

SCRITTI  
PER  
FRANCO GAETANO SCOCA

Volume V

EDITORIALE SCIENTIFICA  
NAPOLI

*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright 2020 Editoriale Scientifica s.r.l.  
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli  
[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com) [info@editorialescientifica.com](mailto:info@editorialescientifica.com)

ISBN 978-88-9391-964-7

## INDICE

### VOLUME V

- Le nuove frontiere della responsabilità della pubblica amministrazione: riflessioni sulla scia delle intuizioni di F.G. Scoca* 4269  
MARIANO PROTTO
- Riflessioni in tema di successione delle leggi nel tempo e di “motivazione numerica”: rileggendo l’Adunanza Plenaria n. 7/2017* 4295  
PAOLO PROVENZANO
- Fra leggi fondamentali e unioni di comunità, un giurista di fine ‘700 ha tentato di eliminare per via legale il feudalesimo nel regnum Sardiniae, ma... (tornando col pensiero allo studio di Franco Scoca sul brigantaggio meridionale)* 4317  
ANDREA PUBUSA
- L’interesse legittimo nel rapporto contrattuale pubblicistico: la gestione delle sopravvenienze e le relative vicende* 4351  
FRANCESCA PUBUSA
- Il diritto all’istruzione degli alunni con “diversità”* 4371  
STEFANIA PUDDU
- Amministratori e dipendenti di società partecipate da pubbliche amministrazioni: ambiguità ancora attuali in tema di responsabilità e giurisdizione* 4389  
MARCO RAGUSA
- Il provvedimento amministrativo come modello teorico di produzione giuridica tipica di diritto amministrativo (rileggendo la teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento di Scoca)* 4411  
MARGHERITA RAMAJOLI
- Tutela costitutiva e tutela risarcitoria in materia di contratti pubblici: riflessioni a margine della disciplina processuale dettata dalla recente legislazione di emergenza* 4425  
MAURO RENNA
- I “tentacoli” della criminalità organizzata nelle vicende amministrative degli enti locali* 4445  
RENATO ROLLI

<i>Considerazioni preliminari sulla “previa partecipazione” dell’interveniente ai sensi dell’art. 9 della l. n. 241/1990 e la tutela giurisdizionale</i>	4473
ENZA ROMANO	
<i>Roma capitale nella rete delle città internazionali. Sperimentazione di nuovi livelli di governo delle città capitali e metropolitane nella prospettiva europea</i>	4507
MARIA CHIARA ROMANO	
<i>Potere pubblico, attività amministrativa e situazioni giuridiche soggettive: rileggendo le opere di Franco G. Scoca</i>	4547
ANNA ROMEO	
<i>Dallo sviluppo sostenibile all’ambiente per lo sviluppo</i>	4573
GIAMPAOLO ROSSI	
<i>Il riparto di competenza tra sede centrale e sezione staccata dello stesso tribunale amministrativo regionale</i>	4581
FABIO SAIITA	
<i>Una sorprendente duplicazione causata dallo snaturamento del ricorso straordinario: l’incerta sorte del ricorso al presidente della regione siciliana</i>	4597
NAZARENO SAIITA	
<i>Sull’alto tasso di ineffettività del diritto urbanistico</i>	4601
FILIPPO SALVIA	
<i>La nuova evoluzione della legge di bilancio e le asimmetrie giustiziali del principio di equilibrio</i>	4605
LIO SAMBUCCI	
<i>Il bazooka giurisprudenziale tedesco e la politica monetaria della banca centrale europea</i>	4659
ALDO SANDULLI	
<i>L’impatto del Covid-19 sui “silenzi” della pubblica amministrazione</i>	4669
MARIA ALESSANDRA SANDULLI	
<i>La singolare storia di una legge di grande rilievo: la legge 7 agosto 1990, n. 241 e la sua vita</i>	4683
FILIPPO SATTA	
<i>L’evoluzione della responsabilità amministrativa ed il sopraggiungere di quella sanzionatoria</i>	4689
EUGENIO FRANCESCO SCHLITZER	

<i>Riflessioni sull'impossibilità incolpevole di dare esecuzione al giudicato amministrativo</i>	4731
DOMENICO SICLARI	
<i>Il Consiglio di Stato e la riforma dell'amministrazione: il metodo della "nuova" funzione consultiva</i>	4741
ANNA SIMONATI	
<i>I tribunali delle acque cento anni dopo. Frammenti di una giurisdizione ambientale</i>	4759
HADRIAN SIMONETTI	
<i>La giustizia amministrativa in età repubblicana. Appunti per una lezione</i>	4775
BERNARDO SORDI	
<i>Funzione amministrativa, Costituzione e algoritmi. Divagazioni minime</i>	4785
GIANCARLO SORRENTINO	
<i>Semplificazione e sostituzione dalla legge "Madia" al decreto legge 76/20. Il ruolo dell'amministrazione nelle politiche di sviluppo economico e sociale</i>	4791
RENATA SPAGNUOLO VIGORITA	
<i>La giurisdizione amministrativa di legittimità tra logica impugnatoria e logica di spettanza: qualche spunto</i>	4809
BIAGIO SPAMPINATO	
<i>Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato</i>	4845
MARIO R. SPASIANO	
<i>Conformare</i>	4857
PAOLO STELLA RICHTER	
<i>Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: rimedio di natura giustiziale o giurisdizionale?</i>	4863
PAOLO TANDA	
<i>Coercibilità dell'obbligazione a contrarre ed interesse pubblico nel pensiero di Franco Gaetano Scoca</i>	4891
STEFANO TARULLO	
<i>Sui valori giuridici a fondamento della disciplina del silenzio inadempimento</i>	4935
ALDO TIGANO	
<i>Il valore di una legge sul procedimento amministrativo</i>	4955
FABRIZIO TIGANO	

<i>La natura giuridica delle spiagge: note sull'attualità dei beni pubblici</i> MATTEO TIMO	4973
<i>La concessione di lavori pubblici e di servizi: evoluzione normativa e problematiche attuali</i> RAFFAELE TITOMANLIO	4991
<i>I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza</i> MICHELE TRIMARCHI	5011
<i>Sull'irrelevanza dei vizi relativi alla motivazione nel giudizio di impugnazione delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob</i> WLADIMIRO TROISE MANGONI	5049
<i>Principio di "conservazione della gara" e tutela dell'interesse strumentale: l'ordinamento al crocevia tra due visioni della contrattualistica pubblica</i> GIUSEPPE TROPEA, ANNALaura GIANNELLI	5063
<i>La garanzia del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dell'autorità nazionale anticorruzione</i> FRANCESCO FABRIZIO TUCCARI	5093
<i>Le autorità indipendenti quali parti del processo: dall'esigenza di tutela delle situazioni soggettive all'esigenza di giustizia nell'amministrazione</i> SILVIA TUCCILLO	5125
<i>La funzione nomofilattica delle sezioni riunite della Corte dei conti in sede giurisdizionale</i> GRAZIANA URBANO	5149
<i>Riflessioni sulla gerarchia militare</i> RICCARDO URSI	5165
<i>Anticorruzione e misure straordinarie. L'articolo 32 d.l. n. 90/2014 in una prospettiva teorico-giuridica</i> STEFANIA VASTA	5191
<i>L'interesse legittimo tra soddisfazione necessaria e risultato non (necessariamente) garantito</i> GIORGIO VERCILLO	5211
<i>Note sulla disciplina di base della scia</i> GIULIO VESPERINI	5237
<i>Lotta ai cambiamenti climatici e "Stato innovatore-impresa pubblica"</i> FRANCESCO VETRÒ	5247

<i>Dalle situazioni soggettive al riparto di giurisdizione in materia di sanzioni Consob e Banca d'Italia</i>	5263
NICOLETTA VETTORI	
<i>Vecchi centri storici, nuovi scenari? Osservazioni a margine dell'individuazione dei centri storici</i>	5293
CRISTINA VIDETTA	
<i>Il «dovere di rimostranza» del dipendente pubblico</i>	5317
STEFANO VILLAMENA	
<i>Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela</i>	5333
RICCARDO VILLATA	
<i>Appunti sulla mobilità interuniversitaria di professori e ricercatori</i>	5345
PIERA MARIA VIPIANA	
<i>Sulle autorità amministrative indipendenti: alcune considerazioni</i>	5355
FRANCESCO ZAMMARTINO	
<i>Decisione amministrativa e principio di razionalità nella teoria giuridica dell'agire amministrativo</i>	5381
ALBERTO ZITO	

Raffaele Titomanlio

## LA CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI E DI SERVIZI: EVOLUZIONE NORMATIVA E PROBLEMATICHE ATTUALI

SOMMARIO: 1. L'istituto della concessione nella recente giurisprudenza (a proposito dell'ordinanza della Corte di Cassazione n. 19693 del 25 luglio 2018). – 2. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale. – 3. Considerazioni conclusive.

1. *L'istituto della concessione nella recente giurisprudenza (a proposito dell'ordinanza della Corte di Cassazione n. 19693 del 25 luglio 2018).* – Nella giurisprudenza, ordinaria ed amministrativa, l'istituto della concessione<sup>1</sup> ha registrato

<sup>1</sup> U. BORSI, *Concessione Amministrativa*, in *Enciclopedia Italiana Treccani*, Roma, 1931, 121, definiva la fattispecie «atto di diritto pubblico mediante il quale l'amministrazione costituisce a favore di una persona fisica o giuridica un diritto; di esercizio di una pubblica attività o uno speciale diritto di uso di beni pubblici, di regola atto discrezionale». E per G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 261 ss., i diritti derivanti dalla concessione appartengono allo Stato o in genere della pubblica amministrazione concedente per cui la concessione consiste in un trasferimento di facoltà dall'ente pubblico al privato. Per un inquadramento dell'istituto si vedano, senza pretese di esaustività, tra gli altri O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Roma-Firenze, 1894; ID., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. I, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, XLVI, 1894, IV, 7-83; pt. II, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1894, 3-100, 315-372; pt. III, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, ivi, XIX, 1895, 3-107; ivi, XX, 255-337; ivi, XXI, 1896, 77-172, 350-379; ivi, XXII, 1896, 177-277 (tutti ora in *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. Ferrari e B. Sordi, Vol. III, Napoli, 1992, 35 ss.); U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, 369 ss., ID., *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937; U. POTOTSCHNIG, *Concessione ed appalto nell'esercizio dei pubblici servizi*, in *Jus*, 1953, 393 ss.; ID., *Pubblici servizi*, Padova, 1964; E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 374 ss.; P. VIRGA, *Contratto di diritto pubblico (teoria generale)*, *ibidem*, 979 ss.; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; M.S. GIANNINI, *Punti fermi in tema di opere pubbliche*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1986; F.G. SCOGA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi* a cura di Roversi Monaco, Rimini, 1988, 25 ss.; P. TESAURO, *L'evoluzione storico-legislativa dell'istituto della concessione e l'attribuzione nella legislazione vigente*, *ibidem*, 41 ss.; M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1988; D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, 280 ss.; G. FALZEA, *La concessione e le concessioni di sola costruzione di opere pubbliche*, in *Dir. econ.*, 1989, 501 ss.; A. CARULLO, *La concessione per la realizzazione di opere pubbliche*, Modena, 1990; ID., *La concessione di costruzione e gestione*, in *Riv. Trim. Appalti*, 1993, 335 ss.; E. CASETTA, *Pubblico e privato nelle concessioni e nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 1992, 275 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, Milano, 1993, 429 ss.; M. RAMAJOLI, *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 1993, 563 ss.; S.A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 459 ss.; N. BONTEMPO, *L'istituto della concessione nell'ambito dei sistemi di esecuzione di opere pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 1995, n. 2, 276 ss.; E. PICOZZA, *Appalti pubblici*



molteplici riflessioni ed occasioni di approfondimento. Peculiare attenzione ha riscontrato in dottrina il provvedimento con cui la Corte di Cassazione (ordinanza n. 19693, 25 luglio 2018) ha negato l'esenzione dalla TOSAP ad una società concessionaria autostradale che aveva occupato suolo pubblico per la costruzione di un viadotto. Questa vicenda ha offerto (ed offre) l'occasione alla dottrina per ritornare su un istituto, e sugli aspetti connessi all'applicazione del medesimo, che continua ad essere oggetto di specifiche riflessioni anche dopo l'entrata in vigore del Codice dei contratti (d. legisl. n. 50 del 2016)<sup>2</sup>.

*di servizi e concessioni di servizi pubblici*, in E. PICOZZA (a cura di), *Gli appalti pubblici di servizi*, Rimini, 1995; G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995; A. POLICE, *La concessione di servizi pubblici: regole di concorrenza e «privilegi» dell'Amministrazione*, nota a T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, 13 luglio 1995, n. 622 e Parma, 23 gennaio 1996, n. 10, in *Riv. trim. appalti*, 1995, II, 361 ss.; ID., *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*, nota a *Cons. St.*, Sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, in *Dir. proc. amm.*, 1996, II, 376 ss.; G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, n. 3-4, 381 ss.; R. CARANTA, *Concessione di opere e di servizi*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. V, Milano, 2001, 240 ss.; B. MAMELI, *Concessioni e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, n. 1, 73 ss.; ID., *Concessioni amministrative*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. II, Milano, 2006, 1111 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; ID., *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, n. 6, 1461 ss.; ID., *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, n. 5, 993 ss.; L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Milano, 2005, 15 ss.; F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, *Annali*, I, 2007, 267 ss.; M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010; B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione*, in *I singoli contratti* (a cura di G. Cassano), Padova, 2010, 3 ss.; ID., *Pubblico, privato e concessioni in Europa: alcuni limiti della disciplina*, in AA.VV., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 210 ss.; F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 267 ss.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, II ediz., Torino, 2012; G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino, 2012; G.F. FERRARI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2013; U. REALFONZO, *I contratti di concessione dopo la cura europea*, in P. MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, Milano, 2015, 177 ss.; ID., *Le concessioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giust. amm.*, 2016, n. 4; G.F. CARTEI, *Il contratto di concessione di lavori e servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise in Urbanistica e appalti*, 2016, fasc. 8-9, 939 ss.; M. CERUTI, *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, fasc. 6, 637 ss.; M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. V, *Concessioni di lavori e servizi, partenariati, precontenzioso e contenzioso*, Milano, 2019.

<sup>2</sup> La dottrina sul punto è sterminata, si vedano, senza pretesa di esaustività, per i profili di carattere generale, F.G. SCOCA, A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50 del 18 aprile 2016). Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2017; A. CARULLO, G. IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2018; G. PERULLI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Torino, 2018; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2018; M. CLARICH, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019; F. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2019; C. SANTORIELLO, *I contratti di appalto per lavori, servizi e forniture*, Torino, 2019; M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, 5 voll., Milano, 2019; R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge «sblocca cantieri»*, Bologna, 2020; ID., *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017; A. FONZI, *Il principio di concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*,

Tale vicenda si pone anche come occasione di valutazione dei riflessi – e degli effetti ulteriori – della giurisprudenza (ed in particolare di tale ordinanza della Cassazione) che possono contribuire a decifrare il *proprium* della concessione, anche in ragione dell'assenza, anteriormente all'avvento delle Direttive appalti, di una definizione positiva dell'istituto.

La questione è quella relativa alla individuazione e determinazione delle regole che il concessionario deve applicare allorché affida ad imprese terze l'esecuzione di prestazioni necessarie per la realizzazione della concessione.

Il motivo per cui il provvedimento della Cassazione può svolgere un ruolo importante nella soluzione di tale problema deriva dagli argomenti posti alla base dell'Ordinanza, nella quale la Cassazione afferma che il concessionario, svolgendo attività di impresa, ossia attività lucrativa, non può essere assimilato allo Stato e agli altri enti che sono esenti dalla TOSAP, ed inoltre in base alla considerazione secondo cui l'autostrada acquista natura demaniale (art. 822, co. 2 c.c.) al termine della concessione.

L'affermazione che il concessionario sia sostanzialmente un soggetto privato e che, per di più, l'opera non possa qualificarsi demaniale durante la gestione, porterebbe a concludere che, non rientrando né l'opera né il concessionario nel perimetro pubblico, il concessionario medesimo non è assoggettato alle regole dell'evidenza pubblica, ma è libero di negoziare al fine di stipulare i contratti necessari per l'esecuzione e la gestione della concessione.

Ma una tale conclusione risulta ancora contrastata malgrado fosse già ricavabile dalla definizione di concessione fornita dalla Direttiva 1989/440/CEE e confermata dalla successiva Direttiva 2004/18/CEE, essendo per entrambe tali direttive la concessione un contratto che presenta le stesse caratteristiche dell'appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Pertanto, se il concessionario è assimilato all'appaltatore, ne consegue che, a valle, l'attività posta in essere dallo stesso, comportando la messa in atto

Torino 2019; F. LAUS, *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, Bologna, 2019; A. NICODEMO, *Imprese pubbliche e settori speciali. L'autonomia contrattuale e le regole dell'evidenza pubblica*, Torino 2018; A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017; S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2017; M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50*, Milano, 2017; F. GARELLA, M. MARIANI (a cura di), *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, Torino, 2016; R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, 2 voll., Padova, 2014; G.F. FERRARI, G. MORBIDELLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2013; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012; A. POLICE, *Legislazione delle opere pubbliche e dell'edilizia. Appunti dalle lezioni*, Torino, 2004; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997.

dei meccanismi volti a provocare la concorrenza, non deve (o non dovrebbe) necessariamente soggiacere all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica, le quali, invece, sono appropriate per la pubblica amministrazione. È solo per l'attività della pubblica amministrazione, infatti, che l'ordinamento giuridico impone il presidio di precise disposizioni legislative volte a garantire ed assicurare comportamenti rispettosi sia dell'interesse pubblico sia dei principi concorrenziali, in ragione del rischio di esposizione a condizionamenti politici che potrebbero indirizzarla verso comportamenti devianti, non necessariamente illeciti (e non potendo, d'altra parte, appellarsi ai criteri di sana gestione aziendale).

La recente giurisprudenza della Cassazione può, dunque, costituire una svolta nel dibattito apertosi all'indomani dell'approvazione della Direttiva CEE n. 1989/440 e continuato fino a – e probabilmente destinato a durare anche oltre – la Direttiva UE n. 2014/23. Al tempo stesso, l'estrema essenzialità della motivazione dell'ordinanza del 2018 può far correre il rischio di una valutazione che non tenga adeguatamente conto dell'aspetto per così dire prismatico dell'istituto (e del “fenomeno”) della concessione. La relativa “fenomenologia” deve essere invece presa in considerazione in una prospettiva più ampia al fine di tenere conto dei seguenti profili problematici: (i) se, quando si tratta di accordare una concessione a soggetti pubblici, trovino applicazione le norme sulle gare; (ii) se il concessionario, a prescindere dalla sua natura pubblica o privata, sia qualificabile come organismo di diritto pubblico; (iii) i riflessi, su tale ultima problematica, del rischio operativo che costituisce, secondo le Direttive, l'elemento che caratterizza la concessione, fino al punto che la sua mancanza esclude la qualificazione di qualsivoglia rapporto come concessione; (iv) se il rischio operativo sia presente non solo nelle concessioni “calde” ma anche in quelle “fredde”; (v) se il fenomeno in house non riproponga problematiche legate alla figura della concessione di sola esecuzione, nonostante la definizione omnicomprensiva di appalto.

2. *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale.* – Per un esatto inquadramento delle tematiche che ruotano attorno all'istituto della concessione di lavori pubblici, non si può prescindere da un *excursus* normativo che prende le mosse dal 1929, anno in cui vide la luce la prima legge generale sulle concessioni, per giungere al biennio che ha visto il varo della Direttiva UE n. 2014/23 e del successivo decreto legislativo di recepimento n. 50 del 2016.

I passaggi normativi oggetto di analisi in questa ricognizione hanno, come si è appena detto, il proprio punto di partenza nella legge n. 1137 del 1929<sup>3</sup>,

<sup>3</sup> La legge 24 giugno 1929, n. 1137 (“Disposizioni sulle concessioni di opere pubbliche”) all'art. 1 (in seguito modificato dalla legge 15 gennaio 1951, n. 34), disponeva che “Possono essere concesse in esecuzione a Province, Comuni, consorzi e privati, opere pubbliche di qualunque natura,

dedicata alla concessione suddivisa in due tipologie: a) di esecuzione e gestione; b) di sola esecuzione. Ma sarà necessario arrivare agli anni Settanta per registrare l'apertura di una nuova stagione normativa dalla quale emerge una regolamentazione ispirata ad un principio completamente nuovo per l'istituto concessorio, vale a dire il principio della concorrenza. Si intende ovviamente fare riferimento alla Direttiva CEE n. 305 del 1971, recepita dalla legge n. 584 del 1977, in materia di appalti nei settori ordinari, per passare poi alla più articolata Direttiva CEE n. 440 del 1989, la quale modificherà la precedente Direttiva ed entrambe confluiranno in un testo unificato (Direttiva CEE n. 1993/37); nessun rilievo innovativo apporterà, invece, la successiva Direttiva CEE n. 18 del 2004, trasposta nel Codice n. 163 del 2006, mentre avrà un impatto assolutamente innovativo la quarta stagione delle c.d. Direttive – appalti, la quale introdurrà accanto alle tradizionali Direttive – appalti per i settori ordinari e per i settori speciali – la Direttiva UE n. 23 del 2014 dedicata alla concessione che, per la prima volta, disporrà di un corpus normativo autonomo.

La legge n. 1137 del 1929 fu il risultato dell'idea che maturò in quel decennio relativa alla esigenza di una disciplina generale dell'istituto, soprattutto con l'intenzione di una maggiore applicazione dello stesso; e non è una coincidenza fortuita il fatto che il primo caso di giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato abbia visto la luce proprio in quegli anni e proprio in materia di concessione. Questa spinta verso una sistemazione normativa della concessione, funzionale ad un suo più esteso utilizzo, ebbe, ovviamente, fautori e detrattori<sup>4</sup>.

anche indipendentemente dall'esercizio delle opere stesse. Negli atti di concessione può disporsi che la spesa a carico dello Stato sia corrisposta in unica soluzione al momento della liquidazione dei lavori, oppure ripartita in non più di trenta rate annuali costanti, comprensive di capitale e interesse. Il pagamento dei contributi dello Stato, degli enti pubblici e dei privati nelle opere in concessione può essere stabilito nell'atto di concessione in modo invariabile a corpo, qualunque sia per risultare l'effettivo costo dell'opera, ovvero a misura secondo la quantità effettiva dei lavori eseguiti in base a prezzi fissati per unità di misura. Qualora occorra, per i lavori suppletivi ed imprevisi, di fissare nuovi prezzi, si provvederà con atto aggiuntivo, da approvare con le forme usate per la concessione. Tuttavia l'importo complessivo dei contributi non potrà superare di oltre un quinto quello prima previsto, rimanendo a totale carico del concessionario la eventuale maggiore spesa occorrente per l'opera". L'art. 3 disponeva che "Le norme dei precedenti artt. 1 e 2 sono applicabili a tutte le opere che si eseguono a spese o col sussidio dello Stato. Rimangono invariate le altre disposizioni di legge vigenti per la concessione delle varie categorie di opere. Nulla è innovato per quanto riguarda le ferrovie, le tramvie e gli altri servizi pubblici di trasporto concessi all'industria privata". L'art. 4 infine disponeva che "Per tutte le opere da eseguirsi per conto dello Stato è vietato di fare contratti e concessioni a privati per persone od enti da nominarsi o per società da costituirsi, ed è soltanto consentito di ammettere all'istruttoria le domande che vengono presentate con riserva di costituire un consorzio od una società civile o commerciale prima della stipulazione del contratto o della emissione del decreto di concessione".

<sup>4</sup> Per una ricostruzione del relativo dibattito dottrinale (oltre agli scritti citati nella nota 1) v. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*,

I primi sostenevano che soltanto con la concessione si sarebbe potuto realizzare un vasto programma di infrastrutturazione del Paese, in quanto difficilmente i bilanci pubblici sarebbero stati in grado di sostenere il relativo onere a meno di non bloccare la spesa per gli anni a venire.

I secondi accusavano la disciplina generale dell'istituto, realizzata con la legge n. 1137/1929, di essere lo strumento utilizzato per aggirare i vincoli introdotti, nel biennio 1923-24, dalla normativa di contabilità di Stato in materia di aggiudicazione dei lavori. Per completezza, è necessario precisare che la situazione normativa anteriore al 1929 non ignorava l'istituto concessorio – in entrambe le forme: a) della costruzione e gestione e b) della sola costruzione – come risulta dai riferimenti contenuti nella legge fondamentale sui lavori pubblici del 20 marzo 1865, allegato F) e in una serie di disposizioni sulle opere idrauliche nel settore ferroviario o in quello marittimo.

Ritornando alla contrapposizione fra favorevoli e contrari alla nuova disciplina legislativa, va rilevato come i fautori non mancassero di insistere su un argomento di non trascurabile fascino, vale a dire la minore durata, a parità di opere, del tempo di ultimazione dei lavori nei casi di ricorso alla concessione rispetto all'appalto, in ragione dell'interesse del concessionario ad ultimare i lavori il prima possibile al fine di ridurre gli oneri finanziari in conseguenza dell'anticipata gestione dell'opera<sup>5</sup>.

Non vi è dubbio, tuttavia, che la legge n. 1137/1929 difettesse di qualsivoglia riferimento a criteri concorrenziali di scelta del concessionario<sup>6</sup>; ed infatti, era composta da pochissimi articoli caratterizzati da contenuti nella maggior parte descrittivi, mentre nel merito si limitava a stabilire che: «Possono essere concessi in esecuzione a province, comuni, consorzi e privati, opere pubbliche di qualunque natura, anche indipendentemente dall'esercizio delle stesse». Questa impostazione dipendeva dal carattere fiduciario che, secondo la dottrina e la giurisprudenza dell'epoca, legava il concessionario allo Stato il quale ricopriva indubbiamente una posizione di supremazia. Va ricordato che tale visione pubblicistica dell'istituto ha consentito a tutti i concessionari pubblici, semi-pubblici e privati di ottenere interventi finanziari di sostegno

Napoli, 1981; F.G. COCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi*, a cura di Roversi Monaco, Rimini, 1988, 25 ss.; F. PELLIZZER, *Le concessioni di opera pubblica. Caratteri e principi di regime giuridico*, Padova, 1990; A. CARULLO, *La concessione di costruzione e gestione*, in *Riv. Trim. Appalti*, 1993, 336 ss.; F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir., Annali*, I, 2007, 267 ss.; F. DE LEONARDIS, *Atti (e regole) dei soggetti concessionari*, in *Dir. amm.*, 2008, 569 ss.

<sup>5</sup> F. PELLIZZER, *Le concessioni di opera pubblica. Caratteri e principi di regime giuridico*, op. cit., 35 ss., evidenzia come la legge 24 giugno 1929, n. 1137, vada collocata nel quadro della istituzionalizzazione della concessione di opera pubblica come strumento di privatizzazione del governo dell'economia.

<sup>6</sup> Cfr. N. LUGARESI, *Concessione di lavori pubblici e altri strumenti concessori*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 558 ss.

da parte dello Stato, come avvenne alla fine degli anni Settanta, allorché, senza un sostanzioso contributo pubblico a fondo perduto, si sarebbe bloccata la realizzazione di importanti tratti autostradali.

Questa concezione, in realtà, non è mai stata completamente abbandonata ed è stata confermata da alcune pronunce giurisprudenziali, che non riescono ad intravedere nella concessione un contratto di natura privatistica, in cui il concessionario non è l'alter ego dello Stato, ma piuttosto un soggetto in conflitto di interesse con il suo concedente, conflitto che trova la propria composizione nel contratto di concessione. Sulla base della successiva esperienza degli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso, bisogna riconoscere che, a causa di questa visione della concessione come una specie di *in house* ante litteram, è stato smentito l'argomento principe dei fautori dell'istituto, in quanto il bilancio pubblico è stato costretto a ripetuti interventi di sostegno, giustificati sulla base della natura semi-pubblica del concessionario.

Bisogna aggiungere che in quei due decenni si fece largo uso della "concessione di sola esecuzione", introdotta dalla legge del 1929, concessione in cui non era prevista la gestione dei lavori ed il finanziamento degli stessi era posto a carico dello Stato. Si trattava di un modello operativo difficilmente distinguibile dall'appalto, caratterizzato però dal fatto che le regole dell'evidenza pubblica non venivano applicate né alla fase di scelta del concessionario né alla fase di scelta degli appaltatori da parte del concessionario; e con l'ulteriore aggravante – se così si può dire – che il finanziamento era a totale carico del bilancio pubblico. Il massimo utilizzo di questo strumento si è registrato proprio negli anni Settanta, nel decennio cioè che ha segnato lo spartiacque tra una disciplina normativa affidata, almeno per la scelta dell'appaltatore, alle poche disposizioni della legislazione di contabilità di Stato ed una disciplina europea che è venuta ad incidere profondamente su comportamenti che non erano abituati a confrontarsi con meccanismi procedurali permeati da uno spirito privatistico<sup>7</sup>.

Si è così registrata una stagione legislativa che ha cambiato radicalmente le regole dei contratti pubblici, non solo di lavori – i quali già godevano di un assetto normativo ben consolidato frutto di una disciplina risalente al 1865

<sup>7</sup> In dottrina v. (oltre agli autori già citati nelle note precedenti) G. ROHERSSEN, *I modi di gestione dei lavori pubblici*, in A.M. SANDULLI (a cura di), *I lavori pubblici*, Vicenza 1967; G. GIACCHETTI, *Profili funzionali della concessione di costruzione di opere pubbliche*, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1976, II, 96 ss.; M.A. CARNEVALE VENCHI, *Opere pubbliche*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 373 ss.; N. ASSINI, L. MAROTTA, *La concessione di opere pubbliche*, Padova, 1981; G. LEONE, *Le opere pubbliche tra appalto e concessione*, Padova 1983; M. PALLOTTINO, *Costruzione di opere pubbliche (concessione di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989; F. PELLIZZER, *Verso una nuova figura concessoria non soggetta al diritto comunitario*, in *Foro amm.*, 1996, 3387 ss.; G. GRECO, *Le concessioni di lavori e servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 993 ss.; N. PAOLANTONIO, *Le nuove cause di esclusione e l'istituto del self cleaning*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50 del 18 aprile 2016). Profili sostanziali e processuali*, a cura di F.G. SCOCA, A.F. DI SCIASCIO, Napoli, 2017.



– ma anche per le forniture e, successivamente, anche per i servizi, le quali tipologie contrattuali avevano trovato fino ad allora la loro regolazione nelle poche norme contenute nella legislazione di contabilità di Stato del 1923-24.

Tuttavia, la riforma degli anni Settanta restò incompiuta proprio con riferimento alla concessione e ciò anche a causa delle modalità con cui le due Direttive del 1971 vennero recepite nel nostro ordinamento.

A questo proposito, va premesso che, durante la fase di gestazione di tali Direttive, l'istituto della concessione fu oggetto, a livello di organismi comunitari, di un approfondito dibattito, ma i tempi non erano ancora maturi e pertanto, quando si arrivò al momento dell'approvazione, si preferì lasciare soltanto una testimonianza – in una Dichiarazione dei Ministri degli Esteri dei Paesi comunitari – delle ipotesi di regolazione che avevano animato la discussione nella fase preparatoria.

È opportuno precisare che la Direttiva CEE n. 305 del 1971 conteneva un primo nucleo della più estesa normativa che sarebbe stata introdotta nel 1989, in quanto stabiliva che, nel caso di concessionario- amministrazione aggiudicatrice, i lavori da questo affidati ad imprese terze sarebbero stati aggiudicati con le procedure della Direttiva, vale a dire con le regole dell'evidenza pubblica; se il concessionario, invece, fosse stato un privato, si prevedeva l'obbligo di rispettare soltanto il principio della non discriminazione in base alla nazionalità per la conclusione di contratti con imprese terze.

Con il recepimento delle due Direttive CEE del 1971 (n. 304 e n. 305), da parte della legge **8 agosto 1977, n. 584** (*“Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della CEE”*)<sup>8</sup>, il legislatore italiano optò per un recepimento parziale della normativa comunitaria introducendo soltanto il divieto di discriminazione delle imprese appartenenti a nazioni diverse da quella del concedente.

Se da un lato il recepimento apparve riduttivo per quanto concerne la concessione di costruzione e gestione, sul versante della concessione di sola esecuzione la norma introdotta nell'articolo 1 della legge n. 584/1977 segnò la fine dell'istituto<sup>9</sup>, in quanto stabilì che questo tipo di concessione era equipa-

<sup>8</sup> Per un primo commento a tale legge v. D. BONVICINI, *Legge 8 agosto 1977 n. 584, Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità Economica Europea*, in *Nuove Leggi Civili*, 1977, 364 ss.; T. ALIBRANDI, *Il procedimento di gara nella legge 8 agosto 1977 n. 584*, in *Rass. Lav. Pubbl.*, 1979; G. GHETTI, *Legge 8 agosto 1977 n. 584*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1979; AA.VV., *La concessione per l'esecuzione di opere pubbliche ed i consorzi di imprese*, Rimini 1987.

<sup>9</sup> L'art. 1, terzo comma, disponeva esplicitamente che *“Ai fini dell'applicazione della presente legge la concessione di sola costruzione è equiparata all'appalto”*. In dottrina, oltre agli autori già citati, v. anche M. PALLOTTINO, *La concessione di opere pubbliche dopo la legge 8 agosto 1977*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1987, 584 ss.; ID., *Concessione di opere pubbliche*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, 1990; G. TORREGROSSA, *Trattativa privata e concessione di sola costruzione: normativa comunitaria e diritto interno*, in *Archivio giuridico delle opere pubbliche*, 1984, 1305 ss.; F. PELLIZZER,

rata all'appalto ai fini della scelta del concessionario precludendo così scelte *ad personam*. Questo esito si sarebbe dovuto registrare con riguardo sia al primo livello, vale a dire il rapporto concedente-concessionario, sia al secondo, quello cioè della scelta da parte del concessionario degli operatori economici chiamati ad eseguire lavori, forniture e servizi. Ma i bizantinismi tipici del nostro ordinamento aprirono la strada ad un'interpretazione applicativa in base alla quale l'equiparazione della concessione all'appalto riguardava soltanto il caso etichettato come "concessione a muratore", mentre restava fuori la diversa fattispecie della "concessione di committenza".

La vicenda di questa tipologia di concessione simile all'appalto offre uno spunto di riflessione sul fenomeno dell'*in house*, considerata l'analogia tra questi due fenomeni, i quali hanno come punto di contatto la circostanza che si tratta di rapporti tra soggetti pubblici, anche se nell'*in house* vi è una filiazione della società da parte dell'ente controllante, profilo che manca nel rapporto tra concedente e concessionario di sola esecuzione. I due istituti hanno similitudini ove la società *in house* si rivolga al mercato per acquisire lavori, servizi e forniture, necessari per adempiere ai propri compiti, perché in tal caso, come nella concessione di sola esecuzione, viene a mancare la prescrizione sulle regole da seguire negli appalti affidati "a valle".

Dal punto di vista dell'istituto della concessione, il parziale insuccesso registrato negli anni Settanta non arrestò la spinta dell'allora Comunità Economica Europea (CEE), la quale conseguì con la Direttiva 1989/440/CEE<sup>10</sup> il risultato di ampliare con maggiori previsioni i principi a favore della concorrenza già delineati nel 1971<sup>11</sup>.

La Direttiva del 1989 conteneva, infatti, tre importanti innovazioni, che fornivano un contributo all'applicazione dell'istituto: a) introduceva, per la prima volta, una strutturata disciplina della concessione in chiave concorrenziale sia con riferimento al rapporto concedente-concessionario sia al successivo rapporto concessionario-impresе terze; b) veniva introdotta la figura dell'organismo di diritto pubblico; c) assegnava un ruolo alla definizione dell'appalto, nella quale la Direttiva forniva pragmaticamente risalto alle ipotesi concrete in cui si sostanzia l'istituto<sup>12</sup>.

*Le concessioni di opera pubblica*, Padova, 1990; P.M. PIACENTINI, *La concessione per l'esecuzione di opere pubbliche ed i consorzi di imprese*, Rimini, 1987; P. ROCCA, *La costruzione e la gestione di opere pubbliche in regime di concessione*, Rimini, 1993.

<sup>10</sup> Sulla Direttiva 1989/440/CEE v. S. SCOTTI CAMUZZI, *La concessione di costruzione ed esercizio di opere pubbliche nella direttiva comunitaria n. 89/440*, in *Contr. e impr.*, 1991, 1049 ss.

<sup>11</sup> La Direttiva del Consiglio 89/440/CEE, del 18 luglio 1989, modifica la direttiva 71/305/CEE "che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici", muove dalla premessa della necessità di "definire le misure destinate all'instaurazione progressiva del mercato interno nel corso di un periodo che scade il 31 dicembre 1992; che il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali".

<sup>12</sup> Giudica con favore il recepimento della Direttiva V. CAIANIELLO, *Le vicende della concessione*



La prima novità attiene alla scelta del concessionario - amministrazione aggiudicatrice. In verità, l'articolo 3 della Direttiva 1989/440/CEE affermava che le norme applicabili nel caso di conclusione di un contratto di concessione erano quelle della pubblicità, delle specifiche tecniche e della post-informazione, e proseguiva stabilendo i profili e gli aspetti l'amministrazione aggiudicatrice poteva imporre al concessionario in termini di lavori da affidare a terzi. Prevedeva inoltre che, nel caso in cui il concessionario ricopriva il ruolo di amministrazione aggiudicatrice, era tenuto, per i lavori eseguiti da terzi, a rispettare le disposizioni della direttiva medesima.

La normativa lasciava intendere che le regole sulla concorrenza dovevano essere applicate anche quando la scelta del concessionario - amministrazione aggiudicatrice fosse scaturita anch'essa dal confronto concorrenziale. Al tempo stesso, siccome la disciplina introdotta dalla Direttiva 1989/440/CEE avrebbe potuto lasciare spazio a incertezze applicative, in ragione dell'assenza di una esplicita disposizione volta ad impedire l'affidamento di concessioni ad amministrazioni aggiudicatrici senza applicare le regole della concorrenza, la conseguenza fu che si continuò a ritenere il rapporto tra amministrazioni aggiudicatrici esterno all'ambito concorrenziale. In tale incertezza per tutti gli Anni Novanta continuò a prevalere l'idea secondo cui la scelta del concessionario - amministrazione aggiudicatrice non dovesse soggiacere a regole concorrenziali.

All'inizio dell'anno 2000 la Commissione CEE intervenne con una Comunicazione interpretativa sulle concessioni, la quale chiarì ogni dubbio affermando quanto segue: «Un problema riscontrato dalla Commissione riguarda l'attribuzione di concessioni tra persone giuridiche pubbliche. Sembrerebbe che alcuni Stati membri interpretino le disposizioni della Direttiva 93/37/CEE [nella quale era confluito il testo coordinato della D. 305 e della D. 440] relative alle concessioni di lavori nel senso che esse non si applicherebbero ai contratti stipulati tra un ente pubblico e una persona giuridica di diritto pubblico. La Direttiva 93/37/CEE, viceversa, impone una pubblicità preliminare per l'attribuzione di ogni contratto di concessione di lavori pubblici, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del concessionario potenziale. L'articolo 3, paragrafo 3, della Direttiva 93/37/CEE, del resto, prevede espressamente che il concessionario possa essere un'amministrazione aggiudicatrice contemplata dalla direttiva, il che implica che questo tipo di relazione sia soggetto, a monte, ad una pubblicazione ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, della stessa».

Nonostante la precisa indicazione contenuta in tale Comunicazione, l'ipotesi di un sistema a competizione aperta continuava ad urtare contro la

*di opera pubblica fino al d.P.R. n. 406/1991, in Rass. giur. Enel., 1993, 285 ss.; Id., La concessione d'opera pubblica tra supplenza ed abuso, in AA.VV., Studi in onore di Vittorio Ottaviano, vol. II, Milano, 1993, 911 ss.; v. anche R. DIPACE, Partenariato pubblico privato e contratti a tipici, Milano, 2006, 36 ss.*

convinzione, radicata specialmente negli Stati ad ordinamento amministrativo come l'Italia, che il concessionario fosse un alter ego dello Stato, legato a quest'ultimo da un rapporto di subordinazione sul quale la pubblica amministrazione era autorizzata ad esercitare poteri di controllo che sarebbero stati ultronei in una relazione di natura privatistica.

L'altra innovazione, che ha avuto un ruolo decisivo per la migliore definizione dell'istituto concessorio nella Direttiva 2014/23/UE<sup>13</sup>, è costituita dall'introduzione della figura dell'organismo di diritto pubblico<sup>14</sup>. A questo proposito – come noto – venne adottata una definizione funzionale (soddisfazione di specifici bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, personalità giuridica, dominanza pubblica), intorno alla quale molto si è dibattuto proprio con riguardo alla natura del concessionario, se rientrante o meno nella citata definizione di organismo di diritto pubblico. Infatti, qualora si ritenga applicabile tale definizione, il concessionario è tenuto all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica contenute nelle direttive e non è inutile ricordare che la ratio dell'introduzione della relativa definizione nelle Direttive degli anni Novanta discendeva dalla necessità di individuare

<sup>13</sup> Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 “sull'aggiudicazione dei contratti di concessione”, muove dal riconoscimento che “l'assenza di una chiara normativa che disciplini a livello dell'Unione l'aggiudicazione dei contratti di concessione dà luogo a incertezza giuridica, ostacola la libera fornitura di servizi e provoca distorsioni nel funzionamento del mercato interno”. In dottrina v. F. MARTINES, *La direttiva UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, 2015; E. PROIETTI, *L'adozione delle nuove direttive sui contratti pubblici in Italia*, in *Giust. Amm.*, 2016, n. 2; G. D'ANGELO, *Riflessioni a margine della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. Regolaz. mercati*, 2014, 2, 225 ss.

<sup>14</sup> Sulla nozione di “organismo di diritto pubblico”, la dottrina è sterminata, si vedano, senza pretesa di esaustività, S. CASSESE, *L'Ente Fiera di Milano e il regime degli appalti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 549 ss.; M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo in Servizi pubblici e appalti*, 2004, n. 4, 91; R. DE NICTOLIS, *L'organismo di diritto pubblico. Profili relativi alla giurisdizione*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, 2004, 4, 97; R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Trattato dei Contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, Milano, 2008, I, 572 ss.; E. SCOTTI, *I nuovi confini dell'organismo di diritto pubblico alla luce delle più recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 1999, IV, 140; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, n. 10, 839 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; L. PERFETTI, A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa*, in *Dir. amm.*, 2004, 135 ss.; M. LIBERTINI, *Organismo di Diritto pubblico, rischio di impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1202 ss.; B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico, Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003; F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, 52; G. TORREGROSSA, *I principi fondamentali dell'appalto comunitario*, in AA.VV., *Appaltare in Europa*, Rionero in Vulture, 1992, 3 ss.; S. VINTI, *Note critiche in merito all'elevazione dell'organismo di diritto pubblico ad archetipo della personalità giuridica “a regime amministrativo”*, in *Raccolta di Studi in onore di Franco Bassi*, 2013.

un denominatore comune, capace di ricondurre ad unità la definizione di soggetto pubblico, al fine di determinare, nei casi concreti ed a prescindere dalla veste giuridica, i soggetti tenuti ad applicare le regole comunitarie dell'evidenza pubblica.

Peculiare significato ha rivestito al riguardo la nota sentenza della Cassazione n. 6408/2004 (caso Autovie Venete)<sup>15</sup> in cui il giudice di legittimità è perve-

<sup>15</sup> La sentenza delle Sezioni Unite n. 6408 del 2004, con riferimento alla disciplina in materia di appalti di servizi pubblici di cui alla direttiva 92/50/CEE, attuata nel nostro ordinamento dal d.lgs. 157/1995, ha affermato la possibilità di riconoscere la natura di organismo di diritto pubblico anche in capo alla società istituita per soddisfare finalità di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale (nella specie, si trattava di attività connesse alla costruzione e gestione di autostrade e alla sicurezza del traffico), aggiungendosi a ciò anche la rilevanza di elementi quali la personalità giuridica, il finanziamento pubblico e la dominanza pubblica. Vedi già Cons. Stato, sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090, Saav Autovie Venete s.p.a. c. Siproma s.r.l., *“La nozione di organismo di diritto pubblico è unitaria, al di là del settore in cui viene in evidenza e ciò riguarda anche figure soggettive come l'impresa concessionaria di lavori pubblici, nonostante la mancata inclusione, per il settore dei servizi pubblici, nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'allegato VII del d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157; pertanto, pur in assenza di un'espressa previsione normativa circa l'assoggettamento alla disciplina dell'evidenza pubblica, quest'ultima si applica ai concessionari di lavori pubblici, qualificati come amministrazioni aggiudicatrici dall'art. 2, comma 4, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, anche quando costoro provvedano all'affidamento di un pubblico servizio”* (in *Guida al dir.*, n. 25/2001, 73 ss., con nota di Toschei); e, ancor prima, v. Cassaz. Sez. un. civ., 29 dicembre 1990, n. 12221, Soc. Mededil c. Soc. Sincies Chiementin: *“Gli atti emessi da una società concessionaria di costruzione di opera pubblica, quando siano rivolti all'esercizio delle pubbliche funzioni trasferite ad essa società dall'amministrazione concedente, hanno carattere di atti amministrativi, ancorché provenienti da un organo indiretto, e sono quindi soggetti ai rimedi giurisdizionali apprestati per questi atti”* (in *Cons. Stato*, 1991, II, 793 ss.); Cons. Stato, sez. V21 ottobre 1991, n. 1250, Comune di Milano c. Soc. Ira: *“La controversia tra un concorrente in una gara d'appalto e il concessionario privato di opera pubblica che l'ha promossa, rientra nella cognizione del giudice amministrativo, tenendo conto che la concessione di opera pubblica è qualificata, oltre che dall'esigenza di realizzare l'intervento con rapidità e proficuità attraverso l'organizzazione di soggetti meglio attrezzati allo scopo, anche, e soprattutto, dalla natura pubblica dell'opera per cui permane la necessità di non dipendere o attenuare la preminenza del fine pubblico con conseguente applicabilità delle regole di diritto amministrativo ai fini del riscontro di conformità tra le attività intraprese e l'interesse pubblico cui l'opera è preordinata”* (in *Cons. Stato*, 1991, I, 1491 ss.; e in *Giur. it.*, 1992, III, 1, 255 ss. con nota, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 860 ss. con nota); Cassaz., sez. un. civ., 3 dicembre 1991, n. 12966, Soc. Residenza Le Piscine Montevignano c. Comune di Genova: *“La concessione amministrativa avente ad oggetto la sola costruzione delle opere pubbliche ha effetto traslativo delle pubbliche funzioni inerenti all'attività organizzativa e direttiva necessaria per la realizzazione di esse ed è assoggettata, per ciò che concerne la controversia ad essa relativa, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 5, comma 1 della l. 6 dicembre 1971 n. 1034, il quale, pur facendo espressa menzione delle sole concessioni di pubblici servizi, va inteso – conformemente alla sua “ratio” e ricorrendo i motivi e le finalità che giustificano l'identica soluzione giuridica – come idoneo a comprendere anche le concessioni di pubbliche funzioni, mentre la giurisdizione dell'AGO resta limitata, ai sensi del comma 2 della medesima norma, alle ipotesi in cui si controverte solo delle indennità, canoni o corrispettivi, senza che vengano in rilievo la portata e il contenuto della concessione ovvero gli obblighi o i diritti che ne derivano, poiché, ove si verificasse questa seconda ipotesi, il giudice amministrativo dovrebbe conoscere anche della domanda di condanna al pagamento delle somme dovute dall'amministrazione, ai sensi dell'art. 26 della citata legge n. 1034*

nuto alla conclusione che il concessionario rientrava nella figura di organismo di diritto pubblico basandosi sui seguenti argomenti: (i) l'attività di costruzione e di esercizio di autostrade e strade è connessa ad esigenze relative alla sicurezza del traffico o al mantenimento dei livelli di esercizio, finalità, quindi, dirette a perseguire un interesse generale, ulteriore rispetto a quello della costruzione e gestione stradale; (ii) il concessionario si trovava in una situazione di assoggettamento alla dominanza pubblica, a causa della partecipazione totalitaria pubblica, e della designazione di tutti i membri del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale da parte dei soci pubblici; (iii) la concessionaria Autovie Venete deteneva somme altrui necessarie all'esercizio del mandato che la legava alla Regione Friuli-Venezia Giulia; (iv) il pedaggio autostradale, essendo funzionale al recupero del costo dell'opera, non toglieva all'attività del concessionario la natura non industriale o commerciale.

In merito a tale pronuncia è opportuno brevemente notare che anche i concessionari autostradali non sottoposti a dominanza pubblica sono tenuti ad assicurare la sicurezza del traffico e il mantenimento dei livelli di esercizio e che, ai fini dell'accertamento della sussistenza del requisito dell'attività "non industriale o commerciale", il meccanismo di ripianamento dei costi dell'opera tramite l'incasso del pedaggio non esclude la circostanza che il pedaggio stesso sia anche il corrispettivo della gestione e del rapporto concessorio, in quanto la definizione comunitaria di concessione è basata proprio sul fatto che la concessione è un contratto avente tutte le caratteristiche dell'appalto ad eccezione del corrispettivo che, invece di essere dovuto dal concedente, è posto a carico degli utenti.

Secondo la sentenza della Cassazione n. 6408/2004 la fattispecie presentava i tre requisiti contenuti nella definizione di organismo di diritto pubblico e comportava quindi necessariamente l'applicazione delle regole europee sull'evidenza pubblica. Ai nostri fini, al riguardo, interessa soprattutto il punto della motivazione della pronuncia in cui si afferma che i bisogni erano non industriali o commerciali: questo passaggio infatti non prende in considerazione l'ipotesi in cui la concessione incorpora in sé il rischio operativo che, se assente, come nel caso in cui il bisogno da soddisfare non sia industriale, non si è più in presenza di una concessione. Senza voler ulteriormente anticipare quanto si dirà fra poco sul rischio operativo, qui non appare inutile rimandare al contenuto del Considerando n. 21 della Direttiva 2014/23/UE laddove si precisa che non dovrebbe essere considerato un organismo di diritto pubblico un ente che opera in condizioni normali di mercato e che mira a realizzare un profitto e sostiene le perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività, in quanto è lecito supporre che sia stato istituito con lo scopo o con l'incarico

*del 1971, salve le questioni patrimoniali conseguenziali di cui all'art. 7 comma 3 della stessa legge" (in Giust. civ. Mass., 1991, fasc. 12; in Riv. trim. appalti, 1992, 779 ss., con nota di Fischione; in Giur. it. 1993, I, 1, 439 ss., con nota di Mirabelli; in Rass. giur. en. el., 1993, 413 ss., con nota di Toschei).*

di soddisfare esigenze di interesse generale che sono di natura industriale o commerciale.

Infine, la terza innovazione introdotta dalla Direttiva 1989/440/CEE era la specificazione della definizione di appalto comprensiva delle attività che non consistevano nella sola esecuzione, ma anche, accanto all'esecuzione, nell'attività di progettazione. Veniva inoltre inserita nel concetto di appalto anche l'ipotesi in cui si tratti di eseguire le prestazioni "con qualsiasi mezzo", secondo le esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice. Come accennato in precedenza, quest'ultimo tipo di appalto è quello che segna il tramonto definitivo della concessione di sola esecuzione conformemente all'obiettivo che si era riproposto la Commissione europea di fronte ai casi che, per il fatto di non combaciare perfettamente con il modello classico di appalto, venivano affidati prescindendo dall'applicazione dell'evidenza pubblica.

L'espressione «eseguire con qualsiasi mezzo secondo le esigenze specificate» comporta un distacco importante dal modello classico di appalto, in quanto "con qualsiasi mezzo" può significare, da parte dell'appaltatore, un'attività di semplice coordinamento delle imprese tipicamente esecutrici; a sua volta «secondo le esigenze specificate» può significare che l'amministrazione non mette a disposizione un progetto, ma fornisce soltanto l'esigenza che toccherà poi sviluppare all'appaltatore – coordinatore. È evidente come una tale impostazione non lasciasse alcuno spazio alla concessione di sola esecuzione anche nel tipo "di committenza"; ma, proprio per eliminare qualsiasi dubbio, la Direttiva 2014/24/UE ricomprende tra i casi di appalti di servizi nei settori ordinari, ai quali si applica la normativa in essa contenuta, le attività di committenza ausiliaria, la quale consiste nel fornire prestazioni di supporto all'attività di committenza delle amministrazioni aggiudicatrici, comprendendo tra tali attività anche la preparazione e gestione delle procedure di appalto in nome e per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata (art. 3, par. 1, n. 15).

In questo modo, tutti gli spazi che in precedenza erano stati sfruttati per sfuggire alle regole comunitarie sono venuti ad essere occupati dalle regole dell'evidenza pubblica.

La Direttiva 1989/440/CEE accompagnerà le stazioni appaltanti per tutto il periodo che va fino al 2016, in quanto le due Direttive del 2004, nn. 17 e 18, non apporteranno modifiche all'istituto concessorio<sup>16</sup>.

In parallelo con l'applicazione della riferita normativa, inizia negli anni successivi al 2010 la "marcia" verso le Direttive del 2014, marcia caratteriz-

<sup>16</sup> Al riguardo v. R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005; F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici, di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008; ID., *Il diritto europeo dei contratti pubblici e la sua trasposizione nell'ordinamento interno*, Roma, 2010; M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2008, 10; S. BACCARINI, G. CHINÉ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2007.

zata dalla posizione critica assunta da molti Stati membri – Germania in testa – soprattutto per l'estensione delle regole sull'evidenza pubblica anche alla concessione di servizi.

A testimonianza di questa iniziale posizione di chiusura è interessante ricordare la Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 ottobre 2011 sulla modernizzazione degli appalti<sup>17</sup>, laddove menziona espressamente la complessità

<sup>17</sup> Nella Risoluzione del 25 ottobre 2011 sulla modernizzazione degli appalti pubblici, il Parlamento europeo, dopo aver richiamato le direttive (allora vigenti) relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, nonché il Libro verde della Commissione sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici, rilevato che “un mercato degli appalti pubblici dell'UE correttamente funzionante è un motore essenziale per la crescita e un elemento fondamentale del Mercato Unico oltre che un fattore essenziale per stimolare la concorrenza e l'innovazione e far fronte alle sfide che continuamente si affacciano per la politica pubblica in materia ambientale e sociale e ai problemi di qualità del lavoro – fra cui l'adeguatezza della retribuzione – di eguaglianza, coesione e inclusione sociale, assicurando al contempo un valore ottimale per cittadini, imprese e contribuenti”, dichiara (1) di accogliere con favore il Libro verde della Commissione “quale punto di partenza per la revisione delle direttive sugli appalti pubblici nel rispetto delle disposizioni del trattato di Lisbona e della giurisprudenza della Corte di giustizia europea, e in linea con le nuove norme in materia di aiuti di Stato”. Il Parlamento europeo dichiara che il “primo compito” deve essere quello di “migliorare la certezza giuridica” (e a questo proposito “pone l'accento sull'esclusione delle concessioni di servizi dal campo di applicazione delle norme europee in materia di appalti; ricorda la necessità di considerare sia la complessità delle procedure sia le importanti differenze di cultura e prassi giuridiche esistenti negli Stati membri per quanto riguarda le concessioni di servizi”); il “secondo compito” è quello di “sviluppare la piena potenzialità degli appalti pubblici – Miglior rapporto qualità/prezzo” (“al fine di sviluppare la piena potenzialità degli appalti pubblici, il criterio del prezzo più basso non debba più essere il criterio determinante per l'aggiudicazione di appalti e che sia necessario sostituirlo in via generale con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa in termini di benefici economici, sociali e ambientali, tenendo conto dei costi dell'intero ciclo di vita dei beni, servizi o lavori di cui trattasi”; e “sottolinea che la normativa in materia di appalti pubblici dovrebbe essere sufficientemente flessibile da assicurare che i consumatori passivi, per esempio in ospedali, case di riposo, scuole e asili, abbiano accesso ad alimenti salutari e con un buon rapporto qualità/prezzo e non solo all'opzione meno costosa disponibile”); il “terzo compito” è “semplificare le norme e consentire procedure più flessibili” (“le direttive risultano spesso troppo dettagliate e si fanno sempre più tecniche e complesse, aumentando al contempo in misura notevole il rischio legale di inadempienza per le amministrazioni aggiudicatrici e i fornitori” e “la politica in materia di appalti pubblici deve innanzitutto garantire l'utilizzo efficace dei fondi da parte degli Stati membri e l'ottimizzazione dei risultati degli appalti grazie all'applicazione di criteri chiari, trasparenti e flessibili, dando alle imprese dell'UE la possibilità di competere in condizioni di parità in tutta l'Unione”); e se il “quarto compito” è “migliorare l'accesso delle PMI”, il “quinto compito” è di “assicurare procedure affidabili e evitare vantaggi indebiti” (“la lotta alla corruzione e ai favoritismi rappresenta uno degli obiettivi perseguiti dalle direttive” e “la definizione di un'impostazione più complessa a livello europeo potrebbe vanificare gli sforzi profusi per razionalizzare e semplificare le norme finendo per appesantire la burocrazia; ... i principi della trasparenza e della concorrenza sono fondamentali per la lotta alla corruzione”; e pertanto è necessario “un approccio comune alle iniziative in materia di “autoemendamento” per evitare distorsioni del mercato e assicurare la certezza del diritto sia agli operatori economici che alle amministrazioni aggiudicatrici”); il “sesto compito” (ed ultimo) è di “estendere l'uso degli appalti elettronici”. Al riguardo v. Commissione Europea, *Guidelines for successful Public-Private Partnership*, 2003; Id., *Resource Book of PPP Case Studies*, 2004; Corte di giust. CE, *Decisione Eurostat sul trattamento contabile delle operazioni di PPP*, 2004; Commissione Europea,



delle procedure e le importanti differenze di cultura giuridica esistenti negli Stati membri e, con riferimento all'esigenza di una disciplina ad hoc in tema di concessione di servizi, sottolinea che un'eventuale proposta sarebbe giustificata solo nell'ottica di possibili distorsioni del mercato. All'esito hanno prevalso i Paesi che, attraverso la fissazione delle regole da applicare nella scelta del concessionario, miravano a sottrarre le amministrazioni dai condizionamenti della politica e soprattutto intendevano aprire un effettivo circuito concorrenziale tra le imprese di tutti gli Stati membri. Attraendo anche la concessione di servizi nello spazio concorrenziale, non si poteva non estendere la disciplina della concessione anche ai settori speciali (energia, trasporti, porti, aeroporti) i quali costituiscono il campo di elezione per eccellenza della concessione di servizi.

La Direttiva 2014/23/UE si caratterizza per due particolarità: a) la positivizzazione dell'elemento di sostanzialità costituito dal rischio operativo; e b) la discrezionalità nell'organizzazione della gara di cui vengono investite le amministrazioni concedenti.

Per quanto riguarda il rischio operativo, il tratto caratterizzante dello stesso è dato dal fatto di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi. La concessione richiede la presenza di tale elemento. Ed infatti, se la concessione è equiparata all'appalto, deve essere considerata come un appalto aleatorio, perché questo rischio può dipendere dalla concorrenza di altri operatori, da uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, dalle insolvenze dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, dalla mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o, ancora, da situazioni di responsabilità per danni legati ad una carenza del servizio (sentenze Corte di Giustizia UE n. C-234/03 e Contse punto 22 e Ojmanns punto 74)<sup>18</sup>. Non rientrano, invece, nella nozione di rischio operativo i fatti legati ad una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico, dal momento che rischi del genere, in realtà, sono insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico di servizi ovvero a quello della concessione di servizi (Corte di Giustizia UE 10 marzo 2025, decisione C-274/09).

Bisogna precisare che il rischio operativo non è assente nelle concessioni "fredde", vale a dire in quelle in cui il rapporto non è trilaterale (concedente, concessionario, utenti) perché, pur essendo vero che il concessionario riceve un canone dal concedente, l'operazione presenta comunque un rischio operativo, in quanto il canone viene stabilito su basi previsionali e potrebbe risultare anche in perdita per il concessionario.

*Green Paper on PPP's and Community Law on Public Contracts and Concession*, 2004; *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati - PPPI*, Bruxelles, 5 febbraio 2008.

<sup>18</sup> Al riguardo v. R. CARANTA, *La Corte di giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblici-privati*, in *Giur.it.*, 2010, 1193 ss.

Per quanto riguarda invece i poteri discrezionali affidati alle amministrazioni aggiudicatrici nell'organizzazione della gara, il riferimento normativo da tenere presente è l'articolo 30 della Direttiva il quale afferma la "libertà" dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, sempre fatti salvi i principi comunitari. Il primo principio è il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità: dalle norme relative alla libera circolazione delle merci, alla libertà di stabilimento, alla libera prestazione di servizi. Relativamente al principio di parità di trattamento, esso esige non soltanto la fissazione di condizioni di accesso non discriminatorie, ma altresì la garanzia che questa attività possa essere esercitata. Inoltre, il principio di trasparenza comporta l'obbligo della pubblicità della procedura, la quale deve contenere le informazioni necessarie per permettere ai potenziali concessionari di valutare il proprio interesse a partecipare. Infine, sulla base del principio di proporzionalità, il concedente non può esigere capacità tecniche professionali o finanziarie sproporzionate o eccessive rispetto all'oggetto della concessione.

Il principio-base è comunque quello della pubblicità del bando. Eccezionali sono i casi in cui si tratti di lavori o di servizi che possono essere forniti soltanto da un determinato operatore economico, (articolo 31 paragrafo 4) a proposito del quale la Direttiva, allo scopo di non lasciare alcun ambito indefinito, puntualizza che l'operatore è "determinato" in quanto è l'unico in grado di realizzare un'opera d'arte o una rappresentazione artistica non essendovi altri concorrenti sul mercato, in presenza di un diritto esclusivo relativo alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale.

L'altro caso di procedura non pubblicizzata è quello della prima gara andata deserta per mancanza di concorrenti o per mancanza di offerte appropriate, cioè di offerte che: (i) o non hanno alcuna pertinenza con la concessione; (ii) o possono essere rese adeguate soltanto apportando modifiche sostanziali; (iii) o esistono cause di esclusione a carico del candidato.

La libertà di organizzazione della gara è confermata anche con riferimento ai requisiti di qualificazione, perché, non diversamente dalle pertinenti previsioni contenute nella Direttiva 24, per quanto concerne i requisiti di capacità tecniche, professionali, finanziarie ed economiche, l'idoneità del candidato è valutata in modo particolare sulla capacità tecnica richiesta per quella specifica concessione.

In tal senso, il punto della Direttiva 2014/23/UE in cui emerge maggiormente il carattere favorevole della stessa all'apertura alla concorrenza, è rappresentato dalla previsione che consente al concedente di condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti, con il limite, ovviamente, di non modificare, nel corso delle negoziazioni, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi stabiliti del bando<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> F. DE LEONARDIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 2015, 743 ss.; V. FERRARO, *La*



Quanto ai criteri di aggiudicazione, anche in questo caso si manifesta la completa libertà delle amministrazioni ed enti concedenti, non essendo presente alcuna previsione sul massimo ribasso o su criteri di qualità/prezzo, ma addirittura essendo stabilita una norma in base alla quale, nel caso in cui il concedente riceva un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbero potuto essere previste da un concedente diligente nella preparazione della gara, è consentito modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione innovativa, informandone tutti gli offerenti ed emettendo un nuovo invito.

Il principio secondo cui l'idoneità di chi realizzerà in tutto o in parte la concessione deve essere appurata al momento della gara è regolato nella Direttiva 2014/23/UE che stabilisce l'esigenza di verificare fin dal momento della gara i requisiti posseduti dai subappaltatori, ciò al fine di evitare che, posticipando alla fase realizzativa del contratto la possibilità per il concessionario di instaurare rapporti di subappalto, si vada ad incidere sulla qualificazione del concessionario stesso, per il fatto che subentrerebbero nell'esecuzione soggetti non sottoposti alle verifiche di idoneità prima della presentazione e della valutazione dell'offerta.

Quanto alla sostituzione del subappaltatore che risulti privo dei requisiti previsti dal bando, la Direttiva (art. 42 par. 4, lett. b) impone di sostituirlo nel caso in cui una verifica abbia dimostrato che sussistono motivi obbligatori di esclusione. Non si fa riferimento alla mancanza dei requisiti di idoneità perché si suppone che il candidato alla concessione abbia effettuato un'accurata verifica al riguardo e, probabilmente, perché la responsabilità dell'adempimento totale resta a carico del concessionario.

Per quanto concerne la trasposizione della Direttiva 2014/23/UE nel Codice dei contratti pubblici<sup>20</sup>, possono essere formulate le seguenti brevi osservazioni.

In primo luogo, non sembra pienamente conforme alla Direttiva la norma contenuta nell'articolo 1 laddove si stabilisce (comma 2) che le disposizioni del "presente Codice" si applicano, altresì ai: «c) lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici». Si tratta della negazione della natura di "appaltatore" del concessionario, il quale per effetto della disposizione contenuta nell'articolo 174 è tenuto a rispettare le norme limitative del subappalto.

*disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, n. 5, 835 ss.; G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, n. 5, 101 ss.; G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, n. 5, 1095 ss.

<sup>20</sup> A. CLARIZIA (a cura di), *Note sui contratti pubblici alla luce del nuovo codice (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, Roma, 2016; P. PAJNO, TORCHIA (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, Roma, 2015; GAROFOLI, FERRARI (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Roma, 2017.

Inoltre, definendo il PPP (Partenariato pubblico privato) come un contratto a sé stante, il Codice 50 sembra incorrere in un errore di prospettiva in quanto non considera che il PPP non è un contratto, ma soltanto un'espressione classificatoria che serve ad indicare i casi in cui vi è collaborazione pubblico-privato (oltre a questo occorre considerare che nell'articolo 183 è previsto non solo il cosiddetto *project financing* (comma 15 e seguenti), ma anche una tipologia di concessione (commi 1-14) di incerta interpretazione<sup>21</sup>.

3. *Considerazioni conclusive.* – La giurisprudenza della Cassazione sembra aprire uno spiraglio all'interpretazione dell'istituto della concessione quale negozio di natura privatistica. Al tempo stesso bisogna però prender atto che l'impostazione assegnata dal Codice dei contratti pubblici al recepimento della Direttiva 2014/23/UE non consente di pervenire pienamente a tale con-

<sup>21</sup> Sul punto la dottrina è sterminata, si rinvia (senza pretesa di esaustività) a F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000; G.F. FERRARI, F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche. Problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Milano 2004; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; ID., *Il Partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2009; M.P. CHITI, *Partenariato pubblico-privato*, in *Il Diritto*, Milano, 2007, 690 ss.; M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico privato. Concessioni. Finanza di progetto. Società miste. Fondazioni*, Napoli, 2009; E. IOSSA, F. RUSSO, *Il Partenariato Pubblico Privato in Italia*, in *Riv. pol. econ.*, 2008; B. RAGANELLI, G. FIDONE, *Public Private Partnerships and Public Works: reducing moral hazard in a competitive market*, in *Riv. merc. fin. e scienza fin.*, n. 1, 2008; G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Giustamm.it*, 2010; G. CERRINA FERONI, F. CARINGELLA, *Il partenariato pubblico-privato: modelli e strumenti*, Torino, 2011; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011; A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012; M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in *Federalismi.it*, 2012, n. 3; A. POLICE, *Infrastrutture, crisi economica e ruolo del project financing e dei project bonds*, in *Munus*, 2013, n. 2, 221 ss.; G. BOTTINO, A. BOTTO, M. CAFAGNO, G. FIDONE (a cura di), *Negoziazioni pubbliche: scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013; G. TAGLIANETTI, *Il partenariato pubblico-privato e il rischio operativo: dalla tradizionale concessione di costruzione e gestione al project financing*, Napoli, 2014; G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015; V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Amministrazione in cammino*, 2016; N. PAOLANTONIO, *L'amministrazione pubblica e la crescita economica: insediamenti produttivi, opere pubbliche e avvio delle attività imprenditoriali*, in *Forma e riforma dell'amministrazione pubblica tra crescita economica e servizio ai cittadini. La l. n. 124/2015 e la sua attuazione*, Bologna, 2016; ID., *Le controversie tra le amministrazioni pubbliche e i gestori del servizio pubblico*, in *Diritto privato e interessi pubblici. Scritti in onore del Prof. Lucio Valerio Moscarini*. Roma, 2016; M. LOMBARDO, G. FORTUNATO, *Concessioni e Partenariato Pubblico e Privato*, in *Appalti e contratti*, 2016, fasc. 7-8, 26 ss.; A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, Torino, 2017; B. RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico privato: un quadro generale*, in *Giustamm.it*, 2010; ID., *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, in *Amministrazione in cammino*, 2017.

clusione in ragione del fatto che il concessionario privato che non è amministrazione aggiudicatrice è tenuto (articolo 1, comma 2, lett. d) ad applicare le disposizioni del suddetto Codice alle aggiudicazioni dei lavori.

A questo proposito non appare convincente l'eventuale replica che, facendo leva sul contenuto dell'articolo 164 dello stesso Codice, evidenzia come tali soggetti sarebbero tenuti all'osservanza dei "soli" articoli 164-178, dal momento che il decreto legislativo n. 50 del 2017 (c.d. "Correttivo") ha modificato il comma 5 dell'articolo 164 aggiungendo: «nonché le disposizioni di cui al Parti I e II in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, non derogate espressamente dalla presente Parte». Emerge in tal modo chiaramente la volontà del legislatore di considerare il concessionario privato alla stessa stregua di un'amministrazione aggiudicatrice, senza considerare, peraltro, il problema di coordinamento con l'articolo 174 intestato al subappalto.

Si vuol sottolineare che, qualora l'aspirante concessionario sia tenuto, in sede di offerta, ad indicare, in certe circostanze ai fini del subappalto, una terna di nominativi di subappaltatori di cui si avvarrà, ciò potrebbe rendere complessa l'individuazione dei lavori che il concessionario è tenuto ad affidare applicando le disposizioni del Codice (d. legisl n. 50/2017). Tale discrepanza acquista un risalto ancora più evidente nell'articolo 177, in cui si stabilisce con effetto retroattivo un obbligo di esternalizzazione che presuppone una posizione di supremazia del soggetto pubblico, inapplicabile qualora si tratti di un rapporto di natura privatistica.

Infine, in presenza di una concessione di servizi, è opportuno precisare che non essendo prevista una preliminare attività da eseguire per svolgere il servizio, come nel caso della concessione di lavori in cui è necessario preventivamente realizzare l'opera, l'attività del concessionario privato presenta più similitudini con i soggetti investiti di potestà pubblica, giustificando la natura pubblica del rapporto, con la conseguenza che nell'ipotesi in cui la fattispecie oggetto della pronuncia della Cassazione n. 19693 del 2018 fosse stata relativa all'opera di un concessionario di servizi, la soluzione sarebbe stata diversa in quanto non sarebbe stato impossibile qualificarla demaniale.