



CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME
15/097/CR6B/C4



ISTITUTO PER L'INNOVAZIONE E TRASPARENZA DEGLI APPALTI E LA COMPATIBILITA' AMBIENTALE

**DOCUMENTO DI ANALISI DELLA
DIRETTIVA 2014/23/UE
IN MATERIA DI CONTRATTI DI
CONCESSIONE**

24 SETTEMBRE 2015

DOCUMENTO DI ANALISI DELLA DIRETTIVA 2014/23/UE IN MATERIA DI CONTRATTI DI CONCESSIONE

Il presente documento è stato approvato dalla Commissione Infrastrutture, Mobilità e Governo del Territorio nella seduta del, ed approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nella seduta del

Il documento, elaborato nell'ambito dell'AREA Contratti Pubblici di ITACA, è stato redatto da uno specifico Gruppo di lavoro "Direttiva Concessioni", coordinato dalla dott.ssa Ivana Malvaso (*Regione Toscana*) e dalla dr.ssa Maria Grazia Bortolin (*Regione Veneto*). Il GdL è composto da:

Dr.ssa Cristina Bobbio, *Regione Friuli Venezia-Giulia*
Dr.ssa Maria Grazia Bortolin, *Regione Veneto*
Dr. Leonardo Caronna, *Provincia autonoma di Trento*
Avv. Michele Cozzio, *Esperto*
Dr.ssa Anna Danzi, *FINCO*
Dr. Stefano Farina, *AiFOS*
Dr.ssa Francesca Magliocchetti, *ANIEM*
Dr.ssa Ivana Malvaso, *Regione Toscana*
Dr. Pierdanilo Melandro, *ITACA*
Avv. Annalisa Messina, *FINCO*
Avv. Paolo Michiara, *Esperto*
Avv. Marco Mingrone, *ANCPL - Legacoop*
Dr.ssa Rita Panther, *Provincia autonoma di Trento*
Prof. Avv. Mariano Protto, *Esperto*
Avv. Massimo Ricchi, *Esperto – Componente STM – MIT**
Dr.ssa Stefania Rosi Bonci, *Regione Umbria*
Ing. Daniela Scaccia, *ANAEP Confartigianato*
Ing. Giancarlo Teresi, *Regione Siciliana*
Dr. Franco Tumino, *già ANSEB*
Avv. Federico Ventura, *Esperto*

Hanno svolto il lavoro di supervisione e revisione:

Dr.ssa Cristiana Bobbio, Dr.ssa Maria Grazia Bortolin, Dr.ssa Ivana Malvaso, Dr. Pierdanilo Melandro, Avv. Massimo Ricchi.

** Il contributo è di esclusiva responsabilità dell'autore e non impegna in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.*

ITACA, organo di supporto tecnico della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, opera attraverso specifici gruppi di lavoro composti da funzionari e dirigenti regionali competenti in materia, organizzati nelle seguenti Aree tematiche: I. Contratti Pubblici, II. Sostenibilità Energetica e Ambientale, III. Sicurezza sul Lavoro, IV. Legalità e Trasparenza, V. Capitolati tecnici e Prezzari, VI. Edilizia e Governo del Territorio, VII. Osservatorio Regionale Appalti, VIII. Partenariato Pubblico Privato.

COMMISSIONE INFRASTRUTTURE, MOBILITÀ E GOVERNO DEL TERRITORIO è una delle Commissioni permanenti istituite dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome di supporto alle decisioni dell'Assemblea dei Presidenti regionali in ordine ai temi inerenti lo sviluppo delle infrastrutture per la mobilità, del trasporto in tutte le sue modalità e, in particolare, del trasporto pubblico locale, e infine sui temi degli appalti pubblici e concessioni. La Commissione si avvale di un coordinamento tecnico composto da funzionari e dirigenti regionali competenti per materia.

CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME

Presidente: On. Sergio Chiamparino (Regione Piemonte)
Via Parigi, 11 - 00185 ROMA
Tel. 06.4888291 Fax 06.4881658 E-mail: conferenza@regioni.it

COMMISSIONE INFRASTRUTTURE, MOBILITÀ E GOVERNO DEL TERRITORIO

Coordinatore: On. Vincenzo De Luca (Regione Campania)
Via Santa Lucia 81 - 80132 NAPOLI
Tel. 081.7962312 Fax 081.7962320 E-mail: seg.presidente@regione.campania.it
Via Poli, 29 - 00187 ROMA
Tel. 06.69761536/27 Fax 06.69761545 E-mail: giuseppe.dangelo@regione.campania.it

ITACA – Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale

Presidente: Massimo Giorgetti (Regione Veneto)
Via del Viminale, 43 - 00184 ROMA
Tel. 06.6782620 Fax 06.6781759 E-mail: segreteria@itaca.org

INDICE

PREFAZIONE

ANALISI ARTICOLATO

Articolo 1 – Oggetto e ambito di applicazione

Articolo 2 – Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche

Articolo 3 – Principio della parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza

Articolo 4 – Libertà di definire servizi di interesse economico generale

Articolo 6 – Amministrazioni aggiudicatrici

Articolo 7 – Enti aggiudicatori

Articolo 8 – Soglia e metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni

Articolo 10 – Esclusioni riguardanti le concessioni aggiudicate da amministrazioni aggiudicatrici e da enti aggiudicatori

Articolo 11 – Esclusioni specifiche nel settore delle comunicazioni elettroniche

Articolo 12 – Esclusioni specifiche nel settore idrico

Articolo 13 – Concessioni aggiudicate a un'impresa collegata

Articolo 14 – Concessioni aggiudicate a una joint venture o a un ente aggiudicatore facente parte di una joint venture

Articolo 15 – Notifica delle informazioni da parte di enti aggiudicatori

Articolo 16 – Esclusione di attività direttamente esposte alla concorrenza

Articolo 18 – Durata della concessione

Articolo 19 – Servizi sociali e altri servizi specifici

Articolo 20 – Contratti misti

Articolo 22 – Contratti concernenti sia le attività di cui all'allegato II sia altre attività

Articolo 24 – Concessioni riservate

Articolo 25 – Servizi di ricerca e sviluppo

Articolo 26 – Operatori economici

Articolo 28 – Riservatezza

Articolo 29 – Norme applicabili alle comunicazioni

Articolo 30 – Principi generali

Articolo 31 – Bandi di concessione

Articolo 32 – Avvisi di aggiudicazione delle concessioni

Articolo 33 – Modelli e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi;

Articolo 34 – Disponibilità elettronica dei documenti di gara

Articolo 35 – Lotta alla corruzione e prevenzione dei conflitti di interesse

Articolo 36 – Requisiti tecnici e funzionali

Articolo 37 – Garanzie procedurali

Articolo 38 – Selezione e valutazione qualitativa dei candidati

Articolo 39 – termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte

Articolo 40 – Comunicazione ai candidati e agli offerenti

Articolo 41 – Criteri di aggiudicazione

Articolo 42 – Subappalto

Articolo 43 – Modifica di contratti durante il periodo di validità

Articolo 44 – Risoluzione dei contratti

Articolo 45 – Monitoraggio e relazioni

SCHEDE DI SINTESI

PREFAZIONE

Itaca nel suo ruolo di supporto alla Conferenza delle Regioni e agli operatori pubblici e privati che operano negli appalti ha avviato, nel 2014, un lavoro di analisi delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni, partendo dalla direttiva che disciplina gli appalti di forniture, servizi e lavori, la 24/2014.

Tale lavoro costituisce attuazione dell'iniziativa assunta dal Gruppo di lavoro "Contratti pubblici" allo scopo di rispondere ad un segnale diffuso di necessità di conoscenza delle rilevanti e significative innovazioni che interesseranno lo strategico settore degli appalti pubblici con il recepimento delle tre Direttive europee pubblicate nel mese di marzo del 2014.

Il lavoro di analisi è stato avviato in prima battuta attraverso un Gruppo di lavoro ristretto "Direttive appalti" istituito, nell'ambito del Gruppo di lavoro "Direttive UE Appalti Pubblici", il 18 maggio 2014 all'interno dell'Area tematica "Contratti pubblici". Il Documento di analisi della direttiva 24/2014 è stato approvato dalla Conferenza delle Regioni il 18 febbraio 2015.

Nel mese di marzo 2015 l'attività è proseguita attraverso l'avvio del lavoro di analisi della Direttiva 23/2014 che disciplina le concessioni di servizi e lavori.

A tal fine è stato ricostituito un gruppo di lavoro "Direttive Concessioni" composto da funzionari pubblici, rappresentanti delle categorie imprenditoriali ed esperti del settore e, che ha lavorato alla stesura del documento.

Il gruppo ristretto, in continuità con il lavoro svolto per la direttiva appalti, ha proceduto con un approccio tecnico e neutrale all'analisi del testo delle disposizioni della direttiva e dei considerando al fine di evidenziare le opportunità e le criticità delle nuove regole sulle Concessioni di lavori e servizi - senza assumere posizioni al riguardo- tenendo conto anche delle finalità e priorità che hanno ispirato il legislatore comunitario della riforma.

Il lavoro di analisi è stato sviluppato tenendo conto che la Direttiva Concessioni è, diversamente dalla Direttiva 24/2014, di prima generazione, connotata pertanto dall'ampiezza dei margini di scelta degli stessi Stati membri sulle sue modalità attuative, sicché in fase di recepimento il legislatore nazionale è chiamato a valutare se disciplinare le concessioni con norme di carattere generale in linea con l'impostazione della Direttiva, o se per contro dettare norme di maggior dettaglio. Per questo aspetto, il documento di analisi ha evidenziato gli istituti della Direttiva concessioni che per una corretta applicazione delle nuove disposizioni europee richiedono uno specifico chiarimento normativo in fase di recepimento.

Per altro verso la Direttiva concessioni in alcune disposizioni si sovrappone alla Direttiva 2014/24/UE. Tale sovrapposizione deve essere analizzata, però, tenendo conto della diversa configurazione e definizione del contratto di appalto e del contratto di concessione. In tal senso, nel documento di analisi è stata sottolineata l'esigenza di considerare e specificare in sede di recepimento il peculiare significato che queste regole sono suscettibili di assumere quando riferite al contratto di concessione.

Nello svolgimento del lavoro è stato in particolare approfondito il concetto di rischio operativo valorizzato dalla nuova direttiva da porre in capo al concessionario quale elemento essenziale e costitutivo del contratto di concessione, ponendo l'accento sull'importanza del Piano Economico Finanziario (PEF) sia in fase di gara che di gestione del contratto.

Nel documento sono stati ulteriormente approfondite alcune tematiche generali e trasversali alle tre direttive quali quelle relative:

- al principio di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza;
- al tema del conflitto di interesse e lotta alla corruzione;
- alla libertà delle amministrazioni di organizzare l'esecuzione dei propri lavori e la prestazione dei propri servizi;
- alla definizione dei servizi di interesse economico generale.

L'analisi contenuta nel presente documento va quindi ad integrare anche l'analisi contenuta in relazione a tali argomenti nel precedente lavoro.

La conoscenza e l'analisi approfondita dei contenuti della Direttiva costituisce il punto di partenza per poter recepire le disposizioni che, come detto, per la prima volta introducono una disciplina ad hoc per le concessioni di lavori e servizi. Questo esame costituisce un elemento necessario per il ruolo che la Conferenza delle Regioni sarà chiamata a svolgere ai fini del rilascio del parere sul testo di recepimento e per esprimere le proprie posizioni sulle scelte che il legislatore dovrà operare, in particolare in relazione alle disposizioni a recepimento facoltativo.

Anche nella stesura di questa analisi, con un approccio operativo, sono state messe a confronto le nuove disposizioni con le disposizioni contenute in tema di concessioni di lavori nella direttiva 18/2004 e con quelle contenute nell'attuale normativa nazionale.

Durante l'analisi sono state evidenziate:

- la previsione di disposizione a recepimento obbligatorio o facoltativo;
- la presenza nei considerando di previsioni che andrebbero trasfuse in articoli, in quanto contenenti elementi per la corretta applicazione della direttiva;
- opportunità che in fase di recepimento potrebbero essere colte dal legislatore nazionale;
- criticità presenti anche in relazione all'attuale assetto normativo che andrebbero tenute in considerazione;
- l'impatto delle disposizioni sulle MPMI.

Il documento, come il precedente, evidenzia per ogni articolo i collegamenti con i *considerando* e i corrispondenti articoli della precedente direttiva 18/2004, contiene l'analisi della disposizione, le opportunità, le criticità e l'impatto sulle MPMI.

La seguente analisi ha preso in considerazione gli articoli da 1 a 45, il gruppo di lavoro si è soffermato maggiormente su quegli articoli che contengono disposizioni innovative di particolare rilievo o per le quali, all'interno del nostro ordinamento, sono presenti delle criticità applicative, che possono essere risolte in fase di recepimento.

Per ogni articolo è stata redatta una scheda di sintesi quale strumento più agevole nella fase di esame anche del testo di recepimento che sarà predisposto dal nostro legislatore.

Dr.ssa Ivana Malvaso
Coordinamento GdL "Direttive Concessioni" ITACA

Articolo 1 - Oggetto e ambito di applicazione

- *Art. 5, paragrafo 1 Direttiva 2014/23/UE*
- *Considerando 1-4, 11, 14, 18, 19, 20 Direttiva 2014/23/UE*
- *Art. 1, paragrafi 3 e 4 Direttiva 2014/23/UE*
- *Art. 17 Direttiva 2014/23/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Analisi testo

L'articolo 1, paragrafi 1 e 2 propone in modo sintetico la delimitazione dell'oggetto della direttiva e l'ambito soggettivo di applicazione.

L'oggetto della direttiva sono le norme che regolano l'aggiudicazione dei contratti di concessione soprasoglia.

L'ambito oggettivo riguarda l'affidamento ad operatori economici di contratti di concessione di lavori e di servizi (paragrafo 2) viene così superato l'art. 17 della direttiva 2004/18/CE che esclude esplicitamente le concessioni di servizi dall'applicazione della direttiva: "fatta salva l'applicazione delle disposizioni dell'art. 3, la presente direttiva non si applica alle concessioni di servizi definite all'articolo 1, paragrafo 4".

L'ambito soggettivo di applicazione della direttiva è riferibile alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori che operano nei settori ordinari (paragrafo 1 e art. 6) e alle amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che svolgono una delle attività dell'allegato II (paragrafo 2 e art. 7) riferite ai settori speciali della direttiva 2014/25/UE – gas ed energia termica, elettricità, reti di trasporto, porti ed aeroporti, servizi postali e sfruttamento area geografica –. La norma, dunque, si premura di precisare l'ambito soggettivo più ampio possibile, non ci sono preclusioni alla sua applicazione che possano derivare dalla natura delle attività delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori riferibili ai settori ordinari o a quelli speciali.

Il paragrafo 3 esclude l'applicazione della direttiva quando per l'affidamento vengano invocate le norme relative alla difesa e sicurezza dello Stato ai sensi dell'articolo 346 TFUE, invece il paragrafo 4, replicando l'art. 1, paragrafo 6 della direttiva 2014/24/UE, esclude dall'applicazione della direttiva quegli atti di natura organizzativa che trasferiscono tra amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori competenze amministrative e responsabilità per l'esecuzione di compiti pubblici.

Approfondimento

La sintesi dell'art. 1 della Direttiva in realtà presuppone i principi motivazionali che hanno portato gli Stati membri ad adottare la direttiva concessioni (considerando 1-4) e allo stesso tempo fa riferimento ad una compiuta definizione dei contratti di concessione sia sul piano formale, ai sensi dell'art. 5, paragrafo 1, lett. a) e b) e considerando 5, e, soprattutto, sul piano sostanziale, ai sensi dell'art. 5, paragrafo 1, ultimo capoverso e nei considerando 18, 19 e 20.

1. Uniformazione dei procedimenti di affidamento delle concessioni di lavori e servizi.

La prima semplificazione attuata dalla direttiva, come è stato accennato, è stata quella di sottoporre alle medesime regole di affidamento sia le concessioni di lavori che quelle di servizi. E' stata proprio la constatazione delle caratteristiche comuni dei due

contratti di concessione, di lavori e di servizi, già anticipata nella Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02) (Comunicazione), ad aver concorso ad unificare la disciplina di affidamento. L'immediata ricaduta del recepimento della direttiva sul piano interno sarà quella di eliminare il doppio binario di affidamento, che attualmente consente di applicare alle concessioni di servizi solo i "leggeri" principi del Trattato – come si esprime l'art. 30 del Codice - rispetto alle puntuali e numerose prescrizioni del Codice riservate alle concessioni di lavori.

2. La categoria generale di concessione e i contratti di partenariato pubblico-privato

La Direttiva procede ad un'altra importante omogeneizzazione concettuale, infatti, quando si riferisce alle concessioni include anche quei contratti che vengono classificati dalla nomenclatura di Eurostat come contratti di PPP (Public Private Partnership) in cui il *main payer* sia la sola PA; queste sono chiamate opere fredde (ospedali, istituti penitenziari, tribunali, uffici pubblici ...) quando la remunerazione del concessionario provenga solo dalla PA e non dalla tariffazione di una pluralità di utenti. Per questo motivo il considerando 18 riconosce che "alcuni *accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore* dovrebbero configurarsi come concessioni qualora" ci sia stato un effettivo trasferimento del rischio.

Nel Codice questa tipologia è espressamente prevista dall'art. 143, comma 9 laddove "Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica Amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico finanziaria della concessione".

La direttiva include sotto la definizione "concessioni" tutte le formule di partenariato contrattuale, questa impostazione comunitaria si differenzia dall'impostazione del Codice. Infatti l'art. 3, comma 15-*ter* del Codice riunisce nella definizione generale dei contratti di partenariato pubblico privato una serie di contratti: concessione di lavori, di servizi, locazione finanziaria, contratto di disponibilità, affidamento a contraente generale, le società miste, ecc.

Il recepimento della direttiva è l'occasione per riordinare l'architettura definitoria delle concessioni mantenendo l'impostazione attuale del Codice che prevede la categoria generale dei contratti di partenariato all'interno della quale porre tutti quei contratti che hanno la caratteristica di trasferire il rischio operativo a carico del concessionario. Questa impostazione imporrebbe di fare ordine e "pulizia" nell'attuale art. 3, comma 15 *ter*: in primo luogo eliminando sotto la definizione di contratti di partenariato pubblico privato quelli che sono, invece, dei procedimenti come "l'*affidamento di lavori mediante finanza di progetto*" o "l'*affidamento a contraente generale*" quando non ci sia collegamento alla disponibilità dell'opera. In secondo luogo sarebbe opportuno di distinguere tra il partenariato contrattuale e quello istituzionale, all'interno del quale sono previste le società miste; in questo modo adeguandosi alla Comunicazione interpretativa della Commissione sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico privati istituzionalizzati (PPPI), (Bruxelles, 05.02.2008) C(2007)6661.

3. La definizione formale della concessione.

La definizione formale dei contratti di concessione, riferita in modo unitario a quelli di lavori e di servizi, contenuta compiutamente nel considerando 11 - poi ripresa separatamente per ciascuna tipologia nell'art. 5 della direttiva, paragrafo 1, rispettivamente sub lett. a) e b) - non differisce sostanzialmente dalle definizioni contenute nei paragrafi 3 e 4, dell'art. 1 della direttiva 2004/18/CE. Sul piano interno analoga considerazione di sostanziale uniformità di contenuti definitivi si riscontra all'art. 3, commi 11 e 12 del Codice. Stante la completezza della definizione di concessione contenuta nel considerando 11, questa dovrebbe essere recepita nell'articolato delle definizioni.

Infatti le concessioni sono contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto, in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione dei lavori e dei servizi o dei soli servizi ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

In questo caso le "integrazioni" comunitarie della direttiva riguardano la prospettazione di una pluralità di soggetti dal lato della domanda pubblica (amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori), ammettendo una possibile pratica di accorpamento delle amministrazioni per soddisfare la domanda complessiva proveniente da bacini più ampi di utenti, e dal lato dell'offerta, ribadendo l'ammissibilità dell'affidamento della concessione a raggruppamenti di imprese, circostanza tipica delle concessioni dove gli imprenditori devono strutturare offerte complesse.

4. La definizione sostanziale di concessione: il trasferimento del rischio operativo.

L'aspetto maggiormente innovativo della direttiva è la definizione sostanziale di concessione perché non ha precedenti né nella direttiva 2004/18/CE né nel Codice e le pronunce del CEG non hanno mai raggiunto un tale livello di precisione definitoria. La definizione di concessione sostanziale è contenuta nell'ultimo capoverso dell'art. 5 "l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi *comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo* legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi".

La definizione sostanziale di concessione, collegata al trasferimento al concessionario di un rischio operativo, è fondamentale perché su di essa poggia l'applicazione della direttiva, che consente infatti di prescindere dal *nomen juris* di un contratto per coglierne l'aspetto essenziale. Infatti, a tenore del considerando 18 "L'applicazione di norme specifiche per la disciplina dell'aggiudicazioni di concessioni non sarebbe giustificata se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sollevasse l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale".

5. Le conseguenze della difformità dal requisito sostanziale di una concessione sul piano comunitario e nazionale.

L'importanza dell'effettivo trasferimento del rischio operativo non solo si riflette sull'esatta applicazione delle norme procedurali applicabili, direttiva appalti o concessioni (considerando 18), la cui difformità può essere fatta valere nei termini e con gli ordinari procedimenti di impugnazione, ma si riflette anche sui contratti di concessione che siano "stabilizzati" e non abbiano subito ricorsi nonostante la loro

difformità sostanziale dalle prescrizioni della direttiva. L'art. 44 della direttiva impone agli Stati membri di mettere le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori nelle condizione di porre termine alla concessione in vigenza della stessa se la CEG constata, nell'ambito di una procedura di infrazione ex art. 258 TFUE, che sia stata aggiudicata violando le disposizioni della direttiva e, quindi, in mancanza del trasferimento del rischio operativo.

Inoltre, sul piano interno sempre l'art. 3, comma 15-ter, la definizione dei contratti di partenariato pubblico-privato (di cui fanno parte le concessioni di lavori e di servizi), prescrive che per tali contratti deve esserci una "allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni comunitarie vigenti".

Una recente sentenza Tar¹ ha sancito la nullità del negozio per inosservanza dei precetti comunitari nella distribuzione dei rischi. Il contratto di concessione posto in essere senza una adeguata distribuzione dei rischi in violazione dei principi comunitari, e ciò vale anche per tutti i contratti di PPP, è nullo per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 del codice civile, recante "contratto in frode alla legge", in quanto persegue un risultato precluso dall'ordinamento.

Inoltre, su un diverso piano di accertamento, anche la Corte dei Conti² rammenta come l'operazione di locazione finanziaria (contratto di PPP) possa rappresentare una forma di indebitamento vietata agli enti che hanno violato il patto di stabilità; con la conseguenza indicata nell'art. 20, commi 10 e 12, della legge 111 del 2011 che così recita: "I contratti di servizio e gli altri atti posti in essere dalle regioni e dagli Enti locali che si configurano elusivi delle regole del patto di stabilità interno sono nulli".

6. Il contenuto del rischio operativo dal lato della domanda e dell'offerta.

La definizione di rischio operativo, a cui il privato concessionario deve essere esposto, ha una natura economica per i potenziali riflessi sulla sostenibilità del piano economico finanziario della concessione e può riguardare il lato della domanda e dell'offerta.

Tipicamente il rischio di 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, come per mancanza di appeal della gestione del concessionario, oltreché a fattori del tutto esogeni come quello di una contrazione dei consumi generata da una crisi economica.

Quanto al rischio operativo dal lato dell'offerta sembra coincidere con il rischio di disponibilità secondo la nomenclatura Eurostat e può riguardare (così il considerando n. 18 ultimo capoverso della Direttiva) i contratti in cui i privati vengono "remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice", in altre parole il riferimento è alle concessioni "fredde" per la realizzazione di ospedali, strutture penitenziarie, uffici pubblici.

7. Il dimensionamento del rischio operativo da parte della direttiva.

¹ La Sentenza Tar Sardegna, n. 213 del 10 marzo 2011.

² Un ampio riepilogo in Deliberazione Corte dei Conti - sez. regionale di controllo per il Veneto 2/9/2011 n. 352/2011.

Il concetto di rischio operativo delineato nella direttiva non è astratto perché espone il concessionario a dei rischi che potenzialmente devono assumere un preciso valore economico

Ai sensi dell'art. 5, paragrafo 1 della Direttiva, il rischio operativo, che deve essere trattenuto dal concessionario, ha natura economica e implica **“che non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione”**; chiaramente ciò ha un impatto reale nei futuri contratti di concessione e nella sostenibilità economico-finanziaria delle operazioni.

La dimensione del rischio operativo, da traslare in capo al concessionario mediante clausole contrattuali, deve essere commisurata almeno al valore degli investimenti effettuati e ai costi gestionali; questa clausola generale di misurazione del rischio operativo si adatta ad ogni tipo di schema contrattuale e trova i limiti dimensionali all'interno di ciascun progetto.

Per non lasciare nel vago il processo di misurazione del rischio il considerando n. 20 della Direttiva entra nel dettaglio per cui “ai fini della valutazione del rischio operativo, dovrebbe essere preso in considerazione in maniera coerente ed uniforme il valore attuale netto degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario”.

La traduzione in termini operativi della dimensione del rischio operativo avrà un impatto conformativo particolarmente intenso per le concessioni esposte al rischio dal lato dell'offerta. Queste sono tipiche delle operazioni di fredde, appunto senza rischio domanda a carico del concessionario, come gli ospedali, le carceri e gli uffici pubblici, in cui le potenziali decurtazioni al canone pubblico versato dalla PA, per effetto di specifiche clausole contrattuali, dovrà essere tale da poter intaccare il recupero degli investimenti effettuati e i costi gestionali. Invece, nelle concessioni esposte dal lato della domanda questo effetto consuntivo in linea teorica è sempre ipotizzabile per la potenziale variabilità bidirezionale della stessa sempreché non ci siano clausole limitative del rischio operativo.

Di seguito, infatti, degli esempi elusivi dell'obbligo di trattenere il rischio operativo a carico del privato concessionario e ricorrenti nella prassi contrattuale ³: i) quando nei contratti di PPP i canoni da corrispondere dalla PA al privato non possono essere decurtati al disotto dei c.d. minimi garantiti, valore che in genere coincide con la rata di restituzione del debito contratto con gli istituti di credito; ii) quando ci siano delle clausole contrattuali che pongono un limite irragionevole alle penali a carico del concessionario, consentendo ad esempio di decurtare solo l'utile; iii) quando vengono richieste alla PA in modo diretto delle fideiussioni omnibus a garanzia del debito contratto dal concessionario; iv) quando vengono pattuiti dei pagamenti della PA al concessionario a fronte dei quali l'affidatario della concessione non rende alcun servizio o rende dei servizi non esposti ad alcun tipo di rischio.

8. L'effettività del trasferimento del rischio operativo.

L'art. 5, paragrafo 1 puntualizza, ancora, che la potenziale perdita del concessionario non sia puramente nominale: con ciò riferendosi ai meccanismi di riconoscimento

³ Il considerando n. 18.

della perdita che potrebbero essere macchinosi e, per questo, frustranti l'effettiva esposizione al rischio del privato.

Il riferimento stigmatizza le prassi contrattuali di inserire a carico della PA delle onerose pratiche di monitoraggio delle attività del privato e delle minuziose prescrizioni di contestazione per l'applicazione delle penali (ad es. con possibilità di dedurre e contro dedurre solo per iscritto e condurre un successivo contraddittorio⁴. In questo modo gli elevati costi di rilevamento e, soprattutto, l'impossibilità di sottoporre alle procedure concordate le rilevanti quantità di contestazioni che emergono quotidianamente nell'esecuzione di un contratto di PPP, svuoterebbero di fatto la deterrenza economica del rischio.

L'esclusione della nominalità del rischio introduce specularmente il principio di effettività di traslazione del rischio operativo sia in fase di costruzione come in fase di gestione⁵.

La nuova Direttiva impone non solo il trasferimento del rischio operativo ma in caso di avveramento dello stesso anche la capacità da parte della PA di decurtare gli importi dovuti o escutere le garanzie con immediatezza sia in fase di costruzione che di gestione. L'attenzione al monitoraggio nella fase esecutiva è sancito dall'art. 3 par. 4, per cui "Le Amministrazioni Aggiudicatrici mirano a garantire la trasparenza [...] dell'esecuzione del contratto".

Il principio di effettività di traslazione del rischio, come man mano viene a delinearsi, si salda con due condizioni importanti per la PA:

- di esistenza della stessa concessione, infatti il mancato trasferimento del rischio operativo è equiparato all'inefficace trasferimento del rischio ai fini della dichiarazione di nullità della concessione, quale negozio in frode alla legge. L'inefficacia del trasferimento del rischio a valle, in fase di escussione, comporta l'elusione dell'applicazione delle prescrizioni comunitarie vigenti sulla distribuzione dei rischi;
- di contabilizzazione off balance delle operazioni di PPP fredde per effetto della Decisione Eurostat 11 febbraio 2004 e delle regole Sec 95, secondo cui il contributo pubblico non può superare il 50% del valore di investimento.

Il principio di effettività può essere garantito esclusivamente da un sistema di monitoraggio h/24 in mano al concedente in fase di costruzione come in fase di gestione; è necessario perciò approntare una strutturazione di processi informatizzati di gestione delle informazioni legate al ciclo di vita dell'opera e dei servizi erogati, con particolare riguardo per i lavori ai momenti di progettazione-costruzione-gestione in

⁴ La Determinazione AVCP n. 10 Adunanza del 25 gennaio 2012, stigmatizza che avverso le decisioni del DG sia possibile fare ricorso ad una Commissione di valutazione in assenza di parametri certi e, perciò, inefficace.

⁵ Su questo tema è emblematica la citata Determinazione n. 10 del 25 gennaio 2012 dell'AVCP in veste ispettiva sull'aggiudicazione della concessione per la realizzazione dei quattro Ospedali toscani. L'Autorità dopo aver rilevato che per ciascuna penale è prevista solo una generica descrizione del disservizio – dipendente, tra l'altro, dalla gravità dell'inadempimento rimesso all'apprezzamento del Direttore sanitario contro cui è possibile fare ricorso- conclude che in assenza di parametri certi di applicazione delle penali non può essere considerata efficace e di conseguenza il rischio di disponibilità non si può considerare trasferito. L'Autorità impone alle quattro Aziende Sanitarie di intervenire efficacemente in qualità di concedente sulla disciplina delle penali concordando gli indicatori e gli standard di riferimento delle varie prestazioni, nonché la griglia di accettabilità dei servizi.

cui il flusso di informazioni transiti dalla realtà dei fatti alla cognizione della stazione concedente.

Il soggetto pubblico deve poter seguire le operazioni di realizzazione dell'opera pubblica e la gestione dei servizi da una propria cabina di regia in quattro dimensioni (la quarta è quella temporale) man mano che viene a compimento, ed essere allertato quando qualsiasi rischio a carico del concessionario si avveri, sia che preveda l'applicazione automatica delle penali con rilevamento oggettivo (es. ritardi) che quando si avverino dei rischi (es. costi supplementari) a cui il concessionario deve semplicemente fare fronte (si veda come esempio il sistema BIM Building Information Modeling o analoghi) .

9. Le limitazioni del rischio operativo consentite dalla direttiva.

Nella Direttiva si può rilevare che l'art. 5 paragrafo1, 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.

Nel considerando 19 della Direttiva è rinvenibile una circostanziata ammissibilità di forme di garanzia pubblica che consentono legittimamente di mitigare il rischio operativo a carico del concessionario. Il considerando riporta il caso di ammissibilità di mitigazione del rischio operativo attuata mediante accordi contrattuali che prevedono una compensazione in caso di cessazione anticipata del contratto *per motivi imputabili all'amministrazione aggiudicatrice o per cause di forza maggiore*.

In primo luogo il caso riportato per spiegare le condizioni di ammissibilità di una garanzia pubblica, che non esclude la sussistenza del contratto di concessione secondo i principi comunitari, è evidentemente esemplificativo aprendo, con ciò, all'individuazione di altre tipologie di garanzie che rispettino alcune fondamentali prescrizioni.

Sembrerebbe quindi che il rischio operativo (l'esposizione economica del concessionario all'avverarsi dell'evento dannoso) potrebbe essere mitigato da garanzie pubbliche a condizione:

- che la limitazione del rischio sia prevista *ab initio* in accordi di natura contrattuale;
- che la compensazione del rischio operativo sia parziale con ciò consentendo la mitigazione riferibile ad un lasso di tempo periodo specifico (ad esempio la fase delicata di start up) oppure che sia limitata ad una quota di valore del rischio che si ritiene meritevole di condividere con il privato.

Tale possibilità per la novità e delicatezza sarebbe utile fosse disciplinata in fase recepimento.

10. Divieto di *gold plating* e di contratti senza rischio operativo.

E' stato sostenuto che il divieto di *gold plating* e la necessità nei contratti di concessione di mantenere il rischio operativo dal lato della domanda o della offerta a carico del concessionario imporrebbe in fase di recepimento di eliminare una serie di contratti domestici: il contratto di locazione finanziaria, il contratto di contraente generale e contratto di sponsorizzazione, sarebbero tutti contratti senza rischi operativi in fase gestionale.

La nuova direttiva consente di operare una ripartizione utile tra concessioni e concessioni apparenti o tra contratti di partenariato veri o apparenti. Ciò che rende esistente e valida una concessione (o un contratto di partenariato) indipendentemente dal nomen juris è la presenza del rischio operativo a carico del concessionario. La locazione finanziaria per essere considerata una concessione deve prevedere a carico del concessionario un *de minimis*: gli obblighi di manutenzione straordinaria e ordinaria di tutta la struttura per il periodo di vigenza del contratto.

Ancor più semplice è la classificazione dei contratti assegnati mediante contraente generale che non rientrano nel concetto di concessione se siano affidati ai sensi dall'art. 176 - l'art. 1, comma 1 lett. f) della legge 443/2001 chiarisce "il contraente generale è distinto dal concessionario di opere pubbliche per l'esclusione dalla gestione dell'opera"- ma vi rientrano a pieno titolo nel caso in cui come recita l'art. 3, comma 15-ter del Codice "il pagamento dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi". In questo caso il rischio operativo dal lato dell'offerta deve gravare sull'affidatario: dietro la disponibilità dell'opera ci sono un fascio di obblighi di mantenimento dell'opera in piena efficienza di utilizzo per tutta la durata del contratto. Analogamente nel contratto di sponsorizzazione deve essere previsto un rischio operativo dal lato della domanda o dell'offerta a carico del concessionario assimilabile al rischio di disponibilità dell'opera.

11. Il ruolo del PEF nelle concessioni, il suo equilibrio e la sostenibilità finanziaria (bancabilità)

La concessione si compone di alcuni elementi costitutivi, in particolare del contratto, del progetto (nelle concessioni di servizi è il *concept*) e del piano economico finanziario (PEF). Questi tre elementi costituiscono un *unicum* inscindibile e già dal momento dell'indizione della gara devono essere coerenti tra loro. Il PEF è il documento che rappresenta quantitativamente lo sviluppo del progetto, la realizzazione dell'opera, la gestione del servizio, la sostenibilità economico finanziaria con il rispetto degli indici di bancabilità per la durata dell'intera concessione⁶.

Il PEF consolidato al momento della stipulazione contrattuale ha una specifica distribuzione dei rischi ed un peculiare equilibrio economico finanziario.

La distribuzione dei rischi tra le parti deve seguire la regola aurea di assegnazione dello specifico rischio al soggetto (concedente e concessionario) che abbia le migliori

⁶ Cfr. Consiglio di Stato, Sent. 23 marzo 2009, n. 1741. La S. precisa "la validità economico finanziaria del progetto costituisce il presupposto dell'intera operazione di project financing". Conformi Tar Lombardia, Brescia, Sent. 26 maggio 2009, n. 1064; Tar Puglia, Bari, Sent. 19 aprile 2007, n. 1087; Tar Sicilia, Catania Sent. 13 novembre 2006, n. 2193.

capacità di gestirlo⁷. Infatti, i contratti di concessione sono contratti cooperativi il cui obiettivo è quello di mitigare i rischi connessi al verificarsi di eventi sfavorevoli, piuttosto che trattenere meno rischi o trasferirne la maggior parte alla controparte⁸.

I rischi (costruzione e operativo) assunti dal privato sono la base per la remunerazione del capitale investito che dovrà essere ottenuta tramite “il diritto di gestire l’opera” ai sensi dell’articolo 3, comma 11 del Codice. Si ricorda, infatti, che la distribuzione dei rischi tra le parti e la relativa matrice sono un paradigma valutativo utilizzato dagli istituti di credito per il merito dell’erogazione del finanziamento.

Il rispetto del principio dell’equilibrio economico finanziario del PEF 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 PEF, distribuzione dei rischi, investimenti, durata e congruità del contributo pubblico. Una particolare attenzione deve essere prestata nella sua determinazione per evitare impropri guadagni ed eliminazione dei rischi a carico del concessionario.

La PA verificando in sede di aggiudicazione il perseguimento delle condizioni di equilibrio del PEF della concessione adempie ad un obbligo che tutela il proprio interesse affinché i contratti complessi e di lunga durata possano essere portati a conclusione⁹.

La redazione del PEF deve rispettare anche i requisiti di bancabilità (*i.e.* sostenibilità finanziaria), o meglio le condizioni di finanziabilità 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 pubblico tramite questa¹⁰.

Si ricorda che 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 (*cover ratio*), 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 (DSCR) e il Loan Life Cover Ratio (LLCR).

L’importanza ed il rilievo delle specifiche condizioni di bancabilità nella redazione del PEF, hanno acquisito una legittimazione normativa in ambito nazionale tanto da poter affermare l’esistenza di un vero e proprio diritto di bancabilità del concessionario a fronte dell’obbligo della PA a concederlo. Infatti, il Codice impone alla PA ex art. 144, comma 3 che “i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità dell’opera”. L’assenza di adeguati livelli di

⁷ Il Libro verde sul PPP, cit., indica che “I PPP non implicano tuttavia necessariamente che il partner privato si assuma tutti i rischi, o la parte più rilevante dei rischi legati all’operazione. La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi”.

⁸ Cfr Tar Liguria, Sent. del 14 giugno 2012, n. 830. Il Consiglio di Stato, Sent. 10 gennaio 2012, n. 39, ritiene che nella concessione un rischio ridotto per l’impresa e la sussistenza di oneri a carico del soggetto pubblico siano compatibili con l’istituto del project financing.

⁹ Cons. Stato, sez. IV, Sent. 16 giugno 2008, n. 2979.

¹⁰ Cons. Stato, sez. V, Sent. 11 luglio 2002, n. 3916 (punto 3 in diritto); Tar Campania, sez. I, Sent. 26 maggio 2004, n. 9517.

bancabilità dell'opera impedisce la determinazione di un corretto equilibrio del PEF, facendo venire meno le condizioni di adempimento delle obbligazioni del concessionario.

La PA ha, dunque, l'obbligo di incorporare nella stipulazione contrattuale e nelle eventuali revisioni dell'equilibrio del PEF, le condizioni di bancabilità di quel particolare momento storico dell'operazione: la mancanza costituirebbe in prima battuta un grave inadempimento dei propri obblighi e in ultima analisi un'operazione contro l'interesse pubblico perché impedirebbe la realizzazione della concessione.

Opportunità

La nuova direttiva delinea un nuovo modello contrattuale, omogeneo e confrontabile negli Stati membri, che consente di fare un salto di qualità in termini di attrattività finanziaria, effettività delle realizzazioni e trasparenza nei confronti dei cittadini. In sede di recepimento una particolare attenzione dovrà essere posta sui seguenti temi:

- 1) riordino della categoria dei contratti di partenariato pubblico privato (contrattuale ed istituzionale) alla luce della direttiva;
- 2) definizione del requisito sostanziale della concessione, in particolare del trasferimento effettivo del rischio operativo applicabile a tutti i contratti di PPP;
- 3) importanza del PEF quale elemento costitutivo del contratto, comprensivo della sua bancabilità e dell'individuazione della congruità dei conferimenti pubblici.
- 4) configurabilità delle condizioni di ammissibilità delle garanzie pubbliche per la mitigazione del rischio operativo.

Articolo 2 - Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche

- *Articolo 2 Direttiva 2014/23/UE*
- *Considerando 5 Direttiva 2014/23/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Analisi del testo

La disposizione riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori e la prestazione dei propri servizi in conformità al diritto nazionale e dell'Unione.

L'autoproduzione, ed in particolare il tanto discusso istituto dell'in house providing (di cui al successivo art. 17) perdono definitivamente la connotazione di eccezione per divenire l'espressione di un principio generale, ben conosciuto sia nel diritto comunitario che nell'ordinamento nazionale, il principio di auto-organizzazione o di autonomia istituzionale, in virtù del quale gli enti pubblici (soprattutto gli enti locali dotati di un'autonomia costituzionalmente garantita) possono organizzarsi nel modo ritenuto più opportuno per offrire i loro servizi o per reperire le prestazioni necessarie alle loro finalità istituzionali.

L'Ordinamento europeo resta indifferente all'adozione di una particolare modalità gestionale (es. l'esternalizzazione) rispetto a un'altra (es. l'autoproduzione), riconoscendo al principio della piena libertà di autorganizzazione che consente di garantire la migliore esecuzione dei lavori e prestazione dei servizi, la stessa dignità del principio della piena apertura concorrenziale dei mercati degli appalti e delle concessioni.

Alle amministrazioni spetta il compito di operare discrezionalmente la scelta tra il regime di autoproduzione e quello di esternalizzazione e, solo nell'ipotesi in cui la scelta ricada sull'esternalizzazione, incomberà sull'amministrazione l'obbligo di operare nel pieno rispetto dell'ulteriore principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di mercato.

La direttiva pone su un piano di assoluta equiordinazione l'autoproduzione rispetto al ricorso al mercato, demandando al successivo art. 17 la disciplina dell'istituto dell'in house providing, legittimando anche la figura dell'in house "a cascata" e le altre forme di collaborazione pubblico-privato¹¹.

Lo stesso principio si trova anticipato nel quinto considerando della direttiva, dove si specifica che "la presente direttiva riconosce e riafferma il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi.

¹¹ Cfr. il documento di lavoro della Commissione concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ('Cooperazione pubblico pubblico') documento SEC (2011) 1169 del 4 ottobre 2011. Nel diritto interno, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599, il quale ha statuito che l'in house providing, lungi dal configurarsi quale modalità di affidamento e gestione di carattere eccezionale e subvalente, rappresenta – al contrario – una delle tre (parimenti legittime) opzioni a tal fine perseguibili (autoproduzione, cooperazione pubblico-privato, esternalizzazione).

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 o al prezzo dei servizi, conformemente al diritto dell'Unione, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico¹².

Si supera così il radicato convincimento nel diritto interno secondo cui l'internalizzazione e l'autoproduzione rappresentano eccezioni rispetto alla regola dell'affidamento a terzi tramite gara e si recepisce l'ormai pacifico orientamento della Corte di Giustizia¹³.

L'attenzione dovrà essere posta non sulla scelta dell'amministrazione tra l'avvalersi delle proprie risorse, cooperare con altre amministrazioni aggiudicatrici o ricorrere ad operatori economici esterni, bensì sull'applicazione legittima dei presupposti e delle condizioni che devono ricorrere perché si possa dire realizzata nel singolo caso un'ipotesi di autoproduzione, al fine di evitare che il richiamo ad istituti del tutto legittimi possa trasformarsi in un'elusione dell'obbligo di gara.

Come da tempo affermato dal giudice amministrativo nazionale: *"L'organizzazione autonoma delle pubbliche amministrazioni rappresenta un modello distinto ed alternativo rispetto all'accesso al mercato [...] La tutela comunitaria del mercato non interferisce sino a disconoscere ai singoli apparati istituzionali ogni margine di autonomia organizzativa nell'approntare la produzione e l'offerta dei servizi e delle prestazioni di rispettiva competenza. Pertanto non si spinge sino a giustificare un sindacato sulle scelte legislative o amministrative che consentano ai pubblici poteri, nel produrre ed offrire servizi o beni, di optare per schemi di coordinamento e formule organizzatorie, teoricamente alternative rispetto all'acquisizione delle prestazioni destinate alla collettività per il tramite del mercato.[...]. Se la costituzione di un soggetto dedicato è idonea a garantire economie di scala, riduzione dei costi o razionalizzazione del bacino di utenza, l'opzione dell'ente locale non potrebbe esporsi ad alcuna censura solo perché escludente il ricorso al confronto competitivo. [...] Il ricorso alla produzione privata, disciplinato da regole di salvaguardia della concorrenza e l'esercizio del potere di organizzazione, sottratto ai vincoli concorsuali o concorrenziali validi per il ricorso al mercato, costituiscono due schemi distinti che vanno preservati da ogni equivoca commistione"*¹⁴.

12 Cfr. Corte Giust., 11 gennaio 2005, in causa C-26/03, *Stand Halle e RPL Lochau*: "un'autorità pubblica che sia una amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterna non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con entità giuridicamente distinta dall'Amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono quindi i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici".

13 Cfr. Corte Giust. Ue, 9 giugno 2009, in causa C-480/06, dove si afferma che: "un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e [può] farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche". Nello stesso senso, *Id.*, 13 novembre 2008, in causa C-324/07, *Coditel Brabant SA*. Con specifico riferimento alla disciplina normativa nazionale (articolo 113, comma 5 del TUEL), cfr. Corte Giust. Ue, 6 aprile 2006, in causa C-410/04, *ANAV*. Nello stesso senso, si veda anche la Commissione europea, comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati – PPPI, documento C(2007) 6661 del 5 febbraio 2008, dove si chiarisce che: "nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono (...) libere di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell'ambito di un partenariato pubblico-privato".

14 Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 1998, n. 477.

Nella risoluzione 26 ottobre 2006 del Parlamento europeo sui “*Partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni [2006/2043 (INI)]*”, dopo aver sottolineato che deve essere attentamente considerato e dunque distinto il caso in cui le “*società di economia mista eseguono prestazioni, per conto e nel contesto di compiti della autorità pubblica organizzatrice, che sono principalmente finanziate o garantite da quest’ultima*” (p.to 41.), si enunciano due importanti asserti. Si “*respinge l’applicazione della legislazione in materia di appalti nei casi in cui gli enti locali intendono svolgere compiti nel loro territorio assieme ad altri enti locali nell’ambito di una riorganizzazione amministrativa, senza offrire a terzi operanti sul mercato la fornitura dei servizi in questione*” (p.to 46.) e si “*ritiene tuttavia necessaria l’applicazione della normativa sugli appalti quando gli enti locali offrono prestazioni sul mercato alla stregua di un’impresa privata nel contesto della cooperazione tra enti locali o fanno eseguire compiti pubblici da imprese private o da altri enti locali*” (p.to 48.).

Il secondo paragrafo dell’art. 2 in commento, laddove fa espressamente salvi i regimi di proprietà degli Stati membri ed, in particolare, non richiede la privatizzazione di imprese pubbliche che forniscono servizi al pubblico, non fa altro che ribadire tali affermazioni.

Come già affermato dall’Avvocato Generale Kokott nella causa Parking Brixen: “Se si applicasse la disciplina in materia di aggiudicazione di pubblici appalti anche a negozi giuridici tra amministrazioni aggiudicatrici e loro società controllate al 100%, le forme giuridiche di diritto privato della società per azioni o della società a responsabilità limitata non potrebbero essere più utilizzate ai fini di una mera riorganizzazione interna. Al relativo ente resterebbe soltanto l’alternativa tra la privatizzazione dei suoi servizi e l’esecuzione diretta di essi per mezzo dei propri servizi amministrativi oppure di aziende autonome, integrate nella gerarchia amministrativa e prive di significativa autonomia. In taluni casi le società controllate esistenti potrebbero addirittura essere ritrasformate in aziende autonome.

Tuttavia, un intervento così incisivo sulla supremazia organizzativa degli Stati membri e segnatamente sull’autogoverno di tanti Comuni non sarebbe affatto necessario neppure alla luce della funzione di apertura dei mercati svolta dalla disciplina sugli appalti. Difatti, lo scopo della normativa sugli appalti è di garantire una scelta trasparente ed imparziale dei contraenti ogniqualvolta la pubblica amministrazione decida di svolgere i propri compiti con la collaborazione di terzi. Non rientra invece nella ratio della disciplina sugli appalti la realizzazione di una privatizzazione «di straforo» anche di quei servizi pubblici che la pubblica amministrazione voglia continuare a fornire con mezzi propri; a questo scopo sarebbe necessario che il legislatore compisse passi più concreti verso la liberalizzazione”.

L’ampiezza della capacità di diritto privato delle pubbliche amministrazioni è d’altra parte affermata nel diritto nazionale in termini generali dall’articolo 1, comma 1-*bis*, della legge n. 241/1990, nel testo introdotto dalla legge n. 15/2005.

Con specifico riferimento alle autonomie locali, il principio di autonomia istituzionale viene espressamente sancito dalla Carta europea dell’autonomia locale del 15 ottobre 1985, ratificata dalla maggior parte degli Stati membri del Consiglio d’Europa (STCE, n. 122), che all’art. 6, n. 1, stabilisce che le collettività locali debbono “poter definire esse stesse le strutture amministrative interne di cui intendono dotarsi, per adeguarle alle loro esigenze specifiche in modo tale da consentire un’amministrazione efficace”¹⁵.

¹⁵ L’importanza dell’autonomia locale viene sottolineata dall’art. 1-5, n. 1, del Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004.

Criticità

L'internalizzazione e l'autoproduzione devono perdere qualsiasi connotazione negativa imponendo di prendere consapevolezza che in molti casi la gara non è uno strumento di razionalità economica ed è preferibile che l'amministrazione si rivolga al suo interno.

La scelta nel senso dell'autoproduzione (anche attraverso il modello dell'*in house providing*) impedisce legittimamente l'apertura alla concorrenza e al mercato.

Tale circostanza ha portato il legislatore nazionale a considerare l'autorganizzazione in termini negativi, imponendo la cedevolezza di tale principio rispetto a quello della libera concorrenza tutte le volte in cui l'analisi del mercato induceva a ritenere che l'autoproduzione potesse incidere sull'apertura del mercato.

L'astratta possibilità di affidare un appalto o una concessione sul mercato non può più comportare l'impossibilità o il divieto di ricorrere al meccanismo dell'autoproduzione, poiché ciò sarebbe in contrasto con il consolidato orientamento della Corte di giustizia di cui l'articolo 2, in commento rappresenta la puntuale traduzione normativa.

Quanto affermato non si pone in contrasto con l'articolo 106, paragrafo 2 del TFUE, secondo cui le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (SIEG) o aventi carattere di monopolio fiscale sono comunque sottoposte alle norme dei Trattati e, in particolare, alle regole di concorrenza nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in via di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata.

Pare infatti evidente che la norma, come ora sancito dall'art. 2 della "direttiva concessioni", impone di considerare l'applicazione delle regole di concorrenza cedevole rispetto al perseguimento della missione di servizio pubblico, di cui il principio di libera amministrazione costituisce un corollario.

Qualsiasi intervento legislativo volto ad impedire o a subordinare il ricorso all'autoproduzione della PA (ad es. l'*in house providing* nella previsione ampliata di cui al successivo art. 17) a condizioni tali da renderla di fatto irrealizzabile, anche se giustificato da finalità volte a favorire la libera concorrenza di mercato, violerebbe il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche nonché il corollario rappresentato dalla libera individuazione fra il modello dell'autoproduzione e quello dell'esternalizzazione.

La stessa Corte Costituzionale, in un quadro normativo profondamente diverso, ha già affermato l'incompatibilità con l'ordinamento comunitario (e, quindi, la violazione dell'articolo 117, co. 1, Cost.) del divieto di ricorrere all'istituto dell'*in house providing*.

L'attuale quadro normativo europeo non prevede un'applicazione estensiva del principio di tutela concorrenza tale da svuotare di qualunque contenuto concreto il concomitante principio di libertà di opzione per l'autoproduzione. Anche le limitazioni introdotte in passato dal nostro legislatore al fine di affermare la *prevalenza* del principio di tutela della concorrenza,

legittimate dalla stessa Corte Costituzionale¹⁶ perché giustificate dal rendere, in ultima analisi, più estesa l'applicazione della regola (concorrenza) rispetto all'eccezione (autoproduzione), non sarebbero più compatibili con l'art. 2 in commento e, comporterebbero, di conseguenza la violazione dell'art. 11, co. 1, Cost.

Peraltro, perché l'applicazione della direttiva concessioni sia legittimamente esclusa occorre che l'Amministrazione scelga effettivamente di non ricorrere al mercato, producendo autonomamente i beni, servizi o lavori di cui necessita.

Si pone, quindi, in tutta evidenza il problema di garantire un'efficiente tutela giuridica a tutti gli operatori presenti sul mercato al fine di evitare che l'utilizzo di strumenti legittimi possa trasformarsi in facile elusione dei principi sulla libera concorrenza.

Nella risoluzione 14 gennaio 2004 del Parlamento europeo concernente il "Libro verde sui servizi di interesse generale [COM (2003) 270-2003/2152(INI)]", al punto 35, si formula l'auspicio che, "in ossequio al principio di sussidiarietà, venga riconosciuto il diritto degli enti locali e regionali di "autoprodurre" in modo autonomo servizi di interesse generale a condizione che l'operatore addetto alla gestione diretta non eserciti una concorrenza al di fuori del territorio interessato". Il limite a siffatta libertà è immediatamente enunciato nel passo successivo: il Parlamento europeo "chiede (...) che le autorità locali vengano autorizzate ad affidare i servizi a entità esterne senza procedure d'appalto qualora la loro supervisione sia analoga a quella esercitata da esse sui propri servizi".

¹⁶ Corte Cost., n. 325 del 2010, cit.

Articolo 3 - Principio della parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza

- *Articolo 3 Direttiva 2014/23/UE*
- *Considerando 1 e 4 Direttiva 2014/23/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Analisi del testo

La disposizione stabilisce i principi (parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza) applicabili all'agire contrattuale delle amministrazioni aggiudicatrici / enti aggiudicatori in veste di soggetti concedenti. Le indicazioni del legislatore europeo confermano i principi da tempo espressi dalla Commissione europea¹⁷ e convalidati in modo univoco dalla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁸ nonché dai giudici italiani.

In numerose pronunce *riguardanti* le concessioni i giudici europei hanno richiamato il principio di non discriminazione in base alla nazionalità e i correlati principi di trasparenza, pubblicità e tutela della concorrenza, precisando la doverosa predisposizione di procedure di tipo concorrenziale rispettose, per l'appunto, dei criteri di trasparenza, proporzionalità e mutuo riconoscimento. Tali principi, anche per effetto dell'attività interpretativa della Corte, sono da tempo considerati imprescindibili parametri legali per l'affidamento delle concessioni.

Non sorprende, dunque, che gli *arrets* della Corte di giustizia - a tutti gli effetti costituenti regole e principi dell'evidenza pubblica comunitaria - trovino conferma nella legislazione europea di tipo derivato. Tanto più che, con riferimento al contenuto dell'articolo 3, ci troviamo di fronte a principi generali direttamente desumibili dalle disposizioni dei Trattati.

La portata generale dei principi enunciati dall'articolo 3 della Direttiva concessioni è dimostrata anche dalla circostanza che gli stessi sono esplicitati in modo conforme nei primi due paragrafi dell'articolo 18 (*Principi per l'aggiudicazione degli appalti*) della Direttiva 2014/24/UE che abroga la direttiva 2004/18/CE e dell'articolo 36 (*Principi per l'aggiudicazione degli appalti*) della Direttiva 2014/25/UE settori speciali che abroga la direttiva 2004/17/CE. A ben guardare, inoltre, i medesimi principi erano formulati nell'articolo 2 (*Principi di aggiudicazione degli appalti*) della Direttiva 2004/18 e nel considerando 2 della medesima, nonché nell'articolo 10 (*Principi per l'aggiudicazione degli appalti*) della Direttiva 2004/17/UE e nel rispettivo considerando 55.

17 Si vedano in particolare: [la Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, pubblicata nella G.U.C.E. C 121 del 29 aprile 2000](#); [il Libro Verde relativo ai Partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, COM/2004/327, del 30 aprile 2004](#); [la Comunicazione Sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni, COM/2005/569, del 15 novembre 2005](#); [la Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici, COM/2006/179, del 1° agosto 2006](#); [il documento di lavoro della Commissione Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest, SWD/2013/53, del 15 febbraio 2013](#).

18 Si vedano, in particolare, le sentenze della Corte: [7 dicembre 2000, C-324/98, Telekom Austria, ECLI:EU:C:2000:669](#); [25 aprile 1996, C-87/94, Commissione/Belgio, ECLI:EU:C:1996:161](#); [10 aprile 2003, C-20/01 e C-28/01, Commissione/Germania, ECLI:EU:C:2003:220](#); [13 settembre 2004, C-260/04, Commissione/Italia, ECLI:EU:C:2007:508](#); [13 novembre 2008, C-324/07, Coditel Brabant SA, ECLI:EU:C:2008:621](#); [15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset SpA, ECLI:EU:C:2009:628](#); [3 giugno 2010, C-203/08, Sporting Exchange Ltd, ECLI:EU:C:2010:307](#); [13 aprile 2010, C-81/08, Wall AG, ECLI:EU:C:2010:182](#); [14 novembre 2013, C-388/12, Comune di Ancona, ECLI:EU:C:2013:734](#); [10 luglio 2014, C-358/12, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, ECLI:EU:C:2014:2063](#).

Si tratta, per altro, di principi già presenti / recepiti nell'ordinamento interno sia con riferimento specifico all'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni (si vedano, al riguardo, l'articolo 2 comma 1 e l'articolo 27 comma 1 del Codice appalti) sia, più in generale, con riferimento all'azione amministrativa, per espressa previsione normativa di grado anche costituzionale (si vedano, al riguardo, rispettivamente l'articolo 1 della legge 241/1990 e l'articolo 97 della Costituzione).

Maggiore interesse desta la seconda proposizione del paragrafo 1 dell'articolo 3 della Direttiva 2014/23/UE, a mente della quale le procedure di aggiudicazione non devono essere concepite in maniera tale da escludere l'applicazione della Direttiva. Il legislatore europeo, in altri termini, chiarisce che eventuali pratiche nazionali incidenti sulla "concezione" (nel testo inglese "*design*") delle procedure di aggiudicazione non possono comportare l'esclusione dall'applicazione delle nuove regole.

Tale precisazione viene riferita, in via esemplificativa, alla "stima del valore della concessione". In tal senso sembrerebbero precluse possibilità di frazionamento delle procedure come pure altre pratiche che, agendo sulla quantificazione del valore contrattuale, sottraggano le procedure di aggiudicazione all'applicazione delle regole della Direttiva. Di ciò v'è riscontro anche nell'articolo 8, par. 5 della Direttiva, a mente del quale "*quando un'opera o un servizio proposti possono dar luogo all'aggiudicazione di una concessione per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti*" e nel par. 6, secondo il quale "*quando il valore aggregato dei lotti è pari o superiore alla soglia di cui al presente articolo, la presente direttiva si applica all'aggiudicazione di ciascun lotto*".

Il punto è significativo soprattutto se posto in relazione al *favor* per la partecipazione delle MicroPMI al mercato dei contratti pubblici, che rientra tra gli obiettivi principali della riforma europea tracciata dalle Direttive 2014/23, 2014/24 e 2014/25.

Con riferimento alle concessioni, invero, tale *favor* non si traduce in indicazioni specifiche, né di natura facoltativa né tantomeno di natura vincolante. La possibilità del frazionamento in lotti delle concessioni, ad esempio, è rilevabile soltanto indirettamente dal disposto dell'articolo 8, par. 5 e 6, della Direttiva. Ben diversa, invece, è la scelta operata nelle nuove Direttive appalti (24/2014 e 25/2014) nelle quali troviamo chiara enunciazione del *favor*:

- tanto nell'articolato ("*Le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l'oggetto di tali lotti... Le amministrazioni aggiudicatrici indicano i motivi principali della loro decisione di non suddividere in lotti... Gli Stati membri possono rendere obbligatorio aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati a condizioni da definire conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione*") (vedi articolo 46 della Direttiva 2014/24/UE e con parziali difformità - manca obbligo di motivare la decisione di non suddividere l'appalto in lotti - l'articolo 65 della Direttiva 2014/25/UE);
- quanto nei considerando ("*Gli Stati membri dovrebbero mantenere la facoltà di andare oltre nei loro sforzi intesi a facilitare la partecipazione delle MPPI al mercato degli appalti pubblici estendendo agli appalti di entità minore la portata dell'obbligo di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti ... obbligando le amministrazioni aggiudicatrici a fornire una motivazione della decisione di non suddividere in lotti o rendendo la suddivisione in lotti obbligatoria in determinate condizioni ... L'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe avere il dovere di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti mantenendo la facoltà di decidere*");

autonomamente sulla base di qualsiasi motivo ritenga rilevante, senza essere soggetta a supervisione amministrativa o giudiziaria”) (vedi i considerando 78 - 79 della Direttiva 2014/24/UE e 87 - 88 della Direttiva 2014/25/UE).

Il tema del *favor* per il frazionamento in lotti, non a caso, costituisce uno dei punti sui quali sussiste maggiore discontinuità tra le Direttive appalti e concessioni ed anzi esso, come detto, è pressoché assente nella Direttiva 2014/23/UE, con la sola eccezione di quanto riportato nei già citati par. 5 e 6 dell'art. 8 riferiti ai metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni.

Non costituisce espressione di *favor* per il frazionamento in lotti la disposizione - di matrice comunitaria (art. 60 della Direttiva 18/2004) - che stabilisce la facoltà per le stazioni appaltanti di imporre ai concessionari di lavori pubblici l'obbligo di affidare a terzi appalti corrispondenti ad una percentuale non inferiore al 30% del valore complessivo dei lavori oggetti della concessione (art. 146 del Codice appalti). La disposizione opera nel solo ambito delle concessioni di lavori pubblici e con riferimento ad eventuali appalti di lavori ad essa collegati.

Occorre inoltre distinguere l'ipotesi del frazionamento in lotti da quella dei contratti misti che possono essere separati, quest'ultima espressamente disciplinata dagli articoli 20, 21, 22 e 23 della Direttiva concessioni e dai correlati considerando 29, 30 e 31. Il legislatore europeo, infatti, non ha stabilito per il settore delle concessioni indicazioni specifiche relative al frazionamento in lotti mentre ha esplicitamente riconosciuta la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di attivare procedure autonome per le parti separabili dei contratti misti.

La limitazione posta dalla seconda proposizione del paragrafo 1 dell'articolo 3 (divieto di organizzare le procedure in maniera tale da escludere l'applicazione della Direttiva) fa riferimento, inoltre, ad eventuali qualificazioni contrattuali, che, basandosi su disposizioni degli ordinamenti nazionali, potrebbero eludere - in forza del *nomen juris* attribuito alla fattispecie - l'applicazione della Direttiva. Si veda, ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 29 ottobre 2009, C-536/07, *Commissione/Germania*, (ECLI:EU:C:2009:664), benché riferita al settore degli appalti definisce una regola estensibile anche al settore delle concessioni. In tal senso la qualificazione giuridica del rapporto contrattuale rientra nell'ambito del diritto comunitario, non essendo pertinente a tal fine la qualificazione data nel diritto nazionale né quella fornita dalle parti contraenti (punti 53 e 54 della sentenza).

Desti interesse, infine, il paragrafo 2 dell'articolo 3 della Direttiva concessioni, che pone l'obiettivo per le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di garantire l'applicazione del principio di trasparenza anche nella fase dell'esecuzione dei contratti.

La disposizione riguarda non solo la necessità di garantire gli obblighi in tema di accesso alle informazioni e di pubblicità, che sono espressamente richiamati dal rinvio nel testo all'articolo 28 (*Riservatezza*).

L'intento del legislatore europeo è quello di estendere l'ambito di applicazione del principio della trasparenza alla fase dell'esecuzione, finora poco considerata dal legislatore europeo. Si consideri che i dati relativi alla fase dell'esecuzione tanto nel settore degli appalti pubblici quanto in quello delle concessioni sono solo accennati negli studi della Commissione europea. Si tratta, in effetti, della fase per la quale sono disponibili meno dati, forse perché si riteneva (a torto) che le situazioni di cattiva amministrazione fossero riconducibili alla fase di formazione del contratto e all'individuazione dei fornitori. Eppure è durante l'esecuzione che

va riscontrato il rispetto degli obiettivi contrattuali in termini, ad esempio, di costi, tempi e qualità. Così le criticità, spesso latenti sin dalle fasi iniziali di programmazione degli appalti, si trascinano in sede di realizzazione con effetti non trascurabili sulla durata dell'esecuzione, sul rinvio a varianti con sensibile aumento dei costi, sui contenzioni che ne conseguono etc.

Quanto detto, dunque, sposta l'attenzione sull'emersione di precise funzioni di monitoraggio e controllo ora introdotte dalla Direttiva sulle concessioni. Ci si riferisce precisamente agli articoli 45 (*Monitoraggio e relazioni*) e 53 (*Monitoraggio e relazioni*) della Direttiva 2014/23/UE e ai considerando 83 e 84, a mente dei quali gli Stati membri sono tenuti a controllare in maniera costante e sistematica l'attuazione e il funzionamento delle norme sull'aggiudicazione di contratti di concessione così da garantire l'applicazione efficiente e uniforme del diritto dell'Unione, anche nella fase di esecuzione.

Sul punto non si manca di rilevare che il sistema nazionale, da poco integrato da una serie (forse fin troppo numerosa) di adempimenti e misurazioni richieste dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, già si sta attrezzando nella direzione di maggior trasparenza, anche nella fase di esecuzione, perseguita dalla Direttiva.

Criticità

Le principali criticità che pone la disposizione in commento sono riconducibili alle difficoltà, note, che derivano dalla scelta di normare per principi generali. Tali difficoltà sorgono innanzitutto allorché le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori devono decidere come attuare principi quali la parità di parità di trattamento, la non discriminazione e la trasparenza.

Il rischio, almeno in prima battuta, è che alla definizione necessariamente vaga/ampia del principio seguano applicazioni divergenti, con inevitabili ricadute sulla certezza del diritto e sulla legittimità delle scelte operate. Siffatto rischio è ben stigmatizzato dallo stesso legislatore europeo, che, nel considerando 4, sottolinea *“il rischio di mancanza di certezza giuridica dovuto a interpretazioni divergenti dei principi del Trattato da parte dei legislatori nazionali e a profonde disparità tra le legislazioni dei diversi Stati membri. Tale rischio è stato confermato dalla copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che tuttavia ha affrontato solo parzialmente alcuni aspetti dell'aggiudicazione dei contratti di concessione”*.

Per contro non vanno sottaciute le criticità che possono derivare da indicazioni normative puntuali e dettagliate sul significato che detti principi assumono nelle varie fasi della procedura di aggiudicazione.

In generale, la perimetrazione di istituti e nozioni giuridiche mediante regole puntuali, benché utile e apprezzabile, non sempre costituisce la soluzione migliore, né quella in grado di supplire alla mancanza di interventi normativi che, attraverso l'enunciazione di principi di riferimento, forniscono orizzonti di sistema alle singole disposizioni.

Il tema è rilevante soprattutto nel caso della Direttiva sulle concessioni, la quale, a differenza delle nuove Direttive sugli appalti, si qualifica come Direttiva di *“prima generazione”* e con obiettivi di *“armonizzazione minima”*. Il legislatore europeo, in altri termini, ha optato per una disciplina *“light”* con finalità di: flessibilità procedurale, discrezionalità negoziale e adeguatezza nella scelta del modulo contrattuale e del contraente, tutela di base dell'apertura del mercato (concorrenza) ... a ciò provvedendo mediante soluzioni giuridiche

proprie delle politiche legislative con obiettivi di “*armonizzazione minima*”, dunque senza imporre assetti normativi rigidi ed eccessivamente dettagliati.

Al riguardo non vanno sottaciute le riflessioni di coloro che sottolineano l’utile apporto che può derivare da una legislazione per principi sul versante della semplificazione legislativa. Per questi autori la scelta di normare per principi, pur potendo causare difficoltà interpretative, rappresenta comunque una valida alternativa / opportunità per il legislatore, da esercitare prestando la massima attenzione alla chiarezza espositiva, alle correlazioni logiche, alla pulizia grammaticale e di sintassi¹⁹.

Senza addentrarci nelle problematiche metodologiche riguardanti la costruzione e il funzionamento delle leggi, rileviamo che spetterà al legislatore nazionale operare di volta in volta il bilanciamento tra una legislazione per principi e una legislazione di dettaglio, avendo come coordinate di riferimento non solo “*i principi e criteri direttivi*” (generali e specifici) posti dalla legge di delega ma anche gli obiettivi indicati dal legislatore europeo, il quale mira soprattutto a garantire l’apertura e l’integrazione del mercato attraverso l’affermazione dei principi della parità di trattamento, della non discriminazione e della trasparenza. Principi, questi ultimi, che troviamo richiamati in più parti della Direttiva, con riferimento, ad esempio, alle procedure di aggiudicazione (articolo 30, paragrafo 2), alla lotta alla corruzione e prevenzione dei conflitti di interesse (articolo 35), alle garanzie procedurali (articolo 37, paragrafo 3), alla selezione e valutazione qualitativa dei candidati (articolo 38, paragrafo 1).

Opportunità

Le opportunità e gli spunti di innovazione che offre la disposizione in commento sono riconducibili soprattutto all’applicazione del principio di trasparenza nella fase dell’esecuzione dei contratti. In quest’ambito l’obiettivo del legislatore europeo - garantire adeguata trasparenza - si riflette, tra l’altro, nella predisposizione di strumenti finalizzati al controllo, alla tracciabilità e al monitoraggio ... di che cosa? degli obiettivi conseguiti, del rispetto dei contenuti contrattuali (tempo, denaro, coinvolgimento di imprese fornitrici) e delle sanzioni eventualmente predisposte.

Si tratta di funzioni tutte relevantissime tenuto conto dei margini di discrezionalità e flessibilità negoziale che la nuova Direttiva mette a disposizione delle pubbliche amministrazioni.

MPMI

Vedi le considerazioni svolte *sub* Analisi del testo.

¹⁹ Come ci viene ricordato “*ciò vuol dire poche, chiare, e conoscibili regole gerarchicamente sopraordinate con valore ed efficacia di principi. Tali regole costituiscono i “binari principali” di una materia, e tutte le disposizioni secondarie o di dettaglio dovrebbero essere affidate ai regolamenti. Ciò determinerà un aumento dei regolamenti, ma sarà salvaguardata la conoscenza dei principi delle leggi ... e queste regole di principio non saranno ignorate come le numerosissime e frammentarie leggi vigenti, ma potranno essere conosciute ed osservate come regole di principio, e quindi come i pilastri normativi di una materia*”, così V. Italia, *L’efficacia delle leggi*, Giuffrè, 2015. Vedi anche M. Bertolissi, V. Italia, *La semplificazione delle leggi e dei procedimenti amministrativi*, Jovene editore, 2015. Gli Autori non ignorano che la semplificazione legislativa attraverso i principi potrà determinare un maggiore intervento della magistratura, che potrà interpretare, anche in modo discrezionale o creativo, questi principi ma tale prospettiva è considerata in modo comunque positivo, vedi P. Grossi, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, in *Giustizia civile*, 2014, 4, 921 e ss. Per altro, gli stessi ricordano che non pare vantaggioso, né utile, né necessario “*muoversi controcorrente*” nell’attuale fase storica, nella quale la materia giuridica normativa si esprime, soprattutto in ambito sovranazionale, attraverso i principi.

Articolo 4 - Libertà di definire servizi di interesse economico generale

- *Articolo 4 Direttiva 2014/23/UE*
- *Considerando 6 e 7 Direttiva 2014/23/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Analisi del testo

La norma in commento lascia impregiudicata la sovranità nazionale nel definire i servizi d'interesse economico generale.

Questi ultimi rientrano nella più ampia categoria dei servizi d'interesse generale che designano attività di servizio, commerciali o non, considerate di interesse generale dalle autorità pubbliche e soggette quindi ad obblighi specifici di servizio pubblico.

I servizi di interesse generale raggruppano le attività di servizio non economico (sistemi scolastici obbligatori, protezione sociale ecc.), nonché le funzioni inerenti alla potestà pubblica (sicurezza, giustizia, ecc.) ed i servizi di interesse economico generale (energia, comunicazioni, ecc.).

Il fatto che l'attività interessata si configuri come "sociale" non è di per sé sufficiente per essere esclusa dalla qualificazione di "attività economica"²⁰.

I servizi d'interesse economico generale consistono, pertanto, in attività commerciali che assolvono missioni d'interesse generale. Alcune di tali attività non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico (o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento o accesso universale). A tal fine sono assoggettate dagli Stati membri ad obblighi specifici di servizio pubblico (art. 106 TFUE). È questo in particolare il caso delle reti di trasporto, di energia e di comunicazione.

Si tratta di una nozione flessibile e storicamente mutevole. L'ambito e l'organizzazione dei servizi di interesse economico generale varia notevolmente tra i vari Stati membri a seconda della storia e della valutazione politica dell'intervento pubblico nel singolo Stato membro.

Trattandosi di una qualificazione connessa alle esigenze e preferenze degli utenti che dipendono da situazioni geografiche, sociali e culturali differenti, esiste una considerevole varietà di servizi di interesse economico generale.

Le autorità pubbliche degli Stati membri, a livello nazionale, regionale o locale (a seconda della ripartizione delle competenze stabilita dal diritto nazionale), hanno sempre disposto di un ampio margine di valutazione in ordine alla definizione dei servizi d'interesse economico generale.

Gli unici limiti sono quelli imposti dal diritto dell'Unione europea e dall'errore manifesto di valutazione²¹.

²⁰ Cfr. la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia. Corte Giust., 25 ottobre 2001, in causa C-475/99, *Glöckner*, punto 21.

²¹ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di emittenza radiotelevisiva, GU C 257 del 27.10.2009, dove si specifica che l'inclusione delle attività che consistono in

Per tali ragioni il Trattato e la normativa derivata non forniscono una definizione della nozione di servizio di interesse economico generale. Come si afferma all'art. 3 par 3 del TFUE, l'Unione europea si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato, tra l'altro, su una economia sociale di mercato fortemente competitiva.

Tale nozione è però inserita negli articoli 14 e 106, paragrafo 2, del TFUE, nel protocollo n. 26 allegato al TFUE e nell'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²².

Ai sensi dell'art. 106 TFUE, secondo comma, “le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione”.

La gestione dei servizi di interesse economico generale è soggetta alle regole del mercato, poiché si tratta di una attività economicamente rilevante e, come tale, è soggetta alle norme sulla libera concorrenza ed alla normativa sugli aiuti di Stato sotto forma di compensazioni (art. 107 TFUE).

Fermi i richiamati principi generali, gli Stati membri sono liberi di individuare le attività da ricomprendere fra i servizi di interesse economico generale e le modalità di erogazione dei medesimi.

E' però prevista una deroga all'applicazione delle regole sulla concorrenza laddove il rispetto dei principi di mercato rischi di compromettere la missione affidata al gestore (art. 106, comma 2, TFUE).

pubblicità, commercio elettronico, utilizzo di numeri telefonici speciali in giochi a premi, sponsorizzazione o promozione nell'ambito del servizio pubblico dell'audiovisivo costituisce un errore manifesto di valutazione.

22 L'art. 14 TFUE considera i servizi di interesse economico generale come “valori comuni” dell'Unione in riferimento al loro ruolo “di promozione della coesione sociale e territoriale”, imponendo all'Unione e ai suoi Stati membri di provvedere affinché questi servizi “operino sulla base di principi e in condizioni che permettono loro di compiere la loro missione”. Il Protocollo 26, all'art. 1, afferma: “i valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 14 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea comprendono in particolare:

- il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti;*
- la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse;*
- un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente”.*

L'art. 2, specifica: “Le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico”.

L'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali, “Accesso ai servizi d'interesse economico generale”, prevede che: “Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati”.

In altre parole, se le regole del libero mercato non sono in grado di far sì che il servizio sia garantito in maniera adeguata, le autorità pubbliche potranno imporre agli operatori obblighi di servizio pubblico ovvero concedere diritti esclusivi o speciali.

Si rende necessario un adeguato bilanciamento tra i valori della coesione economica e sociale, intesi come garanzia di attuazione di forme di intervento pubblico volte a salvaguardare l'interesse generale alla soddisfazione di bisogni dei cittadini ritenuti essenziali e il rispetto dei principi e delle regole della concorrenza da parte di tutti i soggetti che si trovano ad interagire sul mercato.

I servizi di interesse economico generale possono indifferentemente essere gestiti sia da imprese private, sia da imprese pubbliche.

L'individuazione del significato della nozione di servizio di interesse economico generale è stata per lungo tempo operata prevalentemente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, a partire dalla sentenza *Corbeau*, la riconduce a quei servizi diretti a soddisfare un interesse essenziale per la collettività e prestati con i caratteri dell'universalità, ad un prezzo uniforme e ragionevole, indipendentemente dalla redditività di ogni singola operazione²³.

A partire dalla seconda metà degli anni '90, sono intervenute numerose direttive europee di settore (comunicazioni elettroniche, energia elettrica, gas, poste, ecc.) volte a liberalizzare alcuni servizi di interesse generale, aprendo il mercato alla concorrenza tra più operatori²⁴. Si può quindi distinguere tra quelli che sono i servizi di interesse economico generale forniti dalle grandi industrie di rete (telecomunicazioni, servizi postali, elettricità, gas e trasporti) per i quali il diritto dell'Unione europea ha elaborato un quadro regolamentare complessivo che specifica gli obblighi di servizio pubblico a livello europeo e include aspetti quali il servizio universale, i diritti dei consumatori e degli utenti, la sanità e la sicurezza e gli altri servizi di interesse economico generale (quali ad es. la gestione dei rifiuti, l'approvvigionamento idrico), che non sono soggetti disciplinati dal diritto europeo.

Questi ultimi servizi sono pertanto soggetti alle norme che disciplinano il mercato interno, la concorrenza e gli aiuti di stato.

La norma in commento, precisa, infatti, che la disciplina di tali servizi deve essere conforme alle regole sugli aiuti di Stato, lasciando però libero lo Stato membro nell'indicare gli obblighi di servizio pubblico ai quali la gestione dell'attività deve sottoporsi.

Il quarto considerando precisa poi che la direttiva non riguarda il finanziamento dei servizi di interesse economico generale o le sovvenzioni concesse dagli Stati membri, in particolare nel settore sociale, in conformità delle norme dell'Unione sulla concorrenza.

²³ Corte di Giustizia, 19 maggio 1993, in causa C-320/91, *Corbeau*; *Id.*, 27 ottobre 1997, in cause C-157/94, C-158/94, C-159/94 e C-160/94, *Comune d'Almelo e Monopoli nazionali energia*;

²⁴ Cfr. *Comunicazione Commissione su "I servizi di interesse generale in Europa"*, 11.09.1996; *Comunicazione Commissione su "I servizi di interesse generale in Europa"*, 19.01.2001; *Libro Verde su "I servizi di interesse generale"*, 21.05.2003; *Libro Bianco su "I servizi di interesse generale"*, 12.05.2004; *Comunicazione Commissione su "I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo"*, 20.11.2007; *Comunicazione Commissione "Un quadro di qualità per servizi di interesse generale"*, 20.12.2011.

Come già delineato nell'art. 106 TFUE, primo comma, è vietata l'emanazione o il mantenimento, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, di misure contrarie alle norme dei trattati, in particolare al principio di non discriminazione e alle regole di concorrenza.

Tale divieto però è soggetto all'applicazione del principio di proporzionalità. Come specificato al già richiamato secondo comma dell'art. 106 TFUE, l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi non costituisce di per se una misura contraria al Trattato²⁵.

Tuttavia, sebbene inizialmente la Corte di Giustizia si sia astenuta dal sindacare le scelte politiche degli Stati membri relative all'organizzazione dei servizi di interesse economico generale, con l'Atto Unico Europeo, si assiste ad una maggiore valorizzazione degli obiettivi economici della Comunità e la tutela delle libertà economiche assume un ruolo prioritario²⁶.

La Corte restringe la portata della deroga contenuta nel secondo comma dell'art. 106 TFUE ed afferma il principio per cui le deroghe alla libera concorrenza non possono essere consentite in base alla sola presenza di un interesse generale ma debbono essere proporzionali al raggiungimento della missione generale²⁷.

Il principio di proporzionalità giunge così a svolgere un ruolo centrale per valutare se le restrizioni alle regole della concorrenza sono ammissibili ex art. 106, secondo comma TFUE. Si tenta di contemperare il principio di concorrenza con la salvaguardia delle scelte di politica economica operate dagli Stati membri per garantire la prestazione di servizi di interesse generale.

Ora, per il diritto europeo qualsiasi attività consistente nell'offerta di beni e/o di servizi su un determinato mercato è un'attività economica e, in quanto tale, è sottoposta alle regole di concorrenza. Il fatto che l'attività in questione si configuri come "sociale" o che sia svolta da un soggetto senza scopo di lucro non è di per sé sufficiente per non considerarla un'attività economica.

Come già anticipato, per l'art. 107 TFUE, salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.

Molti servizi di interesse generale, tuttavia, non possono essere forniti sulla base dei soli meccanismi di mercato e sono necessarie specifiche disposizioni per garantire l'equilibrio finanziario del fornitore destinate a coprire interamente o in parte i costi relativi agli obblighi di servizio pubblico.

²⁵ Corte Giust., 30 aprile 1974, in causa C-155/73, Sacchi.

²⁶ Cfr. Corte Giust., 19 marzo 1991, in causa 202/88, Repubblica Francese c. Commissione.

²⁷ Corte Giust., sentenza Corbeau, cit., dove la Corte ha affermato che il combinato disposto dei paragrafi 1 e 2 dell'articolo 86 consente «agli Stati membri di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni alla concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi».

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha, pertanto, affermato la compatibilità di un aiuto di Stato erogato in funzione compensativa per obblighi di servizio pubblico se subordinato al rispetto delle condizioni richiamate dalla deroga di cui all'articolo 106, co. 2 TFUE, che richiede coerenza tra l'ammontare del finanziamento e l'adempimento della missione affidata all'impresa incaricata della gestione del servizio di interesse economico generale ed il rispetto del principio di proporzionalità nell'erogazione della misura²⁸.

Successivamente, lo stesso Giudice europeo ha chiarito che i finanziamenti diretti erogati dallo Stato non costituiscono aiuti di Stato quando non eccedono la compensazione dei costi aggiuntivi sostenuti per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico²⁹.

La direttiva non incide invece sulle modalità di organizzazione dei sistemi di sicurezza sociale da parte degli Stati membri.

Il settimo considerando precisa altresì che la presente direttiva non dovrebbe incidere sulla normativa degli Stati membri in materia di previdenza sociale.

Lo stesso considerando chiarisce poi che la direttiva non incide sulla liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale, né sulla natura pubblica o privata del soggetto che fornisce tali servizi.

Il secondo paragrafo dell'art. 4 della direttiva in commento esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione i servizi non economici d'interesse generale.

Anche sotto tale profilo l'esclusione non presenta novità di rilievo.

L'art. 86 (ex art. 90) del Trattato, ed ora l'art. 106 TFUE, non si applicano alle attività di servizio non economico e alle attività aventi ad oggetto funzioni inerenti alla potestà pubblica.

²⁸ Cfr. Corte Giust., 27 febbraio 1997, in causa T-106/95, FFSA.

²⁹ Cfr. Corte Giust., 22 novembre 2001, in causa C-53/00, Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS). Con la sentenza Altamark 24 luglio 2003, in causa C-280/00, la Corte di Giustizia va oltre il c.d. apprcio della compensazione e ne specifica l'ambito di operatività indicando quattro condizioni che devono essere soddisfatte affinché le compensazioni per obblighi di servizio pubblico possano sfuggire alla qualificazione di «aiuti di Stato». In particolare: l'impresa deve essere incaricata dell'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico; i parametri in base ai quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente (principio di trasparenza); la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenuto conto degli introiti relativi agli stessi, nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento (principio di proporzionalità); la scelta dell'impresa deve essere effettuata nell'ambito di una procedura di selezione pubblica (efficienza) oppure il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento. La Commissione europea è intervenuta sul tema con numerose decisioni. La decisione 2005/842/CE riguardante l'applicazione dell'art. 86.2 TCE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione dei SIEG (esenti da notifica). La disciplina (2005/C 297/04) degli Aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (da notificare). La Direttiva 2005/81/CE di modifica della Direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche nonché fra determinate imprese. La versione consolidata della normativa è costituita dalla direttiva della Commissione n. 2006/111/CE, del 16 novembre 2006.

Lo stesso quarto considerando della direttiva Concessioni precisa che gli Stati membri sono liberi di decidere, in conformità ai principi del TFUE in materia di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e libera circolazione delle persone, di organizzare la prestazione di servizi come servizi di interesse economico generale o come servizi non economici di interesse generale ovvero come una combinazione di tali servizi. E conclude chiarendo che i servizi non economici di interesse generale non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva.

Criticità

La principale criticità è riconducibile alla difficoltà di contemperare il principio di sovranità/autorganizzazione dello stato membro con le esigenze della concorrenza, garantendo, nello stesso tempo, agli utenti di poter usufruire di servizi efficienti e di qualità.

Poiché i servizi d'interesse economico generale consistono in vere e proprie attività economiche, soltanto una puntuale e corretta applicazione dei principi del trattato permetterà di evitare di sottrarre illegittimamente attività rilevanti al libero gioco del mercato.

Grande aiuto potrà essere offerto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'interpretazione dell'art. 106, secondo comma del TFUE, nonché sulla normativa concernente gli aiuti di Stato.

Si deve infatti ricordare che le attività di interesse generale, seppure sottratte dal campo di applicazione della direttiva "concessioni" o "servizi", rientrano nel campo di applicazione delle disposizioni del trattato, in particolare di quelle relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi (articoli 49 e 56 del TFUE). Possono quindi essere sottoposte ad una valutazione della loro compatibilità con il diritto dell'UE da parte di un giudice nazionale o della Corte di giustizia, in particolare alla luce degli articoli 49 e 56 del TFUE.

I servizi d'interesse economico generale rientrano nel campo di applicazione della direttiva "servizi" nella misura in cui non ne sono esplicitamente esclusi (sono stati esclusi, per esempio, i servizi di trasporto, i servizi sanitari, alcuni servizi sociali, i servizi e le reti di comunicazione elettronica e i servizi audiovisivi). I servizi sociali sono stati parzialmente esclusi: rientrano nella direttiva quando sono forniti da operatori privati non incaricati dallo Stato, ma ne sono esclusi quando sono forniti dallo Stato, da fornitori incaricati dallo Stato o da associazioni caritative riconosciute come tali dallo Stato. Per i restanti servizi d'interesse economico generale non esclusi dal campo di applicazione della direttiva "servizi", quest'ultima prevede tutta una serie di "garanzie" intese a consentire agli Stati membri di tenere pieno conto, al momento del recepimento della direttiva, delle caratteristiche specifiche di questi settori. Gli Stati membri devono quindi poter mantenere in vigore le normative nazionali che disciplinano questi settori, ad esempio per garantire servizi di elevata qualità. Le disposizioni della direttiva relative alla libertà di stabilimento consentono agli Stati membri anche di tenere conto delle caratteristiche specifiche dei servizi d'interesse economico generale³⁰.

30 Cfr. Commissione, Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno, Bruxelles, 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2

Opportunità

La norma offre l'opportunità di garantire spazio alla sovranità nazionale, disciplinando le attività di interesse generale in modo da soddisfare compiutamente l'interesse pubblico, senza incorrere in pratiche illegittimamente distorsive della concorrenza³¹.

Da un lato, si supera la diffidenza verso la gestione pubblica dei servizi pubblici che aveva caratterizzato gli ultimi interventi normativi, dall'altro però occorre evitare che tale libertà si trasformi in inefficienza dei servizi d'interesse generale.

La finalità perseguita dal diritto comunitario di armonizzazione il settore dei servizi pubblici si è sempre scontrata inevitabilmente con la difformità dei modelli giuridici di gestione di tali attività utilizzate nei diversi Stati membri. Il ricorso all'imprenditore privato risponde a precise esigenze, quali il sopperire alla scarsità delle risorse pubbliche, l'utilizzo di competenze tecniche e capacità gestionali di cui l'amministrazione è priva, ma non sempre è una scelta praticabile.

Le esclusioni indicate dalla norma in commento non precludono la possibilità che il legislatore nazionale adotti anche per questi ambiti norme di recepimento coerenti con l'impostazione della direttiva e, complessivamente, con gli obiettivi da lungo tempo dichiarati di maggiore liberalizzazione ed apertura dei mercati.

31 Cfr. Commissione, Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno, Bruxelles, 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2.

Articolo 6- Amministrazioni aggiudicatrici

- *Allegato II Direttiva 2014/23/UE*
- *Considerando 21 Direttiva 2014/23/UE*
- *Articoli 1, paragrafo 9, e 56, Allegati III e IV Direttiva 2004/18/CE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Analisi del testo

L'articolo 6 della Direttiva 2014/23/UE reca la definizione di “amministrazioni aggiudicatrici”, concorrendo in tal modo a delimitare, assieme al successivo art. 7 relativo agli enti aggiudicatori, il suo ambito soggettivo di applicazione.

Da un punto di vista sistematico, la Direttiva 2014/23/UE dedica due appositi articoli alla individuazione del novero dei soggetti tenuti ad applicare le nuove regole europee sulle concessioni, in analogia all'impostazione della Direttiva 2014/25/UE (appalti nei settori speciali) e diversamente dalla Direttiva 2014/24/UE (appalti nei settori ordinari); in quest'ultima Direttiva, infatti, la nozione di “amministrazioni aggiudicatrici” è collocata all'interno dell'art. 2 (Definizioni), paragrafo 1, punti 1), 2), 3), e 4).

In merito ai contenuti dell'articolo, l'enucleazione della gamma di soggetti rientranti nella definizione di “amministrazioni aggiudicatrici” coincide sostanzialmente con la definizione fornita al riguardo tanto dalla Direttiva 2014/24/UE, quanto dalla Direttiva 2014/25/UE. In tal senso per «amministrazioni aggiudicatrici» si intendono:

- lo Stato;
- le autorità regionali [tutte le autorità delle unità amministrative elencate in modo non tassativo nelle NUTS 1 e 2, di cui al regolamento (CE) n. 1059/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio];
- le autorità locali [tutte le autorità delle unità amministrative che rientrano nei livelli NUTS 3 e delle unità amministrative inferiori, secondo il regolamento (CE) n. 1059/2003];
- gli organismi di diritto pubblico;
- le associazioni costituite da uno o più di tali enti o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico.

Un altro elemento di differenziazione tra la Direttiva 2014/23/UE (anche per questo aspetto accomunata alla nuova Direttiva 2014/25/UE) e la Direttiva 2014/24/UE si rinviene nella mancata elencazione delle singole Autorità governative centrali, per l'evidente ragione che al suo interno non sono previste soglie differenti per le Autorità centrali da un lato e quelle regionali e locali dall'altro.

La Direttiva in esame per giunta, oltre a riproporre, con identico contenuto, la nozione di organismo di diritto pubblico delineata dalla Direttiva 2004/18/CE, si preoccupa di sviluppare ulteriormente questo concetto per tenere conto delle precisazioni fornite al riguardo dalla Corte di giustizia europea.

Nello specifico, ai sensi dell'art. 6, paragrafo 4, per «organismi di diritto pubblico» si intendono “*gli organismi che presentano tutte le seguenti caratteristiche:*”

- a) *sono istituiti per lo specifico scopo di soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;*

- b) *sono dotati di personalità giuridica; e*
- c) *sono finanziati in modo maggioritario dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico; o la cui gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi; o il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico”.*

In relazione al suddetto punto c), la Direttiva concessioni (come peraltro le altre due Direttive del 2014) fanno riferimento al concetto di “vigilanza”, mentre nella Direttiva 2004/18/CE è utilizzato il termine “controllo”. La differente formulazione sembra essere comunque puramente terminologica e quindi da essa non deriva alcuna modifica sostanziale alla previgente disciplina definitoria, anche perché il termine nel testo in inglese, “*supervision*”, è identico a quello presente nella definizione fornita dalla Direttiva del 2014.

Le ulteriori indicazioni elaborate dalla giurisprudenza comunitaria per identificare gli organismi di diritto pubblico, a precisazione della consolidata nozione codificata nelle Direttive appalti, non si rinvencono peraltro nel dispositivo della Direttiva, bensì nel considerando 21, in cui si chiarisce:

- che non dovrebbe essere classificato come organismo di diritto pubblico un organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene le perdite che risultano dall'esercizio della sua attività; in tal caso è infatti *“lecito supporre che sia stato istituito allo scopo o con l'incarico di soddisfare esigenze di interesse generale che sono di natura industriale o commerciale”*;
- che per «finanziamento maggioritario» si intende per più della metà e che tale finanziamento può includere pagamenti da parte di utenti che sono imposti, calcolati e riscossi in conformità a norme di diritto pubblico. Questo chiarimento risulta particolarmente significativo nel contesto dei settori speciali connotati sovente dall'erogazione di servizi alla collettività verso il pagamento di tariffe predefinite.

Gli enti, organismi e associazioni sopra elencate, rientrano nella nozione di amministrazioni aggiudicatrici allorché svolgono materialmente attività diverse dal quelle elencate nell'allegato II alla Direttiva in commento, in cui sono enumerate analiticamente le attività rientranti nel campo oggettivo di applicazione della Direttiva 2014/25/UE- gas ed energia termica, elettricità, servizi di trasporto, porti e aeroporti, servizi postali, estrazione di petrolio e gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi- ad esclusione di quelle attinenti il settore idrico.

Diversamente, gli stessi soggetti dovrebbero essere classificati come “enti aggiudicatori” ai sensi del successivo articolo 7.

La distinzione tra la due categorie, “amministrazioni aggiudicatrici” ed “enti aggiudicatori” assume rilevanza in considerazione dell'assoggettamento ad un regime normativo differenziato in relazione a singoli istituti disciplinati nell'articolato della Direttiva concessioni.

Raffronto con la Direttiva 2004/18/CE e con il Codice dei contratti

Volendo operare un raffronto con la Direttiva 2004/18/CE, si può osservare che la definizione di “amministrazioni aggiudicatrici” desumibile dai due testi normativi risulta sostanzialmente coincidente, essendo gli elementi di differenziazione unicamente di carattere formale a motivo della diversa impostazione e del diverso campo oggettivo di applicazione della Direttiva 2014/23/UE esteso alle concessioni di servizi. Tale nozione si evince infatti dal combinato disposto dell’art. 1, par. 9, che fornisce la definizione di “amministrazioni aggiudicatrici” con riferimento sia agli appalti, sia alle concessioni, e dell’art. 56 della Direttiva del 2004, a tenore del quale le norme del Capo I del Titolo III (Disposizioni nel settore delle concessioni di lavori pubblici) della Direttiva stessa si applicano “*a tutti i contratti di concessione di lavori pubblici stipulati dalle amministrazioni aggiudicatrici....*”.

Analoghe considerazioni si possono formulare con riferimento alle definizioni normative recate dall’art. 3 del Codice dei contratti che, con gli opportuni adattamenti, recepisce ai commi 25 e 26 le nozioni comunitarie di “amministrazioni aggiudicatrici” e di “soggetti aggiudicatori”. Oltre a ciò, il legislatore nazionale ha introdotto due ulteriori categorie che non trovano corrispondenza nella Direttiva appalti del 2004, vale a dire: gli “altri soggetti aggiudicatori” (art. 3, comma 31) che identificano i soggetti privati tenuti all’osservanza delle disposizioni del Codice stesso, i “soggetti aggiudicatori” relativamente alle infrastrutture strategiche – macro categoria comprendente le amministrazioni aggiudicatrici, gli enti aggiudicatori e i diversi soggetti pubblici o privati assegnatari di fondi – (art. 3, comma 32) e la “stazione appaltante” che comprende le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all’art. 32 del D.lgs. 163/2006.

Criticità

L’aspetto maggiormente problematico con riferimento al campo di applicazione delle nuove Direttive appalti e concessioni emerge proprio dall’analisi delle stesse in rapporto alla definizione dell’ambito soggettivo di operatività delle norme sulle concessioni di lavori pubblici contenuta nella precedente Direttiva.

In particolare, nei Capi II e III del succitato Titolo III, la Direttiva 2004/18/CE si preoccupava di individuare le norme della stessa applicabili ai concessionari, distinguendo tra appalti aggiudicati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici e concessionari non classificabili come tali.

Dette disposizioni sono state puntualmente recepite dal legislatore nazionale che ha disciplinato gli appalti aggiudicati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici agli artt. 32, comma 1, lett. b), 142, comma 4, 149, 150 e 151.

Si rileva al riguardo che siffatte fattispecie non sono per contro espressamente considerate all’interno delle nuove Direttive appalti e concessioni. Mentre la questione non sembra ovviamente porsi per gli appalti aggiudicati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, ai quali, in quanto compresi nella definizione dell’art. 6 in commento, dovrebbe ritenersi pacificamente applicabile la Direttiva 2014/24/UE, occorre interrogarsi piuttosto sul possibile trattamento giuridico da riservare agli appalti aggiudicati dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici.

Anche se l’omessa previsione di un’indicazione in merito potrebbe dipendere da una scelta del legislatore comunitario in coerenza con l’impostazione generica, tipica delle Direttive di prima generazione, spetta al legislatore nazionale in fase di recepimento affrontare e

risolvere questo nodo, stabilendo in che misura i concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici sono tenuti ad osservare le norme europee sugli appalti pubblici. A tale riguardo con riferimento alle concessioni di servizi, peraltro espressamente escluse dall'applicazione della previgente Direttiva e pur in assenza di una puntuale indicazione della norma comunitaria sul punto, la scelta operata dal legislatore nazionale è stata quella di vincolare all'osservanza di specifiche disposizioni del Codice dei contratti, gli affidamenti di lavori pubblici disposti dai concessionari di servizi (senza operare distinzioni tra amministrazioni aggiudicatrici e soggetti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici), a condizione che detti lavori siano strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventino di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice (art. 32, comma 1, lett. f).

Una norma speciale sul punto è stata poi introdotta con riferimento ai contratti di finanziamento in qualunque forma stipulati dai concessionari di lavori pubblici: a questi contratti, infatti, purché affidati da concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici (o enti aggiudicatori) si applicano i principi stabiliti per i c.d. "contratti esclusi", con obbligo di invito ad almeno "cinque concorrenti" (art. 27, comma 1, ultimo periodo, D.lgs. 163/2006 come integrato dal D.L. 70/2011, convertito dalla L. 106/2011 e successivamente modificato dal D.L. 5/2012, convertito dalla L. 35/2012). Ne segue che, ad oggi, per l'acquisizione di questa tipologia di prestazioni finanziarie le norme del codice sui contratti esclusi non sembrano applicabili ai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici per i quali opera una sorta di esenzione.

Nella Direttiva concessioni gli affidamenti del concessionario sono considerati e regolamentati unicamente nell'art. 42, relativo al subappalto. Nella Direttiva 2004/18/CE, l'istituto del subappalto era trattato al fine di riconoscere alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di imporre al concessionario (senza distinguere tra concessionari amministrazioni aggiudicatrici e concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici) l'obbligo di affidare a terzi almeno il 30 per cento dei lavori oggetto della concessione ovvero di invitare i candidati concessionari a dichiarare nell'offerta la percentuale che intendono affidare a terzi.

Nell'art. 42, paragrafo 2, questa disposizione non è più riproposta e in ogni caso per il relativo approfondimento si rinvia all'analisi del predetto articolo.

Ora, per quanto di interesse ai fini della delimitazione del campo applicativo delle nuove Direttive appalti, si tratta di chiarire anche in fase di recepimento se gli affidamenti del concessionario espressamente regolati nella Direttiva del 2004 e per contro non considerati dal legislatore europeo del 2014, siano da ricondurre interamente alla disciplina del subappalto.

In tal caso, dalla disposizione di cui all'art. 42, paragrafo 2, laddove si prevede che nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore possono chiedere (o possono essere obbligati dallo Stato membro a chiedere) all'offerente o candidato di indicare i subappaltatori proposti, sembra desumersi il venir meno della natura pubblicistica degli affidamenti del concessionario, attesa l'incompatibilità di siffatta previsione con l'indicazione della Direttiva del 2004 di applicare agli affidamenti del concessionario che non è un'amministrazione aggiudicatrice le norme sulla pubblicità dei bandi di cui all'art. 64 di detta Direttiva.

Le disposizioni esaminate trattano dell'ambito soggettivo di applicazione della Direttiva e pertanto sono neutrali rispetto alle MPMI.

Articolo 7- Enti aggiudicatori

- *Allegati II e III Direttiva 2014/23/UE*
- *Considerando 22, 24, 25, 26, 27, 28 Direttiva 2014/23/UE*
- *Articolo 57 Direttiva 2004/18/CE*
- *Articolo 2 Direttiva 2004/17/CE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Analisi del testo

L'articolo 7 della Direttiva 2014/23/UE fornisce la definizione di "enti aggiudicatori", concorrendo in tal modo a delimitare, assieme al precedente art. 6 (Amministrazioni aggiudicatrici) il suo ambito soggettivo di applicazione.

Da un punto di vista sistematico, come sopra evidenziato con riferimento all'esame dell'art. 6 la Direttiva 2014/23/UE dedica due appositi articoli alla individuazione del novero dei soggetti tenuti ad applicare le nuove regole europee sulle concessioni, in analogia all'impostazione della Direttiva 2014/25/UE (appalti nei settori speciali) e diversamente dalla Direttiva 2014/24/UE (appalti nei settori ordinari); in quest'ultima Direttiva, infatti, la nozione di "amministrazioni aggiudicatrici" è collocata all'interno dell'art. 2 (Definizioni), paragrafo 1, punti 1), 2), 3), e 4) e per quanto di interesse, non si sofferma sul concetto di "enti aggiudicatori" estranei alla sua sfera di competenza. Il raffronto in tal caso deve essere operato con la Direttiva 2014/25/UE, atteso che è quest'ultima a delineare la nozione di enti aggiudicatori cui sono riconducibili le attività da essa disciplinate appartenenti a quei segmenti di mercato conosciuti come "settori speciali".

Per quanto concerne i contenuti dell'articolo, l'enucleazione della gamma di soggetti rientranti nella definizione di "enti aggiudicatori" coincide con la definizione fornita al riguardo dall'art. 4 della Direttiva 2014/25/UE. Nella fattispecie, per «enti aggiudicatori» si intendono gli enti che svolgono una delle attività di cui all'allegato II e aggiudicano una concessione per lo svolgimento di una di tali attività e sono:

- a) lo Stato, le autorità regionali o locali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni costituite da uno o più di tali autorità o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico;
- b) le imprese pubbliche come definite al successivo paragrafo 4 dell'articolo in commento;
- c) gli enti diversi da quelli suindicati alle lettere a) e b), ma operanti sulla base di diritti speciali o esclusivi ai fini dell'esercizio di una delle attività di cui all'allegato II, salvo il caso in cui tali diritti siano stati conferiti attraverso procedure in cui sia stata assicurata adeguata pubblicità, come previsto al paragrafo 2.

I soggetti indicati nella lettera a) coincidono con quelli identificati nella definizione di "Amministrazioni aggiudicatrici" fornita dal precedente art. 6 della Direttiva concessioni. Pertanto l'elemento di discriminazione è rappresentato dalla natura dell'attività materialmente svolta, come sottolineato nel commento al predetto art. 6 e tale distinzione assume rilevanza allorché si tratta di individuare il regime giuridico applicabile con riferimento ai singoli istituti disciplinati dalla Direttiva appalti (es. le disposizioni sulle imprese collegate e sulle joint venture si applicano ai soli "enti aggiudicatori").

I soggetti individuati dalla norma, siano essi pubblici o privati, assumono infatti la natura giuridica di "enti aggiudicatori" allorché affidano la concessione per lo svolgimento di

una delle attività elencate nell'allegato II alla Direttiva 2014/23/UE, che, come sopra detto, ricadono nel campo di applicazione della Direttiva sui settori speciali. Sotto questo profilo, peraltro va precisato che non vi è perfetta corrispondenza tra dette attività e quelle regolamentate nella Direttiva 2014/25/UE, atteso che ne resta fuori il settore idrico come espressamente previsto all'art. 12 della Direttiva concessioni, al cui commento si rinvia.

La scelta di individuare detti soggetti aggiudicatori utilizzando il criterio "oggettivo" dell'attività svolta, in un'ottica di continuità con l'art. 2 della Direttiva 2004/17/CE³², alla norma interna di recepimento (art. 207 D.Lgs. 163/2006) e in linea con la nozione fornita dalla Direttiva 2014/25/UE, risponde all'esigenza di assicurare parità di trattamento a tutti gli operatori che svolgono un'attività riconducibile ai settori speciali, caratterizzati dal fatto di essere sottoposti ad un graduale processo di liberalizzazione onde favorire il raggiungimento della finalità di esporre interamente queste attività alla concorrenza secondo le regole del libero mercato.

Come argomentato nel considerando 24, difatti *“La necessità di garantire l'effettiva apertura del mercato e un giusto equilibrio nell'applicazione delle norme sull'aggiudicazione delle concessioni nei settori dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali esige che gli enti interessati siano individuati prescindendo dalla loro qualificazione giuridica. Si dovrebbe pertanto provvedere affinché non sia messa in pericolo la parità di trattamento tra enti aggiudicatori del settore pubblico ed enti che operano nel settore privato. È inoltre necessario far sì che, conformemente all'articolo 345 TFUE, sia lasciato impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri. Per tale motivo, alle concessioni aggiudicate da enti che esercitano una delle summenzionate attività allo scopo di svolgere tali attività dovrebbero applicarsi norme specifiche e uniformi, a prescindere dal fatto che si tratti di uno Stato, di autorità regionali o locali, di organismi di diritto pubblico, di imprese pubbliche o di altri enti che godono di diritti esclusivi o speciali. Si dovrebbe presumere che svolgano tali attività gli enti responsabili, a norma del diritto nazionale, della fornitura dei servizi correlati a una delle attività di cui all'allegato II.”*

Le attività individuate nel più volte citato Allegato II riguardano i seguenti settori:

- **gas ed energia termica** [punto 1) Allegato II alla Direttiva concessioni i cui contenuti corrispondono a all'art. 8 della Direttiva sui settori speciali]; a tale riguardo nel considerando 26 sono fornite alcune precisazioni rispetto a quegli enti che operano nei settori della produzione, trasmissione o distribuzione sia nei settori del riscaldamento che del raffreddamento. Atteso infatti che può sussistere incertezza riguardo alle norme applicabili alle attività legate, rispettivamente, al riscaldamento e al raffreddamento, in detto considerando si specifica che la trasmissione e/o distribuzione di energia termica è un'attività contemplata dall'allegato II e che dunque gli enti operanti nel settore del riscaldamento sono soggetti alle norme della direttiva concessioni applicabili agli enti aggiudicatori nella misura in cui possano essere considerati tali. Per altro verso, gli enti operanti nel settore del raffreddamento sono soggetti alle norme della direttiva 23 applicabili alle amministrazioni aggiudicatrici nella misura in cui possano essere considerati tali. Per questo aspetto può inoltre essere utile l'indicazione fornita dalla Direttiva 2014/25/UE al considerando 21, laddove esclude dal suo campo di applicazione

³² Che reca la definizione di enti aggiudicatori ricomprendendovi le amministrazioni aggiudicatrici che svolgono attività inquadrabili nei settori speciali, le imprese pubbliche, nonché i soggetti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici e dalle imprese pubbliche che esercitano una di siffatte attività in forza di diritti speciali o esclusivi concessi dall'autorità competente di uno Stato membro.

le imprese sia pubbliche che private che operano nel settore del raffreddamento indipendentemente dal fatto che operino in virtù di diritti speciali o esclusivi o meno. È infine precisato che le concessioni aggiudicate per l'esecuzione di contratti contestualmente nei settori del riscaldamento e del raffreddamento dovrebbero essere esaminate alla luce dei criteri evincibili dalla disciplina sui contratti misti, con particolare riguardo alle disposizioni sui contratti per lo svolgimento di più attività per determinare le eventuali norme in materia di appalti che ne disciplinano l'aggiudicazione³³.

- **elettricità** [punto 2) Allegato II alla Direttiva concessioni i cui contenuti corrispondono con l'art. 9 della Direttiva sui settori speciali]³⁴;
- **servizi di trasporto** [punto 3) Allegato II alla Direttiva concessioni relativo alle reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo, i cui contenuti corrispondono alle attività descritti nell'art. 11 della Direttiva sui settori speciali]; restano salve le tipologie di servizi di trasporto esclusi ai sensi dell'art. 10 della Direttiva in commento;
- **porti e aeroporti** [punto 4) Allegato II alla Direttiva concessioni relativo allo sfruttamento di un'area geografica per la messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto, i cui contenuti corrispondono a quelli dell'art. 12 della Direttiva sui settori speciali]; come precisato nel considerando 25, le attività pertinenti nel settore aeroportuale comprendono anche i servizi forniti ai passeggeri che contribuiscono al regolare funzionamento delle strutture aeroportuali e che è legittimo attendersi da un aeroporto moderno e ben funzionante, quali servizi di vendita al dettaglio, di ristorazione pubblica e di parcheggio auto;
- **servizi postali** [punto 5) Allegato II alla Direttiva concessioni, i cui contenuti corrispondono con l'art. 13 della Direttiva sui settori speciali];
- **estrazione di petrolio e gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili fossili** [punto 6) Allegato II alla Direttiva concessioni, i cui contenuti corrispondono con l'art. 14 della Direttiva sui settori speciali].

Anche in tale ambito va ribadito come la distinzione tra “amministrazioni aggiudicatrici” ed “enti aggiudicatori” assuma rilevanza avuto riguardo al diverso regime giuridico riservato alle due fattispecie soggettive da singole disposizioni della Direttiva concessioni, sicché ad es., un'autorità locale può essere assoggettata ad una norma che si applica agli enti aggiudicatori e non alle amministrazioni aggiudicatrici esclusivamente se affida una concessione relativa ad attività rientranti nell'elenco dell'Allegato II, poiché in tal caso non è considerata amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 6 ma ente aggiudicatore ai sensi dell'art. 7 in esame. Ciò richiede di prestare particolare attenzione ai soggetti ai quali si rivolgono le singole disposizioni della Direttiva, sia in sede di recepimento, sia in sede di interpretazione e applicazione delle nuove norme europee sulle concessioni.

³³ Il considerando 28 precisa che per queste attività l'«alimentazione» comprende la generazione/produzione, la vendita all'ingrosso e la vendita al dettaglio. Tuttavia, la produzione di gas sotto forma di estrazione rientra nel paragrafo 6 di tale allegato.

³⁴ Il considerando 28 precisa che anche per queste attività l'«alimentazione» comprende la generazione/produzione, la vendita all'ingrosso e la vendita al dettaglio. Tuttavia, la produzione di gas sotto forma di estrazione rientra nel paragrafo 6 di tale allegato.

Il paragrafo 4 reca la nozione di «impresa pubblica»: per essa si intende qualsiasi impresa su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione.

Un'influenza dominante da parte delle amministrazioni aggiudicatrici si presume in tutti i casi seguenti in cui tali amministrazioni, direttamente o indirettamente:

- a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa;
- b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, oppure
- c) possono designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

Rispetto a questa definizione non vi sono particolari rilevanti da formulare atteso che la Direttiva 2014/23/UE ripropone negli esatti termini il concetto di impresa pubblica delineato dalla Direttiva 2014/17/UE all'art. 2, dalla norma nazionale di recepimento (art. 3, comma 28, D.lgs. 163/2006) e dalla nuova Direttiva sui settori speciali all'art. 4.

Quanto agli enti indicati alla lettera c) del paragrafo 1, la definizione di diritti speciali e esclusivi è fornita dall'art. 5 della Direttiva in commento:

- al punto 10) ai cui sensi per «diritto esclusivo» si intende il diritto concesso da un'autorità competente di uno Stato membro mediante qualsiasi disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i trattati avente l'effetto di riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività;
- al punto 11), a tenore del quale per «diritto speciale» si intende il diritto concesso da un'autorità competente di uno Stato membro mediante qualsiasi disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i trattati avente l'effetto di riservare a due o più operatori economici l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività.

Tali nozioni sono ritenute essenziali per l'ambito di applicazione della Direttiva 2014/23/UE e la nozione di «enti aggiudicatori». Da qui l'esigenza di chiarire che gli enti che non sono né enti aggiudicatori ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), né imprese pubbliche sono soggetti alle disposizioni della Direttiva concessioni solo nella misura in cui esercitano una delle attività interessate sulla base di detti diritti esclusivi o speciali (considerando 22).

In relazione agli enti summenzionati diversi da quelli elencati alle lettere a) (Stato, autorità regionali e locali, organismi di diritto pubblico e loro associazioni) e b) (imprese pubbliche) del paragrafo 1, il paragrafo 2 specifica che gli stessi non sono considerati enti aggiudicatori ai sensi della lettera c) del predetto paragrafo 1, e quindi non sono soggetti alle norme della Direttiva concessioni, allorché agli stessi siano stati conferiti diritti speciali o esclusivi mediante una procedura in cui sia stata assicurata adeguata pubblicità e in cui il conferimento di tali diritti si basi su criteri obiettivi.

Tali procedure comprendono:

- a) le procedure d'appalto con previa indizione di gara, conformemente alla Direttiva 2014/24/UE alla Direttiva 2014/25/UE, alla Direttiva 2009/81/CE o alla Direttiva in commento;
- b) le procedure ai sensi di altri atti giuridici dell'Unione, elencati nell'allegato III³⁵, che garantiscono adeguata previa trasparenza per la concessione di autorizzazioni sulla base di criteri obiettivi (alla Commissione europea è affidato il compito provvedere all'aggiornamento di tale elenco con atti di delegificazione secondo quanto dispone il paragrafo 3).

La norma deve essere interpretata nel senso che l'elenco degli atti normativi comunitari identificati alla lett. b) non riveste carattere tassativo. Questo aspetto è chiarito nel considerando 22, per cui ogni altro diritto concesso in qualsiasi forma mediante procedure diverse da quelle enumerate, fondate su criteri oggettivi e alle quali sia stata assicurata un'adeguata pubblicità non rilevano ai fini della determinazione degli enti aggiudicatori contemplati dalla Direttiva concessioni³⁶.

Raffronto con le Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e con il Codice dei contratti

L'applicazione della normativa europea sulle concessioni anche ai contratti di concessione aventi ad oggetto le attività ricadenti nell'ambito dei settori speciali rappresenta una novità assoluta.

Infatti, nel delimitare il campo soggettivo di applicazione delle disposizioni sulle concessioni di lavori pubblici, la Direttiva 2004/18/CE, all'art. 57, lett. b), escludeva espressamente le concessioni rilasciate dalle amministrazioni aggiudicatrici che esercitano una o più delle attività disciplinate dalla Direttiva 2004/17/CE.

Analogamente, ai sensi dell'art. 18 della Direttiva 2004/17/CE, restavano escluse dal suo campo di applicazione le concessioni di lavori e di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano una o più attività inerenti i settori speciali, quando la concessione avesse avuto per oggetto l'esercizio di dette attività.

35 L'elenco contiene una serie di procedure che garantiscono un'adeguata trasparenza preliminare per il rilascio di autorizzazioni sulla base di altri atti legislativi dell'Unione, che non costituiscono «diritti speciali o esclusivi» ai sensi della presente direttiva:

- a) la concessione di autorizzazioni per la gestione di impianti di gas naturale conformemente alle procedure di cui all'articolo 4 della direttiva 2009/73/CE;*
- b) l'autorizzazione o l'invito a presentare offerte per la costruzione di nuovi impianti per la produzione di energia elettrica in conformità della direttiva 2009/72/CE;*
- c) la concessione di autorizzazioni, conformemente alle procedure di cui all'articolo 9 della direttiva 97/67/CE, in relazione a servizi postali che non sono né possono essere riservati;*
- d) la procedura per concedere l'autorizzazione a svolgere un'attività che comporti lo sfruttamento di idrocarburi ai sensi della direttiva 94/22/CE;*
- e) i contratti di servizio pubblico ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri con autobus, tram, metropolitana o per ferrovia, che sono stati aggiudicati mediante una procedura di gara conformemente all'articolo 5, paragrafo 3 di detto regolamento, purché la durata sia conforme all'articolo 4, paragrafi 3 o 4, del regolamento stesso.*

36 L'art. 2 della Direttiva 2004/17/CE, nel definire gli "enti aggiudicatori" diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici e dalle imprese pubbliche, attribuiva rilievo esclusivo all'attività svolta in forza di diritti speciali o esclusivi, sicché rientravano in tale nozione anche i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi attribuiti con procedure di evidenza pubblica.

L'esclusione in parola ha trovato conferma nella normativa nazionale di recepimento delle Direttive del 2004: il riferimento è rappresentato dall'art. 142 del D.lgs. 163/2006, il quale in termini generali esclude dall'ambito di applicazione dell'intero Codice le concessioni affidate nelle circostanze previste dall'art. 31 riguardante le attività tipiche dei settori speciali e, quanto agli anzidetti settori speciali, dall'art. 296 in base al quale gli enti aggiudicatori operanti in questi settori non sono tenuti ad osservare le norme stabilite nella parte III del D.lgs. 163/2006 quando la concessione da affidare ha per oggetto l'esercizio di siffatte attività dei settori speciali.

Criticità/opportunità

Anche per l'articolo in esame, l'aspetto da sottoporre ad un'approfondita riflessione e valutazione nella fase di recepimento consiste nell'assenza di una regolamentazione della fattispecie degli appalti aggiudicati dal concessionario di un ente aggiudicatore diverso da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore.

Come rammentato nel commentare l'art. 6, nei Capi II e III del Titolo III, la Direttiva 2004/18/CE si preoccupava di individuare le norme della stessa applicabili ai concessionari, distinguendo tra appalti aggiudicati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici e concessionari non classificabili come tali. All'opposto, tale aspetto non è stato affrontato nella Direttiva 2004/17/CE. Tuttavia, della questione si è occupata direttamente la norma nazionale di recepimento, sia pur limitatamente alle concessioni affidate senza gara.

Con disposizione introdotta dal D.lgs. 7/2006, l'art. 216, comma 1 *bis* del Codice dei contratti obbliga infatti il concessionario che non sia uno degli enti aggiudicatori che esercitano una o più delle attività comprese nei settori speciali, scelto senza il ricorso ad una procedura di gara aperta o ristretta, ad applicare le stesse disposizioni cui sono assoggettati i predetti enti.

Inoltre, una norma speciale sul punto è stata poi introdotta con riferimento ai contratti di finanziamento in qualunque forma stipulati dai concessionari di lavori pubblici: a questi contratti, infatti, purché affidati da concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori si applicano i principi stabiliti per i c.d. "contratti esclusi", con obbligo di invito ad almeno "cinque concorrenti" (art. 27, comma 1, ultimo periodo, D.lgs. 163/2006 come integrato dal D.L. 70/2011, convertito dalla L. 106/2011 e successivamente modificato dal D.L. 5/2012, convertito dalla L. 35/2012).

Ne segue che per le valutazioni e le scelte in merito all'applicazione delle nuove Direttive europee, da individuarsi secondo l'attività cui afferisce l'appalto, si rinvia alle criticità/opportunità evidenziate nel commento all'art. 6.

MPMI

Le disposizioni esaminate trattano dell'ambito soggettivo di applicazione della Direttiva e pertanto sono neutrali rispetto alle MPMI.

Articolo 8 – Soglia e metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni

- *Considerando 8 e 23 Direttiva 2014/24/UE*
- *Articoli 7 e 9 Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Analisi del testo

Il paragrafo 1 dell'articolo in commento stabilisce che le concessioni sono considerate di rilevanza comunitaria e, dunque, di rilevante interesse transfrontaliero quando il loro valore economico stimato, al netto dell'IVA, è pari o superiore a 5.186.000 Euro; è la stessa soglia stabilita dalla direttiva per gli appalti pubblici di lavori. Si noti come il riferimento riguardi le concessioni e, quindi, indifferentemente di lavori e di servizi e i settori ordinari come in quelli speciali.

Il paragrafo 2, indica di cosa sia costituito il valore delle concessioni che, come indicato dal considerando 23, “dovrebbe essere identico per le concessioni di lavori e di servizi dato che entrambi contratti hanno spesso ad oggetto elementi legati ai lavori ed ai servizi”.

Per cui il valore stimato di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi. In altre parole il valore della concessione si basa sull'*output* del fatturato generato dalla concessione per realizzare lavori e servizi.

Il paragrafo 3, invece, da indicazioni sul metodo per “strutturare” il valore della concessione e quali devono essere le voci di *input* da considerare nel momento in cui viene fatta la stima del fatturato per tutta la durata della concessione. In particolare con riguardo al metodo per stimare il valore della concessione deve: i) essere preimpostato dai soggetti aggiudicatori prima della gara o di qualsiasi azione che attiva un procedimento di affidamento della concessione; ii) esplicitato nei documenti di gara; iii) un metodo oggettivo e verificabile. Per quanto riguarda, invece, le voci di *input* da prendere in considerazione per la stima del valore della concessione viene data una elencazione esemplificativa che, per l'inciso “se del caso”, viene rimessa alla discrezionalità delle stazioni concedenti; tuttavia al paragrafo 4 occorre rispettare l'ammonimento che tale discrezionalità nella computazione delle voci o meno non può essere fatta con l'intenzione di escludere la concessione dall'applicazione della direttiva.

Le voci di input indicate sono omnicomprensive prevedendo quelle tipicamente consolidate come il valore di opzione e proroghe della durata della concessione, i contributi finanziari pubblici, il contributo pubblico in forma di forniture o servizi, gli introiti da tariffazione diretta da parte degli utenti, e quelle meno consuete come la cessione derivante dalla vendita dell'attivo, il valore di sovvenzioni o i vantaggi finanziari proveniente da terzi, i premi per gli offerenti.

Opportunità/criticità

Il recepimento della direttiva elimina la prassi semplificativa di commisurare il valore della concessione solo al valore dei lavori.

Si osserva come non sia necessario attendere il recepimento della Direttiva e le modifiche al Codice per accedere ad un'interpretazione che consenta di stimare il valore della concessione “quantificando” sia la parte dei lavori che quella dei servizi. Infatti, l'art. 29, comma 1 del

Codice stabilisce che “Il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull’importo totale pagabile al netto dell’IVA”, che è una buona approssimazione del fatturato totale quale corrispettivo dei lavori, dei servizi e delle forniture stabilito dalla Direttiva.

In sede di recepimento sarebbe importante chiarire quale sia lo spazio di discrezionalità delle amministrazioni pubbliche nel considerare le voci di input; nel valore della concessione dovrebbero essere considerate tutte le voci attive che “entrano” nel piano economico finanziario, semmai la discrezionalità potrebbe essere esercitata in relazione al livello di prudenzialità che dovrebbe connotare le stime con alti tassi di incertezza.

Sempre con riferimento al momento di recepimento dovrebbe essere chiarito il metodo economico(finanziario) di valorizzazione della concessione. Infatti, la possibilità di stima del valore del fatturato o ciò che il concessionario riceve sotto forma di pagamento durante l’arco della concessione potrebbe essere calcolato attualizzando tutti i ricavi attesi dal concessionario (fatturato, contributi pubblici e gli altri valori non finanziari), oppure procedendo semplicemente alla loro somma. Questa seconda soluzione benché di immediata praticabilità mancherebbe di realismo prospettico, del resto un elemento costitutivo della concessione è rappresentato proprio dal piano economico-finanziario (PEF) per cui l’attualizzazione dei flussi – indipendentemente dalla loro “sorgente” - è un dato comunque in *prima facie* stimabile.

In sede di recepimento sarebbe opportuno approfondire l’avvertimento contenuto nell’art. 8 paragrafo 2, ultimo capoverso per comprenderne le conseguenze non immediatamente comprensibili: “Ai fini del paragrafo 1 (la soglia di applicazione della Direttiva è di € 5.186.000 EUR), se il valore della concessione al momento dell’aggiudicazione è superiore più del 20% rispetto al valore stimato, la stima valida è il valore della concessione al momento dell’aggiudicazione” .

La PA prima di lanciare un gara per l’affidamento di una concessione è obbligata a redigere uno studio di fattibilità (SdF) con dei contenuti specifici ai sensi dell’art. 14 del Regolamento. Lo SdF è un documento strategico e prodromico la pubblicazione del bando in cui viene delineato un caso base per verificare la sostenibilità economico finanziaria dell’iniziativa: la stima del valore della concessione da inserire poi nel bando è riferita, appunto, al caso base.

Una possibile interpretazione pro-concorrenziale e pro MPMI delle conseguenze dell’aumento del valore della concessione oltre il 20% rispetto alla stima dell’amministrazione concedente, sembrano riflettersi sui requisiti di qualificazione del concessionario. In altre parole, sino a quando il valore dell’offerta si trovi sotto la soglia del 20%, il concessionario non sarebbe tenuto a presentare requisiti di qualificazione patrimoniale (fatturato, capitalizzazione, ecc.) e tecnica (SOA lavori, progettazione, servizi analoghi ecc.) diversi da quelli sottostimati nel bando dalla PA; quando, invece, il valore della concessione aggiudicata abbia superato la predetta soglia percentuale, allora l’affidatario dovrebbe dimostrare di possedere i requisiti adeguati in relazione alla proposta presentata. Questa interpretazione, in sede di recepimento della Direttiva, si dovrebbe tradurre in norme interne per consentire agli operatori economici di mantenere l’assetto di qualificazione indicato nel bando anche se la propria offerta richiedesse dei requisiti superiori.

Al termine della disamina delle norma si possono valutare gli effetti a garanzia e tutela del mercato:

- 1) il primo riguarda la necessaria comunicazione al mercato, mediante l'inserimento nel 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 per garantire una trasparente e corretta informazione che consenta agli operatori economici (e agli istituti di credito) di formulare un'offerta credibile;
- 2) il secondo 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 dell'operazione 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.

Articolo 10- Esclusioni riguardanti le concessioni aggiudicate da amministrazioni aggiudicatrici e da enti aggiudicatori

- Considerando 23 e 32
- articolo 57 Direttiva 2004/18/CE
- Disposizione a recepimento obbligatorio

Analisi del testo

L'articolo 10, suddiviso in 10 paragrafi, contiene l'elencazione delle fattispecie di concessione escluse dal campo di applicazione della Direttiva 2014/23/UE. Le ragioni alla base delle esclusioni sono diverse e dipendono dall'esistenza di diritti esclusivi o di norme europee speciali extravaganti riferibili a determinate attività, alla peculiare natura della prestazione da affidare, ecc. Si può al riguardo osservare che talune ipotesi di esclusione sono comuni alla tre nuove Direttive, altre sono strettamente connesse alla natura del contratto di concessione. Ulteriori esclusioni sono contemplate in successivi articoli della Direttiva.

1) DIRITTI ESCLUSIVI

a) La Direttiva concessioni in primo luogo prende in considerazione i casi in cui una determinata amministrazione aggiudicatrice o un determinato ente aggiudicatore quale lo Stato, un'autorità regionale o locale o un organismo di diritto pubblico o una determinata associazione dei medesimi, ad eccezione pertanto delle imprese pubbliche e degli altri enti aggiudicatori, potrebbe essere l'unico soggetto ad erogare un determinato servizio, per la cui fornitura gode di un diritto esclusivo a norma di disposizioni legislative o regolamentari nazionali o di disposizioni amministrative nazionali pubblicate compatibili con il TFUE.

Essendo gli unici ad erogare il servizio in questione la Direttiva concessioni, all'art. 10, paragrafo 1, comma 1, esclude dal suo ambito applicativo le concessioni di servizi affidati a detti soggetti (come chiarito anche nel considerando 32).

b) L'esclusione in argomento è disposta dal comma 2 del paragrafo 1 anche nelle situazioni in cui il diritto esclusivo è attribuito ad un operatore economico, ai sensi del TFUE e di atti giuridici dell'Unione recanti norme comuni in materia di accesso al mercato, con riferimento alle attività di cui all'Allegato II.

Per assicurare un minimo grado di trasparenza, queste concessioni escluse, diversamente da quelle affidate agli enti aggiudicatori di cui all'art. 7, par. 1, lett. a), sopra citati, il paragrafo 2 pone l'obbligo di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione della concessione, a meno che le condizioni di tale trasparenza non siano già previste nella legislazione settoriale. Sempre con la finalità di garantire e potenziare la trasparenza, il medesimo paragrafo, al comma 2, stabilisce che quando uno Stato membro concede un diritto esclusivo a un operatore economico per l'esercizio di una delle attività di cui all'allegato II ne dovrebbe informare la Commissione (cfr considerando 33).

2) SERVIZI DI TRASPORTO

Il paragrafo 3, in quanto regulate da norme speciali, esclude espressamente dal campo di applicazione della Direttiva concessioni:

- le concessioni di servizi di trasporto aereo sulla base di una licenza di gestione a norma del regolamento (CE) n. 1008/2008;
- le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007.

A tale riguardo si sottolinea che l'esercizio delle attività di trasporto diverse da quelle sopra elencate è inquadrabile nei settori speciali e pertanto rientra nel campo di applicazione della Direttiva concessioni ai sensi dell'art. 7.

3) OBBLIGHI INTERNAZIONALI

La direttiva in commento prevede specifiche esclusioni per le concessioni aggiudicate in base a norme sugli appalti pubblici previste da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione internazionale di finanziamento quando le concessioni in questione sono interamente finanziate da tale organizzazione o istituzione. Nel caso di concessioni cofinanziate prevalentemente da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione internazionale di finanziamento è invece previsto che le parti si accordano sulle procedure di gare d'appalto applicabili.

Il paragrafo 4 prescrive, infine, che ogni Stato membro deve comunicare, qualora esistano, gli strumenti giuridici che creano obblighi internazionali di legge tra uno Stato membro e uno o più paesi terzi o relative articolazioni alla Commissione, che potrà consultare il Comitato consultivo per gli appalti pubblici istituito dalla decisione 71/306/CEE del Consiglio.

4) DIFESA E SICUREZZA

Per tutelare la sicurezza e la protezione di interessi essenziali per gli Stati membri, sono escluse dall'applicazione della direttiva le concessioni nei settori della difesa e della sicurezza di cui alla direttiva 2009/81/CE, che sono disciplinati da:

- norme procedurali specifiche in base ad un accordo o ad una intesa internazionale conclusi tra uno o più Stati membri e uno o più paesi terzi.
- norme procedurali specifiche in base a un accordo o intesa internazionale conclusi in relazione alla presenza di truppe di stanza e concernenti imprese di uno Stato membro o di un paese terzo;
- norme procedurali specifiche di un'organizzazione internazionale che si approvvigiona per le proprie finalità o a concessioni che devono essere aggiudicate da uno Stato membro in conformità di tali norme

Il paragrafo 6 prevede invece che la direttiva si applica all'aggiudicazione di concessioni nei settori della difesa e della sicurezza di cui alla direttiva 2009/81/CE, fatta eccezione per:

- concessioni per le quali l'applicazione della presente direttiva obbligherebbe lo Stato membro a fornire informazioni la cui divulgazione sia ritenuta contraria a interessi essenziali di sicurezza; o, qualora l'aggiudicazione e l'esecuzione della concessione siano dichiarate segrete e debbano essere accompagnate da speciali misure di sicurezza secondo le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti in uno Stato membro, a condizione che lo Stato membro abbia stabilito che non è

possibile garantire la tutela degli interessi essenziali in esame mediante misure meno invasive, quali quelle di cui al paragrafo 7;

- concessioni aggiudicate nel quadro di un programma di cooperazione di cui all'articolo 13, lettera c), della direttiva 2009/81/CE;
- concessioni aggiudicate da un governo a un altro governo per lavori e servizi direttamente collegati a materiale militare o sensibile, o lavori e servizi a fini specificatamente militari oppure lavori sensibili e servizi sensibili;
- concessioni aggiudicate in un paese terzo, quando le forze operano al di fuori del territorio dell'Unione, se le esigenze operative richiedono che tali concessioni siano concluse con operatori economici localizzati nell'area delle operazioni;
- concessioni altrimenti esentate ai sensi della presente direttiva.

Il paragrafo 7, chiudendo le disposizioni in materia di difesa e sicurezza, prevede poi che la direttiva in commento non si applica nella misura in cui una procedura di aggiudicazione della concessione come quella prevista nella presente direttiva non può garantire la tutela degli interessi essenziali di sicurezza di uno Stato membro mediante misure meno invasive, quali l'imposizione di condizioni intese a proteggere la riservatezza delle informazioni che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore rende disponibili.

5) BENI IMMOBILI e MATERIA RADIOTELEVISIVA

La direttiva concessioni non si applica per l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni.

Sono altresì escluse dall'applicazione di questa direttiva le concessioni in materia radiotelevisiva. In particolare, il paragrafo 8 fa esplicito riferimento all'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi destinati ai servizi di media audiovisivi o radiofonici che sono aggiudicate da fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici, né alle concessioni concernenti il tempo di trasmissione o la fornitura di programmi che sono aggiudicate ai fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici.

6) SERVIZI LEGALI

Sono esplicitamente esclusi dall'applicazione della direttiva in commento i servizi di arbitrato e conciliazione.

Quanto ai servizi legali in generale, il legislatore europeo ha previsto l'esclusione dal campo di applicazione della direttiva nel caso della rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato in un arbitrato o una conciliazione tenuti in uno Stato membro, un paese terzo o dinanzi a un'istanza arbitrale o conciliativa internazionale, ovvero in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche di uno Stato membro, un paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzioni internazionali. È altresì esclusa la consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti appena descritti o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento in questione.

La direttiva non si applica inoltre per le concessioni: di servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai; di servizi legali prestati da

fiduciari o tutori designati o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale nello Stato membro interessato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali; di altri servizi legali che, nello Stato membro interessato, sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri;

Criticità/opportunità

Le esclusioni disposte in relazione ai paragrafi 1 e 2, relative alle attività esercitate in base ad un diritto esclusivo che rendono inutile la pubblicazione di un bando e l'espletamento di una procedura competitiva, in qualche modo sono riproposte all'interno dell'art. 31, il cui art. 4 prevede l'esclusione della pubblicazione di un bando anche in caso di esistenza di un diritto esclusivo. In sede di recepimento si rende pertanto necessario raccordare le due fattispecie, avuto riguardo al differente ambito di applicazione soggettivo delle stesse.

MPMI

Le disposizioni esaminate trattano dell'ambito oggettivo di applicazione della Direttiva e pertanto sono neutrali rispetto alle MPMI.

Articolo 11 - Esclusioni specifiche nel settore delle comunicazioni elettroniche

Disposizione a recepimento obbligatorio

Analisi del testo

Dal campo di applicazione della Direttiva 2014/23/UE rimangono escluse le concessioni “principalmente” finalizzate a permettere alle amministrazioni aggiudicatrici la messa a disposizione o la gestione di reti pubbliche di comunicazioni o la prestazione al pubblico di uno o più servizi di comunicazioni elettroniche.

In analogia all’esclusione disposta dalla nuova Direttiva appalti sui settori ordinari (art. 8), per la definizione dei concetti di “rete pubblica di comunicazioni” e di “servizio di comunicazione elettronica” il comma 2 dell’articolo in commento rinvia al significato che essi assumono nella Direttiva 2002/21/CE.

In merito alla esatta delimitazione della fattispecie di esclusione, il paragrafo 1 dell’articolo ha cura di precisare che la Direttiva non si applica quando l’oggetto principale del contratto di concessione è rappresentato dalle attività sopra descritte. Ciò significa che la concessione può comprendere attività diverse, eventualmente suscettibili di per sé di rientrare nel campo di applicazione della Direttiva, purché rivestano carattere accessorio.

Pertanto, qualora la concessione da affidare includa sia attività riguardanti il settore delle comunicazioni elettroniche, sia attività diverse, i criteri per individuare l’oggetto principale del contratto e la disciplina applicabile sono rinvenibili negli articoli della Direttiva relativi ai contratti misti.

Articolo 12 - Esclusioni specifiche nel settore idrico

- *Considerando 40 e 84 Direttiva 2014/23/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Analisi del testo

Con l'articolo 12 in commento, il legislatore comunitario ha scelto di escludere dal campo di applicazione della Direttiva 2014/23/UE le concessioni connesse ai servizi erogati nell'ambito del settore idrico con riferimento alle attività puntualmente indicate dalla norma, che corrispondono alle attività individuate dall'art. 10 della Direttiva 2014/25/UE.

Nella fattispecie sono escluse le concessioni aggiudicate per:

- a) fornire o gestire reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile;
- b) alimentare tali reti con acqua potabile.

La direttiva non si applica inoltre alle concessioni riguardanti uno o entrambi dei seguenti aspetti quando sono collegate a un'attività di cui al paragrafo 1:

- c) progetti di ingegneria idraulica, irrigazione, drenaggio, in cui il volume d'acqua destinato all'approvvigionamento d'acqua potabile rappresenti più del 20% del volume totale d'acqua reso disponibile da tali progetti o impianti di irrigazione o drenaggio; o lo smaltimento o il trattamento delle acque reflue.

Si rileva quindi, come accennato nel commento all'art. 7, un'asimmetria rispetto all'ambito di applicazione della Direttiva sui settori speciali, per il resto assoggettati alla nuova Direttiva concessioni, quando le relative attività sono gestite attraverso affidamento di un contratto di concessione.

La decisione di operare questa esclusione, motivata nel considerando 40 della Direttiva, è legata alla stessa particolare natura dell'acqua quale bene pubblico di valore fondamentale per tutti i cittadini dell'Unione, ed è pertanto dettata dall'esigenza di rispettare al massimo grado le scelte di politica legislativa adottate dai singoli Stati membri in merito alle possibili modalità di organizzazione e gestione di queste attività, mentre non è stata ritenuta sufficiente l'enunciazione del principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche (comune peraltro alle altre due nuove direttive appalti³⁷).

Nel settore idrico, il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche sancito all'art. 2 della Direttiva, acquista una valenza significativamente più estesa, non limitata alla scelta tra autoproduzione del servizio o ricorso al mercato, traducendosi invero nel riconoscimento agli Stati membri di un'ampia autonomia in ordine alla stessa definizione della disciplina normativa interna diretta a regolare le modalità di affidamento della concessione qualora le autorità pubbliche optino per l'esternalizzazione della gestione del servizio.

Per vero, lo stesso dibattito sviluppatosi in ambito internazionale sulla necessità di individuare misure volte ad assicurare la più ampia fruizione collettiva delle risorse idriche per l'intrinseca attitudine a soddisfare bisogni connessi a diritti fondamentali della persona, ha indotto il legislatore comunitario ad affrontare questa tematica nella Direttiva 2000/60/CE, a

³⁷ A tal proposito si può osservare che il considerando 7 della nuova Direttiva sui settori speciali nel richiamare i contenuti di questo principio di libera organizzazione, cita espressamente il servizio di alimentazione con acqua potabile

sua volta preceduta dalla “Carta Europea dell’Acqua” adottata dal Consiglio d’Europa nel 1968.

La succitata Direttiva del 2000, allo scopo di sviluppare una politica comunitaria integrata e disporre principi comuni per coordinare gli interventi degli Stati membri diretti a migliorare la protezione delle acque sia quantitativamente che qualitativamente, ha istituito a livello europeo un quadro per la protezione delle acque superficiali interne, delle acque di transizione, delle acque costiere e sotterranee, sul rilievo che l’acqua “non è un prodotto commerciale al pari degli altri, bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale”.

La Direttiva del 2000 nel settore delle acque, recepita dal Codice dell’ambiente (D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152), ha pertanto fornito un quadro globale entro cui coordinare, integrare e, nel lungo periodo, sviluppare ulteriormente i principi e le strutture generali idonei a garantire la protezione e un utilizzo sostenibile delle acque comunitarie, nel rispetto del principio della sussidiarietà.

Nell’ambito di questa cornice normativa comune, il legislatore europeo non ha voluto entrare nel merito dei regimi giuridici di gestione ed erogazione delle risorse idriche, assumendo sin da allora una posizione neutrale rispetto alle diverse forme di governo del servizio idrico individuate dagli Stati membri, e, come visto, in un’ottica di continuità siffatto approccio trova conferma nella Direttiva 2014/23/UE in esame.

Come argomentato nel considerando 40 della suddetta Direttiva concessioni, infatti, sotto questo profilo, le concessioni nel settore idrico sono spesso soggette a regimi specifici e modelli organizzativi/gestionali differenziati e complessi che richiedono una particolare considerazione, sicché le caratteristiche peculiari di tali regimi giustificano le esclusioni nel settore idrico dall’ambito di applicazione della Direttiva

Pur tuttavia, l’“indifferenza” del legislatore comunitario, non presenta carattere assoluto, bensì relativo, sotto un duplice aspetto.

Da un lato, l’esclusione sembra assumere una valenza temporanea, come si evince dal considerando 84 e dall’art. 53, secondo comma, che demandano alla Commissione europea il compito di valutare gli effetti economici sul mercato interno delle esclusioni previste all’articolo 12, tenuto conto delle strutture specifiche del settore idrico, e di trasmettere una relazione in proposito al Parlamento europeo e al Consiglio entro il 18 aprile 2019. Il monitoraggio sugli effetti economici dell’esclusione in questione appare precludere ad una successiva riconsiderazione della possibilità di assoggettare gli affidamenti nel settore idrico al regime giuridico delle concessioni dettato dalla Direttiva 2014/23/UE.

Dall’altro lato, dalla scelta della Direttiva concessioni di non interferire sulle questioni nazionali inerenti l’individuazione dei diversi regimi di organizzazione del servizio idrico, deriva un’autonomia di regolazione e scelte gestionali da parte degli Stati membri che comunque non sembra potersi esplicitare se non nel rispetto dei principi fondamentali del Trattato sul funzionamento dell’UE, in materia di tutela della concorrenza, stante l’indiscussa rilevanza economica del servizio stesso, sia in caso di affidamento all’esterno della gestione del servizio idrico da attuarsi mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, sia in caso di autoproduzione secondo lo schema dell’*in house providing*.

Normativa nazionale

In ambito nazionale, il servizio idrico (integrato)³⁸ è inquadrato giuridicamente nella categoria dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, corrispondenti alla categoria economica dei servizi di interesse economico generale (SIEG) (nella fattispecie “in ambito locale”), di cui agli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea”, come chiarito dalla Corte costituzionale nelle sentenze 272/2004 e 325/2010).

Questa nozione, per la precisione, fa riferimento ad un servizio che:

- a) è reso mediante un’attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi su un determinato mercato»³⁹ nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni;
- b) fornisce prestazioni considerate necessarie in quanto dirette, a realizzare anche “fini sociali”, nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni⁴⁰.

Quello dei servizi pubblici locali, compreso il servizio idrico, si presenta pertanto come un settore potenzialmente in grado di generare una redditività se organizzato in forma d’impresa e come tale suscettibile di essere collocato sul mercato attraverso un confronto competitivo.

Il rilievo economico del servizio in esame trova conferma anche nel consolidato orientamento della Corte costituzionale secondo cui gli scopi e l’oggetto della disciplina dei SPL di rilevanza economica attengono in via primaria alla tutela della concorrenza, e pertanto la disciplina della materia è riservata in via esclusiva al legislatore statale.

In termini generali la Consulta, nell’operare una compiuta ricostruzione del concetto di servizio pubblico locale, ha altresì avuto modo di ribadire nella summenzionata sent. 325/2010, che la disciplina concernente le modalità dell’affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica non è riferibile alla competenza legislativa statale in tema di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, secondo comma, lettera m, Cost.), né può essere ricondotta all’ambito delle «funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e Città metropolitane» (art. 117, secondo comma, lettera p, Cost.): essa va ricondotta, invece, esclusivamente all’ambito della materia, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, «tutela della concorrenza», di cui all’art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato.

Alle medesime conclusioni il giudice delle leggi è giunto con specifico riferimento al servizio idrico integrato, riaffermando che la relativa disciplina è “finalizzata al superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche, consente la razionalizzazione del mercato ed è quindi diretta a garantire la concorrenzialità e l’efficienza del mercato stessoe che la forma di gestione del servizio idrico integrato e le procedure di affidamento dello stesso, disciplinate dall’art. 150⁴¹ del d.lgs. n. 152 del 2006, sono da ricondurre alla

38 Costituito dall’insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue.(secondo la definizione fornita dall’art. 141, comma 2, del Codice dell’ambiente).

39 Sentenza della Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia, sentenze della stessa Corte 10 gennaio 2006, C-222/04, Ministero dell’economia e delle finanze, e 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, AOK Bundesverband, Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, al paragrafo 2.3, punto 44);

40 Corte di giustizia UE, 21 settembre 1999, C-67/96, Albany International BV

41 Successivamente abrogato dal Decreto “Sblocca Italia” (D.L. 133/2014 convertito dalla legge 164/2014)

materia della tutela della concorrenza, di competenza legislativa esclusiva statale, trattandosi di regole «dirette ad assicurare la concorrenzialità nella gestione del servizio idrico integrato, disciplinando le modalità del suo conferimento e i requisiti soggettivi del gestore, al precipuo scopo di garantire la trasparenza, l'efficienza, l'efficacia e l'economicità della gestione medesima».

Ciò premesso, in merito all'inquadramento giuridico/economico del servizio idrico (integrato), la normativa nazionale in materia, come noto, si contraddistingue per un'evoluzione piuttosto travagliata, su cui hanno inciso in modo determinante gli esiti della volontà popolare espressa nel referendum del 2011, cui si aggiungono talune pronunce della Corte costituzionale. In detta evoluzione peraltro, ha inciso anche la peculiare rilevanza sociale della risorsa da gestire che ha indotto il legislatore nazionale, in analogia a quello comunitario, ad assumere iniziative rivolte ad applicare al servizio idrico un regime giuridico speciale, differenziato dalla disciplina generale dei SPL di rilevanza economica.

In sintesi, l'introduzione del concetto di "servizio idrico integrato" si deve alla legge 5 gennaio 1996, n. 36, nota come "legge "Galli", il cui impianto è stato recepito sostanzialmente nel Codice dell'ambiente. Questa legge per la prima volta ha disciplinato in maniera organica il settore, individuando negli ambiti territoriali ottimali il livello (di governo) più efficiente per la gestione dei servizi compresi nella definizione di servizio idrico integrato. L'elemento di novità di maggiore interesse ai fini dell'analisi della Direttiva concessioni è peraltro rappresentato dalla previsione nella legge Galli, accanto alle forme tradizionali di gestione pubblica del servizio (gestione in economia e azienda speciale) di nuove forme di organizzazione caratterizzate dall'apertura del settore al mercato, vale a dire la concessione a terzi e la costituzione di società a capitale misto pubblico-privato.

I successivi sviluppi normativi hanno ricondotto la disciplina relativa alle forme di organizzazione e gestione del servizio idrico a quella generale dei SPL di rilevanza economica (art. 113 TUEL) e determinato il progressivo superamento del modello di gestione tramite azienda speciale sostituito dal modello della società *in house*.

Sulla libertà dell'ente di governo di decidere tra le diverse modalità organizzative individuate dalla norma, è invero intervenuto in maniera decisiva il legislatore del 2008, il quale ha operato una scelta di campo a favore della "privatizzazione" della gestione dei servizi pubblici locali (esclusi i settori del gas, dell'elettricità, della gestione delle farmacie e dei trasporti regionali), configurando come ipotesi del tutto eccezionale l'affidamento a società a partecipazione interamente pubblica (*in house*). Per quanto attiene al settore idrico lo scopo essenzialmente perseguito era quello di favorire il reperimento di capitali privati da destinare al risanamento e ammodernamento delle infrastrutture acquedottistiche, stante la perdurante scarsità di risorse pubbliche da investire in queste opere necessarie.

In tale ottica l'art. 23 *bis* del D.L. 25 giugno 2008, n. 112 convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, aveva stabilito che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali dovesse avvenire in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica ovvero a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenisse mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e, allo scopo di selezionare partner privati che non fossero dei meri finanziatori, l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio fosse attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

Come sopra ricordato, a seguito della riforma del 2008, la gestione dei SPL di rilevanza economica mediante affidamento ad una società *in house* era ammessa, in deroga alle suesposte modalità ordinarie di affidamento, esclusivamente ove fosse dimostrata e documentata la sussistenza di condizioni eccezionali connesse alle peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, tali da non permettere un efficace e utile ricorso al mercato⁴². In tale evenienza, l'ente affidante avrebbe dovuto dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione.

Come noto, l'esito del referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011, indetto principalmente allo scopo di ripristinare la gestione pubblica diretta del servizio di erogazione dell'acqua, ha determinato l'abrogazione dell'art. 23 *bis* ed in particolare ha espunto dall'ordinamento l'impostazione normativa che ha tentato di privilegiare l'esternalizzazione dei servizi pubblici locali rispetto alla gestione diretta mediante società pubblica interamente partecipata dall'ente locale.

Dal successivo tentativo del legislatore di reintrodurre una norma di *favor* per la gestione privatistica, operato con l'art. 4 del D.L. 138/2011, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con sent. 199/2012 per violazione dell'art. 75 Cost. in quanto contrastante con la volontà popolare espressa con il referendum del 2011, restava escluso espressamente il servizio idrico integrato (art. 4, comma 37). La norma appena richiamata e bocciata dalla Consulta, aveva pertanto riproposto un regime speciale per il settore idrico, differenziandolo dalla disciplina generale dei SPL di rilevanza economica: la sentenza della Corte cost. ha peraltro avuto l'effetto di ripristinare l'unicità del regime normativo applicabile ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, assimilando al servizio idrico integrato le altre tipologie di SPL\.

Con l'abrogazione delle norme sopra menzionate si ritiene che la normativa di riferimento per l'affidamento della gestione del servizio idrico, come dunque per gli altri servizi pubblici locali di rilevanza economica, sia rappresentata unicamente dai principi generali evincibili dalla normativa europea e nazionale, di talché ad oggi sembrano utilizzabili le tre forme di organizzazione e gestione già previste dall'art. 23 *bis* del D.L. 112/2008 e già dal comma 5 dell'art. 117 del TUEL (comma abrogato dal D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168).

- affidamento in concessione ad operatori economici privati individuati con procedura competitiva ad evidenza pubblica;
- affidamento a società mista;
- affidamento a *società in house*.

Un ulteriore intervento normativo sulla disciplina generale dei SPL di rilevanza economica, è rappresentato dall'art. 34, commi 20-26, del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221. Il decreto legge del 2012, senza innovare la normativa

⁴² Il D.P.R. 168/2010 emanato per l'attuazione ed esecuzione della disciplina di rango primario dettata dal D.L. 112/2008, aveva individuato un'ulteriore ipotesi di affidamento *in house*, laddove era fatta salva la possibilità dell'Autorità garante per la concorrenza di autorizzare la gestione diretta del servizio anche nel caso in cui l'ante avesse dimostrato di aver gestito in maniera efficiente il servizio mediante la società pubblica, rispettando i parametri puntualmente individuati dalla norma regolamentare.

generale inerente gli affidamenti della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, si è limitato a richiedere una maggiore trasparenza delle motivazioni e delle modalità di scelta del gestore del servizio, introducendo l'obbligo per l'ente affidante di rendere pubblica una relazione in cui rendere conto delle ragioni e dei requisiti alla base della proprie scelte gestionali⁴³.

La più recente iniziativa legislativa sull'argomento ha riguardato proprio il servizio idrico integrato: nello specifico l'art. 7 del D.L. 12 settembre 2014, n. 133 convertito dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, ha inserito nel corpo del Codice dell'ambiente il nuovo art. 149 *bis*, con contestuale abrogazione dell'art. 150 che, nel dettare la disciplina sulla scelta della forma di gestione e sulle procedure di affidamento, operava un richiamo alle formule organizzative di gestione previste dalla sopra citata disposizione (abrogata) di cui all'art. 113, comma 5, del TUEL.

Anche con l'art. 149 *bis*, del Codice dell'ambiente, il legislatore del 2014, lungi dal dettare una regolamentazione organica e sistematica degli affidamenti nel settore del servizio idrico integrato, ha preferito mantenere l'impostazione basata su un rinvio generico alle forme di gestione previste nell'ordinamento europeo, vincolando gli enti affidanti ad esercitare la loro libertà di scelta nel rispetto della “*normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica*” e stabilendo in ogni caso che la decisione di assumere la gestione *in house* deve rispettare i requisiti posti dall'ordinamento europeo. L'unico aspetto trattato che attiene alla specificità del servizio idrico consiste nell'indicazione di attenersi al principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, salvo il peculiare regime normativo di determinazione della tariffa applicabile all'utenza, di cui si dirà nel proseguo.

Opportunità e criticità

Ad oggi, dunque, il novero delle formule organizzative alle quali gli enti di governo del servizio idrico integrato possono legittimamente ricorrere continua a corrispondere alle tre fattispecie, sopra menzionate, dell'affidamento in concessione, della società mista e della gestione diretta *in house*.

Si pone dunque l'esigenza di analizzare, ai fini del recepimento della Direttiva concessioni, il rapporto tra il descritto regime giuridico vigente cui soggiacciono le differenti forme di organizzazione del servizio idrico e l'esclusione (monitorata dalla Commissione e presumibilmente temporanea) disposta dall'art. 12 in esame.

- **Affidamento del servizio in concessione.** La norma interna di riferimento vigente che definisce le regole da osservare in caso di affidamento della gestione del servizio idrico ad un operatore economico privato è rappresentata dall'art 30 del Codice dei contratti, relativo alla concessione di servizi. Come noto, questa norma fornisce alcune regole di carattere generale, in ragione del fatto che le concessioni di servizi, nell'impianto della Direttiva del 2004, erano inquadrate tra i contratti esclusi (art 17 Direttiva 2004/18/CE). In linea con tale impostazione, per la selezione del concessionario l'art. 30 del D.Lgs. 163/2006 dispone un generico rinvio ai principi desumibili dal Trattato e a quelli relativi

43 Il comma 20 prevede in particolare l'obbligo di pubblicare sul profilo di committente la “relazione” sulla cui base il servizio è stato affidato, in cui deve essere dato conto delle ragioni della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo, nonché riportati i contenuti degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche ove previste. Per gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del decreto legge la relazione deve essere pubblicata entro il 31 dicembre 2013.

ai contratti pubblici, in particolare richiamando i ben noti principi di: trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità, da osservare nell'espletamento della gara informale alla quale debbono essere invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tal numero soggetti idonei.

Orbene, con il recepimento della Direttiva 2014/23/UE, la norma generale di cui all'art. 30 del Codice dei contratti è destinata a scomparire atteso che il legislatore europeo del 2014, rovesciando la precedente impostazione, ha incluso nell'ambito di applicazione della Direttiva anche le concessioni di servizi, destinate ad essere regolamentate al pari delle concessioni di costruzione e gestione.

Pertanto, mentre appare plausibile ritenere che le concessioni di servizi rientranti nei settori speciali, diversi dal settore idrico, saranno assoggettate alle medesime regole interne applicabili alle concessioni di servizi nei settori ordinari (salva ovviamente l'assunzione della scelta di adottare una differente soluzione compatibile con il carattere generico delle norme sulle procedure di aggiudicazione delineate dalla Direttiva concessioni), in fase di recepimento si rende necessario valutare l'introduzione di una norma speciale per le concessioni nel settore idrico, in analogia a quanto oggi prevede l'art. 30 del Codice dei contratti, fermo restando che, in assenza di una disciplina specifica, trovano comunque applicazione i principi del trattato. A tal proposito si ritiene possano continuare a rappresentare un fondamentale riferimento gli orientamenti espressi dalla Commissione europea nella Comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici» (2006/C 179/02).

Per altro verso, un ulteriore elemento da approfondire in fase di recepimento potrebbe riguardare la stessa qualificazione dell'affidamento come concessione di costruzione e gestione, piuttosto che di concessione di servizi, in dipendenza dell'entità dei lavori che il gestore incaricato si impegna a realizzare durante la gestione del servizio. Detti lavori infatti, da indicare puntualmente nei capitolati, formano oggetto di valutazione della convenienza e completezza dell'offerta (art. 149 *bis*, comma 2 *bis*, Codice dell'ambiente) e sono inclusi nel Piano degli interventi che il soggetto gestore è tenuto ad attuare ai sensi dell'art. 151, comma 2⁴⁴.

Oltre a ciò, un potenziale fattore di criticità della vigente disciplina nazionale in materia di gestione delle risorse idriche, in rapporto alla possibile apertura del settore al mercato attraverso la scelta dell'ente di governo di ricorrere all'affidamento del servizio in concessione, è ravvisabile nelle regole vigenti applicabili alla tariffa da corrispondere al gestore del servizio. La tariffa è nello specifico determinata dall'autorità d'ambito sulla base dei criteri definiti con decreto del Ministro dell'economia di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, su proposta dell'Autorità di vigilanza di riferimento ed è applicata dai soggetti gestori. Tra gli elementi che compongono le voci della tariffa, predeterminati a livello normativo dall'art. 154 del Codice dell'ambiente, figurava anche l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito. Questa componente è stata peraltro espunta dalla norma, in quanto abrogata in

44 Mentre infatti ai sensi dell'art. 144, comma 1, del Codice dell'ambiente, le acque appartengono al demanio necessario, le infrastrutture (acquedotti, fognature, impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica), a tenore di quanto dispone l'art. 143 fanno parte del demanio accidentale di cui all'art. 822 del codice civile. Secondo quanto dispone l'art. 153 del citato Codice dell'ambiente, le infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali sono affidate in concessione d'uso gratuita, per tutta la durata della concessione, al gestore del servizio idrico integrato, il quale ne assume i relativi oneri indicati in convezione.

esito al referendum del 2011 e si osserva che questo potrebbe compromettere la valorizzazione imprenditoriale del servizio. Peraltro, sul punto la Corte costituzionale, nella sent. 26/2011 con la quale aveva dichiarato l'ammissibilità del referendum svoltosi il 12 e 13 giugno di quell'anno, ha affermato che la scomparsa del riferimento alla remunerazione del capitale investito non implica la trasformazione del servizio idrico in servizio privo di rilevanza economica. Perché sussista la rilevanza economica, secondo la Consulta si richiede unicamente l'esercizio dell'attività con metodo economico, vale a dire quantomeno nella prospettiva di una copertura dei costi mediante i ricavi, tra i quali possono essere ricompresi i finanziamenti pubblici.

Sotto un differente angolo visuale, sono altre le componenti indicate dalla norma come parametri per la determinazione della tariffa a sollevare qualche dubbio di compatibilità con gli elementi costitutivi caratteristici del contratto di concessione ed in particolare con la nozione di "rischio operativo" definita dalla Direttiva 2014/23/UE. Il riferimento è in particolare ai costi di realizzazione delle opere e degli adeguamenti necessari e ai costi di gestione delle opere che possono essere posti in capo anche al soggetto gestore.

Nel considerando 17 si legge infatti che *"I contratti che non implicano pagamenti al contraente e ai sensi dei quali il contraente è remunerato in base a tariffe regolamentate, calcolate in modo da coprire la totalità dei costi e degli investimenti sostenuti dal contraente per la fornitura del servizio, non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva"*. Come si evince dal successivo considerando 18, la Direttiva ammette una limitazione ma non una esclusione del rischio operativo.

Infine un ultimo elemento da evidenziare rispetto alla disciplina dettata dalla Direttiva concessioni riguarda la durata dell'affidamento al soggetto gestore, che a mente dell'art. 151, comma 2, lett. b), del Codice dell'ambiente non può essere superiore a trent'anni.

Vista l'esclusione del servizio idrico dall'ambito di applicazione della Direttiva concessioni, la questione della compatibilità in merito alla disciplina nazionale della tariffa e della durata della concessione nel servizio idrico può assumere rilievo esclusivamente in vista del monitoraggio da parte della Commissione sull'impatto economico dell'esclusione stessa e nelle valutazioni che il legislatore nazionale è chiamato a compiere in fase di recepimento in merito al trattamento giuridico da riservare alla concessione del servizio idrico, alla luce della decisione del legislatore europeo di non considerare più le concessioni di servizi come contratti esclusi.

- **Gestione del servizio idrico affidata a società mista.** La soluzione organizzativa rappresentata dall'affidamento ad una società mista non trova più la propria base normativa nell'art. 113 del TUEL, nella versione attualmente vigente e applicabile anche alla gestione del servizio idrico, in forza del rinvio alle forme di gestione previste dalla normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica disposto dall'art. 149 *bis* del citato Codice dell'ambiente. Nel Testo unico in materia di enti locali, infatti tale formula organizzativa è testualmente prevista dall'art. 116 con riferimento all'esercizio dei servizi pubblici locali di cui all'art. 113 *bis* (servizi pubblici locali privi di rilevanza economica) e alla realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico.

La norma vigente che consente la costituzione di società miste per la produzione di servizi di interesse generale è rappresentata dall'art. 3, comma 27, della legge finanziaria 2008 (L. 24 dicembre 2007, n. 244) mentre la disciplina applicabile alla scelta del socio è stabilita dall'art. 1, comma 2 del Codice dei contratti, ai cui sensi *"Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o*

gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica”.

A tal proposito, in ragione del richiamo operato dall'art. 149 *bis*, comma 1, del Codice dell'ambiente alle forme di gestione previste dall'ordinamento europeo, il modello della società mista deve essere conforme ai parametri del Partenariato Pubblico Privato di tipo istituzionale (PPPI) definiti dalla Commissione europea nella comunicazione interpretativa C(2007)6661. L'applicazione di siffatti parametri richiede in particolare l'indizione di una gara a doppio oggetto, vale di una procedura di aggiudicazione diretta al contempo ad individuare il socio privato (senza limiti minimi di partecipazione) e ad affidare significativi compiti operativi, non essendo compatibile con il modello di PPPI configurato dalla Commissione europea una società mista con una partecipazione privata limitata al mero conferimento di capitali (socio finanziatore), senza partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o alla gestione di tale entità.

L'inquadramento delle società miste nella categoria del PPPI, recepito nel nostro ordinamento dall'art. 3, comma 15 *ter*, del Codice dei contratti, richiede un'attenta riflessione in sede di recepimento delle nuove Direttive appalti e concessioni in merito all'individuazione della disciplina applicabile agli affidamenti a società miste incaricate della gestione del servizio idrico integrato.

Infatti secondo sulla scorta degli indirizzi interpretativi forniti dalla Commissione europea nella Comunicazione del 2007, se la società è costituita per l'esecuzione di un appalto o di una concessione rientrante nel campo di applicazione delle Direttive europee (all'epoca le Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), trovano applicazione le disposizioni specifiche di tali direttive. Ne segue che tale modello organizzativo basato sulla cooperazione istituzionalizzata pubblico-privato, applicato alla gestione del servizio idrico, dovrebbe essere fatto rientrare nello schema della concessione e ricadere nell'ambito di “esclusione” di cui all'art. 12 della Direttiva concessioni in commento, ferma restando l'osservanza dei principi generali derivanti dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e oggetto della surrichiamata comunicazione interpretativa della Commissione europea del 2006 relativa alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici».

- **Gestione del servizio idrico tramite società in house.** L'art. 149 *bis*, comma 1, secondo periodo, del Codice dell'ambiente, nel contemplare testualmente il modello della gestione tramite società interamente pubbliche (comunque partecipate dagli enti ricadenti nell'ambito territoriale ottimale), prescrive che le stesse debbano possedere i requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*. In forza di questo rinvio appare pacifico che i requisiti in argomento saranno quelli individuati dall'art. 17, paragrafi da 1 a 3, della Direttiva concessioni, una volta recepiti, in quanto l'esclusione disposta dall'art. 12 non dovrebbe riguardare anche questa norma, parimenti finalizzata ad individuare le ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione della Direttiva 2014/23/UE.

MPMI

Le disposizioni esaminate trattano dell'ambito oggettivo di applicazione della Direttiva e pertanto sono neutrali rispetto alle MPMI.

Articolo 13 - Concessioni aggiudicate a un'impresa collegata

- *Considerando 38-39 Direttiva 2014/23/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

L'articolo 13 prevede l'esclusione dell'applicazione della direttiva quando un ente aggiudicatore di cui alle lettere b) e c) dell'art. 7 paragrafo 1 aggiudica una concessione ad un'impresa collegata sul presupposto che detti soggetti sono spesso organizzati come gruppi economici che operano nei settori speciali. L'articolo 13 ed i successivi articoli 14 e 15 della direttiva in commento delimitano il campo in cui è opportuno escludere l'applicazione della stessa, al fine di non addivenire a situazioni che potrebbero alterare la concorrenza ed incidere sulla sua tutela. L'articolo in commento può considerarsi una naturale evoluzione di quanto era previsto nell'articolo 23 della direttiva 2004/17/CE disciplinante gli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture nei settori c.d. "esclusi". È inoltre rinvenibile una norma molto simile nel Codice degli appalti che espressamente deroga al principio di concorsualità e concorrenza nei settori speciali di rilevanza comunitaria, è l'articolo 218, da molti considerata l'unica specificazione normativa dedicata ai c.d. affidamenti *in house*.

La disposizione in commento esordisce nei primi due paragrafi con un chiarimento su cosa debba intendersi per "impresa collegata". Il paragrafo 1, ricollegando la nozione alla direttiva 2013/34/UE relativa ai bilanci di esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, precisa che per "impresa collegata" si intende qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli dell'ente aggiudicatore a norma della direttiva stessa.

Il paragrafo 2, invece, intende delimitare la nozione di "impresa collegata" per quegli enti che non rientrano nel campo di applicazione della direttiva 2013/34/UE. In questo caso, per «impresa collegata» si intende qualsiasi impresa:

- a) su cui l'ente aggiudicatore possa esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante;
- b) che possa esercitare un'influenza dominante sull'ente aggiudicatore; o
- c) che, come l'ente aggiudicatore, sia soggetta all'influenza dominante di un'altra impresa in virtù di rapporti di proprietà, di partecipazione finanziaria ovvero di norme interne.

Nello stesso paragrafo, inoltre, si precisa che, conformemente all'articolo 7 della direttiva in commento, un'influenza dominante da parte delle amministrazioni aggiudicatrici si presume in tutti i casi seguenti in cui tali amministrazioni, direttamente o indirettamente:

- a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa;
- b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, oppure
- c) possono designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

In relazione alle definizioni appena esposte, il legislatore europeo ha inteso fornire un ausilio esplicitando nel considerando 39 che, "Le imprese dovrebbero essere considerate collegate se esiste un'influenza dominante diretta o indiretta tra l'ente aggiudicatore e l'impresa interessata oppure se entrambi sono soggetti all'influenza dominante di un'altra impresa; in

tale contesto, la partecipazione privata non dovrebbe avere rilevanza di per sé. Verificare se un'impresa sia collegata ad un determinato ente aggiudicatore dovrebbe essere il più facile possibile. Di conseguenza, e dato che l'eventuale esistenza di detta influenza dominante diretta o indiretta dovrebbe essere già stata verificata per decidere se i conti annuali delle imprese e degli enti interessati debbano essere consolidati, le imprese dovrebbero essere considerate collegate laddove i loro conti annuali siano consolidati. Tuttavia, le norme dell'Unione in materia di conti consolidati non si applicano in taluni di casi, ad esempio per via della dimensione delle imprese interessate o perché talune condizioni riguardanti la loro forma giuridica non sono soddisfatte. In questi casi, qualora non si applichi la direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, sarà necessario esaminare l'esistenza di un'influenza dominante diretta o indiretta tenendo conto della proprietà, della partecipazione finanziaria o delle norme che disciplinano tali imprese”.

Dopo aver chiarito cosa si intende per impresa collegata, su questa base l'articolo 13 prosegue soffermandosi sulle ipotesi nelle quali è esclusa l'applicazione della direttiva. Al paragrafo 3, infatti, si prevede che non rientrano nel campo di applicazione della direttiva, le concessioni aggiudicate:

- da un ente aggiudicatore a un'impresa collegata
- da una joint venture, composta esclusivamente da più enti aggiudicatori allo scopo di svolgere le attività di cui all'allegato II (che elenca le attività svolte dagli enti aggiudicatori di cui all'articolo 7 in materia di gas, elettricità, trasporto ferroviario etc.), a un'impresa collegata a uno di tali enti aggiudicatori.

In particolare, l'esclusione appena descritta si applica:

- alle concessioni di servizi a condizione che almeno l'80 % del fatturato totale realizzato in media negli ultimi tre anni dall'impresa collegata, tenendo conto di tutti i servizi prestati da tale impresa, provenga dalla prestazione di servizi all'ente aggiudicatore o alle altre imprese cui è collegata
- alle concessioni di lavori a condizione che almeno l'80 % del fatturato totale realizzato in media dall'impresa collegata negli ultimi tre anni, tenendo conto di tutti i lavori eseguiti da tale impresa, provenga dall'esecuzione di lavori all'ente aggiudicatore o alle altre imprese cui è collegata.

È inoltre previsto al paragrafo 5 che quando il fatturato degli ultimi tre anni non è disponibile, è sufficiente che l'impresa dimostri, in particolare in base a proiezioni dell'attività, che il fatturato richiesto sia verosimile. Infine, se l'ente aggiudicatore fa parte di un gruppo economico con più imprese collegate che forniscono gli stessi (o simili) servizi, forniture o lavori, la percentuale dell'80% è calcolata tenendo conto del fatturato totale delle imprese.

La disposizione in commento, trattandosi di un'applicazione dell'istituto dell'*in house*, deve necessariamente essere letta in combinato disposto con l'articolo 17 della direttiva dedicato alle circostanze escludenti l'applicazione dei principi concorrenziali in caso di appalto tra enti nell'ambito del settore pubblico e derogato dal presente articolo.

Articolo 14 - Concessioni aggiudicate a una joint venture o a un ente aggiudicatore facente parte di una joint venture

- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Anche l'articolo in commento costituisce una deroga all'articolo 17.

Si tratta di una disposizione che mira ad esplicitare quanto già enunciato nell'articolo precedente. Sono infatti sottratte all'applicazione di questa direttiva le concessioni aggiudicate da una joint venture, composta esclusivamente da più enti aggiudicatori, per svolgere le attività di cui all'allegato II, a uno di tali enti aggiudicatori; oppure da un ente aggiudicatore alla joint venture di cui fa parte a condizione che la joint venture sia stata costituita per svolgere le attività elencate per un periodo di almeno tre anni e che l'atto costitutivo della joint venture preveda che gli enti aggiudicatori che la compongono ne faranno parte almeno per un periodo di pari durata.

Articolo 15 - Notifica delle informazioni da parte di enti aggiudicatori

- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Si tratta della disposizione di chiusura del novero delle previsioni dedicate dalla direttiva in commento alle imprese collegate. Ai sensi dell'articolo 15, infatti, gli enti aggiudicatori che intendono derogare al principio di concorrenzialità notificano alla Commissione, quando è richiesto, le seguenti informazioni:

- a) la denominazione delle imprese o delle joint venture interessate;
- b) la natura e il valore delle concessioni considerate;
- c) gli elementi di prova, ritenuti necessari dalla Commissione per attestare che la relazione tra l'impresa o la joint venture cui le concessioni sono aggiudicate e l'ente aggiudicatore soddisfa i requisiti stabiliti dall'articolo 13 o dall'articolo 14.

Articolo 16 - Esclusione di attività direttamente esposte alla concorrenza

- *Considerando 41 Direttiva 2014/23/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

L'articolo in commento, riprendendo quanto già previsto nella direttiva 2004/17/CE, enuncia un principio generale secondo cui le attività direttamente esposte alla concorrenza in ragione dello sviluppo dei processi di liberalizzazione nello Stato membro in cui una concessione deve svolgersi, non rientrano nell'applicazione della presente direttiva. Lo Stato membro stabilisce se un'attività è direttamente esposta alla concorrenza rifacendosi agli articoli 34 e 35 della direttiva 2014/25/UE dedicata ai settori speciali.

Articolo 17 – Concessioni tra enti nell’ambito del settore pubblico

- Considerando 45,46,47,48 Direttiva 2014/23/UE
- Disposizione a recepimento obbligatorio

Premessa

In considerazione della completa identità di contenuto sia dell’art. 17 della Direttiva 2014/23/UE con il corrispondente articolo 12 della Direttiva 2014/24/UE, sia dei rispettivi considerando 45, 46, 47 e 48 con i corrispondenti 31, 32, 33 e 34, per l’analisi del tema degli affidamenti *in house* si rinvia integralmente alle considerazioni svolte sull’art. 12 del “Documento di analisi della Direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici” ITACA, 19 febbraio 2015 (Documento).

Tuttavia in questa sede vengono ampliate alcune analisi, individuate delle criticità e ipotizzati degli approcci ermeneutici peculiari dell’affidamento diretto di una concessione, strutturalmente differente dall’appalto, ad una società *in house*.

Approfondimento: differenze e peculiarità

Affidare una concessione significa affidare ad un soggetto un “fascio” di attività che possono comprendere dei lavori ma non può mai mancare la gestione dei servizi rivolti alla collettività o alla stessa PA per un lungo periodo di tempo. L’appalto esaurisce la sua esecuzione alla consegna mentre la concessione non prescinde dalla gestione dei servizi per un tempo specifico.

La disposizione si applica alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori, che sono amministrazioni aggiudicatrici di cui all’art. 7 paragrafo 1 lett. a) caso, atteso che per gli altri enti aggiudicatori si applicano gli art. da 13 a 15.

Un campo di elezione delle concessioni sono i servizi pubblici che abbiano una tariffazione all’utenza, per cui il flusso di cassa che ne scaturisce consente di mettere in equilibrio il PEF, dove sono rappresentati i costi di investimento, i costi gestionali, i costi finanziari e di strutturazione. Ma non si esclude la possibilità di affidamenti *in house* a società strumentali che erogino i propri servizi direttamente all’amministrazione aggiudicatrice e da questa ricevano i pagamenti, come nelle concessioni di opere o servizi “freddi” in cui il *main payer* sia la stessa PA.

1. La criticità dell’affidamento *in house* e trasferimento del rischio: concessioni vere o apparenti ?

Affinché si possa parlare di concessione è necessario che tra l’affidante e l’affidataria ci sia un reale trasferimento di rischio operativo, altrimenti, come argomentato nell’analisi dell’art. 1 analizzato nel Documento, viene meno la validità della stessa concessione.

Non può sottacersi come ci sia un contrasto logico tra la necessità del controllo analogo tra affidante e concessionaria negli affidamenti *in house* e trasferimento del rischio compatibile con l’esistenza stessa della concessione. In altre parole laddove ci sia un controllo analogo sembra non poter esserci trasferimento di rischio operativo: la società affidataria perché possa configurarsi l’*in house per definizione* non può avere autonomia dalla società affidante, dunque, il rischio permane in capo all’amministrazione affidante.

Poiché tra ente controllante e società affidataria, c’è un rapporto sostanzialmente interorganico o di stretta dipendenza, non è possibile configurare il trasferimento di rischio

operativo al soggetto beneficiario della concessione: quest'ultimo soggetto agisce e opera come se fosse l'ente concedente, riunificando il rischio in capo al cedente invece di trattenerlo autonomamente. I principi contenuti nella Direttiva relativi alle concessioni sembrano escludere la "gemmazione" di nuove concessioni da porre in capo a soggetti sui quali le amministrazioni aggiudicatrici esercitano un controllo analogo, svolgono attività prevalente e hanno una partecipazione totalitaria. Il modello a cui attingere per comprendere e giustificare l'*in house* delle concessioni non sembra essere quello del partenariato pubblico privato contrattuale.

2. Il modello del PPP istituzionale giustifica l'*in house* delle concessioni. Il frazionamento e limitazione del rischio nell'*in house* spurio: alcune condizioni per l'efficientamento delle società controllate.

In questo caso il modello a cui guardare per riconoscere una struttura contrattuale giustificata dall'ordinamento europeo sembra essere quella del partenariato istituzionale, contenuta nella Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati del 5.02. 2008 C(2007) 6661.

In una società mista, il cui partner viene scelto con un affidamento di gara a doppio oggetto, coesistono l'interesse dell'amministrazione aggiudicatrice e quella dell'aggiudicatario privato; anche qui i rischi operativi permangono in capo alla società dove è presente il socio pubblico che è anche l'amministrazione aggiudicatrice. Il caso, dunque, presenta diverse analogie con l'affidamento di una concessione *in house*, forse più complesso per la presenza necessaria del privato nella compagine societaria, nondimeno è un istituto meritevole di interesse comunitario.

Una possibile funzione che possono avere gli affidamenti delle concessioni *in house*, anche in mancanza del trasferimento del rischio, potrebbe essere di praticare il frazionamento di una concessione in capo ad una società pubblica, già titolare della concessione più ampia, o di isolare in una amministrazione aggiudicatrice una linea di attività specifica che potrebbe essere remunerativa e necessitare di una organizzazione societaria *ad hoc*.

Può essere considerata una forma organizzativa nell'esercizio delle funzioni pubbliche che, attraverso la costituzione di un *ring fence* e la prospettazione di un PEF in equilibrio, attira l'interesse degli istituti finanziatori per erogare finanziamenti per attività con caratteristiche specifiche, ovvero capacità di autoremunerarsi.

Il frazionamento della concessione o l'isolamento di una linea di attività pubblica in capo ad una società *ad hoc* consente (non di trasferire il rischio ma) di limitare il rischio della organismo pubblico "madre", amministrazione aggiudicatrice o società pubblica, al valore della quota investita.

Tuttavia in sede di recepimento devono tenersi presente le peculiarità dell'affidamento *in house* di una concessione avendo riguardo alla necessità di inserire alcuni istituti a presidio dell'efficienza e dell'autonomia del rischio affidato rispetto a quello dell'amministrazione concedente.

Per ottenere un effetto di efficientamento dell'attività pubblica dovrebbero essere curati con estrema dettaglio i contratti di servizio che vincolano la società *in house* controllata con l'ente pubblico controllante. Tali contratti di servizio devono contenere gli standard di servizio o di esecuzione a cui si obbliga la società *in house* e anche le penali irrogate in caso di inadempimento o adempimento al di sotto degli standard. Inoltre, dovrebbero essere

disciplinate con rigore le ipotesi di garanzia degli eventuali scompensi del PEF a carico dell'ente controllante, questo per ricreare il più possibile le condizioni di alterità del rischio, diversamente gli istituti creditizi concederebbero i finanziamenti solo per la garanzia "omnibus" dell'ente controllante piuttosto che valutare la bancabilità dell'iniziativa in se e per se come si deve fare in ogni operazione di PPP.

3. Una condizione per l'in house delle concessioni: l'80% di attività della società in house deve svolgersi nei confronti del soggetto affidante.

Ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. L'interpretazione letterale consentirebbe *l'istituzione in house delle sole società strumentali* con una limitata apertura al mercato, pari al 20%.

Ai sensi del paragrafo 5 dello stesso art. 17 "Per determinare la percentuale delle attività di cui al paragrafo 1, primo comma, lettera b) si prende in considerazione il fatturato totale medio ...".

Sembra che solo le società strumentali, quelle che erogano attività direttamente all'amministrazione aggiudicatrice affidante possano essere costituite tramite affidamento *in house*, ne sarebbero escluse quelle che erogano i servizi locali e che vengono remunerate tramite tariffazione all'utenza.

Una possibile soluzione per rispettare l'impianto della Direttiva potrebbe essere quella in cui gli incassi da tariffazione vengono esatti e gestiti dal soggetto affidante e poi trasferiti alla società *in house* ma con precise modalità volte a salvaguardare l'efficienza della società stessa come indicato nel paragrafo precedente.

Sembra però essere dirimente la Sentenza CEG, 11 maggio 2006, C – 304/2004, Carbotermo che equipara in tutto e per tutto le due situazioni, il fatturato prevalente e quello generato verso gli utenti, risolvendo così la criticità: infatti "il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni".

4. Le condizioni a cui sono ammessi i privati e la loro selezione

Si ricorda come la presenza dei privati nelle società affidataria *in house*, senza poteri di controllo, di veto e di influenza determinante, sia consentita solo a condizione che una legge specifica, anche di settore, la preveda.

In particolare, secondo il considerando 46, "date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con una adesione obbligatoria, quali le organizzazioni responsabili della gestione o dell'esercizio di taluni servizi pubblici, ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da disposizioni legislative del diritto nazionale ... a condizione che si tratti di una partecipazione che non implichi controllo o potere di veto e che non conferisce un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata ... (E' consentita solo) la partecipazione privata diretta di un operatore economico al capitale della persona giuridica controllata".

I privati quindi sono ammessi a condizione che: 1) lo preveda espressamente la legislazione; 2) non abbiano poteri di controllo, veto e influenza determinante; 3) possano partecipare solo al capitale e, dunque, nessun ruolo esecutivo o di rappresentanza, si tratta dei cosiddetti soci finanziatori.

In sede di recepimento particolare attenzione deve essere prestata all'individuazione delle clausole statutarie che consentano ai soci finanziatori di rispettare la neutralità nei confronti della società aggiudicataria; inoltre ci si deve porre la domanda di quali siano le procedure di selezione dei soci privati che aspirino ad entrare nella compagine.

5. Meccanismi di controllo

La creazione di società *in house* potrà avvenire solo nel caso in cui le numerose condizioni di ammissibilità vengano soddisfatte.

Una eventuale proliferazione di società *in house* che non rispettino le condizioni di ammissibilità esaminate sia per l'affidamento (controllo analogo, 80% di fatturato nei confronti della controllata e assenza di soci privati) sia per l'ammissibilità dei soci privati (previsione di legge, qualità di socio finanziatore, mancanza di poteri di controllo, veto e influenza determinante) costituiscono una minaccia per la concorrenza. Per questa ragione dovrebbero essere individuati meccanismi di controllo affinché le condizioni richieste siano soddisfatte.

Articolo 18 – Durata della concessione

- *Considerando 52 Direttiva 2014/23/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Analisi del testo

Il paragrafo 1 dell'articolo in commento stabilisce che le concessioni devono avere una durata limitata, sono vietate le concessioni con durata illimitata o che potrebbero esserlo attraverso clausole di rinnovo.

La durata della concessione, disciplinata nell'articolo 18 è connessa al valore della concessione e all'equilibrio del PEF; infatti il paragrafo 2, pone implicitamente un limite massimo quinquennale di durata, oltre il quale il tempo della concessione è determinato esclusivamente dal periodo “in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi (e delle forniture), insieme con il ritorno sul capitale investito tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici”⁴⁵.

Questa prescrizione non esclude che, anche per le concessioni di durata infraquinquennale, non occorra motivare la scelta del periodo di durata delle stesse, ma richiede piuttosto la necessità di un particolare apparato motivazionale tutte le volte in cui il limite dei cinque anni sia superato.

Opportunità/criticità

Tale approccio cerca, sotto l'aspetto economico, di evitare che durate temporali sovradimensionate, rispetto alle esigenze di equilibrio economico-finanziario, generino dei benefici impropri per il concessionario. Infatti, 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 PA al raggiungimento dell'equilibrio del PEF.

Il Codice segnala, all'art. 143, comma 6 che “la concessione ha di regola durata non superiore a 30 anni” e ancora al comma 8 “per le nuove concessioni di importo superiore al miliardo di euro, la durata può essere stabilita fino a 50 anni”. La prima fa intendere che il limite dei 30 anni è valicabile, egualmente la seconda consente di superare il limite dei 50 anni per le operazioni inferiori al miliardo di euro, mentre è inderogabile per valori superiori.

Il Codice, ai sensi dell'art. 143, comma 8, consente il superamento del limite dei 30 anni qualora sia necessario “per il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti” e della connessa gestione.

La pietra angolare per la determinazione della durata di una concessione è il perseguimento dell'equilibrio del PEF (con riferimento al PEF si veda commento art. 1, sub 11) e a tal proposito la Direttiva esplicita anche la necessità di tener conto del “ritorno sul capitale investito”, mentre il Codice sempre all'art. 143 prevede “del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo di cui ai commi 4 e 5 (contributo pubblico finanziario e in

⁴⁵ *La Comunicazione della Commissione sulle concessioni (2000), precisa che “il principio di proporzionalità esige anche che la concorrenza si concili con l'equilibrio economico finanziario; la durata della concessione dunque deve essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza più di quanto sia necessario per ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali investiti in misura ragionevole pur mantenendo sul concessionario il rischio derivante dalla gestione”.*

cessione di diritti) rispetto all'importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni di mercato”.

In sede di recepimento potrebbe essere valutata l'eliminazione di tutti i limiti temporali specificati mantenendo integralmente le disposizioni della direttiva; infatti, gli elementi di cui si deve tener conto per il perseguimento dell'equilibrio del PEF sono tutti estremamente variabili, dipendenti dalle condizioni di mercato (rendimento, tassi finanziari, rischi associati) o dalle disponibilità della PA (contributo pubblico) o dalla progettazione (costo dell'investimento, tempi di realizzazione), per cui non è possibile indicare normativamente una durata *standard*.

La differenza sul tema della durata delle concessioni tra disciplina comunitaria e interna riguarda la maggiore enfasi che la prima pone sull'adeguata limitazione della durata delle concessioni. L'ampliamento del termine, anche se giustificato dal perseguimento dell'equilibrio del PEF, porta con sé la chiusura del mercato e la progressiva diminuzione dell'utilità di riequilibrio.

Il considerando n. 52 della Direttiva suggerisce che la PA dovrebbe aggiudicare “una concessione per un periodo più breve di quello necessario per recuperare gli investimenti, a condizione che la corrispondente compensazione non elimini il rischio operativo”.

Preso alla lettera è un'indicazione forte per la determinazione della durata: spinge, infatti, a limitare la durata contrattuale delle concessioni al di sotto del termine utile al recupero integrale degli investimenti effettuati e del ritorno sul capitale investito, scaturente dall'equilibrio economico-finanziario del PEF.

Questa indicazione, comunque non vincolante, mira al frazionamento temporale delle concessioni per sottrarre l'esercizio del servizio pubblico (monopolio naturale o legale) ad un solo soggetto privato. La frequenza degli affidamenti delle concessioni dovrebbe consentire di ottenere dei contratti più efficienti e convenienti⁴⁶.

Il considerando n. 52 della Direttiva è consapevole, però, come questo obiettivo possa confliggere con i principi Eurostat ESA 95 di contabilizzazione degli investimenti privati nei bilanci pubblici e, infatti, pone l'avvertimento che “la corrispondente compensazione non elimini il rischio operativo”.

Più chiaramente, quando alla concessione è imposta una durata inferiore a quella che consentirebbe il recupero degli investimenti, è necessario riconoscere al concessionario un valore residuo finale (*terminal value*) per mantenere la sinallagmaticità contrattuale; questo valore, a seconda di come viene calcolato, potrebbe eliminare il rischio operativo, fatto disvoluto, che concorre a contabilizzare nei bilanci pubblici l'investimento privato nelle operazioni di PPP.

⁴⁶ Vedi il Libro Verde sul PPP per cui “una durata eccessiva sarebbe in contrasto con i principi che disciplinano il mercato interno o con le disposizioni del Trattato in materia di concorrenza”.

Articolo 19 – Servizi sociali e altri servizi specifici⁴⁷

- Articolo 20 Direttiva 2014/23/UE;
- Considerando 6, 13, 36, 53, 54, 55, 64, 65, 66, 73 Direttiva 2014/23/UE;
- articoli 74-77 Direttiva 2014/24/UE;
- Considerando 6, 28, 114, 115, 116 e 117 Direttiva 2014/24/UE;
- art. 30 D.lgs. 163/2006;
- Disposizione a recepimento obbligatorio.

Analisi del testo

L'articolo detta disposizioni per l'affidamento in concessione di alcune tipologie di servizi che afferiscono ai “servizi sociali” e a “altri servizi specifici” elencati in un apposito allegato (allegato IV della Direttiva Concessioni, riportato in nota). Dalla lettura dei codici *cpv* e dalle descrizioni emerge una nozione riconducibile in parte ai servizi in passato definiti (in ambito nazionale) non industriali, poi non economici e in parte ai servizi che nella Direttiva appalti 18/2004 erano contenuti nell'allegato II B (con la previsione per essi dell'applicazione solo di alcuni articoli della direttiva).

L'allegato si riferisce quindi non solo ad attività sociali, ma anche alle prestazioni sanitarie, ai servizi di istruzione e formazione, a quelli di accoglienza, legali, culturali, alberghieri e di ristorazione, di sicurezza sociale, investigativi, penitenziari, di sicurezza e di soccorso, postali ed altro.

Si tratta di campi vastissimi, e ben diversi tra di loro, che, nella nostra realtà nazionale, spaziano dall'assistenza, disciplinata dalla legge 328/2000 (Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali) e dalle varie normative regionali di

⁴⁷ Si riporta per immediatezza la descrizione dei servizi di cui all'allegato IV con la precisazione che, per una più precisa individuazione, si deve fare riferimento al codice CPV ivi indicato:

- Servizi sanitari, servizi sociali e servizi correlati;
- Servizi amministrativi, sociali, in materia di istruzione, assistenza sanitaria e cultura;
- Servizi di sicurezza sociale obbligatoria (salvo si tratti di servizi non economici di interesse generale, nel qual caso non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva);
- Servizi di prestazioni sociali;
- Altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative;
- Servizi religiosi;
- Servizi alberghieri e di ristorazione;
- Servizi legali, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'articolo 10, paragrafo 8 lettera d) ;
- Altri servizi amministrativi e delle amministrazioni pubbliche;
- Servizi della pubblica amministrazione forniti alla collettività;
- Servizi penitenziari, di pubblica sicurezza e di soccorso, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'articolo 10, paragrafo 8 lettera g) ;
- Servizi investigativi e di sicurezza;
- Servizi internazionali;
- Servizi postali;
- Servizi vari: Servizi di rigenerazione pneumatici e Servizi di lavorazione del ferro.

attuazione (campi nei quali di norma operano le *cooperative di tipo a e b* e le imprese sociali), alla cultura e quindi alle diverse forme gestionali di cui al D.Lgs. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), quali servizi al pubblico (inizialmente denominati “aggiuntivi”), sponsorizzazioni, concessioni di valorizzazione, alla formazione.

L'articolo 19 prevede che i servizi in questione debbano essere assoggettati **esclusivamente** agli obblighi previsti dalla medesima Direttiva Concessioni agli articoli 31, paragrafo 3 (avvisi di pre-informazione), 32 (avvisi di aggiudicazione), 46 e 47. Quest'ultimi contengono delle modifiche alle precedenti Direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE in relazione alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. In sostanza, e tra l'altro, tali articoli estendono le norme procedurali, compresa la clausola di *stand still* (termine dilatorio di stipula del contratto per il periodo entro il quale possono essere presentati ricorsi contro l'aggiudicazione), agli appalti aggiudicati ai sensi della direttiva.

Quanto sopra non significa che le concessioni siano sottratte al “gioco della concorrenza” *lato sensu* intesa, ma piuttosto che risultino “esentate” dalle norme puntuali che integrano la nozione comunitaria di concorrenza e che impongono il rispetto di parametri tassativi.

Il legislatore (nazionale, regionale) avrà quindi ampio spazio di intervento. Potrà insomma essere dettata una disciplina, più o meno di dettaglio, per l'affidamento delle concessioni *di cui al presente articolo*, come potranno invece essere disciplinate *in modo differenziato* gli affidamenti nei diversi settori (sociale, sanitario, educativo....)

La disciplina alleggerita, prevista dall'art. 19, si applica, come in precedenza visto, ad alcuni servizi (diversi tra di loro, ma accomunati dalla delicatezza e dal fatto che sono riferibili a diritti costituzionalmente garantiti) che hanno una rilevante importanza nel nostro contesto. Si tratta dei i servizi sociali, della cultura, dell'istruzione, della formazione.

Le predette attività (non tutte quelle di cui all'allegato IV, di cui alla nota) sono riferibili ai cosiddetti servizi di interesse generale.

E' opportuno fare quindi un breve approfondimento concernente solo una parte dei servizi ricadenti nell'ambito di applicazione dell'art. 19 (data la loro ampiezza ed eterogeneità).

I servizi sociali, in linea generale (come anche la cultura), sono considerati afferenti ai cosiddetti servizi **“non economici” di interesse generale** (nozione, come noto, “dibattuta”). Le attività in questione non dovrebbero rientrare nel campo di applicazione della direttiva, stante quanto espressamente ora previsto dal *Considerando 6* (ma era così anche prima). E' bene precisare che la libertà riconosciuta (anche) dalla Direttiva 23 di qualificare o meno determinati servizi come non di carattere economico non è assoluta, ma è comunque limitata alla obbligata corrispondenza tra l'impostazione liberamente data al servizio e le sue caratteristiche oggettive di essere o meno a carattere economico (cfr. quanto più oltre si dirà).

Senonché, nel passaggio dalla più generale tematica dei servizi di interesse generale (S.I.G) e dei sistemi di gestione a quella degli **affidamenti**, in concreto, dei singoli servizi, ci si è

posti, anche in passato, la seguente sequenza di domande: a) per quali motivi ed obiettivi si dovrebbero escludere, in tutto o in parte, i servizi in questione dall'applicazione delle regole della concorrenza (comunitaria o meno)? b) l'esclusione deriverebbe dalla materia, dalla "delicatezza" delle prestazioni alla persona, dall'essere attività volte al soddisfacimento di diritti fondamentali, dalla "non commerciabilità" della cultura (intesa come tradizione e identità di un popolo) o dalla "non economicità" delle attività in questione? c) se i servizi sono finanziati in modo consistente dal pubblico, sino ad arrivare ad una completa copertura del costo delle prestazioni, si potrebbe ancora parlare di servizi non economici?

Al fine di fornire una parziale, non definitiva ma pragmatica risposta, si è quindi ragionato sull'esistenza o meno, in concreto, di un potenziale "mercato". Se esiste cioè, "a monte", un consistente finanziamento pubblico dei servizi, vi è la possibilità che vi sia, "a valle", una pluralità di prestatori interessata a concorrere.

In tale prospettiva, per i servizi socio assistenziali e di integrazione si è iniziato a parlare di un mercato delle prestazioni sociali, di *mise en valeur* (anche sotto il profilo economico) dei beni culturali, di concorrenza (anche se "temperata"). Ciò per dei servizi che, prima e di norma, venivano affidati, nel nostro paese, solo al Terzo settore, a volte senza previa gara (si pensi alla dibattuta tematica dei trasporti sanitari, ora forse "risolta" con il *Considerando 28* della direttiva appalti e con il *Considerando 36* della Direttiva in questione) o, sempre senza selezione concorsuale, a soggetti per i quali non è chiaramente riscontrabile il "controllo analogo".

Ebbene, se vi è concorrenza - si è detto - occorre ragionare di regole, in modo tale che il tutto si possa svolgere ordinatamente.

Ecco che, da una iniziale totale "sottrazione" della materia (dall'applicazione delle regole del mercato), si è introdotta, almeno per quanto concerne gli **appalti**, la nuova ed attuale tematica (art. 27 del Codice dei contratti e quindi art.74 e ss. Direttiva Appalti) di *quali* norme e principi, comunitari e non, debbano e possano essere applicati ai servizi "esclusi" (o meglio, alle procedure di esternalizzazione degli stessi).

In estrema sintesi: si è passati dagli *appalti esclusi* alla nuova e diversa tematica degli *appalti a "regime speciale"* (cfr. le recenti schede Itaca in materia di Direttiva Appalti).

Per le **concessioni** (che si caratterizzano e differenziano dall'appalto per il trasferimento del rischio operativo sul privato, sul concessionario) non esistendo –sino ad oggi- una Direttiva comunitaria *ad hoc*, la transizione ad un regime di concorrenza, seppur moderata, è avvenuta invece con maggiore lentezza e con problematiche differenziate a seconda delle materie.

Il settore dei servizi alla persona è stato infatti trattato, in modo a dir poco "frastagliato", dalle diverse normative regionali di riferimento e senza una regia nazionale.

Il settore dei servizi culturali invece, grazie al Codice dei Beni culturali (D.lgs. 42/2004), ha conservato, pur nella diversità delle "applicazioni" territoriali, una certa unitarietà, assicurata non solo (per quanto ci riguarda) dalla chiara disposizione di cui all'art. 115 (che assoggetta a previa selezione concorsuale "di tipo aperto" le concessioni di valorizzazione), ma anche da Circolari, linee Guida o vademecum direttamente o indirettamente riferibili al MIBACT.

Ora, con l'articolo che si commenta, si prevede (*per la prima volta*) che le concessioni di servizi sociali, culturali (e non solo) siano assoggettate ad una Direttiva comunitaria (anche se, sul piano dei contenuti, pronunce della Commissione e della Corte di Giustizia avevano comunque già iniziato da tempo il percorso di apertura alla concorrenza, che ora trova una sistemazione più organica nella direttiva 23). In realtà, come visto, si tratta di un'applicazione limitata a solo a pochissimi articoli della Direttiva, sostanzialmente inerenti a obiettivi di mera trasparenza (anche se restano comunque da osservare, per quanto riguarda le fasi di scelta degli offerenti e di aggiudicazione, i principi del Trattato).

Per molteplici settori ricadenti nel campo di applicazione dell'art. 19, la normativa del nostro Paese è oggettivamente più aperta alla concorrenza, il che va a vantaggio di committenti ed utenti. La nostra apertura, non trovando una corrispondenza in altri Paesi UE (con la nuova Direttiva non incentivati ad una seppur moderata liberalizzazione), potrà determinare un vantaggio per le imprese di altri paesi. Si pensi ad esempio alle concessioni di valorizzazione, assoggettate nel nostro Paese ormai da tempo a gare di tipo aperto, comunitarie (non è così in alcuni paesi UE). Per il sociale si tratterà invece di un forte richiamo a quei principi comunitari che, per particolari regimi concessori, non venivano applicati.

Opportunità e criticità

La Direttiva, come si è visto, lascia ampia libertà ai legislatori nazionali, questo significa che in alcuni settori strategici (per esempio istruzione, cultura, servizi socio-sanitari) il nostro Paese avrà, in sede di recepimento, svariate opportunità. Ci si potrà limitare alla mera trascrizione della norma comunitaria che, come si è visto, prevede una limitatissima applicazione della Direttiva (solo quattro articoli della stessa), o si potrà cogliere l'occasione per effettuare un più generale ripensamento dei principi e delle regole da applicare, in generale, in materia di affidamento di "servizi non economici".

Nel caso in cui non si dovesse optare per una più approfondita regolamentazione dei "servizi non economici", potrebbero emergere delle criticità allorquando i servizi di cui all'allegato IV siano inseriti nell'ambito di contratti misti, ai sensi dell'articolo 20 della Direttiva 23/2014, al quale si rinvia.

Criticità per le MPMI

In molti dei settori (sociale, cultura, formazione, beni culturali, ristorazione), per varie ragioni non sempre codificabili a monte, si tende a favorire la proliferazione di strumenti concessori di vario genere (e dall'incerta natura).

A causa della oggettiva complessità relativa alla gestione dello strumento concessorio, soggetti di piccole/medie dimensioni e comunque non sufficientemente strutturati per assumere e governare con piena consapevolezza le consistenti allee economiche e finanziarie

connesse ad attività in cui il rischio operativo è trasferito al concessionario, potrebbero avere delle difficoltà nell'espletamento delle relative attività.

Articolo 20 – Contratti misti

- *Considerando 29 e 30 Direttiva 2014/23/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Analisi del testo

La Direttiva in commento disciplina i contratti misti di concessione con gli articoli dal 20 al 23. Si tratta di una disposizione certamente innovativa per il nostro ordinamento, considerando che nel Codice dei contratti vigente manca una disciplina positiva in materia di concessioni.

Il paragrafo 1 dell'articolo 20, definendo nella prima parte quali contratti misti le concessioni aventi per oggetto sia lavori che servizi, conferma il cd. Principio di prevalenza funzionale quale criterio per determinare il regime applicabile nel caso di contratto di concessione misto che abbia per oggetto sia lavori che servizi, l'aggiudicazione avviene in conformità delle disposizioni applicabili al tipo di concessione che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione.

Nella seconda parte, invece, il paragrafo 1 disciplina le concessioni aventi ad oggetto sia servizi di cui all'allegato IV che altri servizi prevedendo che l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi, utilizzando quindi il criterio della prevalenza economica per l'individuazione della normativa applicabile.

Si rileva al riguardo che la traduzione in italiano della disposizione risulta non corretta rispetto al testo inglese di cui si è tenuto conto per l'analisi della norma.

prevalendo, quindi, il criterio economico prevede che nel caso di concessioni di servizi misti nelle quali una parte dei servizi consistono in servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IV (quei servizi specifici per i quali l'articolo 19 esclude l'applicazione della Direttiva 23),.

L'articolo differenzia poi la disciplina a seconda se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente separabili (paragrafi 3 e 4) o non sono oggettivamente separabili (paragrafo 5).

La valutazione della oggettiva separabilità (o inseparabilità) potrebbe essere non del tutto agevole. A questo fine il considerando 29 chiarisce che “nel caso di contratti misti in cui le diverse parti costitutive del contratto sono oggettivamente non separabili, le norme applicabili dovrebbero essere determinate in base all'oggetto principale del contratto. È pertanto opportuno precisare in che modo le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori dovrebbero stabilire se le diverse parti siano separabili o meno. Tale precisazione dovrebbe basarsi sulla pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. La determinazione dovrebbe essere effettuata caso per caso, e a tal fine le intenzioni manifestate o presunte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore di considerare indivisibili i vari aspetti che costituiscono un contratto misto non dovrebbero essere sufficienti, ma dovrebbero essere confermate da prove oggettive atte a giustificarle e a motivare l'esigenza di concludere un contratto unico. Un'esigenza motivata di concludere un contratto unico potrebbe per esempio essere riscontrata nell'ipotesi di costruzione di un edificio unico, una parte del quale debba essere utilizzata direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice interessata e un'altra parte debba essere gestita sulla base di una concessione, per esempio per parcheggi destinati al pubblico. Occorre precisare che l'esigenza di

concludere un contratto unico può essere dovuta a motivi di carattere sia tecnico che economico”.

Mentre il considerando 30 precisa che “Nel caso di contratti misti che possono essere separati, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono sempre liberi di aggiudicare contratti separati per le parti separate del contratto misto, nel qual caso le disposizioni applicabili a ciascuna parte separata dovrebbero essere determinate esclusivamente in funzione delle caratteristiche del contratto specifico. D’altra parte, ove le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori scelgano di aggiudicare un contratto comprendente sia elementi di una concessione che altri elementi, a prescindere dal valore di questi elementi e dal regime giuridico cui essi sarebbero stati altrimenti soggetti, dovrebbero essere indicate le norme applicabili a tali casi”.

Il paragrafo 2 prevede comunque che:

- l’applicazione dell’art. 21 se una parte del contratto è disciplinata dall’art. 346 TFUE o dalla direttiva 2009/81 (contratti relativi alla difesa e sicurezza);
- l’applicazione dell’art. 22 se una parte del contratto attiene ad attività previste nell’allegato III o nella Direttiva 2014/25.

Al fine di individuare i diversi ambiti applicativi, si riporta il contenuto dei paragrafi 3, 4 e 5 in forma di tabella, ricordando che i primi due attengono ai casi di contratti oggettivamente separabili, mentre l’ultimo attiene a quelli oggettivamente non separabili:

Paragrafo 3	Contratti aventi per oggetto sia elementi disciplinati dalla presente direttiva sia altri elementi diversi da elementi di appalti disciplinati dalle direttive 24e 25 /2014	Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono scegliere di aggiudicare contratti distinti per le parti distinte.	In questo caso la decisione che determina il regime giuridico applicabile a ciascuno di tali contratti distinti è adottata in base alle caratteristiche della parte distinta di cui trattasi
Paragrafo 3	Contratti aventi per oggetto sia elementi disciplinati dalla presente direttiva sia altri elementi diversi da elementi di appalti disciplinati dalle direttive 24e 25 /2014	Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono scegliere di aggiudicare un contratto unico	La direttiva si applica (salvo se altrimenti previsto al paragrafo 4 del presente articolo o all’articolo 21) al contratto misto che ne deriva, a prescindere dal valore delle parti cui si applicherebbe un diverso regime giuridico e dal regime giuridico cui tali parti sarebbero state altrimenti soggette.
Paragrafo 4	Contratti misti che contengono elementi di concessioni nonché elementi di appalti pubblici disciplinati dalla direttiva 2014/24/UE o appalti disciplinati dalla direttiva 2014/25/UE	Il contratto misto è aggiudicato in conformità, rispettivamente, della direttiva 2014/24/UE o della direttiva 2014/25/UE	
Paragrafo 5	Se le diverse parti di un determinato contratto non sono oggettivamente separabili	Il regime giuridico applicabile è determinato in base all’oggetto principale del contratto in questione	
Paragrafo 5	Contratti che concernono elementi sia di una concessione di servizi sia di un contratto di forniture	L’oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi o forniture	

Come è desumibile dalla tabella, si nota che diversamente dalla normativa vigente il tema di appalti misti, il paragrafo 3 prevede che nel caso di oggettiva separabilità delle parti, può scegliersi tanto il cd. criterio della combinazione (a ciascuna parte distinta si applica un contratto distinto), tanto il cd. criterio della prevalenza (applicandosi la direttiva in commento), a prescindere dal valore delle parti cui si applicherebbe un diverso regime giuridico e dal regime giuridico cui tali parti sarebbero state altrimenti soggette.

Quanto ai casi di oggettiva inseparabilità, il paragrafo 4 dispone che si applica il cd. criterio della prevalenza, sulla base dell'oggetto principale del contratto. Per i contratti che concernono elementi sia di una concessione di servizi sia di un contratto di forniture, l'oggetto principale è valutato in base alla prevalenza economica di una delle parti.

Articolo 22 – Contratti concernenti sia le attività di cui all'allegato II sia altre attività

- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Analisi del testo

L'articolo 22 detta una disciplina in deroga per gli enti aggiudicatori per i contratti misti che comprendono attività dell'allegato II e altre attività. Gli Enti aggiudicatori in tale ipotesi possono scegliere di aggiudicare contratti distinti per le distinte parti o un unico contratto. Se gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare un contratto separato, l'art. 22 prevede che la decisione che determina quali regole applicare a ciascuno di tali contratti distinti è presa in base alle caratteristiche dell'attività distinta di cui trattasi.

Mentre in deroga all'articolo 20, se gli enti aggiudicatori decidono di aggiudicare un contratto unico, si applicano i paragrafi 2 e 3 di questo articolo.

Il paragrafo 2 prevede che se il contratto è destinato all'esercizio di più attività si applicano le norme relative all'attività principale cui è destinato.

Ai sensi del paragrafo 3, nel caso di contratti per cui è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività siano principalmente destinati, le norme applicabili sono determinate conformemente a quanto segue:

- a) la concessione è aggiudicata conformemente alle disposizioni della presente direttiva applicabili alle concessioni aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici, se una delle attività alla quale il contratto è destinato è soggetta alle disposizioni della presente direttiva applicabili alle concessioni aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici e l'altra attività è soggetta alle disposizioni della presente direttiva applicabili alle concessioni aggiudicate dagli enti aggiudicatori;
- b) il contratto è aggiudicato secondo la direttiva 2014/24/UE se una delle attività cui è destinato il contratto è disciplinata dalla presente direttiva e l'altra dalla direttiva 2014/24/UE;
- c) il contratto è aggiudicato secondo la presente direttiva se una delle attività cui è destinato il contratto è disciplinata dalla presente direttiva e l'altra non è soggetta alla presente direttiva, né alla direttiva 2014/24/UE o alla direttiva 2014/25/UE.

In sostanza, il diritto europeo impone una valutazione caso per caso delle attività alle quali il contratto è, di volta in volta, destinato.

Articolo 24 – Concessioni riservate

- Considerando 6, 13, 36, 53, 54,55,64,65,66, 73 Direttiva 2014/23/UE
- Disposizione a recepimento facoltativo
- art. 19 Direttiva 2004/18/UE,
- Considerando 28 Direttiva 2004/18/UE, Art. 52 D.lgs. 163/2006, Considerando 36 e Articolo 20 Direttiva 2014/24/UE

Analisi testo

La disposizione era già presente nella Direttiva 18/2004 e ripropone i contenuti dell'art. 20 della Direttiva 2014/24/UE. Da un punto di vista sistematico, l'articolo 24 in commento si colloca nella sezione IV "Situazioni specifiche" del Capo I del Titolo I della Direttiva concessioni, nell'ambito delle disposizioni volte a definire l'oggetto, l'ambito di applicazione e i principi generali. Si evidenzia in proposito che l'articolo 19 della Direttiva del 2004 era inserito nella Sezione 4 "Regime Speciale" a differenza dell'articolo 20, Direttiva 24 che, invece, è collocato nella Sezione "Disposizioni generali".

E' dunque da rilevare che già la collocazione attuale, come detto nell'ambito del Titolo I, significhi un maggiore "respiro" attribuito alla norma.

L'articolo 19 della precedente Direttiva, prevedeva, con riferimento alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, che: *"Gli Stati membri possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici a lavoratori protetti o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali"*.

La norma precedente quindi prevedeva: una maggioranza (il 50% ed oltre dei lavoratori) e lo svantaggio era limitato alla sola disabilità.

Con le Direttive del 2014 invece, sia con riferimento alle procedure di aggiudicazione degli appalti sia con specifico riguardo alle procedure di aggiudicazione delle concessioni, si prevede una percentuale inferiore (almeno il 30%) e viene ampliata la categoria dello svantaggio.

La Direttiva concessioni dunque, come la Direttiva 2014/24/UE per gli appalti, valorizza ulteriormente il ruolo delle imprese sociali che si propongono come scopo l'integrazione o reintegrazione sociale e professionale delle persone svantaggiate.

L'articolo 24 costituisce una soluzione innovativa, coerente con i propositi fissati nell'*Iniziativa per l'impresa sociale* avviata nel 2011 dalla Commissione. La disposizione ricalca il modello del primo esempio di impresa sociale in Europa, rappresentato dalle cooperative sociali italiane di cui alla L. 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina delle cooperative sociali).

Inoltre, anche ai fini della definizione di "persona svantaggiata" il legislatore dovrà tener conto delle definizioni già contenute nell'art. 4 della citata legge 8 novembre 1991, n. 381, dove si considerano "persone svantaggiate" esclusivamente gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e

gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno ai sensi dell'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni.

Opportunità

In virtù di quanto previsto dall'art. 24 in esame, si ritiene che servizi pubblici a gestione complessa (le concessioni, diversamente dagli appalti, non hanno mai di fatto limitati importi) potranno essere affidati anche alla cooperazione sociale di tipo b).

Si apre quindi, a tale proposito, un grandissimo e interessante mercato (riservato) per le cooperative di tipo b).

Le energie rinnovabili, ed in particolar modo gli impianti di piccola dimensione, il ciclo e il riciclo dei rifiuti, le purtroppo abbandonate manutenzioni dei boschi e dei corsi d'acqua minori e tutte quelle attività industriali strettamente legate al territorio e alle comunità locali, potrebbero insomma divenire un campo di sperimentazione - di rilevante impatto economico e sociale - per le cooperative di tipo b) e degli altri operatori economici in possesso dei requisiti indicati dalla norma europea.

Criticità per le MPMI

Mentre nell'appalto di servizi la stazione appaltante corrisponde all'aggiudicatario un corrispettivo proporzionato alla fornitura, nei contratti de *quibus* il soggetto erogatore del servizio, secondo lo schema tipico della concessione, è lo stesso che assume il "rischio di gestione", più precisamente è lo stesso che assume l'alea del pagamento delle tariffe da parte dell'utenza e della loro remuneratività, ancorché regolarmente incassate, rispetto agli investimenti realizzati e al costo di gestione del servizio.

La scelta di organizzare l'esternalizzazione di servizi secondo la norma in esame, attraverso il ricorso ad un contratto di concessione dovrebbe riguardare gare per l'affidamento di servizi di una certa complessità, entità e durata, rivolte tendenzialmente a cooperative sociali di tipo b) ed altri operatori economici di rilevanti dimensioni, dotate di mezzi, macchinari e di sufficiente "patrimonializzazione".

Rispetto a tale scelta gli operatori economici, comprese le cooperative di tipo b) di medio piccole dimensioni potrebbero trovarsi in una posizione di svantaggio in quanto sprovviste di adeguata organizzazione e dotazione, strumentale.

Articolo 25 – Servizi di ricerca e sviluppo

▪ *Disposizione a recepimento obbligatorio*

L'articolo in commento, con una formulazione analoga a quella contenuta all'art 14 della Direttiva 2014/24, disciplina una ipotesi di esclusione dalla applicazione della Direttiva relativamente a contratti di concessione riguardanti servizi rientranti nelle CPV⁴⁸. L'articolo traspone in una norma ad hoc la disciplina contenuta alla lettera f) delle esclusioni specifiche previste dalla direttiva 2004/18. Nella nuova formulazione, il testo chiarisce che la direttiva è applicabile nel caso in cui siano soddisfatte entrambe le condizioni seguenti:

- a) i risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività, e
- b) la prestazione del servizio è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice.

La mancanza di entrambi di entrambi i presupposti fa fuoriuscire l'attività di ricerca e sviluppo dall'ambito di applicazione della direttiva e per l'attribuzione di tali contratti occorre fare riferimento alla Comunicazione della Commissione Europea del 14 dicembre 2007.

L'articolo non trova riferimenti nei considerando a differenza del corrispondente articolo della Direttiva 2014/24 per il quale al considerando 35 viene precisato che “È opportuno incoraggiare il cofinanziamento di programmi di ricerca e sviluppo (R&S) da parte di fonti del settore industriale. È pertanto opportuno precisare che la presente direttiva si applica solo in assenza di tale cofinanziamento e qualora i risultati delle attività di R&S siano destinati all'amministrazione aggiudicatrice interessata. Ciò non dovrebbe escludere la possibilità che il prestatore di servizi che ha svolto tali attività possa pubblicare una relazione al riguardo, a condizione che l'amministrazione aggiudicatrice mantenga il diritto esclusivo di usare i risultati dell'R&S nell'esercizio delle sue attività. Tuttavia, condivisioni fittizie dei risultati dell'R&S o partecipazioni puramente simboliche alla remunerazione del prestatore di servizi non dovrebbero impedire l'applicazione della presente direttiva”.

Criticità

I presupposti per l'applicazione dell'articolo 25 ovvero la titolarità della proprietà dei risultati e soprattutto la retribuzione della prestazione interamente a carico dell'amministrazione non appaiono conciliabili con la definizione della concessioni di servizi prevista dall'art. 5 lett. b) il quale pone come presupposto il trasferimento a carico del concessionario del rischio operativo legato alla gestione del servizio.

⁴⁸ 73000000-2 Servizi di ricerca e sviluppo nonché servizi di consulenza affini

73100000-3 Servizi di ricerca e sviluppo sperimentale

73110000-6 Servizi di ricerca

73111000-3 Servizi di laboratorio di ricerca

73112000-0 Servizi di ricerca marina

73120000-9 Servizi di sviluppo sperimentale

73300000-5 Progettazione e realizzazione di ricerca e sviluppo

73420000-2 Studi di prefattibilità e dimostrazione tecnologica

73430000-5 Collaudo e valutazione

Articolo 26 –Operatori economici

- *Considerando 9, 49, Direttiva 2014/23/UE*
- *Articolo 4, Direttiva 2004/18/CEE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio (al paragrafo 2 è prevista una disposizione a recepimento facoltativo per gli Stati membri)*

Nell'ambito dell'argomento in esame, il legislatore europeo disciplina le indicazioni pervenute dalla Corte di Giustizia tra il 2007 ed il 2009 (v. Corte di Giustizia Europea 19 maggio 2009, n. C-538/07), già recepite dalla vigente normativa interna. Sul tema i giudici della CGE avevano stabilito che la nozione di operatore economico va interpretata nel senso di consentire una ampia partecipazione alle gare. I giudici europei, ed oggi la Direttiva in commento, hanno confermato il principio della massima apertura delle gare pubbliche, il quale prevale su qualsiasi disposizione nazionale che precluda la partecipazione a soggetti privi di specifiche forme.

La disposizione che ricalca, nella formulazione l'art. 19 della direttiva 24/2014, conferma in parte la precedente disciplina contenuta nella direttiva 18/2004 prevedendo che gli operatori economici, se in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche.

Alle persone giuridiche può essere imposto di indicare nell'offerta o nella domanda di partecipazione il nome e le qualifiche professionali appropriate delle persone incaricate di eseguire il **contratto** di cui trattasi. Tale previsione di indicare nell'offerta o nella domanda di partecipazione il nome e la qualifica del personale può costituire quindi un elemento che assume valenza di requisito di capacità tecnica al fine della partecipazione o un elemento dell'offerta per la trattazione della diversa valenza dei quali si rinvia all'analisi dell'art. 41.

Il paragrafo 2 detta poi la disciplina per i raggruppamenti di operatori economici confermando quanto già previsto in ordine all'impossibilità di richiedere agli stessi per la presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione di avere una forma giuridica specifica. Il paragrafo 3 introduce una deroga a tale principio prevedendo la possibilità che, dopo l'aggiudicazione, gli stessi assumano una forma giuridica specifica laddove tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto.

Il paragrafo 2 introduce poi la possibilità per le amministrazioni di specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori devono ottemperare ai requisiti di capacità economica finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all'art. 38, purché ciò sia proporzionato e giustificato da ragioni obiettive. Agli Stati membri è lasciata la possibilità di stabilire condizioni generali relative all'ottemperanza di tali modalità da parte degli operatori economici.

Il paragrafo 2 infine prevede che condizioni di esecuzione da parte di gruppi di operatori, diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, devono essere giustificate da motivazioni obiettive e devono essere proporzionate.

Opportunità/criticità

La nozione ampia di operatore economico richiede un approfondimento relativamente ad alcuni soggetti che hanno natura pubblica (università, enti di ricerca ecc...) per i quali, in considerazione della natura del contratto di concessione e della necessità prevista dal legislatore comunitario del trasferimento di un rischio operativo a carico del concessionario, occorre domandarsi se è possibile assumere il ruolo di concessionari.

In relazione alla possibilità introdotta dal paragrafo 2 dell'art. 26 per le amministrazioni di specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori devono ottemperare ai requisiti di capacità economica finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all'art. 38, purché ciò sia proporzionato e giustificato da ragioni obiettive, agli Stati membri è lasciata la possibilità di stabilire condizioni generali relative all'ottemperanza di tali modalità. Quindi in fase di recepimento il nostro legislatore può dettare una disciplina generale per indirizzare le amministrazioni.

Si ritiene necessario mantenere l'attuale disciplina in merito alla partecipazione delle imprese alle procedure in forma riunita anche in considerazione delle opportunità che i raggruppamenti e i consorzi generano a favore della partecipazione delle micro, piccole e medie imprese e della competitività del sistema.

Articolo 28 - Riservatezza

- *Considerando 60;*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Analisi del testo

Il primo paragrafo prevede che, nel rispetto delle norme della Direttiva ed in particolare degli obblighi in materia di pubblicità sui contratti di concessione e gli obblighi di informazione previsti dagli articoli 32 e 40, della legislazione nazionale degli Stati ed in particolare in materia di accesso alle informazioni, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori non rivelino informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate. La norma individua, a titolo non esaustivo, esempi quali segreti tecnici o commerciali e aspetti riservati delle offerte. Il paragrafo successivo esplicita che la norma di cui al primo paragrafo non limita in alcun modo la diffusione pubblica di parti non riservate dei contratti conclusi, comprese le successive modifiche. L'ultimo paragrafo introduce la facoltà per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore di imporre agli operatori economici condizioni dirette a proteggere la natura confidenziale delle informazioni rese disponibili durante tutta la procedura. Tali norme sono la trasposizione del primo capoverso del Considerando 60; mentre il secondo capoverso dello stesso considerando prevede in più, rispetto all'articolo 28, che l'inosservanza dell'obbligo di riservatezza, per entrambe le parti, dovrebbe comportare l'applicazione di sanzioni adeguate secondo i vari ordinamenti vigenti in ogni singolo Stato.

Opportunità/criticità

Non si evidenziano particolari opportunità/criticità; da coordinare con le specifiche normative di riferimento (es.: diritto di accesso e applicazione di eventuali sanzioni come da considerando 60) .

MPMI

Tali norme non comportano vantaggi/svantaggi per le PMI.

Articolo 29 - Norme applicabili alle comunicazioni

- Alcune parti dell'articolo sono a recepimento obbligatorio, altre facoltativo (paragrafo 1, 2° comma).

Analisi del testo

Ad eccezione delle comunicazioni per cui è obbligatorio l'uso dei mezzi elettronici (invio bandi e avvisi ed accesso elettronico ai documenti di gara articolo 33) gli Stati membri o le amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori per tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni possono scegliere tra: mezzi elettronici, posta o fax comunicazione orale, anche telefonica, per comunicazioni non relative ad elementi essenziali della procedura, purché il contenuto sia sufficientemente documentato su un supporto durevole, consegna a mano comprovata da un avviso di ricevimento.

Diversamente da quanto previsto dalla Direttiva 2014/24/UE, che dispone il solo utilizzo dei mezzi elettronici per la gestione delle procedure di gara (fino a comprendervi anche la presentazione delle offerte), nel settore delle concessioni il legislatore europeo non si spinge fino a tale punto ma, con l'ultimo comma del primo paragrafo dell'articolo in esame, prevede la facoltà per gli Stati membri di rendere obbligatorio l'uso dei mezzi elettronici di comunicazione oltre agli obblighi già esistenti (art. 33, paragrafo 2 e art. 34).

Il secondo paragrafo individua le caratteristiche del mezzo di comunicazione, che dev'essere comunemente disponibile, non discriminatorio e non deve limitare l'accesso alla procedura agli operatori economici. Gli strumenti e i dispositivi da utilizzare per le comunicazioni elettroniche nonché le relative caratteristiche tecniche devono essere interoperabili con i prodotti della tecnologia dell'informazione e della comunicazione comunemente in uso. Nella gestione di tutte le comunicazioni (scambi, archiviazioni) i soggetti procedenti agiscono in modo tale da salvaguardare l'integrità dei dati e la riservatezza delle domande di partecipazione e delle offerte, che devono essere esaminate solo dopo la scadenza del termine previsto per la loro presentazione.

Opportunità/criticità

Non si evidenziano particolari opportunità/criticità.

MPMI

Tali norme non comportano vantaggi/svantaggi nei per le PMI.

Articolo 30 - Principi generali

- *Considerando 55, 57 e 58;*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio;*
- *Allegato X.*

All'articolo 30, primo paragrafo, vi è l'enunciazione del principio per il quale i soggetti precedenti sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario nel rispetto di quanto previsto dalla Direttiva; al secondo paragrafo vi è il richiamo ai principi enunciati all'articolo 3 e precisamente parità di trattamento e di non discriminazione nei confronti degli operatori economici, trasparenza e proporzionalità nell'azione amministrativa sia nella fase di aggiudicazione sia in quella esecutiva.

Il terzo paragrafo impone agli Stati membri l'introduzione di misure idonee a garantire che gli operatori economici rispettino, nell'esecuzione della concessione, "*... gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X*". Tale norma è la trasposizione di quanto previsto dal Considerando 55, mentre il Considerando 57 prevede la possibilità di introdurre clausole contrattuali a tutela degli ambiti individuati, oltre ad un esplicito riferimento al rispetto dei contratti collettivi e prevede, nel secondo capoverso, che il mancato rispetto di tali obblighi possa essere considerato un grave illecito, da parte degli operatori economici, che potrebbe comportarne l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione. Ancora il Considerando 58 dispone che la vigilanza sull'osservanza delle disposizioni di cui al terzo paragrafo, dovrebbe essere svolta nelle relative fasi della procedura di aggiudicazione (selezione dei partecipanti e aggiudicazione dei contratti e applicazione dei criteri di esclusione).

Il quarto paragrafo individua il potere conferito alla Commissione di adottare atti delegati per modificare l'elenco di cui all'allegato X richiamato dal terzo paragrafo (non necessita recepimento).

Opportunità/criticità

La disciplina della direttiva riconosce ampia libertà nell'organizzazione delle procedure ulteriormente confermata dalla possibilità di negoziazione prevista dall'art. 37 paragrafo 6. e dalla possibilità di affidare direttamente senza pubblicazione di bando o avviso ad un unico operatore prevista dall'art. 31 paragrafo 4. Tale aspetto andrà preso in considerazione dal legislatore anche alla luce dell'attuale normativa nazionale più vincolante che prevede solo le procedure aperte e ristrette.

MPMI

Tali norme non comportano vantaggi/svantaggi per le PMI.

Articolo 31 - Bandi di concessione

- *Considerando 50 e 51;*
- *art. 58 Direttiva 18/2004;*
- *art. 144, DPR 163/2006;*
- *allegati V e VI;*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio.*

Analisi del testo

Sulla base del primo paragrafo, qualora un soggetto intenda aggiudicare una concessione rende nota tale intenzione con un bando di concessione. Questo soddisfa quanto previsto dal Considerando 50, che al fine di garantire adeguata pubblicità ritiene necessario che l'aggiudicazione di una concessione debba essere preceduta dalla pubblicazione obbligatoria del relativo bando nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Il paragrafo successivo specifica le informazioni che il bando deve contenere mediante il rinvio all'allegato V e prevedendo l'opportunità di inserire ogni altra informazione ritenuta utile; il tutto mediante l'utilizzo dei modelli uniformi.

Il successivi paragrafi (terzo, quarto e quinto) introducono delle eccezioni, ma come previsto dal Considerando 51, in considerazione degli effetti negativi sulla concorrenza, l'aggiudicazione senza previa pubblicazione dovrebbe essere permessa solo in circostanza eccezionali e che tali eccezioni dovrebbero limitarsi ai casi in cui risulta chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non aumenterebbe la concorrenza.

Il terzo capoverso prevede che se l'oggetto della concessione concerne i servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell'allegato IV, il bando di gara è sostituito dalla pubblicazione di un avviso di pre-informazione, contenente le informazioni di cui all'allegato VI. Il Considerando 53, infatti individua per questi tipi di servizi la possibilità di individuare un regime specifico, sul presupposto che tali servizi sono forniti in un contesto particolare che varia sensibilmente tra i vari Stati membri e che trattasi di regolazioni di recente introduzione. Pertanto le forme alleggerite di pubblicità previste sono considerate adeguate per informare i potenziali offerenti in merito alle opportunità commerciali, nonché, relativamente alla post-informazione, in merito al numero e al tipo di contratti aggiudicati. Sempre il Considerando 53 prevede che siano gli Stati membri a varare le misure idonee a garantire il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici, consentendo allo stesso tempo alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori di tenere conto delle specificità dei servizi in questione. Il successivo Considerando 54 sancisce la massima discrezionalità in capo agli Stati membri nell'organizzazione della scelta dei prestatori di tali servizi, prevedendo la facoltà di svolgere direttamente tali servizi o di organizzarli secondo modalità che non richiedano la conclusione di concessioni, purché tali sistemi garantiscano sufficiente pubblicità e rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.

La novità più rilevante introdotta dalla Direttiva 23 riguarda l'ipotesi che non prevede la pubblicazione di un bando (paragrafo quarto) e quindi la concessione può essere affidata con procedura negoziata. Tale ipotesi può essere applicata solo qualora i lavori o i servizi possano essere forniti soltanto da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:

- a) l'oggetto della concessione è la creazione o l'acquisizione di un'opera d'arte o di una rappresentazione artistica unica;

- b) per assenza di concorrenza per motivi tecnici;
- c) per l'esistenza di un diritto esclusivo;
- d) per la tutela dei diritti di proprietà intellettuale e di diritti esclusivi diversi da quelli definiti all'articolo 5, punto 10 (diritto avente l'effetto di riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività).

Le ipotesi di cui ai punti b), c) e d) si applicano solo se non esistono alternative o sostituti ragionevoli e l'assenza di concorrenza non sia il risultato di una limitazione artificiosa dei parametri per l'aggiudicazione (come da Considerando 51, secondo capoverso)

Il quinto paragrafo prevede la facoltà di non pubblicare un nuovo bando di gara se non sia stata presentata nessuna offerta o nessuna offerta appropriata o candidatura o candidatura appropriata in una precedente procedura di concessione, sempreché non siano mutate le condizioni iniziali del contratto e che sia trasmessa una relazione alla Commissione, su richiesta di quest'ultima. Le norme successive definiscono i concetti di offerta e candidatura non appropriata, considerando l'offerta non appropriata quella che non presenta alcuna pertinenza con la concessione ed è quindi manifestamente inadeguata a soddisfare le esigenze e i requisiti specificati nei documenti di gara; la candidatura non è ritenuta appropriata se il candidato deve o può essere escluso sulla base dell'articolo 38, paragrafi da 5 a 9 della Direttiva o non soddisfa i criteri di selezioni stabiliti ai sensi dell'articolo 38, paragrafo 1 o se le domande di partecipazione includono offerte non appropriate.

Criticità

Si segnala la complessità del coordinamento tra gli articolo 10, paragrafo 1, commi 1 e 2 della Direttiva ed il paragrafo 4, comma 1, lettere c) e d) dell'articolo in esame, laddove le prime norme dispongono che non trova applicazione la direttiva per concessioni di servizi rilasciate in virtù di un diritto esclusivo ad una amministrazione aggiudicatrice o a un ente aggiudicatore di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), o ad un'associazione dei medesimi, o ad un operatore economico sulla base di un diritto esclusivo come previsto dal paragrafo 1 comma 2 dell'art 10, mentre le seconde norme prevedono l'applicazione della direttiva, ma la possibilità di non pubblicare un bando laddove la concessione di lavori o di servizi possa essere affidata ad un unico operatore economico in virtù di un diritto esclusivo (quindi in assenza di concorrenza).

MPMI

L'allegato V, richiamato dalla norma, prevede al punto 4 che il bando di gara debba indicare se la concessione è suddivisa in lotti; norma a tutela delle MPMI

Articolo 32 - Avvisi di aggiudicazione delle concessioni

- *Considerando 53 penultimo capoverso;*
- *allegati VII e VIII;*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio.*

Analisi del testo

Il primo paragrafo introduce l'obbligo della post-informazione, prevedendo l'invio di un avviso, con le modalità di cui all'articolo successivo (33) da effettuarsi entro 48 giorni dall'aggiudicazione con l'indicazione dei risultati della procedura esperita. Il secondo capoverso prevede la facoltà di una forma di informazione alleggerita per le concessioni aventi ad oggetto servizi sociali ed altri servizi specifici individuati dall'allegato IV. Dispone infatti che gli avvisi di aggiudicazione possano essere inviati a cadenza trimestrale (entro 48 giorni dalla conclusione del trimestre di riferimento). Il secondo paragrafo individua le informazioni che gli avvisi devono contenere mediante il rinvio ai vari allegati.

Opportunità/criticità

Non si evidenziano particolari opportunità/criticità.

MPMI

Tali norme non comportano vantaggi/svantaggi per le PMI.

Articolo 33 - Modelli e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi;

- *artt. 66, 144, c. 3, 145 D.lgs. 163/200;*
- *allegati V, VII, VIII e IX;*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio.*

Analisi del testo

Il primo paragrafo dispone un rinvio ai vari allegati per le informazioni che devono essere previste nel bando di gara, nell'avviso di aggiudicazione e nell'avviso previsto dall'articolo 43, paragrafo 1, secondo comma (modifiche alla concessione - varianti - senza ulteriore gara). Il comma successivo conferisce alla Commissione la titolarità di stabilire tali modelli mediante atti di esecuzione in conformità alla procedura consuntiva di cui all'articolo 50.

I paragrafi successivi introducono elementi procedurali prevedendo la modalità di trasmissione telematica per i bandi e gli avvisi, la conferma di ricezione con la menzione della data di pubblicazione e le relative spese a carico dell'Unione, ed altre indicazioni (scelta della lingua). Il quarto paragrafo dispone il divieto di pubblicazione dei bandi e degli avvisi a livello nazionale prima della pubblicazione a livello europeo a meno che, entro 48 ore dalla ricezione della conferma dell'invio degli atti l'Unione non abbia provveduto a pubblicarli. Gli atti pubblicati a livello nazionale non devono contenere informazioni diverse rispetto a quelli inviati all'Unione europea.

Opportunità/criticità

Non si evidenziano particolari opportunità/criticità.

MPMI

Tali norme non comportano vantaggi/svantaggi per le MPMI.

Articolo 34 - Disponibilità elettronica dei documenti di gara

- *Disposizione a recepimento obbligatorio.*

Il primo paragrafo prevede che i soggetti procedenti offrano l'accesso gratuito, illimitato e diretto per via elettronica ai documenti di gara a decorrere dalla data di pubblicazione di un bando o dalla data di invio a presentare offerte. Il testo del bando o dell'invito devono indicare l'indirizzo internet per l'accesso ai documenti. Il secondo paragrafo introduce delle eccezioni a tale regola: se per circostanze debitamente motivate (per eccezionali motivi di sicurezza o tecnici o a causa della natura particolarmente sensibile delle informazioni commerciali che richiedano un livello estremamente elevato di protezione) non vi sia la possibilità di offrire l'accesso, con le caratteristiche individuate al primo paragrafo, a determinati documenti di gara, il bando o l'invito dovranno contenere l'indicazione che i documenti in questione saranno trasmessi per vie diverse da quella elettronica e che il termine per la presenza delle offerte è prorogato. Il terzo paragrafo disciplina la richiesta di informazioni aggiuntive sui documenti di gara da parte dei concorrenti, prevedendo che se richieste in tempo utile, le relative informazioni devono essere fornite a tutti i candidati/offertenti almeno sei giorni prima della scadenza per la presentazione delle offerte.

Opportunità/criticità

Non si evidenziano particolari opportunità/criticità.

MPMI

Tali norme non comportano vantaggi/svantaggi per le MPMI.

Articolo 35 - Lotta alla corruzione e prevenzione dei conflitti di interesse

- *Articolo 35 Direttiva 2014/23/UE*
- *Considerando 61 Direttiva 2014/23/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Analisi del testo

L'analisi della disposizione non può prescindere da alcune considerazioni preliminari relative all'importanza che la prevenzione e il contrasto dei fenomeni corruttivi hanno assunto a partire dalla seconda metà degli anni '90 del secolo scorso nell'agenda politica dell'Unione europea e, prima ancora, in ambito internazionale. In tal senso appare corretto sostenere che la più recente attività legislativa sia europea che nazionale condotta su queste tematiche è stata sollecitata e va interpretata alla luce dei vincoli, degli standards e delle misure di prevenzione e repressione formatesi nell'ordinamento internazionale⁴⁹.

Al quadro delle fonti internazionali così delineato va ancorata la legislazione interna di contrasto alla corruzione riflessa principalmente nella legge 6 novembre 2012 n. 190 (*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*). Questa legge costituisce la risposta agli impegni assunti dall'Italia con la comunità internazionale anche per il tramite dell'Unione europea. Per altro, proprio la matrice internazionale delle soluzioni introdotte nell'ordinamento nazionale è all'origine di alcune emergenti difficoltà di coordinamento con le regole interne previgenti.

Con riferimento al settore dei contratti pubblici rileviamo che prevenzione e contrasto dei fenomeni corruttivi rientrano tra gli obiettivi principali della riforma europea in tema di appalti pubblici e concessioni tracciata dalle Direttive 2014/23/, 2014/24 e 2014/25 dell'Unione.

Il mercato dei contratti pubblici rappresenta, infatti, uno dei settori più esposti a fenomeni di corruzione in tutti gli Stati membri, con impatti significativi - se pure variabili da Stato a Stato - sulla qualità della spesa pubblica. La Commissione europea, dopo aver analizzato i dati riferiti al 2008, segnala che i maggiori costi dovuti a pratiche corruttive “*spesso raggiungono il 20-25%, e in alcuni casi addirittura il 50%, del costo totale di un contratto*”⁵⁰. In altro studio (2013) sempre la Commissione segnala che “*nel 2010 i costi diretti complessivi della corruzione negli appalti pubblici in cinque settori (strade e ferrovie, acqua e rifiuti, edilizia urbana e lavori, formazione, ricerca e sviluppo) in otto Stati membri (Francia, Italia, Ungheria, Lituania, Paesi Bassi, Polonia, Romania e Spagna) sono risultati pari a un importo compreso tra 1,4 miliardi di euro e 2,2 miliardi di euro*”. Si comprende, dunque, quanto sia prioritario per l'UE e gli Stati membri rafforzare le proprie politiche e dotarsi di regole specifiche contro la corruzione nel settore dei contratti pubblici.

49 Facciamo riferimento, in particolare: ☐ alla Convenzione contro la Corruzione, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con risoluzione 58/4 del 31 ottobre 2003, sottoscritta il 15 settembre 2005 dalla Commissione europea e dalla Presidenza del Consiglio europeo a nome della Comunità Europea, ratificata dall'Italia con legge 3 agosto 2009 n. 116; ☐ alla Criminal Law Convention on Corruption approvata dal Consiglio d'Europa il 27 gennaio 1999 e ratificata dall'Italia con legge 28 giugno 2012 n. 110, nell'ambito della quale è stato costituito il Groupe d'Etats contre la Corruption (G.R.E.C.O.) di cui l'Italia fa parte dal 2007; ☐ alla Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali approvata il 17 dicembre 1999 e ratificata dall'Italia con legge 29 settembre 2000 n. 300. Per dare attuazione a quest'ultima norma l'Italia ha adottato il Decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, che ha introdotto nell'ordinamento nazionale la responsabilità amministrativa delle società per i reati di corruzione interna e internazionale.

50 Cfr. Relazione dell'Unione europea sulla Lotta contro la corruzione, rapporto realizzato dalla Commissione europea, COM/2014/38 del 3 febbraio 2014, sez. IV Appalti pubblici, lett. A. Panoramica del contesto dell'UE.

L'azione normativa (sia repressiva che preventiva) contro la corruzione condotta a livello europeo nel settore dei contratti pubblici costituisce, per altro, 'fenomeno' recente. Si consideri che soltanto con le nuove Direttive (2014) il Legislatore europeo predispone per la prima volta un articolato gruppo di regole e strumenti giuridici per affrontare in modo organico frodi, clientelismo, conflitti di interesse e corruzione, e per rafforzare i sistemi nazionali di controllo. Le nuove Direttive, in particolare, danno attuazione alle indicazioni del Libro verde della Commissione del 2011⁵¹ che segnalava l'opportunità di predisporre "garanzie di procedure corrette" con riferimento soprattutto: alla prevenzione del conflitto di interessi, alla lotta a "favoritismi" e corruzione, all'esclusione di offerenti "scorretti", alla prevenzione di indebiti vantaggi.

In precedenza, le Direttive degli anni '90 (ad esempio la Direttiva 93/36/CEE del 14 giugno 1993 in tema di appalti pubblici di forniture e la Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992 in tema di appalti pubblici di servizi) si limitavano a intervenire sui criteri per la partecipazione alle gare dando facoltà alle amministrazioni aggiudicatrici o agli Stati membri di escludere dalle gare gli operatori: (i) che fossero condannati per un reato relativo alla condotta professionale, con sentenza passata in giudicato; (ii) che si fossero resi responsabili di gravi violazioni dei doveri professionali, provate con qualsiasi elemento documentabile dall'amministrazione. Né le successive Direttive del 2004, per quanto più incisive (vedi l'articolo 45 della Direttiva 2014/18/CE e l'articolo 54 della Direttiva 2004/17/CE), introducevano disposizioni specifiche ulteriori a quelle preesistenti riguardanti la partecipazione alle gare.

La Direttiva 2004/18/CE, in particolare, ha stabilito "*l'obbligo di esclusione*" per gli operatori "condannati con sentenza definitiva" per una delle seguenti circostanze: partecipazione a organizzazioni criminali, corruzione, frode, riciclaggio di proventi di attività illecite (sul punto vedi anche il considerando 43). Uguale disposizione è contenuta nella più recente Direttiva 2009/81/CE sulle procedure per l'aggiudicazione degli appalti di lavori, forniture e servizi nei settori della difesa e della sicurezza.

È interessante rilevare che, a fronte di un'esigenza prioritaria condivisa, - contrasto e prevenzione dei fenomeni corruttivi -, non corrisponde un 'armamentario' giuridico uniforme nelle Direttive del 2014 sui contratti pubblici. Il legislatore europeo, infatti, individua soluzioni e strumenti che sono differenti a seconda dell'ambito di applicazione (appalti o concessioni).

La causa di tale diversità va ricercata solo in minima parte nelle peculiarità delle due tipologie contrattuali. Essa potrebbe risentire, piuttosto, del diverso grado di evoluzione che le regole sugli appalti pubblici (le Direttive del 2014 sono "direttive di quarta generazione" con obiettivi di "armonizzazione massima") hanno 'maturato' in sede europea rispetto a quelle sulle concessioni (direttiva di "prima generazione" con obiettivi di "armonizzazione minima").

Per evidenziare tale diversità di impostazione nella tabella che segue mettiamo a confronto le disposizioni in tema di lotta alla corruzione e prevenzione del conflitto di interessi della Direttiva concessioni (2014/23/UE) (colonna di sinistra) con quelle della Direttiva sugli appalti pubblici (2014/24/UE) (colonna di destra).

⁵¹ Cfr. Libro verde della Commissione europea Sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, COM/2011/15 del 15 gennaio 2011.

<p>DIRETTIVA 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione - pubblicata nella G.U.U.E. L 94 del 28 marzo 2014, pagg. 1-64</p> <p>Articolo 35 - Lotta alla corruzione e prevenzione dei conflitti di interesse</p> <p><i>Gli Stati membri dispongono che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori adottino misure adeguate per combattere le frodi, il clientelismo e la corruzione e per prevenire, individuare e risolvere in modo efficace i conflitti di interesse insorti nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione della concessione, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e la parità di trattamento di tutti i candidati e gli offerenti.</i></p> <p><i>Il concetto di conflitti di interesse copre almeno i casi in cui il personale di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore che interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione della concessione o può influenzare il risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione della concessione.</i></p> <p><i>Per quanto riguarda i conflitti di interesse, le misure adottate non vanno al di là di quanto sia strettamente necessario per prevenire un conflitto di interessi potenziale o eliminare il conflitto di interessi identificato.</i></p>	<p>DIRETTIVA 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE - pubblicata nella G.U.U.E. L 94 del 28 marzo 2014, pagg. 65-242</p> <p>Articolo 24 - Conflitti di interesse</p> <p><i>Gli Stati membri provvedono affinché le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace a conflitti di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.</i></p> <p><i>Il concetto di conflitti di interesse copre almeno i casi in cui il personale di un'amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto.</i></p>
--	---

L'esame dei testi sembrerebbe dimostrare un sostanziale allineamento delle Direttive tuttavia, già dalla rubrica, emerge la non perfetta sovrapposizione delle disposizioni. Il titolo dell'articolo 35 della Direttiva concessioni, infatti, comprende due argomenti: (1) la lotta alla corruzione, poi articolata nel testo in lotta alle frodi, al clientelismo, alla corruzione e (2) la prevenzione dei conflitti di interesse.

Di sostanziale allineamento tra le Direttive abbiamo riscontro anche con riferimento al fatto che il verificarsi di un'ipotesi di conflitto di interessi rientra tra i motivi di esclusione dalla procedura di affidamento previsti: sia dall'articolo 38 (*"Selezione e valutazione qualitativa dei candidati"*), par. 6, lett. *d* e lett. *h* della Direttiva 2014/23/UE; sia dall'articolo 57 (*"Motivi di esclusione"*), par. 4, lett. *e* ed *i* della Direttiva 2014/24/UE.

Entrambe le Direttive, dunque, prevedono che le amministrazioni aggiudicatrici possano escludere, eventualmente anche per espressa previsione del legislatore nazionale, un operatore economico in situazione di conflitto di interessi se tale situazione non risulta eliminabile *"efficacemente"* mediante misure *"meno intrusive"*.

Nella Direttiva appalti, per altro, sono individuabili altre due disposizioni, che intervengono su questioni latenti il conflitto di interessi. Di entrambe, come anticipato, non troviamo riscontro né indicazione (neppur generica) nella Direttiva concessioni.

<p>DIRETTIVA 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione - pubblicata nella G.U.U.E. L 94 del 28 marzo 2014, pagg. 1-64</p> <p><i>Non vi sono disposizioni corrispondenti / equivalenti</i></p>	<p>DIRETTIVA 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE - pubblicata nella G.U.U.E. L 94 del 28 marzo 2014, pagg. 65-242</p> <p>Articolo 40 - Consultazioni preliminari di mercato</p> <p><i>Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato ai fini della preparazione dell'appalto e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi.</i></p> <p><i>A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono ad esempio sollecitare o accettare consulenze da parte di esperti o autorità indipendenti o di partecipanti al mercato. Tali consulenze possono essere utilizzate nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbiano l'effetto di falsare la concorrenza e non comportino una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza.</i></p>
---	---

<p>DIRETTIVA 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione - pubblicata nella G.U.U.E. L 94 del 28 marzo 2014, pagg. 1-64</p> <p><i>Non vi sono disposizioni corrispondenti / equivalenti</i></p>	<p>DIRETTIVA 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE - pubblicata nella G.U.U.E. L 94 del 28 marzo 2014, pagg. 65-242</p> <p>Articolo 41 - Partecipazione precedente di candidati o offerenti</p> <p><i>Qualora un candidato o un offerente o un'impresa collegata ad un candidato o a un offerente abbia fornito una consulenza all'amministrazione aggiudicatrice, nel contesto dell'articolo 40 o meno, o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice adotta misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente in questione.</i></p> <p><i>Tali misure includono la comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura o ottenute a seguito di tale partecipazione, nonché la fissazione di termini adeguati per la ricezione delle offerte. Il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura unicamente nel caso in cui non vi siano altri mezzi per garantire il rispetto dell'obbligo di osservare il principio della parità di trattamento.</i></p> <p><i>Prima di tale eventuale esclusione, ai candidati o agli offerenti è offerta la possibilità di provare che la loro partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non è un elemento in grado di falsare la concorrenza. Le misure adottate sono documentate nella relazione unica prevista ai sensi dell'articolo 84.</i></p>
---	---

Passando alla disamina dell'articolo 35 rileviamo che la prima proposizione della norma, pur affrontando tematiche attualissime e di rilevante interesse, si risolve in una petizione di principio, con scarso rilievo operativo. Né risulta di particolare aiuto il considerando 61 della Direttiva, a mente del quale *“al fine di combattere le frodi, i favoritismi e la corruzione e*

prevenire conflitti di interesse, gli Stati membri dovrebbero adottare misure adeguate per garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e la parità di trattamento di tutti i candidati e gli offerenti. Tali misure dovrebbero mirare, in particolare, ad eliminare i conflitti di interesse e altre irregolarità gravi”.

Sia la disposizione che il considerando, in altri termini, non fanno che ribadire la necessaria applicazione dei principi comunitari che presiedono l'evidenza pubblica nelle procedure di aggiudicazione (sul tema si rinvia anche alla lettura delle schede degli articoli 3 e 31, Direttiva concessioni). Le amministrazioni aggiudicatrici, infatti, devono trattare gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agire con trasparenza.

Ne discende, in primo luogo che alle amministrazioni viene attribuito un ruolo attivo nell'applicazione dei menzionati principi di aggiudicazione dei contratti pubblici. In secondo luogo, risulta incompatibile con siffatto ruolo attivo, l'obbligo (eventualmente disposto dal diritto nazionale) di far gravare sulle imprese ricorrenti l'onere di provare la parzialità degli esperti nominati dall'amministrazione aggiudicatrice (così recentemente la Corte di giustizia, C-538/13, del 12 marzo 2015 - ECLI:EU:C:2015:166).

Maggiore interesse desta la seconda proposizione dell'articolo 35 della Direttiva 2014/23/UE in tema di prevenzione e contrasto dei conflitti di interesse. Tale disposizione, che non trova corrispondenza nelle precedenti Direttive del 2004, disciplina le situazioni di conflitto di interesse riguardanti: (1) il personale delle amministrazioni aggiudicatrici o dei prestatori di servizi che per conto dell'amministrazione aggiudicatrice intervengono nello svolgimento della procedura nonché (2) i componenti degli organi direttivi dell'amministrazione aggiudicatrice, che possono influenzare il risultato della procedura pur non partecipandovi formalmente.

La Direttiva adotta un concetto minimale di conflitto di interessi prendendo in considerazione i casi in cui le figure a vario titolo coinvolte nella procedura di aggiudicazione abbiano, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario / economico o altro interesse personale che potrebbero essere percepiti come elementi in grado di compromettere l'esercizio imparziale e obiettivo delle loro funzioni.

Elemento chiave della disposizione è la “fondatezza” del presupposto, ovvero sia la capacità di compromettere l'imparzialità della pubblica amministrazione: sulla base di tale fondatezza, infatti, l'amministrazione aggiudicatrice, eventualmente sollecitata anche dagli operatori partecipanti alla procedura, deve valutare l'esistenza di una situazione di conflitto. Detto conflitto di interessi, secondo le indicazioni del Legislatore europeo, è comprensivo di tutte le situazioni che possono apportare al funzionario vantaggi, non solo economici, sia diretti che indiretti.

È utile, per una miglior comprensione della disposizione, riportare gli orientamenti espressi sul tema dalla Corte di giustizia, secondo la quale:

- la nozione di conflitto di interesse ha carattere oggettivo e ai fini della sua sussistenza non rileva la volontà/intenzione delle parti;
- non v'è alcun obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di escludere in base ad automatismi gli offerenti che si trovino in situazioni di conflitto di interessi. Detta esclusione, infatti, risulterebbe ingiustificata qualora l'interessato potesse dimostrare che la situazione non ha influenzato il suo comportamento nell'ambito della procedura né favorito comportamenti in violazione della *par condicio* tra gli offerenti;

- l'esclusione di un offerente che si trovi in una situazione di conflitto di interesse diviene inevitabile allorché non vi siano soluzioni più adeguate per risolvere le violazioni dei principi di uguaglianza, parità di trattamento e trasparenza.

Con riferimento a questi ultimi due punti assume rilevanza la terza proposizione dell'articolo 35 della Direttiva 2014/23/UE, che fa esplicito riferimento al criterio della proporzionalità. A tale criterio, infatti, devono ispirarsi le misure che legislatori e amministrazioni nazionali adottano/adotteranno per prevenire o eliminare situazioni di conflitto di interessi.

Si richiama la sentenza, già citata, della Corte di giustizia del 12 marzo 2015 (C-538/13), la quale, intervenendo per la prima volta sul conflitto di interessi in una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, chiarisce che l'illegittimità di una procedura può sussistere “sulla base della sola circostanza che l'aggiudicatario dell'appalto ha avuto legami significativi con esperti nominati dall'amministrazione aggiudicatrice che hanno valutato le offerte” (pt. 47). In particolare, i giudici stabiliscono che a fronte di elementi oggettivi tali da far dubitare dell'imparzialità di un esperto dell'amministrazione aggiudicatrice, spetta a quest'ultima verificare la sussistenza di eventuali conflitti di interessi e adottare le misure adeguate per porvi rimedio.

La sentenza, inoltre, dando applicazione al principio di proporzionalità precisa che “non si può richiedere all'offerente escluso di provare concretamente la parzialità del comportamento degli esperti” (pt. 43-46). Secondo la Corte dev'essere in via di principio il diritto nazionale a definire: (i) la nozione di “parzialità” e (ii) in quale misura le autorità amministrative e giurisdizionali devono tener conto della circostanza che la parzialità degli esperti abbia avuto o no impatto sulla decisione di aggiudicazione.

Criticità

Il recepimento della disposizione in commento presenta criticità che sono in parte riconducibili alla necessità di coordinare le novità di matrice internazionale / europea con le disposizioni interne preesistenti.

Tale azione di coordinamento dovrebbe assumere innanzitutto finalità di tipo concettuale, con riferimento alla nozione di conflitto di interessi e agli strumenti preventivi e repressivi adottati dall'ordinamento nazionale. Risulta difficile, infatti, immaginare che vi siano nozioni differenti del *conflitto di interessi* a seconda del settore di applicazione. Il conflitto di interessi, insomma, non dovrebbe assumere contenuti differenti a seconda che si faccia riferimento al Codice dei contratti pubblici, al Codice penale, alla Legge sul provvedimento amministrativo, alla Legge sul pubblico impiego etc.

Nell'applicazione concreta si può riscontrare che per i giuristi il significato di una parola può cambiare allorché sia inserita in uno o in altro contesto normativo.

Anche per la giurisprudenza, il significato delle parole nonché dei concetti, o degli enunciati cambia a seconda del contesto normativo in cui essi vengano inseriti. Il legislatore ai fini però dell'applicazione concreta della norma tracciare in modo netto il significato che assume il conflitto di interessi allorché sia inserito nel contesto normativo dei contratti pubblici, qualunque sia la prospettiva di riferimento (privatistica, pubblicistica, penalistica etc.).

Si consideri, ad esempio, la soluzione predisposta sul tema del *conflitto di interessi* dal decreto legislativo 165/2001 *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche* come modificato dalla L. 190/2012. In particolare, viene

stabilito che: *“I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni (...) non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell’attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti”* (articolo 53 *“Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi”*, comma 16ter, D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165).

Nella prassi l’applicazione di questa regola nel settore dei contratti pubblici può risultare non sempre agevole. Le amministrazioni aggiudicatrici ai fini della sua applicazione richiedono ai partecipanti l’ulteriore dichiarazione *“...di non aver concluso contratti di lavoro subordinato o autonomo o comunque aventi ad oggetto incarichi professionali con ex dipendenti della Amministrazione che abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto della stessa Amministrazione nei confronti della medesima impresa nel triennio successivo alla cessazione del rapporto di pubblico impiego”*.

Un ulteriore aspetto da tener presente è la necessità di un coordinamento di tipo ‘logistico’ tra le numerose disposizioni oggi articolate su diversi livelli e ambiti della gerarchia delle fonti.

Vi sono, infatti, norme che incidono su differenti sfaccettature delle medesime fattispecie come pure norme che agiscono sulle stesse fattispecie da differenti ambiti applicativi (dalla prospettiva del diritto pubblico-amministrativo, del diritto penale, del diritto dei contratti pubblici, etc.). È necessario che gli operatori dispongano di un quadro normativo il più possibile semplice, organico e coordinato.

Se il Codice dei contratti pubblici non è ritenuta la *sedes materiae* più adeguata per conseguire detti obiettivi, tuttavia è auspicabile che in esso si faccia riferimento in apposita norma alle numerose e differenti disposizioni relative al conflitto di interessi. In questo modo l’operatore potrebbe disporre di una visione d’insieme sulle regole applicabili. Meglio ancora, nell’addivenire a tale visione d’insieme, il Legislatore, dovrebbe valutare le possibili sovrapposizioni, incongruenze, inutili formalità, e agire semplificando, eliminando regole e adempimenti non indispensabili.

Si sottolinea, dunque, l’importanza di definire misure fra loro coerenti e incisive che possano marcare in modo inequivocabile il “valore” della lotta alla corruzione, evitando per quanto possibili la proliferazione di norme a scapito della effettività e applicazione del principio.

Nella tabella che segue proviamo a riassumere le principali disposizioni presenti nell’ordinamento che hanno ad oggetto il conflitto di interessi e che trovano applicazione nel settore dei contratti pubblici.

<p>DECRETO LEGISLATIVO 30 marzo 2001, n. 165 <i>Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche</i></p>	<p>Articolo 53, comma 16ter - Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi <i>I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle</i></p>
--	--

	<p><i>pubbliche amministrazioni (...) non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti.</i></p>
<p>LEGGE 7 agosto 1990 n. 241 - Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi</p>	<p>Articolo 6bis - Conflitto di interessi</p> <p><i>Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale.</i></p>
<p>DECRETO LEGISLATIVO 12 aprile 2006, n. 163 <i>Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE</i></p>	<p>Articolo 84, commi 4, 5 e 6 - Commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa</p> <p><i>4. I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.</i></p> <p><i>5. Coloro che nel biennio precedente hanno rivestito cariche di pubblico amministratore non possono essere nominati commissari relativamente a contratti affidati dalle amministrazioni presso le quali hanno prestato servizio.</i></p> <p><i>6. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.</i></p> <p>Articolo 90, commi 8 e 8bis - Progettazione interna ed esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici</p> <p><i>8. Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono essere affidatari degli appalti o delle concessioni di lavori pubblici, nonché degli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti.</i></p> <p><i>8-bis. I divieti di cui al comma 8 non si applicano laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori.</i></p>
<p>LEGGE 6 novembre 2012 n.190 - Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e</p>	<p>Con l'articolo 1, comma 41, è stato introdotto nel capo II della legge 7 agosto 1990, n. 241 il seguente articolo:</p>

<i>dell'illegalità nella pubblica amministrazione</i>	<p><i>Art. 6-bis. - (Conflitto di interessi). - 1. Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale».</i></p> <p>Con l'articolo 1, comma 42, è stato modificato l'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (TU sul pubblico impiego), prevedendo specifiche cause di incompatibilità per i funzionari pubblici in situazioni di conflitto di interesse (vedi art. 53, commi 5, 7, 9, 14)</p>
DECRETO LEGISLATIVO 14 marzo 2013 n. 33 - Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni	<p>L'art. 18 del d.lgs. n. 33/2013 in materia di pubblicazione dei dati relativi agli incarichi dei dipendenti pubblici fa riferimento agli incarichi agli stessi conferiti o autorizzati, secondo quanto previsto dalla normativa vigente.</p> <p>Le amministrazioni, in coerenza con quanto previsto nel Piano Nazionale Anticorruzione, introducono nel Piano triennale per la prevenzione della corruzione misure volte ad evitare conflitti di interesse nello svolgimento di incarichi extraistituzionali da parte dei dipendenti pubblici, secondo quanto previsto anche dall'art. 53, c. 5, del d.lgs. n. 165/2001.</p> <p>In considerazione di quanto sopra le amministrazioni possono anche stabilire modalità di pubblicazione di incarichi per i quali non è espressamente prevista l'autorizzazione ai sensi della normativa vigente.</p>
Codice penale	<p>Articolo 323 - Abuso di ufficio</p> <p>Articolo 353 - Turbata libertà degli incanti</p>
DECRETO LEGISLATIVO 8 aprile 2013, n. 39 - Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190	<p><i>Il decreto è stato emanato con finalità di prevenzione e contrasto della corruzione, nonché della prevenzione dei conflitti di interessi (vedi comma 49). Il fondamento della norma è l'esercizio imparziale delle funzioni pubbliche che potrebbe essere compromesso da pregressi comportamenti scorretti o dalla commistione di incarichi in potenziale conflitto di interessi tra loro e con l'interesse pubblico.</i></p>

Opportunità

Le principali opportunità e gli spunti di innovazione che offre la disposizione in commento sono riconducibili all'applicazione di una nozione unitaria di conflitto di interessi applicabile uniformemente sia al settore degli appalti che delle concessioni. Uguale uniformità dovrebbe caratterizzare gli strumenti preventivi e repressivi, con ciò superando la discontinuità rilevata tra le Direttive.

Per le considerazioni riferite alla necessità di fornire agli operatori una visione di insieme, nonché agli obiettivi di semplificazione, organicità e coordinamento si rinvia alle osservazioni svolte *sub* voce Criticità.

MPMI

Una chiara, organica e coordinata formulazione delle nozioni così come degli strumenti preventivi e repressivi costituisce condizione imprescindibile per favorire il contrasto dei fenomeni corruttivi e una maggiore efficienza del comparto dei contratti pubblici. Da tale

situazione derivano vantaggi innegabili per il buon funzionamento dell'intero sistema e la competitività degli operatori imprese, sia MicroPMI che grandi imprese.

Ulteriori vantaggi, importantissimi, sono riconducibili alla riduzione dei costi economici indiretti legati ai fenomeni corruttivi (e dunque alla alterazione della concorrenza, dei costi sostenuti dalla PA, alla qualità dell'esecuzione dei contratti, alla riduzione o mancata presenza di investimenti dall'estero) che potrebbero essere contenuti in un contesto di chiarezza delle norme e certezza della pena.

Articolo 36 - Requisiti tecnici e funzionali

- Considerando 55 e 67 direttiva 2014/23/UE
- Direttiva art. 18/2004
- Disposizione a recepimento obbligatorio

Analisi testo

L'articolo in linea con le altre direttive prevede la necessità di definire i requisiti tecnici e funzionali dei lavori o servizi oggetto della concessione all'interno dei documenti di gara nel rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza al fine di evitare di restringere artificiosamente la concorrenza mediante indicazioni che possano favorire uno specifico operatore economico rispecchiando le principali caratteristiche delle forniture, dei servizi o dei lavori da esso abitualmente offerti.

In ogni caso, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori dovrebbero prendere in esame le offerte comprendenti lavori e/o servizi, incluse le forniture accessorie a tali lavori e servizi, che siano conformi in modo equivalente alle caratteristiche richieste.

Tali requisiti possono riferirsi anche allo specifico processo di produzione, purché essi siano collegati all'oggetto del contratto e al valore e obiettivi dello stesso.

I requisiti tecnici e funzionali possono, sulla base delle richieste della stazione appaltante, riguardare una pluralità di elementi (livelli di qualità, di prestazione ambientale ed effetti sul clima, progettazione), nonché alcuni aspetti peculiari quali la valutazione di conformità, le modalità di esecuzione, nonché ulteriori aspetti ed elementi specifici tra i quali si sottolineano misure intese:

- alla tutela della salute e sicurezza del personale coinvolto nel processo di esecuzione della concessione,
- alla promozione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili nel personale incaricato dell'esecuzione della concessione o della formazione nelle competenze richieste. All'interno di tali misure potrebbero rientrare l'assunzione di disoccupati di lunga durata, azioni di formazione per disoccupati o giovani da effettuarsi nel corso dell'esecuzione della concessione da aggiudicare, ecc,
- all'accessibilità per persone con disabilità.

Le specifiche tecniche e funzionali richieste devono essere espresse in modo da non risultare discriminatorie. È mantenuta la possibilità di fare riferimento a standard a condizione che sia sempre consentito il ricorso a soluzioni alternative equivalenti, ma non possono essere respinte offerte non conformi ai requisiti tecnici e funzionali se nell'offerta stessa il concorrente prova l'equivalenza delle soluzioni proposte.

Opportunità

L'indicazione di specifici requisiti tecnici e funzionali nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 36 e dai considerando ad esso collegati fa sì che in fase di redazione del bando e successiva aggiudicazione si tenga conto di una maggiore inclusione sociale dei soggetti

disabili, degli elementi legati alla tutela della sicurezza e salute dei lavoratori, al rispetto ambientale.

Art. 37 - Garanzie procedurali

- *Considerando 68 Direttiva 2014/23/UE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Analisi testo:

L'articolo in commento individua le garanzie procedurali minime che le amministrazioni aggiudicatrici devono assicurare nell'affidamento delle concessioni.

L'articolo risulta innovativo rispetto alla Direttiva 2004/18, che non prevedeva una disciplina in merito alle garanzie procedurali minime da (titolo III recante disposizioni nel settore delle concessioni di lavori pubblici).

Secondo quanto previsto dal considerando 68, è riconosciuta in capo all'amministrazione aggiudicatrice un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario, fermo restando che al fine di garantire parità di trattamento e trasparenza durante l'intera procedura di aggiudicazione, è necessario prevedere garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, *"ivi comprese informazioni sulla natura e l'ambito di applicazione della concessione, la limitazione del numero di candidati, la diffusione delle informazioni ai candidati e agli offerenti e la disponibilità di registrazioni appropriate"*.

L'articolo, al paragrafo 1, subordina l'aggiudicazione della concessione al ricorrere di determinate circostanze riferite sia all'offerta dimessa, sia all'offerente.

In particolare, relativamente all'offerta il legislatore statuisce che per disporre l'aggiudicazione l'offerta presentata dall'operatore economico deve essere conforme ai "requisiti minimi" eventualmente prescritti dall'amministrazione aggiudicatrice. Tali requisiti minimi attengono alle condizioni tecniche, fisiche, funzionali e giuridiche che l'offerta deve soddisfare o possedere.

Relativamente all'offerente, la norma dispone che, prima di procedere all'aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a verificare la sussistenza in capo agli offerenti delle condizioni di partecipazione prefissate nei documenti di gara in ordine alle capacità tecniche e professionali ed alle capacità economiche e finanziarie.

Infine, sempre relativamente alla condizione dell'offerente, la norma dispone che non possa procedersi ad aggiudicazione qualora l'operatore economico non possenga i c.d. "requisiti di moralità" indicati all'articolo 38 paragrafi da 4 a 7, sinteticamente indicati di seguito: sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per determinati reati; non abbia ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziale; abbia violato norme in materia ambientale, sociale o lavoro; si trovi in stato di fallimento o altre procedure concorsuali; abbia commesso gravi illeciti professionali; versi in una situazione di conflitto di interessi non risolvibile; abbia concluso intese restrittive della concorrenza con altri operatori economici; abbia eseguito con gravi carenze precedenti contratti/concessioni pubbliche; abbia presentato false dichiarazioni per la partecipazione alla procedura; abbia tentato di influenzare indebitamente il procedimento di gara. Resta comunque salva la facoltà per l'operatore economico che sia incorso in una delle predette cause di esclusione di fornire la prova idonea a dimostrare la propria affidabilità.

Al paragrafo 2, la disposizione riassume i contenuti minimi del bando di concessione, ossia l'oggetto, le condizioni di partecipazione, i criteri di aggiudicazione, nonché gli eventuali

requisiti minimi che devono essere soddisfatti, elementi peraltro già trattati specificatamente dall'articolo 31 e dall'allegato V.

Al paragrafo 3 è prevista la facoltà in capo alle amministrazioni di limitare il numero di candidati o di offerenti ad un "livello adeguato", fissando a tale fine i principi generali. Diversamente dall'articolo 65 della Direttiva 2014/24, l'articolo non fissa il numero minimo di candidati da invitare, bensì prevede che la limitazione debba avvenire in modo da assicurare il rispetto del principio di concorrenza, trasparenza e, quindi conseguentemente, ricorrendo a criteri oggettivi.

Inoltre, ai fini di assicurare massima trasparenza alla procedura, al paragrafo 4, l'articolo prevede in capo all'amministrazione l'obbligo di descrivere ai partecipanti l'organizzazione della procedura indicando, altresì, un termine, anche indicativo, per il relativo completamento. Tale obbligo di comunicazione viene esteso anche alle eventuali modifiche successivamente intervenute.

Per le medesime finalità, al paragrafo 5, è previsto che le fasi di cui si compone la procedura devono essere registrate a cura dell'amministrazione con adeguati mezzi.

Infine, il legislatore, al paragrafo 6, introduce quale elemento di novità, la facoltà per l'amministrazione aggiudicatrice di negoziare liberamente con i candidati e gli offerenti, con l'unico limite che, tale negoziazione, non modifichi l'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione ed i requisiti minimi stabiliti, rispettando così le condizioni iniziali previste dal bando di concessione, per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati (cfr. Considerando 68).

Opportunità/criticità

Esaminando le nuove disposizioni comunitarie rispetto all'attuale ordinamento nazionale si rileva quanto segue.

La disciplina in merito alle condizioni per l'aggiudicazione della concessione (paragrafo 1), al contenuto minimo del bando di gara (paragrafo 2) e agli obblighi di registrazione delle fasi della procedura (paragrafo 5) non presenta significativi elementi di rilievo rispetto alla vigente normativa nazionale, ed in particolare rispetto all'articolo 144 del Codice in materia di concessione di lavori pubblici e 30 in materia di concessioni di servizi.

La disposizione che consente all'amministrazione di limitare il numero dei candidati e degli offerenti in modo trasparente sulla base di criteri oggettivi richiede un coordinamento con quanto previsto dall'allegato V della Direttiva, che sembra richiedere la predeterminazione degli stessi sin dal bando di gara (cfr. "Criteri di selezione" paragrafo 7 lett. C dell'allegato V).

Con riferimento alla disposizione di cui al comma 4, si pone una criticità interpretativa derivante dall'utilizzo della locuzione "partecipante" (locuzione non contemplata tra le definizioni di cui all'articolo 5 della Direttiva in commento). In particolare, sembra consentita la definizione dell'organizzazione della procedura e del termine di conclusione della stessa in un momento successivo alla predisposizione del bando di gara/lettera di invito. Inoltre la disposizione sembra consentire l'introduzione di modificazioni alla procedura dopo la presentazione delle domande di partecipazione, con possibile violazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici del principio di parità di trattamento. Si potrebbe pensare che la direttiva abbia invece fatto riferimento agli aspetti meramente organizzativi e di dettaglio della procedura di affidamento.

La facoltà per le amministrazioni di condurre negoziazioni con i candidati e con gli offerenti costituisce un elemento di forte cesura rispetto al passato, tenuto conto che il D.Lgs. 163/2006 prevede l'utilizzo della procedura aperta o ristretta per le concessioni di lavori (art. 144 comma1) e l'esperimento di una "gara informale" con invito ad almeno cinque concorrenti per le concessioni di servizi (art. 30 comma 3) e che la sola negoziazione prevista è quella con il promotore nel caso di finanza di progetto (art. 153) Alla luce della nuova disposizione europea, invece, l'amministrazione aggiudicatrice ha la facoltà di condurre la negoziazione con tutti i candidati e gli offerenti, per la definizione non solo del progetto ma anche del contenuto del piano economico finanziario e della bozza di convenzione. In sede di recepimento il legislatore nazionale potrebbe introdurre una disciplina attuativa e/o esecutiva per orientare le amministrazioni in merito alle fasi e alle modalità della negoziazione, tenuto conto che i criteri di aggiudicazione non possono essere oggetto di modifica e che la facoltà di negoziare "liberamente" potrebbe ingenerare comportamenti abusivi, che compromettono la parità di trattamento.

MPMI:

La disposizione non sembra comportare un significativo impatto per le MPMI, fermo restando che nella definizione dei requisiti minimi di partecipazione e nei criteri di selezione dei candidati/offerenti deve essere garantita la partecipazione delle MPMI.

Articolo 38 – Selezione e valutazione qualitativa dei candidati

Condizioni di partecipazione (par. 1)

- *Direttiva 2004/18/CE*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

L'articolo 38 della Direttiva 23 prevede la presentazione da parte degli operatori economici di autocertificazioni o referenze come prova dei requisiti di partecipazione specificati nei bandi, sulla base delle quali le amministrazioni verificano le capacità tecnico-professionali ed economico-finanziarie degli stessi.

Non vi è specificazione del contenuto degli stessi, a differenza di quanto rinvenibile nell'articolo 58, par. 3 e 4, della Direttiva 24, rubricato "*Criteri di selezione*". Il paragrafo 1 in analisi, sembra approcciarsi alla disciplina da un punto di vista maggiormente soggettivo, e non meramente descrittivo delle situazioni assumibili a criteri di selezione.

I requisiti indicati nei bandi devono essere "*non discriminatori e proporzionati all'oggetto della concessione*", in ossequio a quanto indicato nel il *considerando* n. 1 da cui si evince come l'obiettivo dell'intera direttiva sia quello di facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici ("*accesso effettivo e non discriminatorio al mercato a tutti gli operatori economici dell'Unione*").

L'ultimo capoverso del par. 1, infatti, impone la correlazione e la proporzionalità tra condizioni di partecipazione e oggetto della concessione, al fine di "*assicurare la concorrenza effettiva*".

Si evidenzia come già l'articolo 2 del D.lgs. n.163/2006, che detta disposizioni di principio, al comma 2, precisa che: "*i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese*".

Affidamento sulle capacità di altri soggetti (par. 2 e 3)

- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

Ripropone letteralmente quanto disposto dall'articolo 63 della Direttiva 24, par. 1, primo, terzo e quarto capoverso, perciò si rinvia l'esame dell'istituto dell'avvalimento a quanto già disposto nell'analisi alla Direttiva 24, specificando alcune differenze:

- non vi è riferimento all'obbligo di esecuzione dei lavori o dei servizi, per i quali venga richiesto il possesso di titoli di studio e professionali o esperienze professionali pertinenti, da parte degli operatori economici ausiliari, come condizione di partecipazione alla gara;
- non viene riproposta la previsione per cui si impone all'amministrazione aggiudicatrice la verifica dei requisiti dell'operatore economico ausiliario, al fine di riscontrare la corrispondenza ai criteri di selezione e la non sussistenza dei motivi di esclusione;
- manca la previsione della facoltà di imporre all'operatore economico ausiliario l'obbligo di sostituire il soggetto ausiliario che non soddisfa i criteri di selezione, o in presenza di cause di esclusione, con conseguenza dal punto di vista della permanenza in gara dell'operatore stesso.

Requisiti generali

- *Considerando 69, 70, 71 Direttiva 2014/23/UE;*
- *Articolo 45 Direttiva 2004/18/CEE;*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio/facoltativo*

L'articolo 38 della Direttiva definisce i requisiti generali che gli operatori economici devono possedere per poter legittimamente partecipare ad una gara ad evidenza pubblica.

In generale, il *considerando* n. 1 definisce i perni dello scenario: l'obiettivo dell'intera direttiva è quello di facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici e, parallelamente, di permettere alle amministrazioni di conseguire gli obiettivi "a valenza sociale"; la massima concorrenzialità diviene strumentale al perseguimento di tali obiettivi, e presenta come assi portanti l'ambiente, l'ambito sociale e quello lavorativo (come emerge dal *considerando* n. 58). Il nuovo corpus normativo europeo intende assicurare la "certezza giuridica", come strumento di garanzia ai fini dell'"accesso effettivo e non discriminatorio al mercato a tutti gli operatori economici dell'Unione".

Da questo punto di vista ampio margine viene riconosciuto al concetto di affidabilità dell'operatore economico, e ad un approccio più sostanziale della verifica degli stessi requisiti.

L'articolo 38 ripropone quanto già disciplinato all'articolo 57 della Direttiva 24, alla cui analisi si rimanda.

In particolare:

Direttiva 23/2014	Direttiva 24/2014
Paragrafo 4	Paragrafo 1
Paragrafo 5	Paragrafo 2
Paragrafo 6	Paragrafo 3
Paragrafo 7	Paragrafo 4
Paragrafo 8	Paragrafo 5
Paragrafo 9	Paragrafo 6
Paragrafo 10	Paragrafo 7

Si specificano, di seguito, i paragrafi che non trovano corrispondenza nel citato articolo 57, Direttiva 2014/24/UE:

Paragrafo 4, ultimo comma	Facoltà per gli enti aggiudicatori diversi da Stato, autorità regionali o locali, organismi di diritto pubblico o associazioni costituite da una o più di tali soggetti, di escludere un operatore dalla procedura di aggiudicazione se a conoscenza di una condanna con sentenza definitiva per uno dei motivi di cui allo stesso paragrafo.
---------------------------	---

Paragrafo 7, lettera i)	Tra le cause che comportano facoltà di esclusione, si fa riferimento all'ipotesi di operatore, nell'ambito di concessioni nei settori della sicurezza e della difesa, risultato privo di dell'affidabilità necessaria per escludere i rischi per la sicurezza dello Stato membro, accertabile con qualsiasi mezzo.
-------------------------	--

In particolare si segnala l'elemento di differenziazione sopra indicato relativo al paragrafo 4 ultimo comma per la portata innovativa ricollegabile al peculiare regime giuridico dei motivi di esclusione (e dei criteri di selezione) stabilito dalla Direttiva 2014/25/UE per i settori speciali.

In tal senso è introdotta una regola speciale sui mezzi probatori che consente solo agli enti aggiudicatori diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici (imprese pubbliche e enti operanti in base a diritti speciali ed esclusivi nei settori speciali) di disporre l'esclusione del concorrente, qualora siano solo "a conoscenza" - senza necessità di acquisire certificazioni ufficiali - del fatto che l'operatore economico sia stato condannato con sentenza definitiva per un reato nominato.

Inoltre, è importante sottolineare come per gli stessi reati nominati sempre i suddetti enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici, hanno la facoltà e non l'obbligo di procedere all'esclusione dei concorrenti sia che abbiano conoscenza indiretta che certificata dei reati commessi.

Per altro verso, vi sono disposizioni identiche a quelle applicabili agli appalti nei settori ordinari che assumono una connotazione specifica nel contesto dei contratti di concessione.

Nella fattispecie, in merito alla deroga alle cause di esclusione per motivi eccezionali dettati da esigenze imperative di cui al paragrafo 6, primo comma, identica a quella prevista dall'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE, si rileva che sembra essere più che altro un'ipotesi "di scuola" in quanto le concessioni sono operazioni economiche complesse, precedute da valutazioni e verifiche approfondite di natura economica e finanziaria anche di sistema che richiedono lunghi tempi tecnici di preparazione. Sostanzialmente la concezione stessa della concessione mal si concilia con l'esigenza di derogare ai motivi di esclusione onde soddisfare esigenze imperative di interesse generale come la sanità pubblica e la tutela dell'ambiente, diversamente da un contratto d'appalto.

Articolo 39 – termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte

- *Considerando 74;*
- *Disposizione a recepimento obbligatorio*

I paragrafi 1 e 2 dell'articolo 39 della Direttiva 23 ripropongono quanto stabilito ai corrispondenti paragrafi dell'articolo 47 della Direttiva 24, con specifico riferimento ai termini individuati nei paragrafi successivi.

Il paragrafo 3 indica quale termine minimo di ricezione delle domande di partecipazione, comprese eventualmente le offerte, trenta giorni dalla data di trasmissione del bando.

Nel caso di svolgimento della procedura in fasi successive, i termini per la ricezione delle offerte iniziali si riducono a ventidue giorni dalla data di trasmissione dell'invito a presentare le stesse.

Nel caso di presentazione delle offerte in via elettronica, se ciò possibile e accettato dalla stazione appaltante, il termine per la ricezione delle stesse può essere ridotto di cinque giorni, in ossequio a quanto specificato nel *considerando* n. 74, secondo cui tali mezzi di informazione e comunicazione consentono la rapidità e la trasparenza delle procedure di aggiudicazione di concessioni.

Manca il riferimento alle circostanze specifiche che impongono la proroga dei termini di presentazione delle offerte, individuate al par. 3 dell'articolo 47, Direttiva 24.

Articolo 40 – Comunicazione ai candidati e agli offerenti

L'articolo 40 ripropone quanto indicato all'articolo 55 della Direttiva 24, alla cui analisi si rimanda, in particolare:

- il paragrafo 1 richiama il corrispondente dell'articolo 55 citato, e indicazioni contenute nelle lettere del par. 2 dello stesso (senza necessità di richiesta della parte interessata);
- l'ultimo capoverso del paragrafo 1 dell'articolo 40 coincide con il par. 2, lett. c) dell'articolo 55 della Direttiva 24;
- il paragrafo 2 dell'articolo in commento coincide con il paragrafo 3 dell'articolo 55 della Direttiva 24.

Articolo 41 Criteri di aggiudicazione

- Considerando 64, 65, 66 e 73, Direttiva 2014/23/UE
- Disposizione a recepimento obbligatorio

Analisi testo

L'articolo in commento disciplina i criteri di aggiudicazione delle concessioni con analoghe previsioni sia per i servizi che per i lavori. L'articolo non prevede, una disciplina di dettaglio come quella contenuta nell'art. 67 della Direttiva 2014/24, ma una disciplina generale alla quale le amministrazioni devono attenersi.

L'articolo risulta innovativo anche rispetto alla Direttiva 2004/18 la quale, negli articoli da 56 a 65 dedicati alla disciplina delle concessioni di lavori, non prevedeva una disciplina per i criteri di aggiudicazione delle concessioni né rinviava alla disciplina prevista all'art. 53 per i criteri di aggiudicazione dell'appalto.

L'articolo, ai primi due paragrafi, individua alcuni principi per la determinazione dei criteri di aggiudicazione prevedendo che i criteri di aggiudicazione devono:

- essere oggettivi;
- essere conformi ai principi dell'articolo 3;
- assicurare una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore;
- essere connessi all'oggetto della concessione e possono includere criteri ambientali, sociali e relativi all'innovazione;
- non attribuire una incondizionata libertà di scelta all'amministrazione;
- essere accompagnati da requisiti che consentono di verificare efficacemente le informazioni fornite dagli offerenti.

Il considerando 73 contiene anch'esso indicazioni generali alle quali attenersi per la determinazione e valutazione delle offerte. In particolare anticipa alcune indicazioni riportate nell'articolo e prevede in aggiunta che:

- le amministrazioni dovrebbero valutare le offerte sulla base di uno o più criteri di aggiudicazione;
- i criteri per garantire trasparenza e parità di trattamento dovrebbero rispettare sempre alcune norme di carattere generale, le quali possono fare riferimento a fattori di carattere non puramente economico, ma tali da influenzare il valore di una offerta dal punto di vista dell'amministrazione e da permettere di individuare un vantaggio economico globale per l'amministrazione;
- i criteri devono essere comunicati in anticipo a tutti i potenziali candidati o offerenti.

L'art. 41 prevede poi al paragrafo 2, dopo aver affermato che i criteri devono essere accompagnati da requisiti che consentono di verificare efficacemente le informazioni fornite dagli offerenti, che le amministrazioni devono verificare la conformità effettiva delle offerte ai criteri di aggiudicazione. Tale previsione introduce quindi un principio generale che deve guidare nella individuazione dei criteri di aggiudicazione, ovvero che ai criteri devono essere collegati requisiti per verificare le informazioni fornite e che occorre verificare la conformità effettiva delle offerte ai criteri. Il legislatore comunitario, ai fini del rispetto dei principi

dell'art. 3, vuole richiamare l'attenzione sulla necessità di assicurare la serietà delle offerte attraverso l'introduzione di meccanismi che consentano di verificare quanto offerto dagli operatori economici e ciò nella fase di valutazione, ma ancor più ai fini della fase successiva dell'esecuzione del contratto.

Un ulteriore principio previsto nel considerando 73 e nel testo dell'articolo attiene alla necessità che le offerte devono assicurare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore. Questo principio, non previsto nella direttiva appalti, introduce una novità ovvero che, ai fini della valutazione delle offerte, occorre costruire i criteri in modo da poter individuare nelle offerte un vantaggio economico complessivo. Il termine "vantaggio economico complessivo" deve essere esaminato in un contesto globale di vantaggio derivante dall'esercizio della concessione con le modalità proposte nell'offerta.

Il legislatore comunitario ha quindi, con l'art. 41, individuato una cornice di principi all'interno della quale le amministrazioni devono muoversi quando individuano i criteri di aggiudicazione.

La Direttiva concessioni conferma anch'essa l'attenzione agli aspetti sociali, ambientali prevedendo al paragrafo 2 che i criteri di aggiudicazione possono includere, tra l'altro, criteri ambientali, sociali e relativi all'innovazione. Tale previsione trova il suo fondamento e motivazione nei considerando 64, 65 e 66, nei quali viene evidenziata la possibilità per le amministrazioni di integrare considerazioni sociali ed ambientali attraverso la definizione di criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione che riguardino l'oggetto dell'appalto sotto ogni aspetto e in qualsiasi fase del suo ciclo di vita, dall'estrazione delle materie prime per il prodotto, alla fase di smaltimento dello stesso, compreso fattori coinvolti nel processo di produzione, prestazione o commercio.

Il considerando 64, dopo aver affermato la facoltà per le amministrazioni di definire criteri di aggiudicazione che consentano di valutare i lavori o i servizi oggetto della concessione sotto ogni aspetto ed in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, evidenzia a titolo esemplificativo alcuni criteri o condizioni riguardanti il processo di produzione o prestazione. Il considerando riporta tra gli esempi il fatto che i servizi siano prestati usando macchine efficienti dal punto di vista energetico, oppure l'utilizzazione di prodotti del commercio equo e solidale nel corso dell'esecuzione della concessione. Tra i criteri e le condizioni riguardanti il commercio viene poi riportato a titolo di esempio l'obbligo di pagare ai subappaltatori un prezzo minimo e un sovrapprezzo. Le condizioni di esecuzione basate su criteri ambientali potrebbero comprendere la riduzione dei rifiuti o l'uso efficiente delle risorse.

Il considerando 65 dedica la sua attenzione agli aspetti sociali del processo di produzione. Il considerando evidenzia che gli aspetti sociali devono essere applicati conformemente alla direttiva 96/71/CE, quale interpretata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e non dovrebbero essere scelti o applicati in modo da discriminare gli operatori economici di altri stati membri o paesi terzi che sono parti dell'accordo sull'Organizzazione mondiale del commercio sugli appalti pubblici. Il considerando, ricalcando la formulazione contenuta al considerando 98 della direttiva 24/2014, precisa ancora che *"I requisiti riguardanti le condizioni di lavoro fondamentali disciplinate dalla direttiva 96/71/CE, quali tariffe minime salariali, dovrebbero pertanto rimanere al livello stabilito dalla legislazione nazionale o da contratti collettivi applicati in conformità del diritto dell'Unione nel contesto di tale direttiva. Le condizioni di esecuzione della concessione potrebbero anche essere intese a favorire l'attuazione di misure volte a promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, una*

maggior partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione tra lavoro e vita privata, la protezione dell'ambiente o il benessere degli animali, a rispettare in sostanza le disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) e ad assumere un numero di persone svantaggiate superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale.”

Il considerando 66 è invece riservato alle misure per la tutela della salute del personale coinvolto nel processo di esecuzione della concessione, alla promozione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate. Anche questo considerando ricalca la formulazione del considerando 99 della direttiva 24/2014, prevedendo che possono essere oggetto dei criteri di aggiudicazione “ *misure intese alla tutela della salute del personale coinvolto nei processi produttivi, alla promozione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili nel personale incaricato dell'esecuzione della concessione o alla formazione riguardante le competenze richieste per l'appalto, purché riguardino i lavori, le forniture o i servizi oggetto dell'appalto. Per esempio, tali criteri o condizioni potrebbero riferirsi, tra l'altro, all'assunzione di disoccupati di lunga durata, ad azioni di formazione per disoccupati o giovani nel corso dell'esecuzione della concessione da aggiudicare. Nelle specifiche tecniche le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere requisiti di natura sociale che caratterizzano direttamente il prodotto o servizio in questione, quali l'accessibilità per persone con disabilità o la progettazione adeguata per tutti gli utenti.”*

Continuando con l'analisi del testo, l'articolo al paragrafo 3 prevede la necessità di elencare i criteri in ordine decrescente d'importanza al fine di garantire, sulla base di quanto previsto dal considerando 73, la parità di trattamento e di consentire ai potenziali offerenti di conoscere tutti gli elementi di cui tener conto al momento della preparazione delle offerte. Nello stesso paragrafo al secondo comma viene prevista una deroga a tale principio riconoscendo la possibilità di modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione, attraverso la riapertura della procedura di presentazione delle offerte. Tale possibilità è prevista sempre che, come stabilito al comma 3, non dia luogo a discriminazione fra gli operatori economici.

Nello specifico è previsto che se l'amministrazione riceve una offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da una amministrazione diligente, l'amministrazione può in via eccezionale modificare l'ordine dei criteri per tener conto di tale soluzione innovativa. Se si verifica tale necessità l'amministrazione deve informare tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza dei criteri ed inviare un nuovo invito a presentare offerta, tenendo conto dei termini minimi previsti dall'art. 39 paragrafo 4. Se i criteri sono stati pubblicati al momento della pubblicazione del bando di concessione, l'amministrazione pubblica un nuovo bando di concessione nel rispetto dei termini minimi previsti dall'art. 39 paragrafo 3.

La modifica dell'ordine dei criteri non deve però dare luogo a discriminazione.

L'articolo introduce una disciplina differente a seconda se i criteri di aggiudicazione sono indicati nel bando o no. Tale differente previsione non sembra legata al tipo di procedura scelta, procedura aperta o ristretta, in quanto la direttiva non disciplina le procedure di scelta, la differenza sembra quindi legata solo al momento in cui si rendono noti i criteri di aggiudicazione.

All'amministrazione aggiudicatrice sembra infatti essere riconosciuta un'ampia discrezionalità su come impostare le procedure di affidamento e quindi sul momento (bando o

lettera d'invito) in cui rendere noti i criteri, anche quando opti per una procedura strutturata su più fasi.

L'obbligo di pubblicare la modifica dei criteri con un nuovo bando dipende pertanto dalle scelte operate dall'Amministrazione aggiudicatrice in merito alle modalità di svolgimento della procedura di aggiudicazione, con particolare riguardo alla tipologia, e dunque all'avvenuta pubblicazione o meno, del documento di gara in cui sono stati originariamente indicati i criteri di aggiudicazione.

Disciplina Nazionale sull'aggiudicazione delle concessioni

L'attuale normativa nazionale non contiene una disciplina specifica ad hoc sui criteri di aggiudicazione delle concessioni, la cui regolamentazione si ritrova in rinvii ad altri articoli del codice dei contratti pubblici che per inciso contengono una disciplina relativa anche alle concessioni.

L'art. 144 del D.lgs. 163/2006 per l'affidamento di concessioni di lavori prevede al comma 1 l'utilizzo della procedura aperta o ristretta ed il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa senza ulteriori specifiche.

L'art. 83, nel disciplinare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nell'elencazione dei criteri alla lettera o) prevede: *“in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti”*. La previsione di criteri aggiuntivi per la concessione, benché nell'art. 144 non vi sia un espresso richiamo all'art. 83, sembra quindi rinviare alla disciplina contenuta all'art. 83, relativo al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il comma 3 bis dello stesso articolo, che prevede fra gli allegati al bando lo schema di contratto e, a seconda dei casi, il piano economico finanziario (PEF), richiama la necessità che fra i documenti che accompagnano l'offerta vi sia anche il PEF.

Per le concessioni di servizi, per le quali l'art. 17 della Direttiva 18/2004 prevede l'applicazione dei soli principi previsti all'art. 3 ed esclude l'applicazione della direttiva, l'art. 30 del Codice dei contratti pubblici, nel disciplinare con norme di carattere generale le relative modalità di affidamento, non contiene nessuna disposizione esplicita sui criteri di aggiudicazione. Tuttavia il riferimento al PEF del comma 2 (rectius all'equilibrio economico finanziario che presuppone il PEF) e alla necessità di analisi della “qualità del servizio da prestare” sono indicatori della necessità di utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per una valutazione appropriata.

L'art. 153, in tema di finanza di progetto, al comma 4 prevede che la valutazione delle offerte avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83 e poi, al comma 5, integra i contenuti dell'articolo 83 prevedendo che, oltre a quanto stabilito per le concessioni, l'esame delle proposte è esteso agli aspetti legati alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione. Al comma 6 prevede poi che il bando indica i criteri secondo l'ordine di importanza loro attribuita e, sulla base dei criteri, si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte.

Alcune criticità in merito alla valutazione derivanti dall'attuale disciplina

L'aggiudicazione delle concessioni mediante l'applicazione delle disposizioni dettate dal legislatore per l'aggiudicazione degli appalti attualmente può costituire un limite per la riuscita di operazioni in partenariato pubblico privato in quanto tale disciplina appare in alcuni casi non rispondente alle particolarità delle concessioni.

Nello specifico, con riferimento alla nomina delle commissioni giudicatrici, la disposizione dell'articolo 84 comma 2 del Codice dei contratti pubblici, secondo la quale la commissione tecnica è costituita da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, potrebbe non essere rispondente nel caso di concessioni, in considerazione del carattere multidisciplinare delle competenze e professionalità richieste per la valutazione di offerte particolarmente complesse. In particolare, nel caso di concessione di costruzione e di gestione, gli elementi di valutazione connessi alla gestione dell'opera sono spesso valutati disgiuntamente dagli elementi inerenti la costruzione.

Opportunità/criticità

Il nostro legislatore, benché in modo non specifico, ha dettato una disciplina in tema di criteri di aggiudicazione delle concessioni di lavori che indirizza l'operato delle amministrazioni e rispetto alla quale occorre ora operare una riflessione anche in considerazione dei principi sui criteri di aggiudicazione contenuti nell'art. 41 della Direttiva concessioni e delle peculiarità di questi contratti.

Le concessioni infatti sono contratti particolari, in quanto trasferiscono all'operatore economico privato un diritto di gestione di un'opera o di un servizio che potrebbe essere, se si scegliesse una diversa tipologia di formula organizzativa, basata su una gestione pubblica diretta.

Con la concessione, detta gestione (sia operativa, sia economica) viene trasferita al privato, il quale diverrà, quindi, il diretto organizzatore del servizio reso ai cittadini, nonché soggetto su cui sono allocati i rischi (tutti o in parte) di detta gestione; tutto ciò in cambio del diritto di introitare i flussi di cassa in entrata (in tutto o in parte) di detta gestione.

Da tale punto potrebbe essere utile, per declinare la normativa comunitaria all'interno del nostro ordinamento, prevedere che i criteri di valutazione delle offerte prendano a riferimento le seguenti macro aree:

- qualità del progetto/servizi da rendere ai cittadini;
- allocazione dei rischi nel contratto;
- valutazione economica.

Anche la possibilità prevista nell'art. 41 della Direttiva, di modificare i criteri potrebbe trovare la sua ratio nella necessità di consentire alle amministrazioni di procedere ad "aggiustamenti" procedurali in caso di soluzioni altamente innovative rivelatosi in corso di iter di gara.

Il legislatore, seguendo l'impostazione della Direttiva, potrebbe non introdurre una disciplina di dettaglio e indicare alle stazioni appaltanti alcuni vincoli legati ai principi espressi dall'art.

41 della Direttiva, ed in particolare il vincolo della confrontabilità tra le offerte, unica vera pre-condizione per rendere le stesse offerte valutabili, come richiede la norma, in modo trasparente.

Affinché le offerte siano confrontabili, serve in primo luogo, che sia la stazione appaltante a dare i requisiti per la composizione delle stesse: indicando quali siano i parametri su cui il concorrente potrà agire al fine di partecipare alla procedura.

Emerge un apparente conflitto tra l'esigenza di trasparenza e confrontabilità delle offerte sostenuto fortemente dalla Direttiva e la necessità di individuare dei criteri di valutazione delle offerte che non siano così analitici e compressivi la discrezionalità della commissione giudicatrice tali da prefigurare il modello esattamente desiderato dalla PA, senza la possibilità di proporre innovazioni che potrebbero non essere premiate.

Una soluzione prospettabile in sede di recepimento usata nelle migliori prassi nazionali ed internazionali è quella di prevedere ai fini della presentazione delle offerte la redazione da parte dell'amministrazione, in fase di gara, di linee guida che indichino i contenuti minimi delle offerte relative alla progettazione, alla redazione del contratto, laddove oggetto dell'offerta, e del PEF. Le linee guida, contenendo sia la prospettazione degli obiettivi dell'amministrazione, senza vincolare in dettaglio i concorrenti, sia le specifiche non negoziabili, consentono, dando spazio alla progettualità dei concorrenti, la confrontabilità delle offerte .

Le linee guida che riguardano la progettazione e il contratto attengono agli aspetti qualitativi dell'offerta, mentre la componente economica derivante dal PEF attiene ad aspetti quantitativi.

Mentre la definizione di criteri qualitativi per la progettazione riflette una consolidata tradizione nazionale non è così per i criteri qualitativi riferibili alla valutazione del contratto di concessione, laddove oggetto di offerta, ed i criteri economici. Le linee guida del PEF devono indicare esattamente come redigerlo (adeguamento inflattivo, valore riscatto, canone servizi, canone disponibilità, contributo pubblico, debiti finanziari, costi relativi ai finanziamenti, parametri fissi obbligatori, calcolo degli indici finanziari di redditività e bancabilità, ecc.) per consentire una confrontabilità e il criterio economico dovrebbe premiare il minor esborso delle fonti pubbliche richieste per il finanziamento dell'investimento cioè l'offerta che risulti meno oneroso per la PA e utenza .

Le linee guida per la redazione del contratto, oltre alle indicazioni dei contenuti compresi i disciplinari dettagliati dei servizi, le clausole non negoziabili, la matrice dei rischi e la struttura delle penali, deve indirizzare verso il maggior grado di completezza e chiarezza, come verso gli obiettivi *eurostat friendly*, di facilità di gestione e controllo in fase esecutiva, ecc. I criteri qualitativi devono premiare chi raggiunge meglio questi obiettivi.

Questo, andrà, unito al fatto che i criteri dovranno essere oggettivi (ossia incentrati sull'offerta) .

I criteri attinenti alla qualità, laddove le prestazioni offerte possono prestarsi a valutazione automatica, potranno anche essere impostati con previsione di formule di attribuzione di automatica del punteggio, che lasciano minimi spazi di discrezionalità alle stazioni appaltanti.

Il legislatore nazionale deve quindi scegliere se impostare la materia, lasciando alle stazioni appaltanti l'onere di declinare detta normativa nel caso concreto per la singola gara o introdurre una disciplina di maggior dettaglio, la quale, però, dovrebbe consentire ampi margini di flessibilità per potersi adattare ai diversi ambiti di affidamento delle concessioni di lavori ma, ancor di più di servizi.

Articolo 42 - Subappalto

- Considerando 72 Direttiva 2014/23/UE
- Articolo 25 Direttiva 2004/18/CE
- Disposizione a recepimento obbligatorio, all'interno sono previste delle facoltà per gli Stati membri di imporre alle amministrazioni determinati adempimenti di introdurre disposizioni di diritto interno più stringenti.

Analisi testo

Il testo dell'articolo della direttiva 23 dedicato al subappalto riproduce, in modo pressoché analogo, quello dell'articolo 71 della Direttiva 2014/24/UE. L'unica differenza riguarda la possibilità del pagamento diretto al subappaltatore, previsto nella direttiva appalti e non previsto nella Direttiva in argomento.

Si rinvia, per il commento, a quanto già evidenziato in occasione del commento alla Direttiva 24.

Occorre, tuttavia, fare alcune precisazioni in considerazione della particolare peculiarità che assume il subappalto nelle concessioni.

Opportunità e criticità

In sede di recepimento sarà opportuno che il legislatore definisca, prima di tutto, cosa è un subappalto di concessione. Posto infatti che è ovvio, in un contratto di appalto, capire in cosa consiste un subappalto di lavori, servizi o forniture (sarà il subappaltatore autorizzato che eseguirà parte dei lavori, servizi e forniture) altrettanto ovvio, seppure il legislatore comunitario lo preveda, non è, capire cosa si subappalta in una concessione, attesa la natura del concessionario, che è, per definizione, "l'operatore economico cui è stata aggiudicata una concessione".

Nello specifico appare necessario in via preliminare inquadrare giuridicamente gli affidamenti del concessionario, definendo quale sia l'"oggetto" del subappalto applicato ad una concessione. Si ritiene cioè debba essere precisato se esso consista in una sorta di "subconcessione" o in un mero "subaffidamento" inerente l'esecuzione di talune delle prestazioni (lavori e/o servizi) comprese nel contratto di concessione, ovvero se siano prospettabili entrambe queste soluzioni operative.

Nel primo caso, l'affidamento in subappalto dovrebbe essere trattato alla stregua di un contratto di concessione atteso che ne ripropone le caratteristiche dal punto di vista economico-finanziario, con particolare riguardo alle modalità di remunerazione delle prestazioni oggetto di sub affidamento (es. in una concessione autostradale il concessionario potrebbe sub affidare con queste modalità il servizio di gestione dei punti di ristoro o delle stazioni di servizio).

Nel secondo caso sembra configurarsi un subappalto in senso stretto, con subaffidamento dell'esecuzione di lavori e servizi verso il corrispettivo di un prezzo, secondo lo schema tipico del contratto d'appalto e in linea con la nozione di subappalto codificata nel nostro ordinamento.

Per di più, come sottolineato nell'analisi degli artt. 6 e 7 relativi all'ambito soggettivo di applicazione della Direttiva concessioni, alla cui lettura si rinvia, mentre la Direttiva 2004/18/CE conteneva regole specifiche volte ad assoggettare all'evidenza pubblica gli affidamenti del concessionario di lavori che non è un'amministrazione aggiudicatrice, un'analogia previsione non è rinvenibile nelle Direttive del 2014, sicché le scelte da compiere su questo aspetto sono poste interamente in capo al legislatore nazionale in sede di recepimento, ferma restando la valutazione sulla compatibilità dell'evidenza pubblica con la nuova norma europea che consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori di richiedere a monte agli aspiranti concessionari, in fase di presentazione delle candidature o delle offerte, il nominativo dei subappaltatori.

Altro punto sul quale va posta l'attenzione in sede di recepimento è quello relativo al disposto contenuto all'art. 146, comma 1, lett. a) del D.lgs. n. 163/2006, che ha recepito il principio contenuto all'art. 60 della Direttiva 2004/18/CE. Tale articolo, nell'ambito di affidamento delle concessioni di lavori pubblici e, in particolare, con riferimento agli obblighi e facoltà del concessionario in relazione all'affidamento a terzi di una parte dei lavori, prevede testualmente che "la stazione appaltante può: a) imporre al concessionario di lavori pubblici di affidare a terzi appalti corrispondenti ad una percentuale non inferiore al 30% del valore globale dei lavori oggetto della concessione. Tale aliquota minima deve figurare nel bando di gara e nel contratto di concessione. Il bando fa salva la facoltà per i candidati di aumentare tale percentuale".

Tale principio non si ritrova nella Direttiva 23. Anche per tale aspetto si rende pertanto opportuno un intervento chiarificatore del legislatore nazionale: infatti, se da tale assenza si può dedurre che non sarà più possibile che il legislatore nazionale preveda, in sede di recepimento, questa facoltà, dall'altro lato essendo la Direttiva concessioni concepita come una Direttiva di prima generazione, l'omessa previsione potrebbe anche essere interpretata come volontà di riconoscere un'ampia libertà di scelta al riguardo.

Articolo 43 - Modifica di contratti durante il periodo di validità

- Considerando da 75 a 79 Direttiva 2014/23/UE
- Disposizione a recepimento obbligatorio.

Analisi testo

Il testo dell'articolo della Direttiva 23 dedicato alle modifiche di contratti durante il periodo di validità riproduce, in modo pressoché analogo, quello dell'articolo 72 della Direttiva 2014/24/UE, ragione per la quale si rinvia, per il commento, a quanto già nella detta sede evidenziato. Occorre, tuttavia, fare alcune precisazioni.

La Direttiva disciplina le modifiche ai contratti di concessione che possono essere affidati allo stesso concessionario senza la necessità di ricorrere a nuove procedure competitive.

Le modifiche sostanziali. Secondo quanto già espresso nel Documento di analisi della Direttiva Appalti, una nuova procedura di aggiudicazione è necessaria quando vengono apportate modifiche sostanziali al contratto iniziale, inerenti in particolare al campo di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti. Si tratta di modifiche che mutano la natura della concessione rispetto a quella inizialmente sottoscritta.

In sede di commento alla direttiva concessioni, per il forte impatto che può avere, è opportuno analizzare in modo più approfondito l'ipotesi di modifica sostanziale indicata nell'art. 43, paragrafo 4, lett. b), ovverosia quando *“la modifica cambia l'equilibrio economico finanziario della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale”*.

Come è stato già commentato nell'art. 1, punto 11, l'equilibrio economico finanziario di un PEF è peculiare per ogni progetto di investimento, ed è non soltanto il risultato di specifici investimenti, costi gestionali, costi finanziari, tariffe, durata ma anche e, soprattutto, l'esito di una concordata e specifica distribuzione dei rischi tra le parti.

È di palmare evidenza come ogni modifica al contratto che preveda nuovi investimenti, nuove tariffe, modifiche nella distribuzione dei rischi, ecc. comporti una modifica dell'equilibrio del PEF. Il paragrafo 4 dell'art. 43, tuttavia, esige che modifiche sostanziali siano solo quelle che incidano sull'equilibrio del PEF e al contempo: a) determinino un vantaggio del concessionario; b) non siano previste nel contratto di concessione.

Mentre per elementi concreti come la diminuzione degli investimenti programmati, l'aumento delle tariffe, l'aumento del contributo pubblico si determina una percepibile modifica dell'equilibrio del PEF a vantaggio del concessionario, la stessa concretezza non è percepibile quando venga modificata la distribuzione dei rischi, sempre a suo vantaggio. La modifica della distribuzione dei rischi – nel senso di uno spostamento a carico della PA quando erano invece a carico del concessionario – può alterare la natura della concessione ed è sostanziale se solo si pensi all'impatto che può avere sui contratti di finanziamento. Il finanziamento che sia garantito dalla PA (ci sono diversi modi di traslazione) e che dia certezza di restituzione agli istituti di credito, da una parte comporta dei costi inferiori che possono essere incassati dal concessionario, guadagnando così senza sostenere rischi, dall'altra parte se sono sbilanciati in modo da non configurare più il rischio operativo a carico del concessionario, compromette

l'esistenza stessa della concessione venendo meno uno degli elementi costitutivi imposti dalla direttiva.

Un forte livello di attenzione deve essere portato, pertanto, alla completezza delle condizioni di modifica dell'equilibrio del PEF contenute nel contratto di concessione, più l'elenco è completo e meno contenziosi potranno insorgere in merito alla natura di modifica sostanziale della concessione; con l'avvertenza che le condizioni di modifica previste contrattualmente che snaturino la concessione facendo venire meno qualità e quantità dei rischi operativi a cui deve essere esposto il concessionario, non sanano il contratto per il sol fatto che siano state previste.

Le clausole di revisione. L'art. 43, paragrafo 1, lett. a) prevede che le concessioni possano essere modificate a prescindere dal loro valore monetario, se le modifiche sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare precise ed inequivocabili. Anche in questo caso nella Direttiva c'è un richiamo forte alla previsione delle clausole contrattuali che consentano di procedere ad affidamenti diretti, prescindendo dal loro valore ma mai dal principio di non alterazione della natura della concessione. Il Codice sembra aver già affrontato nell'art. 143, comma 8*bis*, a norma del quale la convenzione: 1) deve definire i presupposti e le condizioni di base del piano economico – finanziario le cui variazioni non imputabili al concessionario, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua revisione; 2) nonché contenere una definizione di equilibrio economico – finanziario che fa riferimento ad indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito; 3) la procedura di verifica e la cadenza temporale degli stessi.

Lavori o servizi supplementari. Una ulteriore ipotesi di modifica consentita della concessione ai sensi del paragrafo 1, lett. b), attiene all'affidamento al concessionario di lavori o servizi supplementari che si siano resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale. Tale modifica è ammessa solamente quando il cambiamento del concessionario: 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale; e 2) comporti per l'amministrazione notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi. Inoltre, per le concessioni diverse da quelle aggiudicate nell'ambito dei cosiddetti "settori speciali", la direttiva pone un ulteriore limite, specificando che l'eventuale aumento di valore non deve eccedere il 50% del valore della concessione iniziale. Tale limitazione, nell'ipotesi di più modifiche successive, si applica al valore di ciascuna modifica e la norma in esame espressamente stabilisce che le modifiche successive non devono essere intese ad aggirare la direttiva.

Tale previsione ha un precedente nell'art. 61 della direttiva 2004/18/Ce, recepito nell'art. 147 del Codice. Le due disposizioni appaiono differenti sotto il profilo letterale e sostanziale. Si evidenzia, infatti che: 1) l'art. 43 della Direttiva disciplina non solo l'affidamento di lavori supplementari ma anche di servizi supplementari; 2) la Direttiva ha precisato che l'aumento del valore della concessione, limitato al 50% del valore iniziale, deve essere applicato ad ogni singola modifica successiva nel caso intervengano più modifiche nel corso della concessione, ben potendosi superare nel tempo il limite del 50% del valore della concessione.

Sopravvenute circostanze imprevedibili. Successivamente, alla lettera c), paragrafo 1, della norma in commento si prevede che la modifica della concessione è ammessa ove siano soddisfatte le seguenti condizioni:

- a) la necessità di modifica è determinata da circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore diligente non abbia potuto prevedere;
- b) la modifica non alteri la natura generale della concessione;
- c) nel caso di concessioni aggiudicate in un ambito diverso da quello dei cosiddetti "settori speciali", l'eventuale aumento di valore non sia superiore al 50% del valore della concessione iniziale. Tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica successiva.

Questa ipotesi è la più innovativa tra quelle previste dalla Direttiva ed ha una portata molto ampia, lasciando una forte discrezionalità sia al legislatore nazionale in sede di recepimento come alle amministrazioni, nel caso venisse consentita, in sede di futura applicazione.

Si noti come l'art. 43 consentirebbe di far rientrare la disciplina per sopravvenute cause imprevedibili anche tra le modifiche consentite previste in espresse clausole di revisione (art. 43, par. 1, lett. a) della Direttiva). Tuttavia, accedere a una o all'altra interpretazione ha conseguenze molto diverse sul valore delle modifiche ammissibili: nel primo caso, infatti, c'è un limite di valore della modifica (50% della concessione) che manca nelle clausole di revisione.

Opportunità e criticità

L'articolo introduce un'ampia casistica di modifiche consentite rispetto alle quali occorre comunque assicurare che non snaturino la natura del contratto di concessione.

In sede di recepimento si dovrà sottolineare l'importanza della disciplina contrattuale delle ipotesi di revisione fatto che consente di affrontare i mutamenti inevitabili del contratto regolandone il riverbero sul PEF alla ricerca di un nuovo equilibrio.

Come elemento di difformità si segnala che nonostante la Direttiva sia universale ed applicabile alle concessioni di lavori e di servizi e ai settori ordinari come a quelli speciali, i limiti quantitativi alle modifiche per lavori e servizi supplementari indicati al paragrafo 1, lett. b) ultimo comma e quelli relative alle modifiche imprevedibili indicate nella lett. c), sub iii) siano operativi solo per i settori ordinari rimanendone esclusi quelli dei settori speciali elencati all'allegato II.

Articolo 44 - Risoluzione dei contratti

- Considerando 80 Direttiva 2014/23/UE
- Disposizione a recepimento obbligatorio

Analisi testo

La ratio dell'art. 44 della nuova direttiva risiede nel fatto che, come previsto nel considerando 80, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori si trovano a volte ad affrontare circostanze che impongono la risoluzione anticipata della concessione al fine di rispettare gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione nel settore delle concessioni.

Il testo dell'articolo della Direttiva 23 dedicato alla risoluzione dei contratti riproduce, in modo pressoché analogo, quello dell'articolo 73 della Direttiva 2014/24/UE, ragione per la quale si rinvia, per il commento, a quanto già nella detta sede evidenziato.

Occorre tuttavia rilevare che, in sede di recepimento, sarebbe opportuno che il legislatore chiarisse il disposto della lettera b) dell'articolo 44, paragrafo 1, che prevede la risoluzione della concessione nel caso in cui il concorrente avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di aggiudicazione in quanto, al momento dell'aggiudicazione, si è trovato in una delle cause di esclusione previste dall'articolo 38. In particolare, dovrebbe essere chiarito se la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale in capo al concessionario sia condizione per l'efficacia dell'aggiudicazione e vada quindi sempre operata prima della stipulazione del contratto oppure, come sembra evincersi dalla disposizione in commento, possa essere omessa. Sarebbe anche opportuno chiarire se le verifiche in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale in capo al concessionario debba essere effettuata in corso di esecuzione del contratto.

Articolo 45 – Monitoraggio e relazioni

- Considerando 83 Direttiva 2014/23/UE
- Disposizione a recepimento obbligatorio

Analisi testo

Trattasi di una disposizione del tutto nuova per le concessioni.

Anche per queste il legislatore comunitario, come ha già fatto per gli appalti, introduce l'obbligo di effettuare il monitoraggio sulle attività espletate dalle amministrazioni degli stati membri in materia di concessioni.

Va tuttavia rilevato che il monitoraggio delle concessioni configurato in tale articolo è un monitoraggio "alleggerito" rispetto a quello previsto per gli appalti, limitato all'introduzione del principio secondo il quale gli Stati membri provvedono a che i compiti di monitoraggio siano svolti da una o più autorità o strutture e indicano alla Commissione tutte le autorità o strutture competenti per tali compiti.

Gli Stati membri devono garantire il controllo dell'applicazione delle norme sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. Se le autorità o le strutture di controllo individuano violazioni specifiche quali frode, corruzione, conflitto di interessi e altre irregolarità gravi o problemi sistemici, hanno il potere di segnalare tali violazioni o problemi ad autorità nazionali di controllo, organi giurisdizionali e altre autorità o strutture idonee.

I risultati delle attività di controllo sono messi a disposizione del pubblico mediante idonei strumenti di informazione.

La Commissione può chiedere agli Stati membri, al massimo ogni tre anni, una relazione di controllo contenente se del caso una panoramica delle cause più frequenti di scorretta applicazione delle norme per l'aggiudicazione di contratti di concessione, compresi possibili problemi strutturali o ricorrenti nell'applicazione delle norme, eventuali casi di frode e altri comportamenti illeciti.

Da segnalare l'obbligo, per gli Stati membri, di rendere disponibili gratuitamente orientamenti e informazioni per l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione relativo all'aggiudicazione di contratti di concessione al fine di assistere le amministrazioni aggiudicatrici, gli enti aggiudicatori e gli operatori economici nella corretta applicazione della normativa dell'Unione.