.*, 1, 2016, pp. 74 ss.

CIRIBINI A., *Level of Detail e Level of Development: i processi di committenza e l'information Modelling*, in *Techne*, 6, 2013, pp. 90-99.

CORRADINO M., STICCHI DAMIANI S. (a cura di), *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Milano, 2017.

CORSO G., voce *Validità* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 94; *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006.

CRAVEN R., *The EU's 2014 Concessions Directive*, in *Public Procurement Law Review*, 4, 2014, pp. 188-200.

D'ALBERTI M., *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 13.

DE GIOANNIS GIANQUINTO G., *Corso di diritto pubblico amministrativo*, I, Firenze, 1877.

DE NICTOLIS R., *La concessione di lavori pubblici*, in CARINGELLA F., DE MARZO G. (a cura di), *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano, 2003; *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Roma, 2007 (2^a ed.); *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 5, 2016, p. 543.

DELPINO L., DEL GIUDICE F., *Diritto amministrativo*, Napoli, 2006.

DI CRISTINA F., *Il partenariato pubblico privato quale "archetipo generale"*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, pp. 482-495.

DI GASPARE G., *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2001.

EULA E., *Le concessioni amministrative bilaterali nella giurisprudenza del Supremo Collegio*, in *Foro it.*, 1933, I, pp. 1150-1151.

FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1994; *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2005.

FERRANTE G., MARASCO P., *Equilibrio economico finanziario e valutazione di congruità del contributo pubblico*, in *Finanza di Progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010, pp. 563-588.

FIDONE G., *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2015, pp. 101 ss.

FORTI U., *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, coll. 369 ss.

FRACCHIA F., GILI L., *Ordinamento dell'Unione Europea, Mercato, Risorse pubbliche e Contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2013.

FRACCHIA F., *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 367 ss.; *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir., Annali I*, Milano, 2007, pp. 250-277; *Giudice amministrativo, crisi finanziaria globale e mercati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 451 ss.; *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2015, pp. 1529 ss.

GALATERIA L., *Il negozio di concessione amministrativa*, Milano, 1942.

GALLI R., *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 2011.

GALLUCCI C., *Appalto, (Appalto pubblico)*, in *Enc. giur. Treccani*, II, p. 2000.

GALTIERI C., *Sistema dei controlli e riforma della Costituzione*, Milano, 1992, pp. 353 ss.; *Controlli tradizionali e disciplina dei contratti pubblici*, in *Atti del 61° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, 2015. La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, 2016, pp. 385-404.

GARELLA F., MARIANI M., *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, Torino, 2016.

GARELLI DELLA MOREA G. E., *Il diritto amministrativo italiano*, Torino, 1881 (6^a ed.).

GAROFOLI R., FERRARI G., *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma, 2016.

GARRONE G. B., *La concessione di opera pubblica negli ordinamenti italiano e comunitario*, Napoli, 1993.

GASPARINI CASARI V., *Le materie e i contenuti della giurisdizione esclusiva secondo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. econ.*, 2004, pp. 719 ss.

GENTILE M., *Le specifiche tecniche: l'Autorità torna sulla questione dell'equivalenza*, in *Urb. e app.*, 7, 2009, p. 792.

GIACCHELLA F., CAMPANALE M., *Prospettive per la regolamentazione europea di servizi e concessioni*, in *Reg. e Gov. Loc.*, 1992, p. 249 e ss.

GIANNINI M. S., *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964; *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, 1940, ora in *Quaderni fiorentini*, 2, 1973, pp. 194 ss.; *Atto amministrativo*, 1957, ora in *Scritti*, vol. IV, Milano, 2004, pp. 527-529; *Diritto amministrativo*, 1964, ora in *Scritti*, vol. V, Milano, 2004, p. 651 e ss.; *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, 1964, ora in *Scritti*, vol. V, Milano, 2004, p. 294.

GILIBERTI B., *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 4, 2011, pp. 183 ss.

GIORGI G., *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, II, Firenze, 1891.

GIOVANNELLI M., LASTRAIOLI D., *Concessione di lavori pubblici e promotore finanziario*, in *Urb. e app.*, 8, 2006, p. 893.

GIURDANELLA C., *Commento al codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2010 (5^a ed.).

GOISIS F., *Concessioni di costruzione e gestione di lavori e concessioni di servizi*, in *IUS Publicum*, giugno 2001, pp. 2-9; *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 4, 2011, pp. 704-740; *La concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche*, in VILLATA R., BERTOLISSI M., DOMENICHELLI V., SALA G. A., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, p. 1715 e ss.; *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella*

direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali, in *Dir. amm.*, 4, 2015, pp. 744-766.

GRECO G., BASSI N., *L'ambito oggettivo di applicazione del codice*, in VILLATA R., BERTOLISSI M., DOMENICHELLI V., SALA G. A., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, p. 240 e ss.

GRECO G., *Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di pubblico servizio*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, Padova, 1988, p. 8 e ss.; *La Direttiva in materia di "Concessioni"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2015, pp. 1095-1126.

GUCCIONE C., *Appalti pubblici: ambito soggettivo della normativa e criteri di riparto della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, pp. 809 ss.; *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, pp. 1253 ss.

GULLO F., *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965.

ITALIA V., *Norme "forti" e norme "deboli"*, Milano, 2016; *Le "linee guida" e le leggi*, Milano, 2016.

KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952.

LA ROSA G., *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2012, pp. 1466 ss.

LABAND P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I, Tübingen, 1876, p. 166.

LEDDA F., *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, LXXIII, p. 1280.

LEGGIADRO F., *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb. e app.*, 2000, pp. 1430 ss.

LEONE G., *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, Padova, 1983.

LIPARI N., *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2009, p. 887.

LOMBARDO S., CIRAFISI A., *Manuale dei lavori pubblici*, I, Milano, 2003.

LUCARELLI A., *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 1, 2011, p. 261.

LUCE S., *Il nuovo diritto degli appalti e delle concessioni pubbliche di lavori, servizi e forniture*, in *Studi ed Esperienze di Diritto amministrativo*, Collana a cura di CARINGELLA F. e GAROFOLI R., Torino, 2006, p. 156 e ss.

MACCHIA M., *I contratti di concessione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, pp. 476-482.

MAMELI B., *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentanti*, Milano, 1998.

MANGANI R., MARZARI F., SPINELLI D., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007.

MANTELLINI G., *I conflitti d'attribuzioni fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, Firenze, 1871-1873; *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1880-1882, 3 voll.

MANTINI P., *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, Milano, 2015; *La governance dei contratti pubblici*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, opera diretta da CARINGELLA F., MANTINI P., GIUSTINIANI M., Roma, 2016, pp. 547-560.

MARCHIANÒ G., *Modernizzazione del mercato degli appalti pubblici nella Proposta di Direttiva comunitaria*, Padova, 2012; *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2016, p. 3 e ss.

MARZONA N., *Sulla individualità costituzionale dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1996, p. 132.

MASSARI A., *Gli appalti pubblici dopo la Legge di Stabilità 2016, il Decreto Milleproroghe e la Legge sulla Green Economy*, Rimini, 2016.

MASSARI A., GRECO M., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Rimini, 2006.

MASSERA A., *Il partenariato pubblico privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, pp. 1201 ss.

MASTRAGOSTINO F. (a cura di) *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, 1988; *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da SANDULLI M. A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., Milano, 2008, vol. I, p. 282 e ss.

MASTROIANNI R., *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del "falso in bilancio"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2003, p. 621.

MATTALIA M., *Il Project financing come strumento di partenariato pubblico privato*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, pp. 1246 ss.

MATTARELLA G., *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 915 e ss.

MAZZAMUTO M., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008.

MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F. A., SCOCA F. G., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005.

MAZZAROLLI L., *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte Costituzionale ne ridisegna l'ambito. Nota a Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2005, pp. 214-248.

MELE E., *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2002.

MERUSI F., *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 654 ss.; *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che*

cambia, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 440; *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 4, 2011, p. 3347.

MEUCCI L., *Instituzioni di diritto amministrativo*, I, Roma, 1879; II, 1, Torino-Roma-Firenze, 1884; II, 2, Torino-Roma-Firenze, 1885.

MICHIARA P., *Il terzo settore e la finanza di progetto*, in CARTEI G. F., RICCHI M. (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010, pp. 369 ss.

MIELE G., *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931; *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953.

MIGUIDI M., *Appalti di lavori pubblici dopo il regolamento generale*, Milano, 2000.

MIRANDA R., *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, a cura di BALDI M., TOMEI R., Collana diretta da CARINGELLA F., DE MARZO G., Milano, 2007, p. 1252.

MONTEDORO G., *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015.

MONTEDORO G., TALIENTI V., *Le concessioni di lavori pubblici: nozioni e caratteristiche*, in *Trattato dei contratti pubblici*, diretto da SANDULLI M. A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., Milano, 2008, vol. IV, pp. 2478 ss.; *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2015, p. 2498.

MORRONE S., *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, a cura di BALDI M., TOMEI R., Collana diretta da CARINGELLA, F. DE MARZO G., Milano, 2007, p. 300 e ss.

MOZZARELLI C., NESPOR S., *La codificazione del diritto amministrativo. Giuristi e istituzioni nello Stato liberale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pp. 1133-4.

NAPOLEONE A., *Governance*, in GARELLA F., MARIANI M., *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, Torino, 2016.

NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976; *Conclusioni*, in ALLEGRETTI U., ORSI BATTAGLINI A., SORACE D. (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, vol. I, Rimini, 1987, p. 969.

NOBILE A., *Gli appalti pubblici di servizi: la disciplina comunitaria degli appalti pubblici di servizi trasposta nell'ordinamento giuridico italiano*, Roma, 1997.

ORESTANO R., *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968.

ORLANDO V. E., *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891; *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VII, parte I, Milano, 1914; *I criteri tecnici per la ricostruzione del diritto pubblico*, 1889, riedizione con postilla, R. Università di Modena, Modena, 1925.

ORTOLANI A., *Autorizzazione e approvazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, p. 263.

PAGANETTO L., *Europa 2020. La sfida della crescita*, Roma, 2010.

PAJNO A., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2015, pp. 1127 ss.

PAJNO A., TORCHIA L., CAROLI CASAVOLA H., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, pp. 1136 ss.;

PALLOTTINO M., *Costruzione di opere pubbliche (concessione di)*, in *Dig. pubbl.*, IV, 1989, pp. 348 ss.; *La concessione di opera pubblica e la Direttiva C.E. 18 luglio 1989, n. 440*, in *Riv. trim. app.*, 1, 1990, p. 27.

PAPA A., *Classe politica e intervento pubblico nell'età giolittiana. La nazionalizzazione delle ferrovie*, Napoli, 1973.

PASCUCCI F., *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, a cura di Baldi M., Tomei R., Collana diretta da CARINGELLA F., DE MARZO G., Milano, 2007, p. 1230 e ss.

PELLIZZER F., *La concessione di opera pubblica*, Padova, 1990; *L'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e gli appalti dei concessionari*, in Trattato sui contratti pubblici, diretto da SANDULLI M. A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., Milano, 2008.

PERFETTI L., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001.

PERICU G., ROMANO A., SPAGNUOLO VIGORITA V., *La concessione di pubblici servizi*, Milano, 1995.

PERSICO F., *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1875.

PIGA G., *La nuova disciplina sui contratti pubblici: il punto di vista dell'economista*, in *Atti del 61° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, 2015. La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, 2016, pp. 75-88.

PIOGGIA A., *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 567 ss.

PIOVANI P., *Il pensiero idealistico*, in *Storia d'Italia*, V, 2, Torino, 1973, pp. 1562 ss.

PIRAS A., *La municipalizzazione*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione* (volume «I Comuni»), Vicenza, 1967, p. 375.

POLIDORI C., in GAROFOLI R., FERRARI G., *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma, 2016, p. 144 e ss.

RACCA G. M., *Dall'autorità sui contratti pubblici all'autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. Amm.*, 2-3, 2015, pp. 345 ss.

RAGANELLI B., *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, in *Amministrazione in Cammino*, 2017, pp. 1 ss.

RAGIONIERI E., *Storia politica e sociale*, in *Storia d'Italia*, IV, 3, Torino, 1976, p. 1882.

RANELLETTI O., *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1894, vol. 17°, p. 97; *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, col. 11; *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1896, vol. 22°, pp. 267 ss.; *Le Guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934 (4^a ed.).

REALFONZO U., *Gli investimenti degli Enti locali-Aspetti generali e problemi particolari*, Firenze, 1986; *I contratti di concessione dopo la cura europea*, in MANTINI P., *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, Milano, 2015, pp. 159 ss.; *Le concessioni nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giust. amm.*, 4, 2016, par. 7.2.; *I contratti di concessione*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, opera diretta da CARINGELLA F., MANTINI P., GIUSTINIANI M., Roma, 2016, pp. 374-453.

RENNA M., *La regolamentazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004.

RICCHI M., *Finanza di progetto, contributo pubblico, controllo ed equità*, in *Dir. econ.*, 3, 2006, pp. 567 ss.; *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 7, 2014, pp. 741 ss.; *I contratti di concessione 2.€*, in *Finanza di progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2015, pp. 63 ss.

ROBALDO E., *La realizzazione di opere pubbliche con la partecipazione di capitale privato*, in *Urb. e app.*, 2, 2005, p. 149 e ss.

ROCCA S., *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, a cura di CORRADINO M., STICCHI DAMIANI S., Milano, 2017, p. 654 e ss.

ROEHRSSSEN G., *Lavori pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, 1990 (aggiornamento D'ALESSIO R.).

ROMANO A., *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, pp. 459 ss.; *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F. A., SCOCA F. G., parte generale, Bologna, 2005, p. 204.

ROMANO S., *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901; *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937 (3^a ed.); *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, 1899, ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, p. 100 e ss.; *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, ora in *Scritti Minori*, vol. II, Milano, 1950, p. 934 e ss.

ROSSANO C., *I contratti misti*, relazione al Convegno IGI, *Concessione di servizi, concessione di lavori pubblici e contratti misti: alla ricerca delle differenze*, Roma 27 giugno 2007.

ROVERSI MONACO F. (a cura di), *Le concessioni di servizi*, Rimini, 1988.

SABBATINI G., *Legge sulle espropriazioni per pubblica utilità*, Torino, 1882-1887, 2 voll.

SAITTA F., *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008.

SALAZAR L., *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 1658 ss.

SALTARI L., TONETTI A. (a cura di), *La realizzazione e la gestione di infrastrutture: il regime giuridico delle concessioni*, IRPA Working paper-Policy Papers Series No. 2/2014.

SANDULLI M. A., *Commento all'art. 30 in Codice dell'appalto pubblico*, a cura di BACCARINI S., CHINÈ G., PROIETTI R., Milano, 2015, pp. 300 ss.

SANDULLI M. A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., *Trattato dei contratti pubblici*, Milano, 2008.

SANTORO P., *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2005.

SAREDO G., *Della competenza dell'autorità giudiziaria nelle controversie incorse fra i Comuni e i loro impiegati*, in *Legge*, 1871, II, pp. 53 ss.; *Lo Stato e il codice civile*, in *Legge*, 1882, II, pp. 213 ss.

SCIALOJA V., *Della revocabilità del precario specialmente in materia d'acque*, in *Legge*, 1880, III, pp. 226 ss.

SCOCA F. G., *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi*, a cura di ROVERSI MONACO F., Rimini, 1988, pp. 25 ss.; *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 1, 2010, pp. 439 ss.

SCOCA S., *Evidenza pubblica e contratto*, Milano, 2008.

SCOLARI S., *Del diritto amministrativo*, Pisa, 1866.

SCOTTI CAMUZZI S., *La concessione di costruzione ed esercizio di opere pubbliche nella direttiva comunitaria n. 89/440*, in *Contr. e Impr.*, 1191, p. 1049 e ss.

SGUBIN C., *La difficile applicazione del diritto comunitario nella zona grigia tra l'appalto e la concessione*, in *Rass. Avv. dello Stato*, n. 4, 2009, pp. 130 ss.

SILVESTRI E., *Il riscatto delle concessioni amministrative*, Milano, 1956; *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 371 e ss.

SORACE D., MARZUOLI C., *Concessioni amministrative*, in *D. disc. pubbl.*, III, 1989, pp. 301 ss.

SORDI B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985.

SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2002, p. 171 e ss.

STROZZI G., *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993.

TORCHIA L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti di servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015, p. 291 e ss.

TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 683; *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino (4^a ed.), 2014; *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, 1967.

TULLIO A., *La Finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003.

VALAGUZZA S., *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di VILLATA R., Torino, 2011, p. 108 e ss.

VALLORANI C., *Contratti di concessione*, in GAROFOLI R., FERRARI G., *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma, 2016, p. 931 e ss.

VESPIA R., *Novità nell'ambito della giurisprudenza e del diritto comunitario in materia di concessione di costruzione e gestione dei lavori pubblici*, in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2006, pp. 395 ss.

VICICONTE G., *Profili di responsabilità penale nella direttiva concessioni*, in *Finanza di progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2015, pp. 293-301

VIGNA L., ALIBERTI V., *Dizionario di diritto amministrativo*, I, Torino, 1840, voce «Beni demaniali», pp. 483 ss.

VILLATA R., *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974; *Pubblici servizi, discussioni e problemi*, Milano, 2008; (a cura di) *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011.

VILLATA R., BERTOLISSI M., DOMENICHELLI V., SALA G. A., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014.

VITTA C., *Diritto amministrativo*, Torino, I, 1962, II, 1964.

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958.

Elenco della giurisprudenza citata in ordine cronologico.

Consiglio di Stato

Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 1996, n. 561, in *Foro it.*, 1996, III, 375.

Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1577, in *Giur. it.*, 1997, III, 261 ss., con nota di CANNADA BARTOLI E., *Amministrazioni aggiudicatrici e problemi di giurisdizione*.

Cons. Stato, sez. un., 30 marzo 2000, n. 71, in *Corr. giur.*, 2000, 591.

Cons. Stato, sez. IV, 29 novembre 2000, n. 6325, in *Giust. amm.*, 2001, 162.

Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2001, n. 2518, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratti delle p.a.*, n. 124.

Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2001, n. 4680, in *Foro amm.*, 2001, 9.

Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2002, n. 902, in *Cons. Stato*, 2002, I, 321.

Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Cons. Stato*, 2002, I, 500-501.

Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2002, in *Foro Amm.-Cons. Stato*, 2002, 941.

Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294, in *Foro it.*, 2003, III, 327.

Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2002, n. 2634, in *Cons. Stato*, I, 1133.

Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6768, in *Foro Amm.-Cons. Stato*, 2003, 3000.

Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6338, in *Dir. e Giust.*, 2006, 96.

Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377, in *Foro amm. C.d.S.*, 6, 2011, 1973.

Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2012, n. 3474, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 1614.

Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2385, in *Foro amm. C.d.S.*, 5, 2013, 1329.

Cons. Stato, Ad. Pl., 7 maggio 2013, n. 13.

Cons. Stato, Ad. Pl., 30 gennaio 2014 n. 7.

Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 2015, n. 3910.

Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2015, n. 4358.

Cons. Stato, comm. spec., par. 1 aprile 2016, n. 855.

Corte Costituzionale

- Corte Cost., sentenza 25 gennaio 1980, n. 5.
Corte Cost., sentenza 17 luglio 2000, n. 292.
Corte Cost., sentenza 6 luglio 2004, n. 204.
Corte Cost., sentenza 11 maggio 2006, n. 191.
Corte Cost., sentenza 27 aprile 2007, n. 140.
Corte Cost., sentenza 23 novembre 2007, n. 401.
Corte Cost., sentenza 5 febbraio 2010, n. 35.
Corte Cost., sentenza 14 febbraio 2013, n. 20.

Corte di Cassazione

- Cass. Firenze, 11 aprile 1870, in *Giur. it.*, 1870, I, 402.
Cass. Torino, 28 febbraio 1877, in *Giur. it.*, 1877, I, 1, 546.
Cass. Roma, 8 gennaio 1884, in *Legge*, 1884, I, 469.
Cass. Roma, 8 luglio 1884, in *Legge*, 1884, II, 541.
Cass. Roma, 12 febbraio 1892, in *Legge*, 1893, I, 5.
Cass. Roma, 3 marzo 1893, in *Corte supr. Roma*, 1893, *mat. civ.*, II, 40.
Cass. Torino, 15 giugno 1894, in *Mon. trib.*, 1894, 852.
Cass. Roma, 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, 248.
Cass. Roma, 9 febbraio 1918, in *Foro it.*, 1918, I, 487.
Cass. Napoli, 12 giugno 1920, in *Foro it.*, 1920, I, 689.
Cass., 8 giugno 1933, in *Foro it.*, 1933, I, 1150.
Cass., 5 febbraio 1969, n. 385, in *Giur. it.*, 1969, I, 638.
Cass., 21 febbraio 1978, n. 1179, in *Giust. civ.*, 1978, I, 837.
Cass., sez. un., 9 marzo 1978, n. 1179, in *Giust. civ.*, 1978, I, 837.
Cass. civ., sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Foro amm.*, 1991, 655 e ss.
Cass., sez. I, 14 dicembre 2007, n. 26261, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 12.

Cass. civ., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187.

Cass. civ., sez. III, 27 novembre 2015, n. 24206.

Cass. civ., sez. II, 29 febbraio 2016, n. 3940.

Corte di Giustizia

Corte Giust. CE, sez. V, 25 aprile 1996, C-87/94, *Bus Wallon*, in *Racc.*, 1996, I, 2043.

Corte Giust. CE, sez. II, 3 dicembre 2001, C-59/2000, ord., in *Foro it.*, 2002, IV, 67.

Corte Giust. CE, sez. II, 7 ottobre 2004, C-247/2002, con nota di LUBRANO B., *Limiti e poteri della normativa nazionale nelle materie disciplinate da direttive comunitarie*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 3342.

Corte Giust. CE, sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen Stadtwerke Brixen Ag*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2005, 1907.

Corte Giust. CE, sez. III, 18 luglio 2007, in causa C-503/04, con nota di GRECO G., *Superprimato del diritto europeo: le direttive sui mezzi di ricorso vincolano tutti, ma non la Commissione e la Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 413 ss.

Corte Giust. CE, sez. II, 18 luglio 2007, C-328/05, *Commissione c. Italia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 1907 ss.

Corte Giust. CE, sez. III, 13 novembre 2008, C-437/07, *Commissione c. Italia*, in *Rass. Avv. St.*, 1/2010, 12.

Corte Giust. CE, sez. III, 10 settembre 2009, C-206/08, *WazGotha c. Eurawasser*, con nota di BIANCHI T., PONZONE L., *La Corte di giustizia torna sulla distinzione tra concessione di servizi e appalto di servizi*, in *Dir. com. scambi int.*, 2010, 279 ss.

Corte Giust. CE, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, in *Riv. amm. R. It.*, 2009, 9-10, III, 637.

Corte Giust. CE, sez. III, 10 marzo 2011, C-274/09, *Privater Rettungsdients und Krakentransport Stadler c. Zweckverband*, con nota di ROBLES M., *Distinzione tra appalto pubblico di servizi e concessione di servizi*, in *Giur. it.*, 2011, 762 ss.

Tar

Tar Sardegna, sez. I, 10 marzo 2011, n. 203, in *Foro amm. Tar*, 3, 2011, 1030.

Tar Lombardia, sez. III, 16 dicembre 2011, n. 3200.

Tribunali

Trib. Roma, 17 febbraio 1879, in *Foro it.*, 1879, I, 262.

App. Milano, 27 luglio 1874, in *Legge*, 1875, I, 112

App. Trani, 3 aprile 1916, in *Giur. it.*, 1917, I, 2, 1.

Elenco della normativa citata in ordine cronologico.

Normativa nazionale

I. Leggi, decreti legislativi e decreti legge.

Legge 20 marzo 1865, n. 2248.

Legge 25 giugno 1865, n. 2359.

Legge 29 marzo 1903, n. 103.

Legge 24 giugno 1929, n. 1137.

Legge 22 ottobre 1971, n. 865.

Legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

Legge 23 agosto 1988, n. 400.

Legge 9 marzo 1989, n. 86.

Legge 7 agosto 1990, n. 241.

Legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Decreto legislativo 24 luglio 1992, n. 358.

Legge 11 febbraio 1994, n. 109.

Decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157.
Decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158.
Legge 14 novembre 1995, n. 481.
Legge 15 marzo 1997, n. 59.
Decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.
Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80.
Legge 17 maggio 1999, n. 144.
Legge 21 luglio 2000, n. 205.
Legge 21 dicembre 2001, n. 43.
Legge 28 dicembre 2001, n. 448.
Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 30.
Legge 30 dicembre 2004, n. 311.
Legge 11 febbraio 2005, n. 15.
Decreto legislativo 17 agosto 2005, n. 189.
Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.
Legge 23 luglio 2009, n. 99.
Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.
Decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208.
Decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201.
Legge 22 dicembre 2011, n. 214.
Decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 228.
Legge 24 dicembre 2012, n. 234.
Legge 28 dicembre 2015, n. 208.
Legge 28 dicembre 2015, n. 221.
Legge 28 gennaio 2016, n. 11.
Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.
Decreto legge 30 dicembre 2016, n. 244.

II. Disposizioni normative di riferimento.

1453 c.c.

1476 c.c.

Art. 11 l. 241/1990

Art. 21-*quinquies* l. 241/1990

Art 21-*nonies* l. 241/1990

Art. 3 d.lgs. 163/2006

Art. 8 d.lgs. 163/2006

Art. 30 d.lgs. 163/2006

Art. 84 d.lgs. 163/2006

Art. 142 d.lgs. 163/2006

Art. 143 d.lgs. 163/2006

Art. 146 d.lgs. 163/2006

Art. 147 d.lgs. 163/2006

Art. 148 d.lgs. 163/2006

Art. 149 d.lgs. 163/2006

Art. 150 d.lgs. 163/2006

Art. 151 d.lgs. 163/2006

Art. 33 del d.lgs. 80/1998

Art. 35 del d.lgs. 80/1998

Art. 45 d.lgs. 50/2016

Art. 77 d.lgs. 50/2016

Art. 78 d.lgs. 50/2016

Art. 80 d.lgs. 50/2016

Art. 81 d.lgs. 50/2016

Art. 82 d.lgs. 50/2016

Art. 83 d.lgs. 50/2016

Art. 84 d.lgs. 50/2016

Art. 85 d.lgs. 50/2016

Art. 86 d.lgs. 50/2016

Art. 87 d.lgs. 50/2016

Art. 111 d.lgs. 50/2016

Art. 160 d.lgs. 50/2016

Art. 164 d.lgs. 50/2016

Art. 165 d.lgs. 50/2016

Art. 166 d.lgs. 50/2016

Art. 167 d.lgs. 50/2016

Art. 168 d.lgs. 50/2016

Art. 169 d.lgs. 50/2016

Art. 170 d.lgs. 50/2016

Art. 171 d.lgs. 50/2016

Art. 172 d.lgs. 50/2016

Art. 173 d.lgs. 50/2016

Art. 174 d.lgs. 50/2016

Art. 175 d.lgs. 50/2016

Art. 176 d.lgs. 50/2016

Art. 177 d.lgs. 50/2016

Art. 178 d.lgs. 50/2016

Art. 212 d.lgs. 50/2016

Art. 213 d.lgs. 50/2016

Art. 214 d.lgs. 50/2016

Art. 215 d.lgs. 50/2016

Legislazione e atti dell'Unione Europea

Direttiva 71/305/CEE

Direttiva 93/13/CEE

Direttiva 93/37/CEE

Direttiva 93/38/CEE

Direttiva 2004/17/CE

Direttiva 2004/18/CE

Direttiva 2007/66/CE

Direttiva 2014/23/UE

Direttiva 2014/24/UE

Direttiva 2014/25 UE

Comunicazione della Commissione «Gli appalti pubblici nell'Unione europea », COM(98) 143, adottata l'11 marzo 1998.

Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02).

Commissione delle Comunità Europee, *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, COM (2004) 327 def. del 30 aprile 2004.

Comunicazione della Commissione, *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) 2020 definitivo.

T.U.E.

T.F.U.E.

Altro

Atti parl., Camera, Legisl. XXI, 2^a sess. 1902, Documenti, disegni di legge e relazioni, n. 1-A, p. 55.

Decreto del Presidente della Repubblica, 18 aprile 1994, n. 573.

Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Politiche Comunitarie del 1° marzo 2002, n. 3944.

Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Politiche Comunitarie del 6 giugno 2002, n. 8756.

Decreto del Presidente della Repubblica, 5 ottobre 2010, n. 207.

Camera dei Deputati - Servizio studi – Dossier n. 282 del 15 marzo 2016.

Camera dei Deputati – Commissione bilancio – Dossier n. 353 – 23 marzo 2016.

Parere Conferenza unificata sul d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 del 31 marzo 2016.

Parere su atto del Governo n. 283 - 8° Commissione permanente lavori pubblici, comunicazioni Commissione approvato nella 227^a Seduta del 7 aprile 2016.

Senato della Repubblica-Servizio del Bilancio - Nota di lettura n. 127 - Aprile 2016.

Delibera Anac n. 1005 del 21 settembre 2016 - Linee Guida n. 2, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”.

Delibera Anac n. 1096 del 26 ottobre 2016 - Linee guida n. 3, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l’affidamento di appalti e concessioni».

Delibera Anac n. 1097 del 26 ottobre 2016 - Linee Guida n. 4, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”.