

**NOTE SUI CONTRATTI PUBBLICI
ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE**

(AGGIORNATE AL DECRETO CORRETTIVO, D.LGS. 19 APRILE 2017, N. 56)

a cura di

Angelo Clarizia



**LA SAPIENZA EDITRICE
ROMA**

A norma di legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro.

Tutti i diritti riservati



Copyright©2017 by Edizioni La Sapienza – Roma

Amministrazione e deposito: V.le Ippocrate, 158 - 00161 Roma

Tel. 06.44.52.786 - Fax.06.44.51.861

www.libreriasapienza.it

e-mail: info@libreriasapienza.it

Tipografia A.Z. Digital Press SNC

Via A. Borelli 7b/c - 00161 Roma – Tel. 06.44.70.42.40

INDICE GENERALE

<i>Prefazione</i> di Angelo Clarizia	3
Capitolo I. Il nuovo codice dei contratti, i regolamenti e le linee guida ANAC di Marialuisa Marra	11
Capitolo II. Le fonti nei contratti pubblici di Michele Trimarchi	21
Capitolo III. Autorità nazionale anticorruzione di Lucia Iannotta	27
Capitolo IV. Le misure antimafia alla luce del nuovo codice di Giovanni Greco	35
Capitolo V. Gli appalti verdi di Luigi Conti	41
Capitolo VI. Il RUP, la commissione di gara ed il soccorso istruttorio di Marco Reale	47
Capitolo VII. Le concessioni di lavori e di servizi di Maria Vittoria Ferroni	55
Capitolo VIII. Il partenariato pubblico privato di Chiara Mari	63
Capitolo IX. Il partenariato sociale di Luca Caianiello	69
Capitolo X. Il contratto di rete di Maria Gabriella Imbesi	73
Capitolo XI. Aggregazione e qualificazione delle stazioni appaltanti di Massimo Nunziata	83
Capitolo XII. Organismi di diritto pubblico di Andrea Pincini	87
Capitolo XIII. <i>In house providing</i> di Antonio Contini	91
Capitolo XIV. Gli operatori economici ammessi alle gare con particolare riferimento alle associazioni temporanee di impresa ed ai consorzi stabili di Gianni Fischione	99
Capitolo XV. I requisiti soggettivi, economico finanziari, tecnici delle imprese di Pier Paolo Nocito	105
Capitolo XVI. L'avvalimento di Alessio Cicchinelli	113
Capitolo XVII. Il bando e la sua impugnazione di Giovanni Antonelli	119
Capitolo XVIII. Le clausole e i criteri sociali di Carla Campanaro	125
Capitolo XIX. Le procedure di scelta del contraente e i criteri di selezione delle offerte di Marica Romandino	131
Capitolo XX. L'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio ordinario di aggiudicazione di Lorenzo Carbonara	139
Capitolo XXI. L'anomalia di Fabio Massimo Pellicano	147
Capitolo XXII. Le procedure di aggiudicazione dei contratti sottosoglia di Paolo Clarizia	155
Capitolo XXIII. Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale di Andrea Carbone	167
Capitolo XXIV. Il nuovo rito in materia di appalti di Giuseppe Maria Berruti	173
Capitolo XXV. Le novità della fase esecutiva di Giovanni Antonelli	179
Capitolo XXVI. Il subappalto di Giovanni Antonelli	183
Capitolo XXVII. Il regime transitorio nel nuovo codice dei contratti pubblici alla luce del decreto correttivo di Francesco Lilli	187

CAPITOLO VII
LE CONCESSIONI DI LAVORI E DI SERVIZI

MARIA VITTORIA FERRONI

1. Le concessioni nella nuova direttiva, la n. 2014/23/UE. Cenni

Con l'entrata in vigore della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione è stata introdotta un'armonizzazione della disciplina della concessione di lavori e di servizi.

La direttiva disciplina l'aggiudicazione di concessioni di lavori o di servizi a operatori economici da: a) amministrazioni aggiudicatrici; o b) enti aggiudicatori, purché i lavori o i servizi siano destinati allo svolgimento di una delle attività di cui all'allegato II (gas; energia termica; elettricità; attività relative alla messa a disposizione o alla gestione delle reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario mediante autobus, sistemi automatici o cavo; attività relative allo sfruttamento di un'area geografica al fine della messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporti ai vettori aerei marittimi e fluviali; servizi postali; attività relative allo sfruttamento di un'area geografica ai fini di estrazione di petrolio o di gas; prospezione o estrazione di carbone o altri combustibili solidi), il cui valore stimato sia pari o superiore a 5 186 000 EUR.

La più importante novità è stata quella di assoggettare anche l'affidamento della concessione di servizi ad una procedura di gara.

Inoltre la direttiva ha affrontato in modo più puntuale un tema delicato sul quale anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea non era intervenuta in modo chiaro, ossia quello del rischio operativo (Corte di Giustizia, 10 settembre 2009, in Causa C-206/08: *"In ogni caso, anche se il rischio nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice è molto ridotto, per poter ritenere sussistente una concessione di servizi è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca, integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio di gestione nel quale essa incorre"*); consistente: *"nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio"* (Corte di Giustizia, 10 marzo 2011, in Causa C-274/09).

In particolare al considerando 18 della direttiva 2014/23/UE viene stabilito che: *"L'applicazione di norme specifiche per la disciplina dell'aggiudicazione di concessioni non sarebbe giustificata se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sollevasse l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale"* ed al successivo considerando n. 19 che: *"Il fatto che il rischio operativo sia limitato sin dall'inizio non dovrebbe escludere che il contratto si configuri come concessione. [...] Può essere il caso, ad esempio, di settori con tariffe regolamentate o dove il rischio operativo sia limitato mediante accordi di natura contrattuale che prevedono una compensazione parziale, inclusa una compensazione in caso di cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore ovvero per cause di forza maggiore"*.

Infine il considerando n. 20 afferma che: *"Un rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti. [...] Il rischio operativo dovrebbe essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente [...]. Per rischio sul lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio sul lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta di lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda"*.

A conferma la definizione contenuta all'art. 5 della direttiva 23/2014 è chiara nel richiedere che: *"l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo"*

nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».

2. La concessione di lavori e di servizi nel D. Lgs. 19 aprile 2016 n. 50 come modificato in data 5 maggio 2017 dal D.lgs. n.56/2017

La nuova direttiva europea sulle concessioni è stata recepita in una parte del nuovo codice dei contratti, la parte III del D.Lgs. 19 aprile 2016, n. 50, ora modificato dal D.lgs. n.56/2017.

Essa risulta suddivisa in tre capi: il Capo I dedicato ai principi generali e situazioni specifiche, il Capo II dedicato alle garanzie procedurali ed il Capo III dedicato all'esecuzione delle concessioni.

La definizione delle concessioni è contenuta nell'art. 3 del D. Lgs 50/2016, ed in particolare:

- al comma 1 lettera uu) secondo cui la concessione di lavori è *"un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione e l'esecuzione di lavori, ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere"*.

- al comma 1 lettera vv) per il quale la concessione di servizi è *"un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi"*.

- alla lettera rrr) l'affidamento di lavori o servizi mediante concessione viene annoverato tra le procedure di affidamento del codice dei contratti pubblici.

La qualificazione della concessione come contratto deriva da una armonizzazione sostanziale da parte del diritto europeo che, per la concessione dei lavori, già a partire dalle direttive europee degli anni novanta, ha determinato la modificazione della disciplina giuridica dell'ordinamento italiano, che, fino ad allora, la annoverava entro la categoria del provvedimento amministrativo (ed in particolare l'atto con cui l'amministrazione attribuiva *ex novo*, o trasferiva, la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto privato, il quale, titolare di un interesse legittimo pretensivo, solo in seguito all'emanazione del provvedimento concessorio, diveniva titolare di un diritto soggettivo pieno che poteva essere fatto valere anche nei confronti di terzi). Con la concessione, si determinava un trasferimento di compiti e funzioni amministrative dal concedente al concessionario con particolare riferimento all'oggetto pubblico della prestazione che veniva posta a carico del concessionario. Peraltro, anche prima che intervenisse il diritto europeo, la dottrina si era interrogata sulla natura giuridica della concessione in quanto il coinvolgimento del privato portava parte della dottrina a ritenere che si trattasse di un contratto. Si riteneva infatti che l'esigenza di incentivare la collaborazione dei privati facesse sorgere la necessità di riconoscergli una garanzia forte dei diritti economici; e che tale garanzia potesse essere assicurata solo da un contratto di diritto privato.

Negli anni si era successivamente affermata una tesi intermedia secondo cui la concessione era una fattispecie complessa costituita da due atti distinti ma connessi: un primo atto pubblicistico, consistente nel provvedimento amministrativo di concessione, ed un secondo atto, avente natura privatistica, ossia un accordo stipulato tra l'amministrazione ed il privato con il quale venissero regolati i diritti ed obblighi delle parti. Anche questa impostazione è stata superata a seguito dell'armonizzazione sostanziale avvenuta in forza del diritto europeo, e la concessione di lavori e di recente anche quella di servizi sono state qualificate quali contratti stipulati in seguito allo svolgimento di una procedura di gara pubblica.

La differenza tra il contratto di appalto e le concessioni di lavori e di servizi è la controprestazione: nell'appalto consiste nel pagamento di un prezzo da parte della pubblica amministrazione all'impresa scelta a seguito della procedura di aggiudicazione; mentre nelle concessioni la controprestazione consiste unicamente nel diritto di gestire le opere o i servizi eventualmente accompagnato da un prezzo e purché vi

● la l'assunzione del rischio operativo legato alla gestione delle opere, o alla gestione dei servizi, in capo al concessionario.

Il concetto di rischio operativo, alla luce della direttiva europea, è divenuto centrale al fine di distinguere la fattispecie della concessione di lavori e servizi da quella degli appalti.

L'art. 3 del D. Lgs 50/2016 alla lettera zz) esplica cosa si intende per rischio operativo: *"il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico. Si considera che l'operatore economico assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile"*.

Il rischio operativo dovrebbe essere un rischio *"sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o su entrambi i lati"*. Il D. Lgs. n. 50/2016, riprendendo la formulazione della direttiva 2014/23, ha precisato che suddetto rischio dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti. Quest'ultima previsione è facilmente conciliabile con il rischio della domanda, che dipende da comportamenti di soggetti terzi (i c.d. fruitori del servizio), mentre è meno agevole da conciliare con il rischio sull'offerta, dato che l'offerta è resa dallo stesso concessionario. Si ritiene quindi che, in questo caso, i rischi riguardino essenzialmente quelle componenti che sono al di fuori del controllo dell'operatore privato, come l'andamento dei costi, che dipendono dalle oscillazioni del mercato.

Il D.lgs. n.56 del 2017 ha chiarito inoltre che ricorrono le "condizioni operative normali" in caso di insussistenza di eventi non prevedibili (ossia indipendenti dalla loro volontà, come nel caso di una calamità o di un'improvvisa e pesante crisi economica) né per l'autorità pubblica, né per la parte privata, al punto che sia possibile compiere una valutazione attendibile della remuneratività dell'operazione.

Per quanto concerne il concetto di rischio operativo anche l'ANAC ha affermato il principio secondo cui i rischi devono essere allocati sulla parte che ha la maggiore capacità di controllarli e gestirli, al fine di evitare che nei contratti sia prevista l'allocatione a ciascuna delle parti contrattuali di rischi che le stesse non possono efficacemente gestire, con conseguente compromissione della buona riuscita del progetto (Autorità Nazionale Anticorruzione, Documento di consultazione del 7 febbraio 2017 *"Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato"*). L'Autorità ha elaborato una matrice dei rischi con l'obiettivo di definire se l'attuale allocatione del rischio specifico debba essere in capo al soggetto pubblico o privato o se non sia più opportuno considerare altre forme di gestione condivisa: più dettagliata è la matrice, minori sono le possibilità di trascurare aspetti rilevanti nella corretta allocatione dei rischi.

È stato altresì osservato come sia fondamentale che, all'atto dell'aggiudicazione della gara, il piano economico-finanziario mostri una situazione di perfetto equilibrio. In tal modo, se il concessionario è in grado di gestire più efficacemente ed efficientemente il rischio operativo, la sua remunerazione sul capitale investito sarà maggiore di quella media di mercato assunta a riferimento (Parere del Consiglio di Stato n. 192/2017 sullo schema di Linee guida recanti *"Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato"*).

3. Oggetto e ambito di applicazione delle concessioni. Le procedure di aggiudicazione e di affidamento delle concessioni

L'oggetto e l'ambito di applicazione della nuova disciplina in tema di concessioni sono definiti dall'art. 164 del D. Lgs 50/2016. Il suddetto articolo chiarisce in primo luogo che le disposizioni della parte III del codice definiscono le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi indette dalle amministrazioni aggiudicatrici; nonché dagli enti aggiudicatori qualora i lavori o i servizi siano destinati ad una delle attività di cui all'allegato II (citate nel precedente paragrafo).

Il medesimo art.164 chiarisce che le disposizioni di cui alla parte III non si applicano ai provvedimenti comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi

anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici (si pensi alle concessioni di beni del demanio marittimo).

Per quanto riguarda la disciplina delle procedure di aggiudicazione e di affidamento delle concessioni, il comma 2 dell'art. 164 opera un generale rinvio alla disciplina di cui alla parte I e II del d.lgs. n. 50 del 2016 per i principi generali, le esclusioni, le modalità di pubblicazione e redazione dei bandi, i requisiti generali e speciali, i motivi di esclusione ed i requisiti di qualificazione degli operatori.

Al terzo comma del medesimo articolo è previsto che i servizi non economici di interesse generale non rientrano nell'ambito di applicazione della parte III del codice. Infine il quinto comma dell'art. 164 stabilisce che i concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza della presente parte nonché le disposizioni di cui alle parti I e II in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, non derogate espressamente dalla presente parte.

L'articolo 166 sancisce un'ampia libertà per le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori *"di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto delle norme della presente Parte. Essi sono liberi di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza, accessibilità, la parità di trattamento e promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici."* In altri termini, nel rapporto concessorio, il nuovo codice sembra rafforzare l'autonomia decisionale delle amministrazioni concedenti pur nel rispetto dei principi generali del codice stesso.

A conferma l'art. 170 del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che, negli atti del bando di gara, devono essere indicati i requisiti tecnici e funzionali dei lavori da eseguire o dei servizi da fornire oggetto della concessione. Tali requisiti possono riferirsi anche allo specifico processo di produzione o di esecuzione dei lavori o di fornitura dei servizi richiesti purché siano collegati all'oggetto del contratto e commisurati al valore ed agli obiettivi dello stesso. In altri termini deve trattarsi di requisiti formulati nel rispetto del principio di ragionevolezza e proporzionalità. Inoltre, sulla base delle richieste formulate dalla stazione appaltante, i requisiti tecnici e funzionali possono includere livelli di qualità, livelli di prestazione ambientale ed effetti sul clima come anche una progettazione che comprenda l'accessibilità per le persone con disabilità. In ogni caso i requisiti tecnici e funzionali inseriti nel bando di gara non possono portare all'esclusione di un concorrente che provi con qualsiasi mezzo idoneo che le soluzioni da lui proposte con l'offerta presentata soddisfino in maniera equivalente i requisiti tecnici e funzionali richiesti dal bando. Ossia i requisiti potrebbero essere anche molto specifici, purché sia rispettato il principio di equivalenza per coloro che partecipano alla gara per l'aggiudicazione della concessione.

Il successivo art. 171, disciplinante le garanzie procedurali, permette all'amministrazione aggiudicatrice di determinare *ex ante* i requisiti minimi delle offerte, ivi comprese *"le condizioni e le caratteristiche tecniche, fisiche, funzionali e giuridiche che ogni offerta deve soddisfare o possedere"*.

Si tratta di una disciplina di principio meno rigorosa e meno dettagliata di quanto previsto per gli appalti. In particolare l'art. 171 comma 2 precisa che il bando deve contenere: una generale descrizione della concessione e delle condizioni di partecipazione; il vincolo per i concorrenti alla realizzazione del piano finanziario e al rispetto dei tempi previsti per la realizzazione degli investimenti; la descrizione dei criteri di aggiudicazione ovvero l'indicazione dei requisiti minimi da soddisfare. I successivi commi 4 e 5 confermano il carattere generale e di principio delle regole in tema di garanzie procedurali. Viene in particolare previsto che la possibilità per la stazione appaltante di limitare il numero dei candidati e gli offerenti a un livello adeguato sia subordinata alla previa fissazione di criteri oggettivi e trasparenti.

Le modalità relative allo svolgimento della procedura devono essere rese note a tutti i partecipanti in via preventiva, così come le eventuali modifiche.

Il particolare carattere delle procedure di affidamento delle concessioni viene esplicitato al comma 7 secondo cui: *"la stazione appaltante può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti. L'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non possono essere modificati nel corso delle negoziazioni."*

Per quanto riguarda i principi, i termini ed i criteri di aggiudicazione l'art. 173 stabilisce che le concessioni sono aggiudicate sulla base dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza di cui all'art. 30

del d.lgs. n. 50 del 2016. Inoltre, ai sensi del medesimo articolo, le stazioni appaltanti devono rispettare i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità. Il principio di economicità può avere un'applicazione meno stringente laddove nel bando siano previsti criteri ispirati ad esigenze sociali, alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile anche dal punto di vista energetico.

Sempre nell'ottica di favorire il confronto concorrenziale viene stabilito che i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese.

Nel bando, i criteri di aggiudicazione devono essere elencati in ordine decrescente di importanza in espressa deroga a quanto previsto dall'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Per quanto concerne i termini, quello minimo per la ricezione delle domande di partecipazione, comprese eventualmente le offerte, è di trenta giorni dalla data di pubblicazione del bando. Se la procedura si svolge in fasi successive, il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di ventidue giorni.

Particolarmente innovativo è il terzo comma del medesimo art. 173 il quale stabilisce che, laddove la stazione appaltante riceva un'offerta contenente una soluzione particolarmente innovativa che non si poteva prevedere con l'ordinaria diligenza, la stazione appaltante potrà, in via del tutto eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto della suddetta soluzione. Naturalmente, per il rispetto della *par condicio*, il legislatore ha previsto l'obbligo per la stazione appaltante di informare tutti gli offerenti della modifica dell'ordine di importanza dei criteri e dell'adozione di un nuovo invito a presentare le offerte. Qualora i criteri siano stati pubblicati al momento della pubblicazione del bando di concessione, la stazione appaltante dovrà pubblicare un nuovo bando di concessione, affinché la modifica non alteri la concorrenza dando luogo a discriminazioni.

Riguardo l'ambito di applicazione occorre precisare che il nuovo codice si applica, ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 50 del 2016, alle concessioni il cui valore sia pari o superiore a 5.225.000,00 euro.

Per quanto riguarda la durata delle concessioni essa è limitata e viene determinata nel bando di gara in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario ed è commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa. La durata massima non può comunque essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici. Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono quelli effettivamente sostenuti dal concessionario, sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione.

Per le concessioni sotto la soglia, ossia di valore cioè inferiore ad euro 5.225.000,00 pur non dovendosi applicare le regole di gara prevista dal codice, resta fermo l'obbligo del rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, nonché il principio di rotazione, come stabilito dall'articolo 36 del D.lgs. n. 50 del 2016 secondo le modalità di affidamento ivi indicate.

4. Il subappalto e la possibilità di modificare i contratti in corso

L'art. 174 del codice disciplina espressamente il subappalto nelle concessioni e prevede una generale facoltà per gli operatori economici di indicare, al momento dell'offerta, le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi. Per le concessioni sopra la soglia di cui all'art. 35, comma 1, lett. a) (euro 5.225.00) il Codice prevede l'obbligo di indicare la terna di subappaltatori. Tale obbligo è esteso, indipendentemente dall'importo a base di gara, ai casi involgenti le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa.

Gli operatori economici hanno però l'obbligo di dimostrare che, in capo ai subappaltatori indicati, non esistono motivi di esclusione, altrimenti dovranno provvedere immediatamente alla loro sostituzione se dovessero emergere, in sede di verifica, suddetti motivi di esclusione. La norma conferma il divieto del c.d. subappalto a cascata, nonché l'obbligo di solidarietà del concessionario con il subappaltatore nei confronti dei dipendenti dell'impresa subappaltatrice, in relazione agli obblighi retributivi e contributivi di legge. Il subappalto, poi, è vietato in favore di imprese che abbiano partecipato alla medesima procedura in concorrenza con l'impresa appaltatrice. L'impresa che si aggiudicherà l'appalto potrà subaffidare ad altre imprese sino al 30% del valore complessivo del contratto.

Il successivo art. 175 disciplina la possibilità di modificare i contratti durante il loro periodo di efficacia al fine di regolamentare in maniera chiara un aspetto alquanto delicato e da sempre molto discusso, sia in dottrina che in giurisprudenza.

Il legislatore ha previsto la possibilità di modificare la concessione senza espletare una nuova procedura laddove le modifiche siano state previste nei documenti iniziali di gara in clausole dettagliate che abbiano cioè fissato la portata, la natura e le condizioni delle modifiche nonché in tutti i casi in cui il valore della modifica è inferiore sia alle soglie comunitarie che al 10% del valore iniziale del contratto di servizi e forniture ovvero al 15% del valore iniziale del contratto di lavori. Resta ferma la possibilità di modifica del contratto senza necessità di una nuova procedura di gara, ove la necessità di modificare il contratto derivi da errori od omissioni del progetto esecutivo che pregiudichino in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione con l'obbligo di rispettare le soglie di cui sopra.

Naturalmente le modifiche non possono in alcun modo alterare la natura generale della concessione, né prevedere una proroga della durata della stessa. Un'altra ipotesi in cui è prevista la possibilità di modifica riguarda i lavori o i servizi supplementari che si sono resi necessari in un secondo momento o che non erano originariamente previsti nella concessione, solo se il cambiamento della concessione non sia praticabile per motivi economici o tecnici o perché comporterebbe alla stazione appaltante un ritardo eccessivo o un significativo aumento dei costi. La modifica è inoltre prevista laddove derivi da circostanze che la stazione appaltante non poteva prevedere, ma sempre se non altera la struttura della concessione ed anche laddove sia necessario sostituire il concessionario iniziale a causa di ristrutturazioni societarie, sempre senza apportare modifiche sostanziali al contratto originario. Infine la modifica è possibile nel caso in cui la stazione appaltante si assuma gli obblighi del concessionario principale nei confronti del subappaltatore e nel caso in cui le modifiche da apportare non siano sostanziali, quando cioè non alterano le condizioni contrattuali originarie. La linea comune a tutte le ipotesi di modifica previste dal legislatore è quindi rappresentata dal divieto di apportare modifiche sostanziali alle condizioni previste nel contratto originario, altrimenti l'unica via possibile è l'espletamento di una nuova procedura.

5. Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro

Riguardo l'eventualità dell'annullamento d'ufficio del contratto di concessione il legislatore ha previsto, all'art. 176 che vi si possa procedere qualora il concessionario sarebbe dovuto essere escluso per carenza dei requisiti, laddove la stazione appaltante abbia violato il diritto dell'Unione Europea durante il procedimento di aggiudicazione o nel caso in cui si è proceduto ad una modifica del contratto al di fuori delle ipotesi previste dal codice. In tali ipotesi non si applicherebbero i termini di cui all'articolo 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 ossia il termine di diciotto mesi. Quindi il legislatore, secondo l'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato (affare n.782/2017 del 30 marzo 2017), sembrerebbe consentire che le stazioni appaltanti possano agire in autotutela anche oltre l'anzidetto lasso temporale. Peraltro parte della giurisprudenza amministrativa ha proprio messo in dubbio l'applicabilità del termine dei diciotto mesi per l'annullamento di ufficio dei contratti pubblici di appalto e concessione, ritenendo che i bandi di gara non possano essere annoverati tra i "provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici" ai quali soli si applicherebbe il limite temporale di diciotto mesi per l'annullamento (TAR Palermo, sez. II, 21 febbraio 2017, n. 547).

Qualora, al contrario, la concessione venga risolta per inadempimento della stazione appaltante o revocata per motivi di pubblico interesse, il legislatore ha disposto a favore del concessionario le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso d'interesse.

Infine è stato previsto anche un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da realizzare ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione. Il pagamento di suddette somme da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore è necessario, affinché la revoca della concessione acquisti efficacia.

Il d.lgs. 56/2017 ha inoltre introdotto all'articolo 176 del d.lgs. 50/2016 il comma 5 bis, secondo il quale in tutti i "casi di cessazione del rapporto concessorio diversi dalla risoluzione per inadempimento del concessionario, il concessionario ha il diritto di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i ricavi da essa derivanti, sino all'effettivo pagamento delle suddette somme per il tramite del nuovo soggetto subentrante, fatti salvi gli eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento dei correlati costi".

Nell'ipotesi in cui la concessione sia risolta per inadempimento del concessionario trova applicazione l'articolo 1453 del codice civile. Tale risoluzione viene avviata con una comunicazione per iscritto da parte della stazione appaltante al concessionario e agli enti finanziatori manifestando l'intenzione di risolvere il rapporto.

Gli enti finanziatori, ivi inclusi i titolari di obbligazioni e titoli analoghi emessi dal concessionario, entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione, indicano un operatore economico che subentri nella concessione, avente caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti o analoghe a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata affidata, con riguardo allo stato di avanzamento dell'oggetto della concessione alla data del subentro. L'operatore economico indicato per il subentro deve assicurare la ripresa dell'esecuzione della concessione e l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario sostituito entro il termine indicato dalla stazione appaltante. Il subentro è efficace dal momento in cui la stazione appaltante vi presta il consenso. Fuori dalle ipotesi specifiche di cui all'articolo 175, comma 1, lettera d), la sostituzione del concessionario è limitata al tempo necessario per l'espletamento di una nuova procedura di gara.

6. Le concessioni ed il riparto di giurisdizione

Il codice del processo amministrativo, il D. Lgs 104/2010, all'art. 133 individua le materie appartenenti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e tra esse figurano al comma 1, lett.c) *le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità;* lettera e) *le controversie: relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative".*

Alla luce di questa disposizione normativa le controversie inerenti le concessioni di servizi, le concessioni di lavori, insieme con quelle riguardanti gli appalti, sono state attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Occorre precisare che, per quanto riguarda la concessione dei lavori pubblici, la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste fino alla eventuale declaratoria di inefficacia del contratto (art. 121 codice del processo amministrativo) mentre per tutte le vicende successive la giurisdizione spetta al giudice ordinario. Per quanto riguarda la concessione di servizi, alla luce della formulazione del citato articolo 133 comma 1 lett. c) la dottrina si interroga se la giurisdizione esclusiva possa essere estesa anche alle contestazioni nascenti dall'esecuzione del contratto, stante l'ampiezza della formula.

Per quanto riguarda il rito processuale vi è stato nel corso degli anni un lungo dibattito sulla possibilità o meno di applicare anche alle concessioni di lavori e di servizi il rito abbreviato speciale previsto dal Codice per gli appalti. Il rito c.d. appalti infatti è un rito speciale in cui viene dimezzato anche il termine iniziale per la proposizione del ricorso, a differenza invece del rito abbreviato ordinario per il quale il termine iniziale è l'unico non sottoposto a dimezzazione e che rimane pertanto di sessanta giorni. L'art. 119 del codice del processo amministrativo al secondo comma precisa che "Tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati salvo, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti, nonché quelli di cui all' articolo 62, comma 1, e quelli espressamente disciplinati nel

presente articolo". Mentre al primo comma, laddove individua le materie soggette a rito ordinario, precisa che: "Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a: a) i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, salvo quanto previsto dagli articoli 120 e seguenti". Il successivo articolo 120 codice processo amministrativo prevede la dimidiazione anche del termine per la proposizione del ricorso esclusivamente per le controversie di cui all'art. 119, comma 1, lett. a) quelle cioè concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture.

Per anni la giurisprudenza si è divisa sulla possibilità o meno di applicare suddetto rito abbreviato speciale, previsto per gli appalti, anche alle concessioni. Il problema ruotava intorno all'interpretazione da dare alla locuzione "procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture", se cioè al suo interno fossero o meno comprese anche le concessioni.

La giurisprudenza negli anni si è divisa tra chi le riteneva comprese e chi invece le riteneva escluse.

Il problema è stato risolto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 22 del 27 luglio 2016 la quale ha chiarito che il rito abbreviato speciale che si applica agli appalti deve trovare necessariamente applicazione anche per le controversie inerenti le concessioni di lavori e servizi.

In particolare, per la soluzione della suddetta questione la plenaria ha ritenuto dirimente l'interpretazione letterale (unica interpretazione possibile degli artt. 119 e 120 del codice del processo amministrativo, disposizioni di carattere derogatorio ed eccezionale che, tra l'altro, riducendo il termine per la proposizione del ricorso, sono anche capaci di comprimere il diritto di difesa) della locuzione "provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture" contenuta nell'art. 119, comma 1, lett. a), c.p.a.

In particolare, il Collegio ha rilevato:

- che l'espressione "procedure di affidamento" contenuta nella suddetta locuzione di cui alla citata disposizione processuale ha ricevuto una definizione puntuale dall'art. 3, comma 36, d.lgs. n. 163 del 2006 [ribadita dall'art. 3, comma 1, lett. rrr), d.lgs. n. 50 del 2016], secondo la quale: "Le procedure di affidamento" e "l'affidamento" comprendono sia l'affidamento di lavori, servizi, o forniture, o incarichi di progettazione, mediante appalto, sia l'affidamento di lavori o servizi mediante concessione, sia l'affidamento di concorsi di progettazione e di concorsi di idee";

- che questa definizione (la quale – come è evidente – include nelle procedure di affidamento quelle attuate mediante concessione) è vincolante per l'interpretazione della disposizione processuale oggetto di disamina, tanto più perché non sussiste alcun elemento che indichi la volontà del legislatore del processo amministrativo di assegnare all'espressione "procedure di affidamento" un significato diverso da quello fatto palese dall'art. 3, comma 36, d.lgs. n. 163 del 2006;

- che, pertanto, le procedure di affidamento di servizi mediante concessione sono ascrivibili alla categoria delle "procedure di affidamento di servizi" di cui all'art. 119, comma 1, lett. a), c.p.a. e, di conseguenza, al novero delle controversie soggette al rito speciale ex artt. 119 e 120 c.p.a. e, quindi, alla dimidiazione dei termini per la notifica del ricorso, prevista dall'art. 120, comma 5, c.p.a.

Inoltre, a sostegno della propria tesi, l'Adunanza plenaria, alla suesposta esegesi letterale della norma, ha aggiunto altre argomentazioni: a) anche prescindendo dalla predetta definizione legislativa del concetto di "procedure di affidamento", la parola "affidamento" ha valenza generale e deve intendersi come comprensiva di tutte le tipologie contrattuali in relazione alle quali resta logicamente concepibile un affidamento e, quindi, sia degli appalti che delle concessioni. La definizione del contenuto semantico del lemma "affidamento" non può essere, in altri termini, circoscritta in relazione ad alcuni soltanto dei diversi schemi formali nei quali si articola l'attività contrattuale pubblica, che, al contrario, esigono, tutti un "affidamento"); b) la ratio del rito speciale ex artt. 119 e 120 c.p.a., identificabile nell'esigenza della sollecita definizione dei giudizi aventi a oggetto provvedimenti amministrativi riferibili all'esercizio di funzioni pubbliche che implicano la cura di interessi generali particolarmente rilevanti, è riferibile nella stessa misura alle controversie relative agli appalti e a quelle concernenti le concessioni; c) le ineludibili esigenze sistematiche di sicurezza giuridica e di coerenza ordinamentale impongono di assoggettare al rito speciale anche le procedure concernenti le concessioni, al fine di evitare ogni incertezza circa le regole processuali applicabili ai contratti misti.