

18 MAGGIO 2022

Il regime giuridico degli affidamenti dei
concessionari: una prospettiva *de iure*
condendo

di Alessandro Botto

Docente a contratto di Diritto e regolazione dei contratti pubblici
Luiss Guido Carli

e Simone Castrovinci Zenna

Dottorando di ricerca in Diritto e impresa
Luiss Guido Carli

Il regime giuridico degli affidamenti dei concessionari: una prospettiva *de iure condendo**

di Alessandro Botto

Docente a contratto di Diritto e regolazione dei contratti pubblici
Luiss Guido Carli

e Simone Castrovinci Zenna

Dottorando di ricerca in Diritto e impresa
Luiss Guido Carli

Abstract [It]: Il contributo intende ricostruire la figura del concessionario pubblico attraverso l'analisi del regime dei suoi affidamenti contenuto nelle Direttive europee e nel Codice dei contratti pubblici. Tale regime è stato recentemente interessato dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 218/2021, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'obbligo di esternalizzazione mediante gara contenuto nell'art. 177 del Codice dei contratti pubblici. Anche alla luce di tale sentenza, la disciplina degli affidamenti dei concessionari potrebbe essere oggetto di un nuovo intervento normativo che potrà rappresentare un'occasione per ripensare alcune delle regole finora esistenti.

Title: The legal regime of concessionaires' entrustments: *de iure condendo* perspective

Abstract [En]: The paper investigates the role of the public concessionaire through the analysis of the public procurement legal regime set forth by both the European Directives and the Public contracts code. This regulation was recently affected by the sentence of the Constitutional Court no. 218/2021, which stated that the obligation to outsource via tender contained in art. 177 of the Public contracts code was in contrast with the Italian Constitution. In light of the abovementioned decision, the Legislator could provide a new legal framework for the awarding of public contracts by concessionaires, which may represent an opportunity to rethink some long-standing rules.

Parole chiave: contratti pubblici; concessionari; procedure di affidamento; concessioni; Corte Costituzionale

Keywords: public contracts; concessionaires; public procurement; concessions; Constitutional Court

Sommario: I. Introduzione.; II. Le direttive europee.; III. Gli affidamenti dei concessionari nell'ordinamento nazionale.; IV. L'art. 177 del Codice dei contratti pubblici e la sentenza della corte Costituzionale n. 218/2021.; V. Quali prospettive?

I. Introduzione

1.1. Nell'ambito del diritto amministrativo, la figura del concessionario è una di quelle che ha maggiormente risentito delle oscillazioni ideologico-culturali della dottrina giuridica sin dal finire del XIX secolo.

Le più risalenti ricostruzioni teoriche – concentrate sull'esaltazione dell'interesse pubblico, in linea con l'impostazione di tipo pan-pubblicistico all'epoca prevalente – vedevano nel concessionario una sorta di articolazione dell'Amministrazione, assegnandogli la titolarità di compiti e funzioni pubblicistiche¹.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Si tratta di un'impostazione che ha trovato un fertile terreno di coltura nella teorica affermatasi in Italia dei primi anni del '900. Così, secondo i principali Autori dell'epoca, il titolo concessorio determinerebbe la costituzione di potestà pubbliche in capo ai privati, rendendo loro possibile l'emaneazione di atti amministrativi in modo funzionale al perseguimento dell'interesse generale (per questa impostazione, si rinvia a S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, (I ed. del 1902 e II ed. del 1906) III ed., Società Editrice Libreria, Milano, 1912, 51 ss.; ID., *Il Diritto pubblico*

In questa prospettiva, il concessionario, soggetto (in ipotesi, anche) privato cui era delegato l'esercizio di pubbliche funzioni², diveniva un 'organo indiretto' dell'Amministrazione e la sua attività risultava sottoposta al regime pubblicistico tipico dell'ente concedente³.

Con limitato riferimento alla tematica qui trattata, tale impostazione comportava, secondo (almeno una parte del)la giurisprudenza⁴, l'imposizione in capo al concessionario dell'obbligo di selezionare i propri

italiano, Milano, 1914, 239 ss.; O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni*, in *Riv. it. sc. giur.*, XXI, 1896, fasc. III, pp. 12 ss., nonché ID. *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *giur. It.*, XLVI, IV, (pp. 7 ss., nonché pp. 79 ss.) ove l'Autore afferma che la concessione "non può essere che unilaterale, perché il privato non può partecipare a mettere in essere un atto d'impero, non avendo veste per agire come autorità"; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1911, 670 ss.; ID., *Corso di diritto amministrativo*, II, Lalitotipo, Padova, 1914, ristampa, CEDAM, Padova, 1992, 548 ss., 553 ss., 859 ss.; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II ed., I, Athenaeum, Roma, 1917, pp. 141 ss., nonché pp. 435-438). Occorre tuttavia osservare che prima dell'affermarsi di tale impostazione dogmatica – e a riprova delle segnalate oscillazioni ideologiche – la concessione era stata a lungo concepita come un contratto e si caratterizzava per l'ampia applicazione delle regole civilistiche (sul punto, cfr. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Jovene, Napoli, 1981, pp. 18 ss.; per l'inquadramento del fenomeno concessorio nell'ambito del diritto romano, cfr., *inter alia*, G. LONGO, *Il regime delle concessioni e le derivazioni di acque pubbliche nel diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, vol. V, Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1965, 359 ss..

² Con riferimento all'esercizio privato di pubbliche funzioni si rinvia, per tutti, all'opera fondamentale di G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V. E. ORLANDO, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Parte III, pp. 235 ss., 509 ss., Società Editrice Libreria, Milano, 1920, ed. del 1935; nonché ID. *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, *L'organizzazione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1958, 385 ss.; ID. *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1955, 87 ss.; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, CEDAM, Padova, 1937, pp. 239 ss., secondo il quale attraverso le concessioni si trasferirebbero "facoltà unicamente ed esclusivamente spettanti all'amministrazione"; Secondo la ricostruzione di M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Jandi Sapi, Roma, 1950, pp. 124 ss., il concessionario sarebbe chiamato ad esercitare un *munus* pubblico, senza tuttavia che ciò determini, di per sé, un mutamento della natura degli atti da questo emanati: si tratterebbe pur sempre di atti privati, assoggettati al regime degli atti amministrativi solo se espressamente previsto da una legge (p. 172).

³ Per una ricostruzione delle varie argomentazioni che si sono succedute si rinvia, in relazione alla materia in esame, a B. SPAMPINATO, *Sull'estensione della giurisdizione amministrativa agli atti del privato concessionario*, in *Foro Amm.*, n. 3/1997, 997 ss.; nonché a F. DE LEONARDIS, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 1995, 347 ss.. Secondo l'impostazione di G. ZANOBINI, *op. cit.*, i concessionari, quali organi indiretti dello Stato, sono soggetti cui vengono trasferite "una parte delle facoltà proprie dell'ente pubblico" e sui quali i pubblici poteri esercitano "poteri di supremazia speciale" in modo "molto esteso e intenso" (pp. 509 ss.). Cionondimeno – e in ciò si manifesta uno degli elementi caratterizzanti la ricostruzione dell'Autore – "l'attribuzione dell'esercizio di funzioni pubbliche, ed anche di veri poteri pubblici, a soggetti giuridici privati non trasforma questi in soggetti di diritto pubblico" (p. 658).

⁴ Sul punto, per la chiarezza con cui vengono esposti gli sviluppi logici di tale concezione (richiamando altresì un precedente del Consiglio di Stato del 1917), si rinvia a Cass., sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, ove si afferma che "Gli atti posti in essere dal concessionario in funzione della concessione e che non avrebbe potuto compiere senza la concessione, non sono attività di diritto privato. Tali attività non sono privatizzate per il fatto che sono poste in essere da soggetti privati; conservano la natura di attività amministrativa in senso obiettivo. E non potrebbe essere altrimenti dato che la loro funzione è quella di assicurare la protezione dell'interesse pubblico, protezione affidata istituzionalmente all'ente concedente e solo per tramite della concessione trasferita dal concedente al concessionario. [...] Si vuole invece dire che atti sostanzialmente posti in essere nell'esercizio delle pubbliche funzioni trasferite dal concedente al concessionario e soltanto quelli: tra cui appunto quelli che riguardano la procedura per l'assegnazione degli appalti, tipica funzione dell'ente pubblico competente per la realizzazione della singola opera pubblica. [...]"

Il concessionario attua certamente i suoi fini che sono normalmente quelli di conseguire lo sperato profitto e sotto questo aspetto agisce ricorrendo ad atti di natura privata; ma agisce anche, proprio in forza della investitura in pubbliche funzioni, per attuare i fini propri della pubblica amministrazione, come ad esempio quando agisce quale stazione appaltante. In questi momenti e sotto quest'aspetto agisce come organo della P.A. ricorrendo ad atti obiettivamente amministrativi, come amministrativa è la funzione che esercita con quegli atti.

[...] La obiettiva natura amministrativa dell'atto proveniente da un organo indiretto porta a concludere che lo si debba ritenere anche soggettivamente quale atto amministrativo. Si è già detto che il concessionario di sola costruzione, quando agisce in tale sua veste, svolge

contraenti secondo un regime analogo a quello che avrebbe dovuto seguire l'ente concedente. In tal modo, si trovava un bilanciamento rispetto alla circostanza che l'affidamento della concessione non era sottoposto alle medesime regole che presidiavano la stipulazione dei contratti pubblici⁵. Di conseguenza,

pubbliche funzioni ed incide quindi, o può incidere, su interessi di terzi, esattamente come incide o potrebbe incidere un atto emesso dalla p.a. concedente. Il fatto che sia organo "indiretto", non toglie che quando emette quegli atti li emette nella sua qualità di organo: appunto nella sua qualità di investito di pubbliche funzioni tramite la concessione. Altre sono le conseguenze dell'essere organo "indiretto": legittimato passivo sarà esso direttamente e non la P.A. concedente; naturalmente, l'atto sarà impugnabile per legittimità dinanzi al giudice amministrativo solo se si può riferire proprio alla funzione trasferita. Ma se ricorre quest'ultima circostanza, l'atto obiettivamente amministrativo si deve ritenere atto proveniente dalla pubblica amministrazione, cioè da quell'organo indiretto che, per avere con quell'atto esercitato una funzione propria della p.a. e da essa attribuitagli con la concessione, è, sotto quest'aspetto, da parificarsi alla pubblica amministrazione che quell'esercizio gli ha attribuito. D'altronde che questa sia l'unica soluzione compatibile con testo e con la ratio dell'art. 113 della Costituzione pare innegabile.

Si è visto che il privato ha, ricorrendone le condizioni, un interesse legittimo a che la p.a. rispetti la disciplina relativa alle procedure per l'aggiudicazione degli appalti per opere pubbliche, anche per quanto riguarda la fase preliminare della pubblicazione dei bandi. Se così stanno le cose quando la procedura è svolta direttamente dalla P.A. non si vede davvero come potrebbe essere altrimenti quando la procedura è stata svolta dal concessionario". In termini, cfr. anche: Cass. civ., Sez. Un., 15 ottobre 1992, n. 11264, secondo la quale "nella concessione di opera pubblica, anche nella forma di concessione della sola costruzione, si attua un trasferimento di funzioni e potestà pubbliche al concessionario, la cui azione produce nei confronti dei terzi, allorché il medesimo agisce come organo indiretto dell'amministrazione concedente, gli stessi effetti che produrrebbe l'azione diretta dell'amministrazione, a cui il concessionario stesso viene sostituito per effetto del rapporto consensuale (v. al riguardo, Cass. 14 aprile 1983 n. 2602.) [...]. Or non vi è dubbio che, con la convenzione [...] l'ente concessionario da un lato fu investito di potestà e funzioni proprie delle amministrazioni, cui incombeva la realizzazione delle opere pubbliche in questione, assumendone la veste di sostituto, e, dall'altro lato, rimase vincolato all'osservanza delle regole procedurali poste all'amministrazione pubblica per la scelta dell'altro contraente, ai fini dell'affidamento in appalto della esecuzione delle opere, con criteri di imparzialità oltre che di garanzia per la realizzazione dall'interesse pubblico perseguito"; Cass. civ., Sez. Un., 28 agosto 1998, n. 8541 che, in relazione ad un Consorzio di bonifica (qualificato come ente pubblico economico) cui era stata affidata una concessione di costruzione da parte di un ente pubblico non economico, ha affermato la giurisdizione del G.A. rispetto alle procedure di aggiudicazione di appalti di opere pubbliche del Consorzio riconoscendo che il provvedimento consensuale "attrae la fattispecie al diverso ambito dei procedimenti di scelta del contraente, posti in essere dall'ente pubblico economico non in funzione del realizzare un'opera o procurarsi un servizio nel proprio interesse, ma del produrre il risultato, che risponde all'interesse, dello Stato o di altro ente locale o di un ente pubblico. I quali, quando il risultato atteso sia la costruzione di un'opera pubblica (è tale il caso che interessa qui), possono scegliere di affidarne ad un soggetto estraneo alla propria organizzazione il compito di portare a compimento i procedimenti necessari: ciò mediante un provvedimento di concessione, che investe il destinatario della legittimazione ad esercitare, in vece del concedente, le situazioni soggettive, anche di potere pubblico, strumentali alla realizzazione del risultato. Questa soluzione della questione di giurisdizione ritrae a sua volta fondamento dai principi elaborati nella sentenza 29 dicembre 1990 n. 12221 delle sezioni unite, i quali conducono alla conclusione che, se la controversia sarebbe stata di competenza del giudice amministrativo ove il procedimento di scelta del contraente fosse stato indetto direttamente dalla pubblica amministrazione, essa resta di competenza di quel giudice, anche se a procedere sia stato per l'amministrazione il suo concessionario. [...] La concessione di costruzione di un'opera pubblica, come si è già osservato, investe il soggetto estraneo alla pubblica amministrazione concedente della legittimazione ad esercitare le situazioni soggettive strumentali alla consecuzione del risultato, se la norma che autorizza la concessione non ne riserva l'esercizio all'amministrazione concedente.

Se il concessionario, in funzione della realizzazione dell'opera, si avvale di procedimenti che costituiscono esercizio dei pubblici poteri di cui è stato investito dalla concessione, v'è quanto basta perché la correlata situazione giuridica soggettiva del privato sia da considerare protetta come interesse legittimo"; Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498; l'impostazione è altresì presente in Cass. civ., Sez. Un., 10 dicembre 1993, n. 12166.

⁵ Si pensi, ad esempio, alle regole contenute nella Legge di contabilità pubblica (R.D. 2440/1923) e nel Regolamento sulla contabilità generale dello Stato (R. D. 827/1924). In particolare, attribuendo preminente rilievo alla natura organizzativa alla concessione, poteva ritenersi non necessario il preliminare svolgimento di un confronto concorrenziale per il suo affidamento, trattandosi di sostituzione di un terzo all'amministrazione nell'espletamento di un compito di carattere pubblico, in termini, cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, V ed., Il Mulino, Bologna, 1995; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, vol. II, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2018, p. 1503. Come ricorda la dottrina da ultimo citata (A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *Ibid.*, p. 1504, che sul punto richiama R. CARANTA, *I contratti pubblici*, II ed., Giappichelli, Torino, 2012, 163), con particolare riferimento alla concessione di sola costruzione, "nel secondo dopo-guerra, nella prassi di molte amministrazioni si è andato sempre più diffondendo il ricorso alla figura della concessione di lavori soprattutto per "sfuggire" all'applicazione dell'evidenza pubblica operante, invece, per gli appalti di lavori?".

al fine di evitare che il coinvolgimento di un soggetto privato potesse, nei fatti, ‘aggirare’ l’applicazione dei criteri per la selezione dei migliori contraenti per l’Amministrazione⁶, si andò affermando una concezione ‘oggettiva’, che sottoponeva allo statuto pubblicistico ogni atto oggettivamente amministrativo, a prescindere dalla natura soggettiva (pubblica o privata) del soggetto che l’avesse adottato⁷.

In base a questa prospettiva, in piena coerenza con le menzionate ricostruzioni teoriche e con il contesto normativo al tempo vigente, dunque, il concessionario poteva anche mantenere la propria natura privatistica – non compromessa dalla presunta ‘incorporazione’ nella sfera pubblicistica in virtù dell’atto di concessione – ma i suoi affidamenti, in quanto aventi oggettiva natura amministrativa, sarebbero in ogni caso stati sottoposti alla disciplina propria degli atti amministrativi, essendo manifestazione di una funzione pubblica allo stesso trasferita dall’Amministrazione concedente.

1.2. L’affermarsi del diritto europeo ha, invece, spinto nella direzione della costruzione della concessione in termini contrattuali⁸.

⁶ Si tratta dei soggetti coinvolti dal concessionario nell’esecuzione dell’attività a questo affidata, i quali, ove fossero stati selezionati dall’Amministrazione, avrebbero dovuto preventivamente partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica.

⁷ La questione si è, ad esempio, posta con riferimento alla concessione di committenza (sul punto, *cf.* B. SPAMPINATO, *Sull’estensione della giurisdizione*, *cit.*, 997 ss.). In particolare, in base a tale orientamento, la nozione di atto oggettivamente amministrativo comprenderebbe l’atto regolato dalle norme aventi contenuto omologo a quelle dettate per funzionalizzare l’attività della pubblica amministrazione, rispetto al quale è indifferente la natura, pubblica o privata, del soggetto cui spetta. Si tratterebbe dunque, secondo la nota teoria di E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 16 ss. (poi ripubblicato in *Studi di giustizia amministrativa*, UTET, Torino, 1967), ID., *Norme di relazione e norme d’azione*, in *Giur. It.*, 1951, III, 66 ss., di atti regolati da norme di azione le quali sono, per definizione, volte a tutelare immediatamente/direttamente interessi pubblici (come tali ‘pubblicistiche’). In giurisprudenza, *cf.* Cass., sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, che cita, tra l’altro, una pronuncia del Consiglio di Stato del 15 giugno 1917 ove, con riferimento ai concessionari di ferrovie e tranvie, si era stabilito che questi ultimi diano vita a veri e propri atti amministrativi, i quali, come tali, “*sono soggetti per la legittimità al sindacato di questa IV sezione del Consiglio di Stato*”, in considerazione della natura obiettiva di atti amministrativi. In precedenza, la Corte di cassazione romana (sent. 4 settembre 1895 a sezioni unite) ebbe a statuire che “*per giudicare se una funzione abbia carattere pubblico e perciò se gli atti della medesima sfuggano all’ordinario sindacato della magistratura, si deve por mente alla funzione in sé non alla persona che la esercita*”.

⁸ In merito a tale evoluzione, *cf.* A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L’appalto di opere pubbliche*, vol. II, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2018, 1499 ss.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, II ed., Giappichelli, Torino, 2012, 165 ss.; F. PELLIZZER, *L’affidamento delle concessioni di lavori pubblici e gli appalti dei concessionari*, in A.M. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, IV, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 2541 ss. e 2565 ss.; A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, n. 4/2012, pp. 576 ss.. Come osserva S. CASSESE, *Verso un diritto europeo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, n. 2/2017, p. 306, “*l’atto unilaterale per eccellenza, a concessione, diventa un contratto di concessione e viene affidato sulla base di una procedura di evidenza pubblica, invece che con procedure unilaterali. Ne risulta diminuita la discrezionalità amministrativa, ma cambia anche la natura stessa dell’atto, da provvedimento sovrano a modulo contrattuale*”.

A tale diversa lettura del fenomeno concessorio non poteva che conseguire una differente qualificazione del concessionario: non più ‘organo indiretto’ dell’Amministrazione, ma controparte contrattuale di quest’ultima, ferme naturalmente le specificità del contratto di concessione rispetto a quello di appalto⁹. In quest’ottica, il concessionario è un soggetto che sostiene il rischio sotteso all’operazione economica¹⁰ e che trae la propria remunerazione dalla gestione dell’opera o del servizio oggetto della concessione, salva la presenza di un prezzo a carico della parte pubblica, nei limiti previsti dal D.Lgs. 50/2016 (di seguito, il “Codice”)¹¹.

Si tratta di una vera e propria modifica del patrimonio genetico del concessionario, che finisce per valorizzarne massimamente la veste di imprenditore teso alla massimizzazione del profitto derivante dallo svolgimento – sia pure sotto il controllo del concedente e nel rispetto di specifici *standard* qualitativi – di una specifica attività d’interesse pubblico¹².

⁹ Sul punto, oltre a quanto espressamente previsto dall’art. 3, comma 1, lettere uu) e vv) del D.Lgs. 50/2016. In dottrina, cfr. A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L’appalto di opere pubbliche*, cit., pp. 1499 ss.; G. GRECO, *Profili generali*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2019, 3 ss..

¹⁰ In base alla terminologia del D. Lgs. 50/2016, il concessionario assume su di sé un rischio definito ‘operativo’, connesso (a seconda dell’oggetto della concessione) alla gestione dell’opera o del servizio affidato. L’art. 3, comma 1, lett. zz) del citato Decreto Legislativo specifica che il rischio operativo è un “rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell’offerta o di entrambi” e che lo stesso si considera trasferito all’operatore economico 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”. Inoltre, prosegue la disposizione, 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 dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile. L’art. 165 del D.Lgs. 50/2016, con specifico riferimento alle concessioni, riferisce il rischio operativo “alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull’equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell’insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario”. Con riferimento al rilievo del rischio ai fini della qualificazione del contratto come concessione, cfr. F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, n. 4/2015, pp. 743 ss. Su tali aspetti si tornerà nel prosieguo.

¹¹ In base a quanto previsto dall’art. 165 del Codice, ai soli fini dell’equilibrio del PEF l’amministrazione aggiudicatrice può prevedere il pagamento di un prezzo, consistente in un contributo pubblico (anche nella forma di diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell’amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all’opera affidata in concessione), ovvero nella cessione di beni immobili. Il Codice precisa tuttavia che “In ogni caso, l’eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell’investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari”. Una previsione sostanzialmente simmetrica (ancorché con una terminologia talora maggiormente precisa) è contenuta nell’art. 180 del Codice, relativo ai contratti di Partenariato Pubblico-Privato.

¹² Come evidenziato da G. GRECO, *Profili Generali*, cit., p. 16, in base alla nuova fisionomia assunto dall’istituto in esame, “non dovrebbero più esistere concessioni meramente sostitutive dei compiti dell’amministrazione concedente: concessioni, cioè, in cui il concessionario non realizza direttamente l’opera, né gestisce direttamente i servizi, limitandosi, attraverso gli appalti, ad assicurare comunque la realizzazione dell’intera complessa operazione. Ovvero, meglio, una simile struttura dei rapporti (molto diffusa nella realtà italiana, soprattutto con affidamento dei relativi compiti a società in house o comunque partecipate dall’ente “concedente”) non dovrebbe più rientrare nello schema concettuale della concessione (ma, semmai, in quello della delegazione organica o intersoggettiva, ove consentita, con un soggetto formalmente privato, ovvero nell’ambito degli accordi conclusi esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici, di cui all’art. 5, co. 6)”.

1.3. La tematica che ci si accinge ad affrontare – consistente nel regime degli affidamenti del concessionario – rappresenta uno degli aspetti più rilevanti nella gestione in concessione di un’opera o un servizio pubblico.

Si tratta, a ben vedere, di una questione la cui rilevanza trascende il singolo rapporto concessorio e che, in una prospettiva più ampia, coinvolge la stessa appetibilità del nostro ordinamento per investitori (anche) stranieri.

Tale precisazione sembra necessaria alla luce della circostanza che il rapido mutamento delle regole in materia di contratti pubblici e l’evoluzione della sensibilità giuridica sottesa alla materia in esame rischiano di scontrarsi con l’esigenza di stabilità di un rapporto di lunga durata quale quello concessorio.

Sullo sfondo della tematica in esame, dunque, si staglia il principio della certezza del diritto (con il suo portato applicativo, il criterio del *tempus regit actum*) e della stabilità della disciplina di riferimento, la cui perturbazione presenta sicura rilevanza nell’ambito dei commerci della società moderna.

Sulla scorta di tale precisazione si procederà, dunque, ad indagare la disciplina che regola gli affidamenti dei concessionari, nella convinzione che – in una prospettiva *de jure condendo*, resa quanto mai attuale dalla recente pronuncia n. 218 del 23 novembre 2021 della Corte Costituzionale – la questione vada affrontata tenendo ferma la coordinata normativa di riferimento (*i.e.* la disciplina europea da cui muove l’attuale configurazione del contratto di concessione), demistificando ogni eventuale (pre)giudizio ideologico ed ogni soluzione (soltanto apparentemente) ritenuta inevitabile.

La tematica della disciplina degli affidamenti dei concessionari (e dei vincoli di esternalizzazione sugli stessi gravanti) verrà affrontata concentrandosi sugli obblighi a questi ultimi imposti per il solo fatto di rivestire tale qualifica (ovvero, come meglio si specificherà nel prosieguo, nel caso in cui non rivestano anche la qualifica di amministrazione aggiudicatrice o di ente aggiudicatore).

Esula, invece, dal presente contributo l’analisi dell’istituto della concessione in quanto tale nella sua evoluzione centenaria (cui si è semplicemente fatto cenno nel presente paragrafo introduttivo) e, dunque, tra i molti aspetti d’interesse, non potrà in questa sede esaminarsi la tipologia e la consistenza del rischio assunto dal concessionario (anche in relazione alle caratteristiche del servizio concretamente affidato e dei destinatari dello stesso)¹³.

¹³ Ferma restando la necessità, affinché possa autenticamente venire in rilievo una concessione, che il concessionario assuma correttamente il rischio (ad oggi definito operativo) relativo allo svolgimento dell’attività concessa.

II. Le direttive europee

2.1. È noto che il Legislatore europeo del 2014 ha inaugurato la disciplina sovranazionale dell'istituto della concessione adottando la Direttiva 2014/23/UE¹⁴ (di seguito, la “Direttiva Concessioni”).

Lo scopo sotteso al citato intervento normativo è, in coerenza con lo strumento giuridico prescelto, quello di uniformare tale istituto, la cui disciplina, ove rimessa esclusivamente alle fonti nazionali¹⁵, rischiava di determinare distorsioni nel mercato interno. In tal modo, dunque, si ambiva ad aprire il mercato delle concessioni alla concorrenza, incrementando la possibilità, per gli operatori economici dell'Unione, di accedervi.

L'uniformità della disciplina, quale elemento che si collega alla definizione di un contesto normativo certo e ben definito, viene dunque intesa come traguardo intermedio in vista del raggiungimento di un obiettivo che potrebbe definirsi ‘finale’, ovvero l'apertura della concorrenza.

Per raggiungere tali obiettivi il Legislatore europeo, da un lato, consacra la natura contrattuale della concessione (come emerge con chiarezza dalla definizione di “concessione” contenuta nell'art. 5 della Direttiva), istituto che consente di coinvolgere le risorse (economiche e tecniche) dei privati in attività a favore della collettività¹⁶; dall'altro, rimarca la necessità che l'affidamento di tale contratto avvenga in base

¹⁴ In merito alla direttiva europea in materia di concessioni, si rinvia, *ex multis*, a R. CRAVEN, *The EU's 2014 Concessions Directive*, in *Public Procurement Law Review*, n. 4/2014, pp. 188 ss.; M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. E app.*, 2014, pp. 741 ss.; G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, n. 1/2015, pp. 101 ss.; C. CONTESSA, *Le concessioni nella nuova direttiva europea*, in C. CONTESSA, D. CROCCO, *Appalti e concessioni- Le nuove direttive europee*, DEI, Roma, 2015; A. PAJNO, L. TORCHIA, H. CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2014, pp. 1136 ss.; V. FERRARO, *La disciplina delle concessioni nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, nn. 3-4/2014, pp. 835 ss.; ID., *La concessione e il diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la «specialità» del regime dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, n. 1/2016, pp. 259 ss.; G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, n. 5/2015, pp. 1095 ss.; ID., *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla direttiva 2014/23/ue alla parte terza del d.lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, n. 3/2018, pp. 505 ss.

¹⁵ Tanto, specialmente con riferimento alle concessioni di servizi, per lungo tempo sottratta ad una regolamentazione *ad hoc* e soggette ai principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, nonché ai principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.

¹⁶ In questa prospettiva, il contratto di concessione si collega al più ampio fenomeno del Partenariato Pubblico-Privato (PPP) definito nel Libro Verde della Commissione Europea del 2004 (cui si rinvia per ulteriori specificazioni) come “*forma di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio*”. Sul fenomeno del PPP si rinvia, tra i tanti, a M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni*, in *Atti Convegno SPISA*, 29 luglio 2005; ID., *Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in *www.federalismi.it*, n. 3, 2012, pp. 1 ss.; M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato e la finanza di progetto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato alla luce delle recenti riforme*, Editoriale Scientifica, Torino, 2011; V. SESSA, *Il partenariato pubblico privato*, in F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI (a cura di) *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Dike, Roma, 2016, 457 e ss.; S. LUCATTINI, *Commento all'art. 180*, in F.G. FERRARI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, La Tribuna, Piacenza, 2017, 923 ss.; B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato ed il nuovo codice dei contratti*, in *amministrazioneincammino.it*, 2017, 1 ss.; S. CRESTA, *Il Partenariato pubblico privato come rimedio alla crisi economica*, in S.

a procedure competitive, disciplinate – proprio tenendo conto delle differenze tra il contratto di concessione e quello di appalto – nell'autonoma Direttiva Concessioni.

2.2. Passando ad esaminare più da vicino la figura del concessionario tratteggiata nella Direttiva Concessioni, occorre osservare che quest'ultima si concentra sul rapporto tra ente concedente e concessionario, principalmente con riguardo alla procedura di affidamento della concessione.

In tale ambito, il concessionario ha, come detto, una veste ben precisa: si tratta di un imprenditore che, in quanto aggiudicatario di una concessione (art. 5, comma 1, punto 5) della Direttiva Concessioni), acquisisce il diritto di gestire un lavoro o un servizio e, con esso, assume il rischio di natura economica che comporta “*la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali*” (cfr. Considerando 18 della Direttiva Concessioni).

Si tratta di un rischio più esteso rispetto al rischio economico (*alea* normale) insito in ogni contratto, ivi incluso quello di appalto, nell'ambito del quale l'imprenditore rimane esposto all'ordinario rischio imprenditoriale¹⁷.

L'assunzione di tale rischio rinforza, si potrebbe dire, la veste imprenditoriale del concessionario, il quale – proprio poiché deve svolgere l'attività oggetto del contratto di concessione senza alcuna garanzia di

RUSCICA (a cura di), *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Edizioni Edmaiora, Roma, 2016, 103 ss.; M. RICCHI, *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici D. Lgs. 50/2016*, Relazione tenuta il 15 marzo 2016 in occasione del Seminario SVIMEZ su *La nuova legge sugli Appalti. Aperture al diritto della concorrenza e opportunità per il Mezzogiorno*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, n. 3/2016, 813 ss.; G. VICICONTE, *I contratti di partenariato e la locazione finanziaria (artt. 179-182, 187)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II edizione, Giappichelli, Torino, 2019, 1175 ss.; G. SANTI, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione nella normativa europea e nazionale. Gli interventi di sussidiarietà orizzontale ed il baratto amministrativo. Il contraente generale*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Giappichelli, Torino, 2019, 137 ss..

¹⁷ Si tratta, generalmente, dell'esposizione al rischio che una determinata operazione economica sia più o meno vantaggiosa, cui si aggiunge il rischio dei contratti sinallagmatici, derivante dal possibile non esatto adempimento delle proprie prestazioni contrattuali. Nell'ambito del contratto di appalto, poi, il Codice Civile, in considerazione delle caratteristiche di tale tipologia contrattuale (art. 1655 c.c.), appresta degli specifici meccanismi volti a regolare il rischio assunto dall'appaltatore (si pensi, ad esempio, alla disciplina contenuta negli artt. 1664 c.c. e 1672 c.c.). Regole ulteriori sono poi previste nel Codice dei contratti pubblici in relazione all'appalto pubblico, tenuto conto delle peculiarità di quest'ultimo e del preventivo esperimento di una procedura selettiva. In modo più esplicito, la stessa Direttiva Concessioni (Considerando 20) riconosce che il concetto di rischio operativo, caratteristico delle concessioni, dovrebbe derivare “*da fattori al di fuori del controllo delle parti*” e sottolinea che “*rischi come quelli legati a una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o a cause di forza maggiore non sono determinanti ai fini della qualificazione come concessione, dal momento che rischi del genere sono insiti in ogni contratto, indipendentemente dal fatto che si tratti di un appalto pubblico o di una concessione. 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 da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta. 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 dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda. Ai fini della valutazione del rischio operativo, dovrebbe essere preso in considerazione in maniera coerente ed uniforme il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario*”.

recuperare gli investimenti effettuati – deve altresì poter gestire e coordinare in modo efficace e adeguato il contratto¹⁸.

Sul punto, può altresì darsi sin d'ora atto della circostanza che lo stesso Legislatore europeo risulta ben conscio della significativa durata temporale che tradizionalmente caratterizza i contratti di concessione e del conseguente possibile effetto di 'chiusura' determinati mercati.

Può in questa sede richiamarsi il Considerando 52 della Direttiva Concessioni, ove – dopo aver riconosciuto l'opportunità di una delimitazione temporale della durata delle concessioni – si riconosce che la lunga durata del rapporto concessorio può essere giustificata se indispensabile per consentire al concessionario di recuperare gli investimenti previsti per eseguire la concessione, nonché di ottenere un ritorno sul capitale investito, tenendo tra l'altro conto della eventuale presenza (non gestibile dal concessionario) di limitazioni tariffarie o legate alla qualità dei servizi prestati, imposte dall'ente concedente sulla scorta degli obiettivi pubblici sottesi al servizio (o alla gestione dell'opera) oggetto di affidamento.

Sotto tale aspetto, dunque, la Direttiva Concessioni si limita a restituire la figura di un concessionario-imprenditore, in linea con la ritrovata qualificazione contrattuale del fenomeno concessorio, attribuendo preminente rilievo – al fine di disciplinare l'istituto della concessione e bilanciare i vari interessi dallo stesso intercettati – al rischio da quest'ultimo assunto.

2.3. Al fine di trattare la tematica d'interesse, occorre dunque estendere l'indagine alle altre due direttive in materia di appalti pubblici adottate nel 2014. Ed infatti, la disciplina degli affidamenti dei concessionari riguarda un aspetto che si colloca a valle del rapporto tra ente concedente e concessionario. In altri termini: i contratti stipulati dai concessionari dovrebbero riguardare singole partizioni propedeutiche o comunque funzionali alla gestione del contratto di concessione dagli stessi stipulato¹⁹, dovendo quindi risultare inquadrabili nel (diverso) schema dell'appalto.

¹⁸ Non sembra potersi trascurare la circostanza che la Direttiva Concessioni disciplina l'istituto del subappalto da parte del concessionario. Tanto, in parziale difformità rispetto alla qualificazione del contratto a valle della concessione come appalto pubblico, feconda di conseguenze a livello applicativo. Così, per quanto qui interessa, la selezione del subappaltatore non è soggetta al preventivo rispetto di procedure di affidamento laddove invece (come si vedrà nel prosieguo) la selezione, sia pure da parte del concessionario, dell'appaltatore risulta in alcuni casi sottoposta agli obblighi di gara. Sul punto si segnala quanto osservato da G. GRECO, *Profili generali*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. V, *Concessioni di lavori e servizi. Partenariati. Precontenzioso e contenzioso*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 3 ss., che – per risolvere l'aporia conseguente all'introduzione dell'istituto del subappalto nell'ambito delle concessioni – ipotizza l'applicazione dello stesso soltanto alle concessioni affidate in base al nuovo Codice.

¹⁹ Nel caso di affidamento dell'intero rapporto concessorio dovrebbe più propriamente parlarsi di cessione del contratto originariamente stipulato, soggetta (ove consentita) ad una specifica disciplina volta ad evitare che la precedente gara sia stata espletata inutilmente (*cf.* ad esempio art. 43 della Direttiva Concessioni).

Da qui, la (eventuale) collocazione di tale disciplina all'interno delle direttive 24/2014/UE e 25/2014/UE dedicate, rispettivamente, all'affidamento dei contratti di appalto nei settori ordinari e nei cosiddetti settori speciali.

Deve in primo luogo rilevarsi che nessuna delle due direttive menziona specificamente la figura del concessionario e/o detta regole *ab hoc* con riferimento agli affidamenti da quest'ultimo effettuati.

Nell'ambito della Direttiva 24/2014/UE, la eventuale soggezione del concessionario alla disciplina ivi dettata per l'affidamento dei contratti di appalto può conseguentemente derivare dalla circostanza che lo stesso rientri all'interno di una delle figure soggettive tenute al rispetto della normativa in materia di appalti pubblici.

Viene dunque in rilievo la nozione di amministrazione aggiudicatrice, che individua il perimetro soggettivo di applicazione della Direttiva 24/2014/UE (art. 2, comma 1, punto 1)).

All'interno di tale nozione rientrano, oltre agli enti pubblici 'tradizionali' (ovvero, lo Stato e le autorità regionali o locali), gli organismi di diritto pubblico, per tali intendendosi (art. 2, comma 1, punto 4) della Direttiva 24/2014/UE) “*gli organismi che hanno tutte le seguenti caratteristiche:*

- a) sono istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;*
- b) sono dotati di personalità giuridica; e*
- c) sono finanziati per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico; o la loro gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi; o il loro organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico”.*

Si tratta, come noto²⁰, di una figura proteiforme i cui concreti confini non risultano adeguatamente perimetrati – specialmente con riferimento al cosiddetto requisito teleologico, di cui alla precedente lettera a) – con la conseguenza che la sua estensione varia sensibilmente in considerazione della specifica fattispecie e della ‘sensibilità’ giurisprudenziale.

Dunque, l'effettivo assoggettamento degli affidamenti del concessionario alla disciplina in materia di contratti pubblici contenuta nella Direttiva 24/2014/UE consegue alla qualificazione di quest'ultimo

²⁰ La letteratura in materia di organismo di diritto pubblico è molto estesa. Può qui rinviarsi a M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna University Press, Bologna, 2000; S. CASSESE, *L'Ente Fiera di Milano e il regime degli appalti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, pp. 549 ss.; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, CEDAM, Padova, 2000, 347 ss.; G. NAPOLITANO, *Soggetti privati “enti pubblici”?*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 801 ss.; R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998, pp. 133 ss.; S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, pp. 275 ss.; M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contr. impr.*, 2008, pp. 1201 ss; più di recente, M. MACCHIA, *Di padre in figlio: la strana evoluzione dell'organismo di diritto pubblico*, in *Giur. Comm.*, n. 5, 2021, pp. 903 ss..

come organismo di diritto pubblico, con conseguente tendenziale esclusione dei concessionari che risultino sprovvisti del requisito della dominanza pubblica di cui alla lettera c) che precede²¹.

2.4. La Direttiva 25/2014/UE, relativa alle procedure di appalto nei settori speciali, reca, invece, una maggiore estensione del perimetro dei soggetti tenuti al rispetto delle regole ivi contenute. La più ampia latitudine applicativa delle regole relative ai settori speciali consegue all'inclusione, nella Direttiva n. 25, della nozione di enti aggiudicatori (art. 4 della citata Direttiva), la quale comprende, oltre alle sopra citate amministrazioni aggiudicatrici, anche:

(i) le imprese pubbliche²²;

²¹ Può qui osservarsi che, ferma la complessità e (ad oggi) forse aleatorietà della qualificazione di un determinato soggetto giuridico come organismo di diritto pubblico, la qualifica imprenditoriale del concessionario derivante dalla Direttiva Concessioni dovrebbe rendere meno probabile la sua riconduzione all'interno della categoria degli organismi di diritto pubblico (si fa qui riferimento all'ipotesi in cui ricorrano tutti gli altri requisiti richiesti ai fini di tale qualificazione, ad eccezione del cosiddetto requisito teleologico). Tale impostazione sembra condivisa, in dottrina, da G. GRECO, *Profili Generali*, cit., p. 16, che osserva: “*Se, infatti, la concessione comporta l'affidamento di lavori e servizi ad un “operatore economico” (e, dunque, ad un soggetto “che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi”: art. 3, co. 1, lett. p) e se quest'ultimo deve assumere “il rischio operativo legato alla gestione delle opere” o “alla gestione dei servizi”, è chiaro che, da un lato, il concessionario non può essere tenuto ad affidare i lavori o i servizi a terzi e, d'altro lato, se se ne avvale, deve trattarsi di terzi scelti dal concessionario medesimo, di cui questi si fida e ne risponde, nell'ambito del rischio operativo assunto. Rischio operativo che appare, viceversa, incompatibile con l'affidamento a terzi di appalti aggiudicati mediante gara e a condizioni economiche non prestabilite, indipendentemente dalla incongruenza di operare una doppia gara, una volta che il concessionario medesimo sia stato scelto con metodi concorsuali?*”. In altri termini: (a) nel caso in cui il concessionario sia un organismo di diritto pubblico, *nulla quaestio*; (b) nel caso in cui manchi il requisito della dominanza pubblica, il concessionario in quanto tale non dovrebbe, per ciò solo, essere assoggettato ad obblighi di gara; (c) ove ricorra il requisito della dominanza pubblica (e, naturalmente, quello della personalità giuridica), la ricorrenza del requisito teleologico in capo ad un concessionario che operi esclusivamente per lo svolgimento della concessione ad esso affidata (si pensi al ricorso ad una SPV, secondo uno schema largamente invalso nella prassi), dovrebbe essere attentamente valutato, non potendosi ritenere, per il solo fatto di svolgere un servizio affidato in concessione, che il concessionario svolga un'attività di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale, atteso il rischio operativo assunto. In ogni caso, a livello nazionale si segnala ad esempio, la ricorrente qualificazione giurisprudenziale dei concessionari autostradali come organismi di diritto pubblico, ritenendo che gli stessi svolgano, in concessione, un'attività volta al raggiungimento di finalità oggettivamente pubbliche, in quanto “*la realizzazione e la gestione delle autostrade costituisce attività idonea a soddisfare bisogni ed interessi pubblici generali, per cui tale soggetto può essere qualificato come organismo di diritto pubblico (per il quale è irrilevante la natura giuridica privatistica)*” (in termini, Tar Lazio, sez. III, 16 maggio 2016, n. 5737, ove si afferma che “*sussistono — in base alla legge n. 385 del 28 marzo 1968 (modifiche ed integrazioni alla legge 24 luglio 1961, n. 769, concernente il piano di nuove costruzioni stradali e autostradali) — i presupposti di cui all'art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici): istituzione per il soddisfacimento di esigenze di interesse generale, a carattere non industriale o commerciale, personalità giuridica, prevalente finanziamento o anche solo controllo dello Stato (cfr. anche in tal senso Cons. St., sez. II, 25 luglio 2008, parere n. 2361 e Cons. St., sez. IV, 8 maggio 2013, ordinanza n. 2492, emessa ai sensi dell'art. 267 TFUE; Cassazione civile, sez. un., 1.4.2004, n. 6408; per la persistenza del regime giuridico, proprio degli organismi in questione, anche in presenza del contemporaneo svolgimento di attività a carattere imprenditoriale, cfr. Cons. St., ad. plen., 5 gennaio 2011, n. 16 e Corte di Giustizia, sez. V, 10 aprile 2008, causa C-393/06, Aigner)*”.

²² Secondo quanto specificato dall'art. 4, commi 2 e 3, della Direttiva 25/2014/UE, per impresa pubblica si intende “*un'impresa su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione. Un'influenza dominante da parte delle amministrazioni aggiudicatrici si presume in tutti i casi in cui queste autorità, direttamente o indirettamente:*

a) *detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa;*

b) *controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;*

c) *possono designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa*”.

(ii) i soggetti che, pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche, svolgono una delle attività costituenti settore speciale e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi loro concessi.

Ai fini della presente analisi, un'estensione della platea dei concessionari privati tenuti al rispetto degli obblighi di gara (sia pure limitatamente agli affidamenti relativi ai settori speciali) potrebbe, dunque, derivare dalla loro possibile inclusione all'interno della categoria di cui al precedente punto (ii), idonea a ricomprendere anche soggetti interamente privati che, tuttavia, operano sulla base di diritti speciali o esclusivi.

Questi ultimi, secondo quanto previsto dall'art. 4, comma 3, della Direttiva 25/2014/UE, consistono in diritti concessi da un'autorità competente di uno Stato membro mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio delle attività rientranti nei settori speciali e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività.

La concessione, dunque, ove comporti l'assegnazione dello *ius excludendi omnes alios* dallo svolgimento delle attività oggetto del relativo contratto, potrebbe integrare il presupposto per configurare il concessionario come titolare di diritti speciali o esclusivi ai sensi della Direttiva n. 25.

A limitare la possibile rilevanza di tale inquadramento interviene tuttavia lo stesso art. 4, comma 3, della Direttiva 25/2014/UE, che specifica come non costituiscano diritti speciali o esclusivi quelli concessi “*in virtù di una procedura in base alla quale è stata assicurata una pubblicità adeguata, e in caso tale concessione si sia basata su criteri oggettivi*”. La medesima previsione identifica espressamente alcune procedure ritenute idonee a soddisfare i citati requisiti, ricomprendendovi:

- a) le procedure di appalto con previa indizione di gara ai sensi della direttiva 2014/24/UE, della Direttiva 2009/81/CE, della Direttiva 2014/23/UE o della Direttiva 25/2014/UE;
- b) le procedure ai sensi di altri atti giuridici dell'Unione di cui all'allegato II della Direttiva 25/2014/UE²³, in grado di garantire un'adeguata trasparenza preliminare per la concessione di autorizzazioni sulla base di criteri oggettivi.

²³ Il menzionato allegato II contiene “*una serie di procedure, onde garantire un'adeguata trasparenza preliminare, per il rilascio di autorizzazioni sulla base di altri atti giuridici dell'Unione che non costituiscono «diritti speciali o esclusivi»*” ai sensi del citato articolo 4 della Direttiva n. 25. Si tratta:

- a) del rilascio di autorizzazioni per la gestione di impianti a gas naturale in conformità delle procedure di cui all'articolo 4 della direttiva 2009/73/CE;
- b) del rilascio di autorizzazioni o invito a presentare offerte per la costruzione di nuovi impianti per la produzione di energia elettrica in conformità della direttiva 2009/72/CE;
- c) della concessione di autorizzazioni, in conformità delle procedure cui all'articolo 9 della direttiva 97/67/CE, in relazione a un servizio postale che non sia riservato o che non lo sarà;
- d) delle procedure per la concessione di un'autorizzazione a esercitare un'attività di sfruttamento degli idrocarburi a norma della direttiva 94/22/CE;
- e) dei contratti di servizio pubblico ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007 per la fornitura di servizi pubblici di trasporto di passeggeri per autobus, tramvia, ferrovia o metropolitana, assegnati sulla base di una procedura di gara

Ove, dunque, il concessionario non sia stato selezionato in base a procedure competitive coerenti con i parametri previsti dall'art. 4 della Direttiva 25/2014/UE (o menzionate nell'allegato II a tale Direttiva), lo stesso potrà essere qualificato come titolare di diritti speciali o esclusivi e, dunque, risultare sottoposto, in relazione agli affidamenti rientranti nei settori speciali, alla disciplina contemplata nella Direttiva da ultimo citata.

In coerenza con questa lettura, il Considerando 20 della Direttiva n. 25 pone in luce il particolare rilievo della nozione di diritti speciali o esclusivi, specificando che la stessa *“è essenziale per la definizione dell'ambito di applicazione della presente direttiva, dal momento che gli enti che non sono né amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche ai sensi della presente direttiva sono soggetti alla sua applicazione solo nella misura in cui esercitano una delle attività contemplate sulla base di tali diritti?”*.

Il Legislatore europeo prende dunque attentamente in considerazione le conseguenze derivanti dall'estensione degli obblighi di gara a soggetti privati, assoggettando questi ultimi ai menzionati vincoli soltanto nel caso in cui la loro posizione di 'vantaggio' sia stata acquisita in modo non oggettivo e trasparente e nei limiti delle attività svolte nel contesto dei settori speciali.

III. Gli affidamenti dei concessionari nell'ordinamento nazionale

3.1. La regolamentazione nazionale degli affidamenti dei concessionari si è caratterizzata da un maggiore rigore rispetto al quadro normativo europeo, sia previgente che successivo all'adozione delle direttive del 2014.

Volendo limitare l'indagine alla disciplina contenuta nel previgente D.Lgs. 163/2006 (comprensivo del Regolamento contenuto nel D.P.R. 207/2010) e nel Codice, emerge che i concessionari sono stati ricompresi tra i soggetti tenuti a rispettare (sia pure in parte) le regole in materia di evidenza pubblica, a prescindere dalla loro qualifica soggettiva in termini di amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore.

conformemente all'articolo 5, paragrafo 3, dello stesso, purché la durata di detti contratti sia conforme alle disposizioni dell'articolo 4, paragrafi 3 o 4, di tale regolamento.

Sul punto, si segnala che il Considerando 20 della Direttiva 25/2014/UE specifica che *“[...] tale elenco di atti legislativi non è esaustivo e che i diritti concessi in qualsiasi forma, anche per mezzo di atti di concessione, mediante altre procedure fondate su criteri oggettivi e in base alle quali è stata assicurata un'adeguata pubblicità, non costituiscono diritti speciali o esclusivi ai fini della definizione dell'ambito di applicazione della presente direttiva ratione personae. La nozione di diritti esclusivi dovrebbe essere utilizzata anche al fine di stabilire se il ricorso alla procedura negoziata senza previa indizione di gara sia giustificato dal fatto che i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti solo da un operatore economico determinato in ragione della tutela di diritti esclusivi.*

Tuttavia, tenendo presente la diversa ratio legis alla base di queste disposizioni, si dovrebbe precisare che la nozione di diritti esclusivi non deve avere necessariamente lo stesso significato nei due contesti. Si dovrebbe quindi precisare che un ente che si è assicurato il diritto esclusivo di fornire un determinato servizio in una certa area geografica a seguito di una procedura basata su criteri oggettivi, in base alla quale sia stata garantita adeguata trasparenza, non sarebbe, se è un organismo privato, un ente aggiudicatore di per sé, ma sarebbe nondimeno il solo ente che può fornire il servizio in questione in tale area”.

Il D.Lgs. 163/2006 – in linea con la tradizionale maggiore attenzione per il settore dei lavori pubblici, nonché con le direttive del 2004, all’epoca vigenti, e con il contesto descritto nel precedente par. II – concentrava la propria attenzione sulla figura del concessionario di lavori pubblici.

Se, infatti, le concessioni di servizi erano tendenzialmente escluse dal perimetro applicativo di tale Decreto Legislativo (*cf.* art. 30 del D.Lgs. 163/2006, che stabiliva alcune minimali regole per l’affidamento delle concessioni di servizi) e della Direttiva 18/2004/CE, veniva tuttavia introdotto, sia pure attraverso un peculiare meccanismo indiretto, un obbligo di non discriminazione in base alla nazionalità per la selezione dei propri fornitori²⁴.

A ciò si aggiungeva la ricomprensione dei concessionari di servizi nel novero degli “*altri soggetti aggiudicatori*” di cui all’art. 32, comma 1, lett. f) del D.Lgs. 163/2006 che prevedeva l’applicazione di alcune delle norme del citato Decreto ai contratti di lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando tali lavori risultavano “*strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell’amministrazione aggiudicatrice*” (²⁵).

Una specifica regolamentazione era poi dettata per gli affidamenti dei concessionari di lavori pubblici che – anche ove non fossero qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici – erano comunque tenuti a rispettare alcune disposizioni in materia di evidenza pubblica.

Il citato art. 32 del D.Lgs. 163/2006 menzionava, infatti, gli “*appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, nei limiti stabiliti dall’articolo 142*” (comma 1, lett. b)).

Il predetto art. 142 e i successivi artt. 149, 150 e 151 del D.Lgs. 163/2006²⁶ dettavano, poi, più nello specifico la disciplina applicabile all’affidamento degli appalti di lavori da parte dei concessionari di lavori pubblici.

Oltre allo specifico regime cui dovevano soggiacere gli affidamenti dei concessionari di lavori pubblici, assumeva rilievo la previsione contenuta nell’art. 146 del D.Lgs. 163/2006, in base al quale la stazione appaltante (inserendo un’apposita previsione nel bando di gara e nel contratto di concessione) poteva imporre a tali concessionari di affidare a terzi appalti corrispondenti ad una percentuale non inferiore al 30% (potenzialmente incrementabile da parte dei concorrenti) del valore globale dei lavori oggetto della concessione²⁷.

²⁴ *Cfr.* art. 3 della Direttiva 2004/18/CE e art. 30, comma 6, del D.Lgs. 163/2006, in base al quale “*Se un’amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un’amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un’attività di servizio pubblico, l’atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell’ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità*”.

²⁵ L’art. 32, comma 2, del D.Lgs. 163/2006 escludeva, per tali contratti, l’applicazione di alcune disposizioni del Decreto.

²⁶ Tali previsioni erano contenute in un’apposita Sezione IV del Capo II del D.Lgs. 163/2006, appositamente rubricata “*Appalti di lavori affidati dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici*”. Le citate previsioni risultavano altresì richiamate dall’art. 174, comma 2, del D.Lgs. 163/2006.

²⁷ L’art. 146, comma 1, lett. b) del D.Lgs. 163/2006 prevedeva altresì che la stazione appaltante potesse “*invitare i candidati a dichiarare nelle loro offerte la percentuale, ove sussista, del valore globale dei lavori oggetto della concessione, che intendono appaltare a terzi*”.

Veniva così a configurarsi un vero e proprio obbligo di esternalizzazione in capo al concessionario, la cui introduzione era tuttavia rimessa, nella citata disposizione, alla scelta della stazione appaltante.

Senonché il successivo art. 253 del D.Lgs. 163/2006, come modificato dalla L. 134/2012, irrigidiva ulteriormente il dovere di esternalizzazione in capo (più in generale) ai concessionari prevedendo, al comma 25, che *“i titolari di concessioni già assentite alla data del 30 giugno 2002, ivi comprese quelle rinnovate o prorogate ai sensi della legislazione successiva, sono tenuti ad affidare a terzi una percentuale minima del sessanta per cento dei lavori, agendo, esclusivamente per detta quota, a tutti gli effetti come amministrazioni aggiudicatrici?”*.

Il successivo comma 27, in relazione ai lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, stabiliva poi che *“per le concessioni già affidate, ovvero rinnovate e prorogate ai sensi della legislazione vigente alla data del 10 settembre 2002, i concessionari sono tenuti ad appaltare a terzi una percentuale minima del quaranta per cento dei lavori?”*.

Le norme da ultimo citate sembravano rispondere all'esigenza di incrementare la concorrenza prescrivendo il coinvolgimento di soggetti terzi nell'esecuzione delle attività oggetto di concessione ove quest'ultima fosse stata affidata in passato, ovvero in un regime giuridico connotato (secondo una logica *ex post*) da minore concorrenzialità.

La prima delle due disposizioni, tuttavia, agiva su un altro versante, equiparando il concessionario alle amministrazioni aggiudicatrici nell'affidamento delle attività oggetto del dovere di esternalizzazione.

Preme qui evidenziare che già le disposizioni contenute nel D.Lgs. 163/2006, intervenendo su un tessuto socio-economico ad esse preesistente, ponevano sicuramente dei problemi di certezza della disciplina giuridica del rapporto concessorio. Ed infatti, l'obbligo in questione veniva imposto a rapporti contrattuali già in essere, conclusi sotto la vigenza di diversi accordi economici che non contemplavano questo tipo di vincolo. Inoltre, come meglio emergerà nel prosieguo, risultava inevitabilmente compresa l'autonomia di organizzazione dell'imprenditore, che ben poteva essere attrezzato per svolgere con le proprie risorse le attività in questione, invece obbligatoriamente esternalizzate in base a tali disposizioni. Cionondimeno, nel previgente contesto normativo non mancavano disposizioni che assegnavano al concessionario quel ruolo imprenditoriale descritto nel precedente par. II.

Si pensi, ad esempio, alle previsioni in materia di requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni contenute nel D.P.R. 207/2010 (art. 95, ma *cf.* anche art. 96 in relazione ai requisiti del proponente per le iniziative in *project financing*), tutt'oggi vigenti, che ammettevano espressamente la possibilità che il concessionario eseguisse in proprio i lavori oggetto della concessione, prevedendo poi che lo stesso potesse anche assumere la veste di soggetto (economicamente solido ed

affidabile) che si limita ad assumere su di sé taluni rischi e a coordinare l'attività di esecuzione dei lavori, nonché la gestione dell'opera²⁸.

3.2. L'attenzione precedentemente dedicata dal Legislatore agli affidamenti dei concessionari è stata pienamente confermata dal Codice, il cui art. 1 (Oggetto e ambito di applicazione) stabilisce l'applicazione delle disposizioni codicistiche, tra l'altro, ai lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici e a quelli affidati dai concessionari di servizi, quando essi siano strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice (art. 1, comma 2, lett. c) e d)).

Il raffronto tra la citata previsione e le direttive del 2014 pone in luce la maggiore specificità ed estensione della normativa nazionale, ove si tenga in mente la circostanza che le tre direttive – di cui il Codice costituisce recepimento – non impongono al concessionario, per il solo fatto di rivestire tale qualifica, specifici vincoli di evidenza pubblica²⁹.

²⁸ In quest'ottica, ad esempio, nel caso di costituzione di una società di progetto (o *Special Purpose Vehicle* (SPV)), l'art. 156, comma 3, del D.Lgs. 163/2006 rimetteva al contratto di concessione l'onere di disciplinare le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di progetto, prescrivendo tuttavia che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione fossero tenuti a partecipare alla società e a garantire, entro taluni limiti, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. Dunque, i soli soci c.d. qualificanti erano vincolati a rimanere all'interno del capitale della SPV fino alla conclusione dei lavori. Sempre nella menzionata prospettiva, era sempre consentito l'ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione. Per una lettura restrittiva delle disposizioni contenute nel D.P.R. 207/2010 menzionate nel testo, *cf.* Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2021, n. 7417, ove si sostiene che il menzionato art. 95 possa essere riferito esclusivamente agli affidamenti relativi alle concessioni di lavori e non, invece, alle diverse fattispecie delle concessioni di servizi o miste, le quali non erano ricomprese nel perimetro delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE di cui il D.P.R. 207/2010 (e il D.Lgs. 163/2006) è attuazione. In relazione a tali fattispecie dovrebbe, dunque, guardarsi soltanto al Codice, le cui disposizioni escluderebbero che nell'ambito di una procedura avente a oggetto una concessione mista *“la stazione appaltante possa prescindere dalla verifica del possesso in capo agli aspiranti dei requisiti di qualificazione e capacità per ciascuna delle tipologie di affidamento di cui l'appalto si compone”*. In questa prospettiva – che evidentemente rischia(va) di porsi in contrasto con la previsione dell'obbligo di esternalizzazione gravante su concessionari necessariamente qualificati per le attività contrattuali – la sentenza riconosce che tale vincolo sia *“destinato a incidere su rapporti sorti in un contesto normativo diverso da quello considerato dalla direttiva 2014/23/UE, sicché nel panorama delineato a regime da detta direttiva la disposizione si configura come neutra, e proprio per questo essa è altamente significativa della non attualità nello stesso ambito dell'istituto del c.d. “appalto a terzi”*”.

²⁹ Ove, tuttavia, il concessionario avesse beneficiato in via diretta dell'affidamento in quanto ente *in house* rispetto all'amministrazione concedente, verrebbe in rilievo la previsione contenuta nell'art. 16, comma 7, del D.Lgs. 175/2016, a norma del quale le società cosiddette *in house* *“sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016”*. Si tratta di una previsione il cui contenuto non è agevolmente intuibile, ma che non sembra alterare la prospettiva contenuta nel testo: il concessionario risulterebbe soggetto all'applicazione delle procedure previste dal Codice non in quanto tale, ma in considerazione della sua natura soggettiva di entità *in house* ovvero, se del caso, mutuando la natura soggettiva di (in ipotesi) organismo di diritto pubblico dell'ente concedente.

Il regime degli affidamenti dei concessionari (peraltro, di soli lavori pubblici) è poi disciplinato più nel dettaglio attraverso l'individuazione di una disciplina *ad hoc* risultante dal meccanismo di richiamo contenuto nell'art. 164, comma 5 del Codice³⁰.

In tal modo, dunque, il Codice intende assoggettare gli affidamenti dei concessionari agli obblighi di gara, sia pure attraverso una disciplina a tratti lacunosa e non sempre coerente.

Il Codice è, tuttavia, intervenuto anche con riferimento agli obblighi di esternalizzazione gravanti sui concessionari.

Tale opzione è il risultato dell'attuazione della Legge delega n. 11/2016, il cui art. 1, comma 1, lett. iii) indicava tra i principi e criteri direttivi l'obbligo *“per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare una quota pari all'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica, stabilendo che la restante parte possa essere realizzata da società in house per i soggetti pubblici ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedure ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato [...]”* e assegnava all'Autorità Nazionale Anticorruzione (“ANAC”) un compito (che il Legislatore delegato avrebbe dovuto concretamente declinare) di verifica del rispetto di tali previsioni³¹.

La significativa pervasività della citata previsione era stemperata dall'introduzione, per le concessioni già in essere, di un periodo transitorio di adeguamento³² e dalla non applicazione di tale obbligo per le concessioni *“in essere o di nuova aggiudicazione affidate con la formula della finanza di progetto e [n.d.r. per] le concessioni in essere o di nuova aggiudicazione affidate con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea per le quali continuano comunque ad applicarsi le disposizioni in materia di affidamento di contratti di appalto vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge”*.

Il criterio in analisi veniva attuato dall'art. 177 del Codice che, nel riprodurre l'obbligo contenuto nella Legge delega, dapprima indicava nell'80% la quota generalizzata dell'obbligo di esternalizzazione e successivamente riduceva al 60% la percentuale di esternalizzazione gravante sui (soli) concessionari autostradali e specificava il periodo transitorio di adeguamento (che, in conseguenza delle evidenti

³⁰ In base al citato art. 164, comma 5, del Codice, infatti, i concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza della Parte III (relativa ai contratti di concessione), nonché delle disposizioni di cui alle parti I e II in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, non derogate espressamente dalla presente parte. Si noti, dunque, come, in recepimento dell'impostazione della Direttiva Concessioni, viene ad essere configurato il subappalto a valle del contratto di concessione, soggetto ad una disciplina differente rispetto a quella sopra citata, riguardante i (soli) appalti di lavori.

³¹ Il criterio delega in questione proseguiva stabilendo altresì la necessità di introdurre, negli affidamenti dei concessionari,

“clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità”.

³² Fissato dalla Legge delega in 24 mesi.

difficoltà applicative, veniva più volte posticipato³³, da ultimo fino al 31 dicembre 2022 per la generalità delle concessioni e al 31 dicembre 2020 per le concessioni autostradali).

Per quanto riguarda le modalità di controllo del rispetto dell'obbligo di esternalizzazione, veniva prevista una verifica annuale, da effettuarsi secondo le modalità indicate dall'ANAC in apposite linee guida, e veniva altresì stabilito l'obbligo di sanare eventuali situazioni di squilibrio nella percentuale di affidamento entro l'anno successivo alla loro rilevazione (art. 177, comma 3, del Codice).

Nel caso di situazioni di squilibrio reiterate per due anni consecutivi, era prevista l'applicazione, da parte del concedente, di una penale in misura pari al 10% dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica.

Con lo scopo di fornire un ausilio interpretativo dell'art. 177 e di assicurarne l'omogenea applicazione, l'ANAC ha dunque adottato le Linee Guida n. 11, approvate dal Consiglio dell'Autorità con deliberazione n. 614 del 4 luglio 2018 e aggiornate con deliberazione del Consiglio dell'Autorità n. 570 del 26 giugno 2019, recanti *“Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea”* (le “Linee Guida”)³⁴.

Così ricostruito il quadro regolatorio prefigurato nella Legge delega e nel Codice, occorre dare conclusivamente atto della circostanza che il menzionato art. 177, anche in considerazione della sua formulazione, presentava numerosi problemi applicativi di non scarsa rilevanza.

IV. L'art. 177 del Codice dei contratti pubblici e la sentenza della Corte Costituzionale n. 218/2021

4.1. Volendo dunque concentrare l'attenzione sulla norma contenuta nell'art. 177 del Codice³⁵, deve in primo luogo rilevarsi che, in base alla lettura testuale di tale articolo, poteva desumersi che i titolari di concessioni (a) preesistenti all'entrata in vigore del Codice; e (b) non affidate con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione Europea, sarebbero risultati obbligati ad affidare l'80% dei contratti relativi alle concessioni stesse mediante procedure ad evidenza pubblica.

³³ Cfr. art. 1, comma 20, lettera bb), della legge n. 55/2019, art. 1, comma 9-bis, della legge n. 8/2020, art. 47-ter della legge n. 108/2021.

³⁴ In particolare, le Linee Guida erano suddivise in due parti: la prima forniva i criteri interpretativi alla luce dei quali circoscrivere meglio l'ambito di applicazione dell'art. 177 del Codice, mentre la seconda individuava specifici vincoli conformativi puntuali in merito alle modalità operative e alle modalità di calcolo della sanzione.

³⁵ Per un'analisi della disposizione in esame, si rinvia a E. QUADRI, *Affidamenti dei concessionari*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. V, *Concessioni di lavori e servizi. Partenariati. Precontenzioso e contenzioso*, Giuffrè, Milano, 2019, p.p. 147 ss.; G. URBANO, *L'esecuzione delle concessioni*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, II ed., Giappichelli, Torino, 2019, pp. 1166 ss..

Tale obbligo, in base a questa lettura, avrebbe riguardato sia i contratti di lavori che quelli aventi ad oggetto servizi e forniture.

In tal modo, l'art. 177 rischiava in primo luogo di porsi in contrasto con quanto previsto dagli artt. 1 e 164 del Codice, che – come visto – assoggettano al regime dell'evidenza pubblica gli appalti di lavori affidati dai concessionari di lavori e (entro certi limiti) di servizi.

Per tale ragione, l'ANAC nelle citate Linee Guida, aveva stabilito (ancorché tale ragionevole lettura non fosse manifesta nell'articolato normativo) che l'art. 177 non dovesse essere applicato alle fattispecie escluse dall'applicazione della parte III del Codice, individuate dall'articolo 164 (*cf.*, punto 1.4 delle Linee Guida)³⁶.

Sempre sotto il versante della concreta declinazione dell'obbligo di esternalizzazione, non risultavano neppure chiare le modalità di calcolo e di verifica della percentuale individuata dall'art. 177 del Codice.

Così, poteva ad esempio sostenersi – come ad esempio effettuato dalla società ricorrente nell'ambito del giudizio *a quo* da cui è scaturita la rimessione innanzi alla Corte Costituzionale, che formerà oggetto del successivo paragrafo – che la percentuale dell'80% da affidare con gara andasse computata in relazione alla sola parte della concessione che il suo titolare intendesse effettivamente esternalizzare e non con riferimento all'intero ammontare delle attività oggetto del contratto.

La preoccupazione che la citata interpretazione voleva scongiurare era quella di una sostanziale alterazione del ruolo del concessionario: da imprenditore che assumeva su di sé i rischi legati all'attività economica concessa a mera stazione appaltante, che avrebbe dovuto gestire la quasi totalità delle attività oggetto di concessione bandendo procedure di gara e gestendo appaltatori esterni. Il tutto, peraltro, nel contesto della possibile attivazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti³⁷, che avrebbe potuto rendere ancora più difficoltoso il ruolo del concessionario.

Tale lettura, tuttavia, veniva scartata dal Consiglio di Stato sia in occasione del parere reso sul decreto correttivo al Codice (parere 30 marzo 2017, n. 782), che di quello sulle Linee Guida (parere 20 giugno 2018, n. 1582).

Ancora più a monte dei predetti dubbi applicativi – e quasi ad acuirne la portata – veniva in rilievo la considerazione che l'obbligo in esame, così come quelli (meno estesi) contemplati nel D.Lgs. 163/2006, interessava contratti stipulati in un panorama normativo radicalmente diverso, connotato dall'assenza di

³⁶ In termini analoghi, la Relazione AIR specificava che “*l'articolo 177 non si applica alle fattispecie escluse dall'applicazione della parte III del codice dei contratti pubblici, individuate dall'articolo 164*” (*cf.*, pag. 7). Tale lettura risultava, inoltre, avvalorata da quanto affermato in un passaggio del parere del Consiglio di Stato n. 1582 del 20 giugno 2018, espresso con riguardo allo schema di Linee Guida, secondo cui “*è condivisibile la scelta di sottrarre alla applicazione dell'art. 177, e quindi anche agli obblighi di esternalizzazione e di conseguente sottoposizione dei contratti a procedure di evidenza, di cui all'art. 177 cit, le fattispecie concessorie che lo stesso codice dei contratti, in via generale (art. 5 - 18) e particolare (art. 164), esclude dall'applicazione del codice stesso*”.

³⁷ Si fa riferimento al sistema, non ancora attuato, prefigurato dall'art. 38 del Codice.

un obbligo di esternalizzazione e di gestione in modo così esteso delle procedure di affidamento. Proprio in tale contesto i concessionari avevano programmato i propri investimenti e il proprio rientro economico.

Per tali ragioni, le Linee Guida avevano dunque escluso l'applicabilità dell'art. 177 del Codice, tra l'altro, “*alle concessioni aggiudicate con le modalità previste dalla normativa in materia di affidamenti vigente al momento della sottoscrizione del contratto*” (cfr., punto 1.4, lett. c)³⁸.

La *ratio* sottesa a tale interpretazione andava ravvisata nell'obiettivo che l'art. 177 puntava a raggiungere, consistente nel recupero, ‘a valle’ della concorrenza nel mercato, così da sopperire al mancato espletamento di procedure competitive per l'assegnazione ‘a monte’ della concessione, ove naturalmente, al momento dell'affidamento della concessione, sussistesse un tale obbligo di affidamento (il quale, in ipotesi, sarebbe stato violato dal concedente).

Diversamente, in relazione a quelle fattispecie nelle quali non risultava violata ‘a monte’ la normativa in tema di evidenza pubblica, avrebbe dovuto considerarsi prevalente la necessità di preservare la libertà di iniziativa economica privata – e, con essa, i sottesi principi di certezza del diritto, legittimo affidamento e stabilità dei rapporti giuridici – piuttosto che l'esigenza di ripristinare una concorrenza (in effetti, mai) violata, se non assumendo una perniciosa prospettiva *ex post*.

In altri termini, in base alla prospettazione dell'ANAC, a fronte di concessioni assegnate nel rispetto della normativa vigente al momento del loro affidamento – rispetto alle quali, quindi, non doveva avvertirsi un'esigenza riparatrice della concorrenza – il Legislatore, nel contemperamento degli interessi in gioco, non avrebbe inteso modificare *ex post* e in via d'imperio l'assetto dei diritti e degli obblighi sui quali si è formata la volontà negoziale del concessionario e non avrebbe imposto a carico di quest'ultimo ulteriori vincoli e restrizioni non contemplati in via legislativa a livello europeo.

4.2. L'art. 177 del Codice poneva, come detto, numerosi profili problematici, non integralmente superabili in via interpretativa, ma sicuramente intensificati da una sua interpretazione puramente testuale. Così, la disposizione in esame rischiava di porsi in contrasto con il divieto di c.d. *gold plating* sancito dall'art. 1 della Legge delega, a tenore del quale il Legislatore delegato era tenuto a rispettare, tra l'altro, il “*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive*”³⁹.

³⁸ Simmetricamente, la Relazione AIR, laddove affermava che “*il presupposto per l'applicazione della disciplina in esame si concretizza nel caso in cui l'affidamento al concessionario privato sia stato svolto in difformità rispetto alla disciplina previgente sugli affidamenti?*”.

³⁹ Un generale divieto di *gold plating* per il recepimento del diritto europeo risultava per la verità già vigente, secondo le disposizioni dell'art. 32 della Legge n. 234/2012. Sul punto, cfr. G. BRUZZONE, M. CASELLA, R. MARZULLI, *Portata del divieto di gold plating*, in A. PAJNO, L. TORCHIA (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, Paper Astrid, 2015, pp. 51 ss.; P. MANTINI, *La semplificazione nei nuovi appalti pubblici tra divieto di gold plating e copy out*,

In merito a tale aspetto si è già avuto modo di evidenziare che né la Direttiva Concessioni né le altre direttive prevedono un obbligo di esternalizzazione in capo ai concessionari, né impongono a questi ultimi, per il solo fatto di avere stipulato una concessione, di ricorrere a procedure ad evidenza pubblica. L'imposizione di siffatto obbligo di esternalizzazione rischiava, poi, di porsi in contrasto con i generali principi costituzionali di certezza del diritto e legittimo affidamento, nonché, con lo stesso art. 41 della Costituzione, nel quale trova piena consacrazione normativa la libertà di iniziativa economica.

Infatti l'introduzione in via retroattiva di una disciplina particolarmente penalizzante per i concessionari rischiava, come già anticipato, di compromettere in modo inaspettato la loro autonomia organizzativa, atteso che questi ultimi, al momento dell'affidamento della concessione, non avevano assunto l'obbligo di esternalizzare la quasi totalità delle attività preordinate alla gestione della concessione, né di farlo tramite l'esperimento di gare pubbliche, con tutto quello che ciò comporta sia sul piano economico, sia su quello della libertà delle scelte imprenditoriali, organizzative e gestionali.

In tal modo, veniva ad essere pregiudicato quel principio del legittimo affidamento che, come è noto, è estrinsecazione del più generale principio della certezza del diritto ed attiene al rapporto fiduciario fra governanti e governati: i governati legittimamente pretendono la stabilità della disciplina legislativa sulla cui base hanno maturato posizioni soggettive di vantaggio che, pertanto, risultano meritevoli di tutela rispetto all'azione dei governanti.

Si tratta di un principio che, pur non espressamente affermato all'interno del testo della Costituzione, può essere desunto da alcuni principi fondamentali della Carta Costituzionale⁴⁰, in quanto:

- è espressione dei principi dello Stato di diritto e della sovranità popolare che sono compendiate nell'art. 1 della Costituzione, in quanto, andando ad incidere sulla relazione fra autorità e libertà, funge da baluardo per gli interessi e le libertà dei cittadini, che, altrimenti, rischierebbero di essere sottoposti all'arbitrio del cosiddetto *factum principis*;
- assicura la tutela dell'individuo in quanto persona, sancita dall'art. 2 della Costituzione, poiché si traduce nel corrispondente obbligo per i poteri pubblici (il Legislatore su tutti) di non restringere in maniera ingiustificata e immotivata situazioni giuridiche soggettive stratificatesi nella sfera giuridica dei singoli;
- garantisce il rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, contemplati dall'art. 3 della Costituzione, poiché impone all'autorità di tutelare gli affidamenti ingenerati dalla normativa pregressa in

in Giustamm.it, n. 10, 2015, 20 ss.; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in Giustamm.it, n. 9, 2015, 1 ss..

⁴⁰ Sul punto, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 525/2000, ha ad esempio qualificato l'"*affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica*" come "*principio che, quale elemento essenziale dello Stato di diritto, non può essere lesa da norme con effetti retroattivi che incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti*"; nella successiva sentenza n. 446/2002, la Corte ha confermato che "*in linea generale, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica - essenziale elemento dello Stato di diritto - non può essere lesa da disposizioni retroattive, che trasmodino in regolamento irragionevole di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori*" (cfr., *ex multis*, Corte Cost., sent. n. 349/1985).

nome del più generale principio di ragionevolezza, di cui il legittimo affidamento rappresenta una delle più emblematiche figure sintomatiche (*cfr.*, Corte Cost., sent. n. 416/1999).

Proprio per tali ragioni, la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale ha nel tempo affermato che il principio della certezza del diritto e il connesso principio della tutela dell'affidamento del cittadino rappresentano “*valori*” riconosciuti dalla Costituzione, in quanto “*l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica [...] costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto*” (*cfr.*, *ex multis*, Corte Cost. sentenze nn. 822/1988; 155/1990; 390/1995; 211/1997; 229/1999; 416/1999).

Inoltre, sempre il Giudice delle leggi ha statuito che il principio dell'affidamento, allorché connesso alla libertà dell'iniziativa economica privata, sia “*da garantire, come è ormai ius receptum, non solo nel momento iniziale, ma anche durante il suo dinamico sviluppo, al quale appunto si ricollega il ricordato principio*” (*cfr.*, Corte Cost., sent. n. 155/1990)⁴¹.

Tali principi sono stati espressi anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale ha statuito che “*i principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario; pertanto devono essere rispettati dalle istituzioni comunitarie ma anche dagli Stati membri nell'esercizio dei poteri loro conferiti dalle direttive comunitarie [...]*” (*cfr.*, *ex multis*, CGCE, 14 settembre 2006, cause C-181/04 a C-183/04).

In questa prospettiva, il concessionario, dunque, ha sì assunto i rischi connessi allo svolgimento dell'attività imprenditoriale oggetto della concessione, ma ha altresì riposto un legittimo affidamento nella stabilità del regime contrattuale posto a base delle valutazioni di convenienza e fattibilità delle condizioni poi cristallizzate nella concessione, senza attendersi (in assenza di fatti sopravvenuti destinati ad incidere sul rapporto contrattuale) un'alterazione in senso peggiorativo dell'originario regolamento pattizio e dell'assetto di diritti/obblighi in esso appositamente calibrato.

Il principio dell'intangibilità dell'assetto contrattuale, dunque, anche in considerazione della mancata predisposizione di appositi meccanismi di riequilibrio, sarebbe stato, in questa prospettiva, profondamente leso e, con esso, il più generale (e al primo sotteso) principio della libera iniziativa economica dei privati.

⁴¹ Nel solco tracciato dalla Corte anche il giudice amministrativo ha avuto modo di affermare che “*qualora si tratti di soggetti privati che, nell'intraprendere attività d'impresa, sostengono consistenti investimenti, la legittima aspettativa ad una certa stabilità nel tempo del rapporto concessorio gode di una particolare tutela costituzionale, riconducibile non solo all'art. 3 Cost., ma anche all'art. 41 Cost. In particolare, il legittimo affidamento dell'imprenditore implica l'aspettativa che le sopravvenienze normative non finiscano per vanificare l'iniziativa economica intrapresa e gli investimenti sostenuti, atteso che, se l'imprenditore evidentemente deve assumere su di sé i rischi d'impresa derivanti da mutamenti della situazione di fatto, non può dirsi allo stesso modo per le sopravvenienze normative che incidono sulle condizioni economiche stabilite nella convenzione accessiva al rapporto concessorio*” (Ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, TAR Lazio, II, 16 dicembre 2015, n. 14189).

Tale preoccupazione risultava condivisa in alcune pronunce della Corte Costituzionale, la quale ha avuto modo di chiarire che *“la disposizione retroattiva, specie quando determini effetti pregiudizievole rispetto a diritti soggettivi ‘perfetti’ che trovino la loro base in rapporti di durata di natura contrattuale o convenzionale - pubbliche o private che siano le parti contraenti - deve essere assistita da una ‘causa’ normativa adeguata: intendendosi per tale una funzione della norma che renda ‘accettabilmente’ penalizzata la posizione del titolare del diritto compromesso, attraverso ‘contropartite’ intrinseche allo stesso disegno normativo e che valgano a bilanciare le posizioni delle parti”* (cfr., Corte Cost. sentenze nn. 34/2015 e 92/2013).

Al fine di intervenire in modo retroattivo su situazioni soggettive consolidate, risulta allora imprescindibile un’operazione di *“bilanciamento tra il perseguimento dell’interesse pubblico sotteso al mutamento normativo e la tutela da riconoscere al legittimo affidamento di coloro che hanno conseguito una situazione sostanziale consolidata”* (cfr., Corte Cost. sent. n. 203/2016).

L’indagine in merito all’art. 177 del Codice e al corrispondente criterio delega, dunque, avrebbe dovuto concentrarsi sulla eventuale sussistenza di una causa adeguata a giustificare la retroattività dell’obbligo in questione, nonché sulla *“proporzionalità dell’incisione rispetto agli obiettivi di interesse pubblico perseguiti”* (Corte Cost. sentenza n. 56/2015).

Senonché la stessa esistenza della menzionata causa normativa adeguata (e prevalente) non risultava evidente, con riferimento all’art. 177 del Codice, attesa la circostanza che non tutti gli affidamenti interessati dal dovere di esternalizzazione erano stati posti in essere in violazione di disposizioni (all’epoca vigenti) tese a tutelare la concorrenza.

4.3. Le molteplici criticità scaturenti dall’art. 177 del Codice, unitamente alla circostanza che tale disposizione si collocava in un contesto – quello dei contratti pubblici – nevralgico per il nostro Paese hanno determinato la (per la verità, prevedibile) rimessione alla Corte Costituzionale da parte del giudice amministrativo.

In particolare, il Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza non definitiva n. 5097/2020 ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 1, lett. iii) della legge delega n. 11/2016 e dell’art. 177 del Codice per violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost.⁴².

I profili di potenziale illegittimità dell’art. 177 del Codice si appuntavano, secondo il Supremo Consesso amministrativo:

- sulla lesione del principio di libertà di impresa di cui all’art. 41 della Costituzione, in quanto *“l’obbligo in questione è suscettibile di comportare uno stravolgimento degli equilibri economico-finanziari sottesi allo stesso rapporto*

⁴² Per quanto qui interessa, il giudizio da cui ha preso le mosse la citata rimessione riguardava l’impugnazione, da parte di un concessionario, delle Linee Guida ANAC e del successivo atto di segnalazione al Governo e al Parlamento della stessa Autorità.

concessorio in questione, su cui si fondano le scelte di pianificazione ed operative del concessionario/imprenditore” e lo stesso, inoltre, “si traduce per un verso in un impedimento assoluto e definitivo di proseguire l’attività economica privata, comunque intrapresa ed esercitata in base ad un titolo amministrativo legittimo sul piano interno, secondo le disposizioni di legge all’epoca vigenti; e per altro verso va a snaturare il ruolo del privato concessionario, ridotto ad articolazione operativa degli enti concedenti, rispetto alla sua funzione di soggetto proposto dall’amministrazione all’esercizio di attività di interesse pubblico”. In tal modo, vi sarebbe il rischio che si realizzi “una vera e propria disgregazione del sottostante compendio aziendale, con conseguente depauperamento anche del patrimonio di conoscenze tecniche e tecnologiche e di professionalità maturate dal concessionario nello svolgimento del rapporto, il quale non si pone in funzione del solo profitto privato, ma anche dell’interesse pubblico all’attuazione della concessione”;

- sulla irragionevolezza, a mente dell’art. 3 Cost., di tale disposizione in quanto “l’obbligo di dismissione totalitaria dei lavori, servizi e forniture relativi ad una concessione affidata senza gara sembra infatti eccedere i pur ampi limiti con cui la discrezionalità legislativa può essere esercitata in riferimento al sovraordinato parametro di costituzionalità ora richiamato” e perché “rispetto all’integrale esecuzione della concessione [impedita dall’obbligo di esternalizzazione di cui all’art. 177; n.d.r.] è apprezzabile un affidamento del privato affidatario che non può essere ritenuto irragionevole o colpevole, tenuto conto della validità del titolo costitutivo all’epoca della sua formazione e dunque dell’inesistenza di cause - anche occulte - di contrarietà delle stesse all’ordinamento interno”;
- sulla violazione dell’art. 97, comma 2, della Costituzione, dal momento che “le concessioni cui si riferisce l’obbligo di dismissione totalitaria concernono servizi pubblici essenziali, evidentemente rispondenti a bisogni fondamentali della collettività ed affidati a concessionari privati per l’incapacità strutturale delle amministrazioni pubbliche di gestirli in modo efficiente ed efficace”.

4.4. La questione è stata definita dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 218 del 23 novembre 2021, con la quale il Giudice delle leggi ha dichiarato l’incostituzionalità dell’intero art. 177 del Codice⁴³.

La Corte Costituzionale, dopo avere ricostruito la genesi della normativa contenuta nell’art. 177 del Codice e l’evoluzione normativa che si è registrata rispetto agli obblighi di esternalizzazione da parte dei concessionari, ha in particolare accolto le questioni sollevate dal Consiglio di Stato con riferimento agli artt. 3, primo comma, e 41, primo comma, della Costituzione.

⁴³ Nonostante la circostanza che il giudizio si appuntasse sul solo comma 1 dell’art. 177, la Corte Costituzionale ha altresì dichiarato l’incostituzionalità dei successivi commi 2 e 3 i quali, integrando il precedente comma 1, costituivano un insieme organico espressivo di una logica unitaria risultando, dunque, necessariamente travolti dalla declaratoria di incostituzionalità del menzionato comma 1. A seguito della declaratoria di incostituzionalità, d’altronde, anche le Linee Guida dell’ANAC – se non affette da illegittimità derivata per sopravvenuta incostituzionalità della norma attributiva del potere (sul tema dell’illegittimità derivata, si rinvia, per tutti, a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, 398 ss.) – hanno quantomeno perso la loro rilevanza.

Si tratta di questioni che la stessa Corte, condividendo la ricostruzione operata dal Consiglio di Stato, ritiene essere intimamente connesse e dunque affronta in maniera congiunta: l'art. 177 del Codice, nel limitare la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), trasmoda in una irragionevole compressione di detta libertà (in violazione dell'art. 3 Cost.).

Nell'affrontare tale questione, il Giudice delle Leggi premette che i vincoli che l'art. 177 del Codice frappone alla piena esplicazione della libertà di iniziativa economica presentano la specificità di essere diretti a favorire l'apertura della concorrenza (non già attraverso l'apposizione di limiti al dispiegarsi di tale libertà in un ambiente di libera concorrenza tra imprese, ma) mediante la restituzione al mercato di segmenti di attività ad esso sottratti, in quanto oggetto di concessioni a suo tempo affidate senza gara alle imprese concessionarie.

Venendo, pertanto, in rilievo la necessità della tutela della concorrenza, è dunque necessario compiere un'opera di bilanciamento tutta interna all'art. 41 Cost., così da stabilire se la libertà di iniziativa economica, da leggersi anche alla luce del diritto dell'Unione Europea, possa essere limitata (e in che misura) in nome di obiettivi dichiaratamente pro-concorrenziali.

Siffatta operazione, secondo la Corte, va compiuta tenendo ben presente *“il contesto sociale ed economico di riferimento e le esigenze generali ali del mercato in cui si realizza la libertà di impresa, e, per altro verso, le legittime aspettative degli operatori, in particolare quando essi abbiano dato avvio, sulla base di investimenti e di programmi, a un'attività imprenditoriale in corso di svolgimento”*. Tale ultimo aspetto pare particolarmente rilevante, atteso che la Corte riconosce espressamente come la libertà di iniziativa economica abbia, tra i propri aspetti caratterizzanti, la possibilità di scelta spettante all'imprenditore, il quale deve poter liberamente scegliere l'attività economica da svolgere, le modalità di reperimento dei capitali, le forme di organizzazione ritenute più idonee, i sistemi di gestione della propria organizzazione e le tipologie di corrispettivo.

In questo quadro, l'intervento conformativo del Legislatore in funzione di tutela della concorrenza deve avvenire nel rispetto della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti, così da evitare che la libertà d'impresa venga radicalmente svuotata.

Sulla scorta di tali premesse la Corte ritiene, dunque, che l'obbligo di esternalizzazione gravante sui titolari di concessioni già in essere, non affidate con procedura ad evidenza pubblica o con la formula della finanza di progetto, costituisca una misura irragionevole e sproporzionata rispetto all'obiettivo (pur di per sé legittimo) della tutela della concorrenza.

La misura si presenta come irragionevole in considerazione di due indici: in primo luogo, in quanto avente un oggetto particolarmente esteso, che interessa la quasi totalità delle attività concesse, in tal modo tramutando il concessionario *“da soggetto (più o meno direttamente) operativo in soggetto preposto ad attività esclusivamente burocratica di affidamento di commesse, cioè, nella sostanza, in una stazione appaltante”*. Si tratta,

dunque, dell'annullamento della libertà del concessionario di scegliere le attività da intraprendere e le modalità del loro svolgimento.

In secondo luogo, in quanto non veniva previsto alcun meccanismo di differenziazione o graduazione della portata dell'obbligo di esternalizzazione, ad esempio valorizzando elementi (rilevanti per la tutela della concorrenza) quali la dimensione della concessione, le caratteristiche del soggetto concessionario, l'epoca di assegnazione del contratto, ovvero la durata o l'oggetto della concessione.

Sotto tale aspetto, la Corte rileva altresì la totale carenza di un apprezzamento da parte del Legislatore circa l'interesse dei concessionari e l'affidamento da questi maturato in merito alla stabilità del rapporto instaurato con il concedente. Trattasi di aspetto che rileva, tra l'altro, per lo stesso concedente e gli utenti del servizio, nonché per la tutela del personale occupato dal concessionario⁴⁴.

L'obbligo in questione risulta, inoltre, non rispettoso del principio di proporzionalità. Sul punto, la Corte Costituzionale – rilevata l'astratta idoneità della misura rispetto all'obiettivo di ripristinare condizioni di piena concorrenza – ritiene che il vincolo derivante dagli artt. 1 della Legge n. 11/2016 e 177 del Codice non costituisca il “*mezzo più mite*” tra quelli idonei a raggiungere l'obiettivo prefissato⁴⁵.

Anche sotto tale aspetto, dunque, il Legislatore, al fine di imporre ai concessionari il minore sacrificio possibile, avrebbe dovuto calibrare l'obbligo di esternalizzazione sulle varie situazioni concrete, modulandone i tempi ed escludendolo in taluni casi, così da attenuarne la radicalità in una necessaria prospettiva di bilanciamento tra i vari interessi coinvolti.

⁴⁴ Il concessionario, infatti, dovendo esternalizzare la quasi totalità della propria attività, non avrebbe necessità di mantenere il personale impiegato per l'esecuzione della concessione.

⁴⁵ Con riferimento al principio di proporzionalità, *cf.* D.U. GALETTA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza (giurisprudenza a cura di V. Sordi)*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, III ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, 107 ss.; nonché l'Opera di A. M. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, CEDAM, Padova, 1998. A livello europeo, il principio in esame trova un espresso riconoscimento, sulla scorta dell'elaborazione prevalentemente svolta nell'ordinamento tedesco, nell'art. 5 del Trattato sull'Unione europea ed è tradizionalmente affermato dalla Corte di Giustizia (*ex multis*, CGUE, sez. X, 10 luglio 2014, causa C-358/12; CGUE, sez. I, 11 giugno 2015, causa C-98/14; CGUE, sez. III, 3 marzo 2011, causa C-134/10).

Il principio è, d'altronde, assai risalente anche nell'ordinamento nazionale, se si considera che già uno dei padri del diritto amministrativo italiano (G. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Tipografia Guasti, Prato, 1835, prima edizione Parma, 1814, p. 14) osservava che “*la seconda pratica direttrice dell'amministrazione pubblica è far prevalere la cosa pubblica alla cosa privata entro i limiti della vera necessità. Ciò è sinonimo di far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della proprietà privata e libertà. Qui la prevalenza della cosa pubblica alla privata non colpisce il fine o l'effetto ma il semplice mezzo*”. Il principio in esame tradizionalmente si traduce nello svolgimento di un giudizio guidato, in sequenza, dai criteri dell'idoneità, della necessità e dell'adeguatezza della misura prescelta. Un particolare aspetto di tale principio è posto in risalto, in ambito procedimentale, dall'art. 1, comma 2, della L. 241/1990, ove è stabilito che “*La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria*”.

V. Quali prospettive?

5.1. La pronuncia della Corte Costituzionale, così come le argomentazioni dalla stessa spese a sostegno del proprio *decisum*, paiono sicuramente condivisibili e ripristinano un contesto giuridico connotato da certezza e stabilità delle regole, che non può che giovare anche all'immagine del Paese rispetto ad investitori esteri.

È, infatti, noto che la presenza di un quadro giuridico stabile e chiaro risulta essenziale in un'economia di mercato fondata, come osservava già Max Weber, sul calcolo razionale⁴⁶.

Se è vero che la modifica autoritativa delle condizioni di svolgimento di una determinata attività economica finisce per contaminare la prevedibilità delle condizioni di svolgimento delle attività economiche, con il rischio di intralciare il serio esplicarsi delle iniziative imprenditoriali, è altresì vero che la menzionata immutabilità si declina in modo peculiare rispetto a contratti quali quelli di concessione, connotati da una durata particolarmente lunga.

Senonché proprio le specificità di tali contratti, *in primis* i rilevanti investimenti sostenuti dai concessionari (in luogo del concedente) e la loro assunzione di rischi ben definiti nell'ambito dell'accordo negoziale, consente di apprezzare ulteriormente la delicata opera di bilanciamento operata dalla Corte Costituzionale e la sensibilità da questa manifestata.

La pronuncia, tuttavia, induce altresì ad interrogarsi in merito alle possibili prospettive della regolamentazione degli affidamenti dei concessionari, ragionando (non si può chiaramente ancora parlare di previsioni rispetto alle scelte che compirà il Legislatore) in merito alla disciplina che verrà.

5.2. Il punto di partenza di tale ragionamento deve muovere dalle considerazioni svolte dalla Corte a sostegno della statuizione di incostituzionalità che, come visto, si è fondata sulla eccessiva portata dell'obbligo in questione, non ragionevole nella sua estensione e non proporzionato nella sua radicalità.

La Corte, d'altronde, non sembra a ben vedere lasciare del tutto sullo sfondo la prospettiva di una nuova disciplina degli obblighi e delle modalità di esternalizzazione gravanti sui concessionari.

Nella parte conclusiva della pronuncia, infatti, il Giudice delle leggi osserva che “[...] *se la previsione legislativa di obblighi a carico dei titolari delle concessioni in essere, a suo tempo affidate in maniera non concorrenziale, può risultare necessaria nella corretta prospettiva di ricondurre al mercato settori di attività ad esso sottratti, le misure a tale fine*

⁴⁶ Secondo l'impostazione del sociologo tedesco, “*ciò che occorre al capitalismo è un diritto che possa venir calcolato al pari di una macchina*” (M. WEBER, *Economia e società (Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen, 1922), vol. III, - *Sociologia del diritto*, trad. it. di G. GIORDANO, Edizioni di Comunità, Torino, 2000) in quanto “*lo specifico formalismo giuridico, facendo funzionare l'apparato giuridico come una macchina tecnicamente razionale, garantisce ai singoli interessati il massimo relativo di libertà di movimento e soprattutto di calcolabilità delle conseguenze giuridiche e delle possibilità del suo agire di scopo*” (p. 133). I recenti sviluppi tecnologici, sia consentito osservare a mo' di fuor d'opera, rendono sempre più attuale l'intuizione dello studioso tedesco (e, simmetricamente, fanno sorgere preoccupazioni e problematiche sinora inedite).

*non possono non tenere conto di tutto il quadro degli interessi rilevanti e operarne una ragionevole composizione, nella consapevolezza della complessità, come visto, delle scelte inerenti alla tutela da accordare alla libertà di iniziativa economica*⁴⁷.

La prospettiva di un nuovo intervento in materia non pare, dunque, affatto esclusa dalla Corte che, anzi, sembra in qualche modo rilevarne l'opportunità, ferma la necessaria misura e ponderazione delle disposizioni che verranno adottate.

Siffatto scenario induce, allora, ad interrogarsi in merito alla effettiva necessità di un nuovo intervento volto a regolamentare gli obblighi di affidamento gravanti sui concessionari.

A livello europeo, come si è avuto modo di osservare, non sussiste un obbligo di tale portata, né viene stabilito che i concessionari debbano, per il sol fatto di avere tale veste, procedere ai propri affidamenti tramite procedure ad evidenza pubblica, salvo quanto previsto in relazione ai settori speciali per i titolari di diritti speciali o esclusivi ⁴⁷.

Può, forse, ipotizzarsi una (mai esplicitamente menzionata) peculiarità del contesto italiano – in ipotesi connotato da una elevata diffusione di concessioni affidate senza alcuna preventiva procedura di gara – ma non sembra per la verità che uno scenario di questo genere rappresenti un *unicum* nel panorama europeo, posto che, come visto, pur a fronte del *favor* europeo per la concorrenza rilevato dalla stessa Corte, la prima direttiva in materia di concessioni risale al 2014.

Non sembra, dunque, centrale ai fini in esame il richiamo al divieto di *gold plating* (la cui violazione è stata ritenuta insussistente sia dal Consiglio di Stato che dalla Corte Costituzionale), appearing invece più rilevante interrogarsi proprio in merito alla necessità di intervenire su attività concesse a determinati soggetti in conformità con la normativa all'epoca vigente.

Nell'ottica europea, come evidenziato nel precedente par. II, la possibilità per il concessionario di recuperare gli investimenti è centrale e ben può giustificare la durata del rapporto concessorio, senza che ciò determini, sempre nella prospettiva pro-concorrenziale europea, un dovere per il concessionario di esternalizzare e/o di ricorrere a procedure di affidamento.

Rispetto ad un contratto che, fisiologicamente, può assumere una significativa durata temporale, lo stesso Legislatore europeo, indubbiamente mosso dall'obiettivo di tutelare la concorrenza, non ha imposto obblighi di esternalizzazione, né automatici vincoli di evidenza pubblica, salvo in relazione ai settori speciali, ove più ampio è il perimetro dei soggetti tenuti a rispettare i (più tenui) obblighi di gara.

Si pensi, ad esempio, a quanto sopra evidenziato in relazione ai titolari di diritti speciali o esclusivi, i quali – ove abbiano acquisito tale posizione senza la previa pubblicazione del bando, ipotesi (sia pure

⁴⁷ Si è, anzi, già evidenziato come anche parte della dottrina (G. GRECO, *Profili generali, cit.*, p. 16) avesse desunto l'inopportunità di assoggettare il concessionario agli obblighi dell'evidenza pubblica, in considerazione della nuova configurazione europea dell'istituto della concessione (sempre più vicino agli appalti), che valorizza l'assunzione di un rischio operativo da parte del soggetto affidatario.

eccezionale) presa ad esempio in considerazione nel Considerando 51 della stessa Direttiva Concessione⁴⁸ – risultano tenuti non già ad esternalizzare, ma a selezionare i propri contraenti tramite procedure di gara, ove optino per l'esternalizzazione.

Per tali ragioni, ove anche si intenda dare concreta declinazione ad un eventuale obbligo di esternalizzazione, dovrebbe a maggior ragione adeguatamente ponderarsi la necessità che lo stesso vada esteso ai concessionari titolari di un contratto loro assegnato (sia pure direttamente, ma) in piena conformità con la normativa al tempo vigente, secondo una lettura già presa in considerazione dall'ANAC nelle Linee Guida.

Si tratta di una prospettiva che potrebbe altresì risultare armonica con il disegno prefigurato dalla Corte Costituzionale, che ha sottolineato la necessità di graduare e articolare tale obbligo in relazione alle specificità dei singoli contratti di concessione⁴⁹.

5.3. In una prospettiva ancora più ampia, che guarda alla futura riforma della disciplina in materia di contratti pubblici, dovrebbe altresì chiedersi se sia necessario mantenere (e in che misura) l'obbligo dei concessionari di rispettare, negli affidamenti a valle, le procedure ad evidenza pubblica.

Si è visto che, a livello europeo, la qualifica di concessionario non determina, di per sé, il dovere di rispettare procedure ad evidenza pubblica, salvo quanto previsto dalla Direttiva 25/2014/UE per l'ipotesi in cui la concessione sia stata ottenuta senza il rispetto, ove previsto, di una procedura oggettiva e trasparente.

Dunque, la stessa differenziazione sinora ipotizzata in relazione agli obblighi di esternalizzazione potrebbe, invece, essere attuata in relazione al rispetto dei vincoli in materia di evidenza pubblica, i quali andrebbero a gravare (in linea con la disciplina europea) sui concessionari (non organismi di diritto pubblico, né imprese pubbliche) titolari di affidamenti non ottenuti in base a procedure competitive.

La tematica degli affidamenti dei concessionari è attualmente presa in considerazione all'interno del Disegno di Legge Delega che, all'art. 1, comma 2, lett. s) menziona la “razionalizzazione della disciplina

⁴⁸ Nel menzionato considerando, si legge “*In considerazione degli effetti negativi sulla concorrenza, l'aggiudicazione di concessioni senza previa pubblicazione dovrebbe essere permessa solo in circostanze del tutto eccezionali. L'eccezione dovrebbe limitarsi ai casi in cui risulta chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non intensificherebbe la concorrenza, in particolare allorché oggettivamente vi è un solo operatore economico in grado di eseguire la concessione. L'impossibilità di aggiudicare la concessione a qualsiasi altro operatore economico non dovrebbe essere stata determinata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore stessi in vista della futura procedura di aggiudicazione. Inoltre, dovrebbe essere valutata attentamente la disponibilità di sostituti adeguati?*”.

⁴⁹ Tale risultato, ove si optasse per l'introduzione del vincolo di esternalizzazione, potrebbe forse essere raggiunto (sia pure non agevolmente) attraverso un'attenta mappatura delle concessioni già esistenti – da svolgersi con il supporto delle informazioni detenute dall'Autorità di vigilanza – distinguendo le stesse proprio in base alle caratteristiche dell'affidamento al tempo disposto. Si tratta, come avvertito, di un'operazione non semplice e che, d'altronde, potrebbe rilevare (non già sotto il profilo della stabilità nel tempo della regolamentazione contrattuale, bensì) al fine di considerare non legittimamente acquisito l'affidamento maturato in capo al concessionario.



concernente le modalità di affidamento dei contratti da parte dei concessionari, anche al fine di introdurre una disciplina specifica per i rapporti concessori riguardanti la gestione di servizi e, in particolare, dei servizi di interesse economico generale”.

Non sembra, per la verità, che l'intenzione del Legislatore delegante sia quella di ridurre la portata degli obblighi di gara (come sembra desumersi dal riferimento ai concessionari di servizi, finora destinatari di una disciplina parzialmente incompleta, come sopra evidenziato), ma sul punto si auspica un'attenta riflessione, che guardi (come sempre più necessario in questo periodo storico) all'Europa, senza ricorrere a dogmi o a (presunte) illegittimità passate.

Ne va della futura competitività del Paese in settori nevralgici, complessi e centrali per la ripresa economica.