

La finanza di progetto nelle concessioni autostradali (e non solo) in rapporto al diritto eurounitario

di

Mario Tocci*

SOMMARIO: 1. Il ventilato contrasto tra il diritto interno e il diritto eurounitario sulla concessione delle tratte autostradali – 2. La non sopita diatriba sull'utilità della concessione quale ottimale strumento di elargizione di servizi e produzione di beni essenziali per la collettività – 3. La differenza tra appalto e concessione di servizi nella normativa eurounitaria – 4. Gli scenari giurisdizionali – 5. Il presagio della decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

1. Il ventilato contrasto tra il diritto interno e il diritto eurounitario sulla concessione delle tratte autostradali

Tanto tuonò che piovve. Questa frase, che unanimemente viene attribuita al filosofo Socrate, ben può descrivere il contesto nel quale è maturato il rinvio pregiudiziale, da parte del Consiglio di Stato alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, del disposto del comma ottavo *bis* dell'art. 178 del Codice dei Contratti Pubblici, che prescrive alle amministrazioni in modo incondizionato di procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza mediante ricorso alle procedure di finanza di progetto, in quanto ritenuto contrastante con le disposizioni del *Considerando* 68 e dell'art. 20 della Direttiva 2014/23/UE in punto di rispetto dei principi di libertà di scelta delle procedure di affidamento, trasparenza e libertà di trattamento.

* Docente a contratto di legislazione dei beni culturali (diritto amministrativo) nel Dipartimento di Architettura dell'Università di Napoli "Federico II".

Difatti, il divieto in questione era già finito sotto la lente di ingrandimento del supremo consesso della giustizia amministrativa, che aveva segnalato al Governo l'opportunità di fare risaltare la sua motivazione¹.

Invero taluni in dottrina² avevano giustificato il divieto in questione sulla base dell'*esigenza di evitare che i concessionari autostradali "storici" (...) potessero fruire di un vantaggio di fatto quali proponenti nel project financing, giovandosi della prelazione, ai sensi dell'art. 183, comma 15 codice.*

L'ordinanza di rimessione³ è stata adottata, per ciò che in questa sede interessa approfondire, in seno ad un contenzioso instaurato dalla società concessionaria di alcune tratte dell'autostrada Torino-Ivrea contro il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti avverso il diniego di accoglimento di due programmi di finanza di progetto quanto al rinnovo delle concessioni in essere.

Orbene, alla luce dei principi fondamentali del diritto dell'Unione Europea e al lume delle decisioni della Corte di Giustizia del Lussemburgo, non è arduo presagire il segno della decisione sovranazionale.

2. La non sopita diatriba sull'utilità della concessione quale ottimale strumento di elargizione di servizi e produzione di beni essenziali per la collettività

Il conflitto, ormai annoso, relativo all'individuazione della migliore tra le opzioni della ripubblicizzazione ovvero del mantenimento della veste privata delle attività, *melius* dei soggetti, che erogano servizi essenziali alla collettività sottende un denso dibattito dottrinario direttamente riferito allo scontro fra teorie liberiste e concezioni protezionistiche.

Peraltro anche i sostenitori del liberismo si dividono tra seguaci dell'anarcocapitalismo di Friedman⁴, a dir del quale nessuna forma di intervento pubblico in campo economico dovrebbe ammettersi, e gli accoliti di Hayek⁵, secondo cui un

¹ Cons. St., Comm. Sp., Parere, 30 marzo 2017, n. 782.

² R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d. lgs. 56/2017*, Bologna, Zanichelli, 2017, p. 268.

³ Cons. St., Sez. V, ord., 06/11/2019, n. 7587

⁴ M. FRIEDMAN, *Capitalismo e libertà*, Torino, IBL Libri, 2016; Id., *La tirannia dello status quo*, Milano, Longanesi, 1984.

⁵ F. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà: una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e dell'economia politica*, Milano, Il Saggiatore, 1989.

minimo intervento dello Stato volto a garantire la fruizione dei diritti fondamentali di ciascun consociato dell'ordinamento giuridico – indi ragguagliato al canone della “*rule of law*” – sarebbe consentito e addirittura doveroso.

Il quadro si completa, dipoi, con la sintesi intermedia di Nozick⁶ e Stiglitz⁷.

Quantunque il dibattito di cui si faceva menzione investe tutti i sistemi democratici, non ultimo – in ordine di tempo ed importanza – quello degli Stati Uniti d'America, in seno a cui l'impronta dell'attuale Governo è, com'era d'altronde intuibile sin dalle ultime elezioni presidenziali tenutesi, marcatamente favorevole al protezionismo⁸.

Per ciò che involge la situazione italiana, non è da sottacere l'influenza esercitata dalla normativa eurounitaria, informata al principio della concorrenza, in conseguenza del quale la neutralità regolatrice del libero mercato avrebbe dovuto caratterizzare il cosiddetto “diritto comunitario dell'economia”⁹; l'utilizzo del condizionale denota, tuttavia, l'ineludibile relativizzazione di un assioma, soltanto in apparenza assoluto, alla mitigatrice necessità di tutela dei diritti sociali, parimenti consacrati nelle fonti istitutive dell'Unione Europea e da sempre visti come “la maggiore pietra d'inciampo sulla via dell'integrazione”¹⁰.

La chimera della coniugazione dell'economia di mercato con obiettivi di giustizia sociale, laddove la prima ambiva a configurarsi come strumento di conseguimento della seconda¹¹, è fallita, o, forse, non è mai veramente venuta ad esistenza.

Tanto era probabilmente prevedibile, se si pensa – come messo in luce dalla dottrina¹² – che con l'avvento della moneta unica europea la scelta di politica economica adottata è stata quella di mantenere la spesa pubblica a carico dei singoli Stati UE, salva la successiva armonizzazione attraverso i patti di stabilità.

⁶ R. NOZICK, *Anarchia, stato e utopia*, Milano, Il Saggiatore, 2008.

⁷ J. E. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, Il Mulino, 1992.

⁸ J. E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori. Antiglobalizzazione nell'era di Trump*, Torino, Einaudi, 2018.

⁹ E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, Carocci, 2001, p. 19. Si veda pure: F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 8.

¹⁰ S. STAIANO, *Diritti e confini dell'Europa in crisi*, in www.federalismi.it, 22/2015, p. 4.

¹¹ C. ACOCELLA, *Ancora sulla tensione tra pubblico e privato: il caso della realizzazione e gestione delle opere infrastrutturali nel comparto autostradale*, in www.federalismi.it, 23/2018, p. 3.

¹² F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 102.

Eppure, con riguardo alla parziale privatizzazione del sistema penitenziario degli U.S.A., non è mancato chi ha affermato che il monopolio pubblico nella somministrazione dei servizi essenziali alla collettività faccia diminuire il livello qualitativo dei medesimi a cagione della mancanza di incentivi volti a garantirlo¹³.

Oggidi, comunque, si assiste ad una graduale ripubblicizzazione degli erogatori dei servizi *de quibus*, vieppiù favorita dalla recente crisi economica e dal crollo della fiducia verso il mercato¹⁴. I servizi maggiormente interessati dal descritto fenomeno sono quelli a caratterizzazione locale¹⁵, ove si è registrato consuntivamente il disattendimento della promessa di abbattimento delle tariffe a fronte pure di una stagnazione degli standard delle prestazioni¹⁶. Del resto, la garanzia dell'investimento del privato gestore di un servizio pubblico vige finché questi ne ricavi utili dalla gestione¹⁷.

Nondimeno, è indubitabile la configurazione di una nuova categoria di beni, collettivi piuttosto che comuni in quanto meramente imputabili (dunque non necessariamente attribuiti, come i beni demaniali e quelli patrimoniali indisponibili¹⁸) a titolo dominicale o para-dominicale alla collettività.

La concessione torna quindi preponderante nell'ordinamento giuridico, laddove lo Stato si riappropria della potestà di erogare determinati servizi e di produrre specifici beni ritenuti essenziali per la collettività e la trasla su altri soggetti, che per l'effetto ne diventano organi indiretti; pur avendo sempre essa costituito uno strumento largamente usato dalla Pubblica Amministrazione.

¹³ D. SELMAN – P. LEIGHTON, *Punishment for sale. Private prisons, big business, and the incarceration binge*, Rowman & Littlefield Pub Inc, Lanham, 2010, p. 752.

¹⁴ G. NAPOLITANO, *Le liberalizzazioni tra meccanismi di mercato e strategie di riforma amministrativa*, in F. LIGUORI – C. ACOCELLA (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo. Quaderni della Rivista "Diritti Lavori Mercati"*, 1/2015, Napoli, Editoriale Scientifica, p. 235

¹⁵ A. LUCARELLI (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali. Studio sulla trasformazione della Società per azioni in Azienda speciale. Analisi, criticità, proposte*, Torino, Giappichelli, 2014.

¹⁶ U. REALFONZO, *Le concessioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 4/2016.

¹⁷ G. ABBAMONTE, *Stato ed economia nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Giust.Civ.*, 1960, 5.

¹⁸ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963, pp. 51-53.

Le prime concessioni, risalenti agli anni Venti dello scorso secolo, avevano riguardato proprio le autostrade¹⁹ fungendo da supporto delle convenzioni destinate a regolamentare i rapporti tra Stato e concessionari stessi²⁰.

Cosicché, in dottrina, taluno ha negato alla concessione il valore di istituto giuridico, piuttosto intravedendo in essa un'attività economica preordinata a compulsare appositi procedimenti finalizzati all'individuazione dei soggetti più adatti all'erogazione di servizi ovvero alla produzione di beni per conto dello Stato²¹.

È tuttavia innegabile la natura provvedimentale della concessione, in considerazione del fatto che soltanto la Pubblica Amministrazione è *ab origine* titolare dell'interesse pubblico, su cui incidono esclusivamente provvedimenti amministrativi²².

Altri hanno sostenuto la natura contrattuale della concessione, basandosi sulla necessità del consenso del concessionario ai fini dell'instaurazione del rapporto sotteso²³; argomentazione, questa, non condivisibile se si considera che qualsivoglia rapporto giuridico pubblico-privato vede incrociarsi le volontà delle parti nell'accettazione di reciproche obbligazioni suscettibili di valutazione economica²⁴. Ciò pure senza poter sottacere che spesso l'incapacità o l'impossibilità di esercizio dei poteri di controllo e vigilanza da parte del concedente sull'operato del concessionario determina l'insorgenza di una paradossale posizione di sovraordinazione di quest'ultimo²⁵.

¹⁹ S. AMOROSINO, *I beni autostradali*, in AA. VV., *Titolarità pubblica e regolazione dei beni. Annuario 2003 dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 49.

²⁰ F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, Cedam, 1965; F. TRIMARCHI, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, Giuffrè, 1967; M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1995.

²¹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981.

²² F. G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di servizi*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 1988, pp. 25 e ss.; F. ZAMMARTINO – R. L. DE MONACO, *Brevi riflessioni sull'istituto della concessione alla luce del diritto comunitario*, in www.amministrativamente.com, 4/2019, p. 7.

²³ E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 37.

²⁴ G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, Cedam, 2001.

²⁵ M. D'ALBERTI, *Concessione e concorrenza*, in AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Temi e problemi*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1998.

Da registrare anche la posizione di chi include l'istituto concessorio nell'alveo degli accordi di cui al disposto dell'art. 11 della Legge 241/1990²⁶.

Il quadro si complica al lume della distinzione tra concessione di lavori e concessione di servizi²⁷, per quanto la prima sia stata assorbita dall'istituto dell'appalto di opere pubbliche (rispetto a cui non sussistono *de facto* divergenze contenutistiche, tanto da essere eliminata per effetto dell'emanazione della Direttiva 89/440/CE) sicché, quando è intervenuto, il legislatore comunitario si è concentrato sulla seconda.

Tuttavia, nell'ordinamento giuridico italiano, la distinzione è esistita fino alla soglia dell'ultimo decennio dello scorso secolo in virtù della Legge 24 giugno 1929 n. 1137, che individuava la concessione di sola costruzione nell'atto amministrativo con cui la Pubblica Amministrazione affidava a un privato l'edificazione di un'opera pubblica (invero, con la Legge 08 agosto 1977 n. 584, equiparata all'appalto e sottoposta al medesimo regime tanto procedimentale quanto giuridico di esso) e configurava la concessione di costruzione e gestione – tipica, come detto, per la realizzazione delle prime autostrade – nell'atto amministrativo con cui la Pubblica Amministrazione assommava in capo al privato l'affidamento dell'edificazione dell'opera pubblica e la sua gestione.

Inoltre la riflessione sulla concessione si rivela decisamente interessante ove si condivida quell'intrigante approccio dottrinario che intravede in essa un modello di partenariato pubblico-privato²⁸, oggi sempre maggiormente valorizzato onde ovviare

²⁶ G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. Amm.*, 1999, p. 385.

²⁷ P. TESAURO, *L'evoluzione storico-legislativa dell'istituto della concessione e l'attribuzione nella legislazione vigente*, in F. A. ROVERSI MONACO, *Le concessioni di servizi: atti della giornata di studio, Roma 3 dicembre 1987*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 1988, pp. 41 e ss.; F. PELLIZZER, *Le concessioni di opera pubblica. Caratteri e principi di regime giuridico*, Padova, Cedam, 1990; A. CARULLO, *La concessione di costruzione e gestione*, in *Riv. Trim. Appalti*, 1993, pp. 355 e ss.; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. Amm.*, 1994, pp. 459 e ss.

²⁸ R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, Giuffrè, 2006; G. F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in www.giustamm.it, 17 dicembre 2010; G. CERRONI FERONI – F. CARINGELLA, *Il partenariato pubblico-privato: modelli e strumenti*, Torino, Giappichelli, 2011, *passim*; B. RAGANELLI, *Pubblico, privato e concessioni in Europa: alcuni limiti della disciplina*, in AA. VV., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 210-248.

alla penuria di mezzi economici e risorse tecniche dello Stato e, nondimeno, espressivo del principio di sussidiarietà orizzontale²⁹.

3. La differenza tra appalto e concessione di servizi nella normativa eurounitaria

La distinzione tra appalto e concessione di servizi è sempre stata alquanto problematica, anche al lume ed in ragione della mancanza di una definizione dell'istituto concessorio prima del 2014.

La dottrina che si è dapprima cimentata nell'individuazione di elementi differenziali ha fatto riferimento a due fattori³⁰:

- l'unilateralità del titolo di affidamento del pubblico servizio nella concessione, a fronte della negozialità dell'appalto;
- la spoliazione di potestà pubbliche in favore del concessionario da parte dell'Amministrazione, rispetto alla quale piuttosto l'appaltatore avrebbe la veste di qualsivoglia privato.

Il primo dei divisati argomenti risulta alquanto debole, poiché la Commissione Europea nella Comunicazione interpretativa del 12 aprile 2000³¹ ha precisato che il rilascio delle concessioni dovesse avvenire nel rispetto dei principi di parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e mutuo riconoscimento; principi, questi,

²⁹ B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 27 febbraio 2017, p. 8.

³⁰ M. P. CHITI, *Introduzione. Luci, ombre e vaghezze nella disciplina del Partenariato Pubblico-Privato*, in ID., *Il partenariato pubblico-privato*, Bologna, 2005, *passim*; C. BOVIS, *EC Public Procurement Law: Case Law and Regulation*, Oxford, 2006, *passim*; G. GRUBER – T. GRUBER – A. MILE – A. SACHS, *Public Procurement in the European Union*, Mortsel, 2006, *passim*.

³¹ C. GUCCIONE, *La Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2000, pp. 1263 e ss.; G. LEGGIADRO, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb. e App.*, 2000, pp. 1072 e ss.; S. ARROSMITH, *An Assessment Of The New Legislative Package On Public Procurement*, in *Common Market Law Review*, 2004, pp. 1277 e ss.

ineludibilmente assicurati dallo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica³², in quanto compatibili con il diritto comunitario³³.

Cosicché, ad esempio:

- la messa a concorso di un numero rilevante di concessioni salva protezione delle posizioni commerciali già in capo agli operatori esistenti mediante la previsione dell'obbligo di osservanza di distanze minime tra gli esercizi di costoro e quelli dei nuovi concessionari è stata ritenuta contraria al principio di parità di trattamento³⁴;
- l'attribuzione di concessioni senza limiti temporali è stata parimenti individuata come sintomatica della violazione del principio di parità di trattamento³⁵;
- il riconoscimento dell'esclusiva per un certo numero di anni ai concessionari non più aggiudicatari dei lavori di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi sui dati acquisiti nel corso dell'attività è stato configurato come violativo del principio di proporzionalità³⁶.

Il secondo argomento, invece, ha trovato conforto nella giurisprudenza, che se ne è servita altresì al fine di giustificare la sussistenza di un margine di discrezionalità più ampio in capo all'Amministrazione rispetto a quello normativamente previsto per l'appalto³⁷.

E proprio dalla giurisprudenza è arrivato un ulteriore indice di *discrimen*. Il Consiglio di Stato³⁸ – riproponendo e anticipando al contempo un indirizzo già tracciato dalla

³² N. POURBAIX, *The New Public Procurement Directives of the European Union*, in *Business Law Review*, 2004, 25, 11, pp. 282 e ss.; F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2009, *passim*; M. FRILET – F. LAGER, *Public Procurement Issues in the European Union*, in *European Business Law Review*, 2010, 21, 3, pp. 339 e ss.

³³ G. BALOCCO, *Concessione di beni pubblici tra affidamento diretto e obbligo di gara*, in *Urb. e App.*, 2006, 7, pp.851 e ss.

³⁴ CGCE, sentenza del 16/02/2012 in cause riunite C-72/2010 e C-77/2010, *Costa e Cifone*.

³⁵ CGCE, sentenza del 25/03/2010 in causa C-451/2008, *Helmut Müller GmbH*; conforme a CGCE, sentenza del 17/07/2008 in causa C-347/2006, *ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Saiano*, su cui si vedano A. VEDASCHI, *Il principio di certezza del diritto "tutela" il legittimo affidamento dei gestori delle concessioni di distribuzione del gas naturale*, in *Dir. Pub. Comp. ed Eur.*, 2008, pp. 2009 e ss. e G. F. LICATA, *La scadenza delle concessioni per il servizio di distribuzione di gas naturale tra legislazione interna e giustizia comunitaria*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2011, 2, pp. 523 e ss.

³⁶ CGCE, sentenza del 27/06/2013 in causa C-569/2010, *Commissione/Polonia*.

³⁷ Cons. St., sez. V, 07/02/2003, n. 645.

³⁸ Cons. St., sez. VI, 15/05/2002, n. 2364.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea³⁹ – si è basato sulle modalità di remunerazione della commessa, affermando che “un servizio pubblico si rivela quale appalto di servizi quando il suo onere sia interamente a carico dell'amministrazione, mentre se il servizio venga reso non a favore dell'amministrazione ma di una collettività indifferenziata di utenti, e venga almeno in parte pagato dagli utenti all'operatore del servizio, allora si è in ambito concessorio”.

I giudici di Lussemburgo avevano poi avuto modo di ribadire che negli appalti, a differenza delle concessioni, il costo dell'*opus publicum* gravasse esclusivamente sull'autorità aggiudicatrice⁴⁰ e che nelle concessioni medesime venisse in rilievo il rischio di gestione in capo al concessionario⁴¹, poi ulteriormente enfatizzato dalla Comunicazione della Commissione Europea sui partenariati pubblico-privati del 15 novembre 2005.

Conseguentemente, con la Circolare n. 3944/2002, la Presidenza del Consiglio dei Ministri aveva sottolineato che il concessionario di servizio non ottenesse un prezzo – come nell'appalto – ma risultasse titolare della potestà gestoria del servizio medesimo salva remunerazione dei relativi utenti.

Invero, sotto un profilo meramente giurisdizionale (su cui si avrà modo di tornare successivamente), il disposto del comma quarto dell'art. 31 *bis* della Legge 109/1994 equiparava le concessioni in materia di lavori pubblici agli appalti.

Di fatto, tuttavia, fino al 2011 – allorché intervenne la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (COM/2011/897⁴²) – non fu mai promulgata una normativa europea cogente; ciò, a parere della dottrina, fu determinato dalla pervicace intenzionalità dei vari Stati membri dell'Unione di fruire di adeguati spazi di autonomia per la disciplina dei servizi di interesse generale di cui al disposto dell'art. 106 TFUE⁴³.

³⁹ CGCE, sentenza del 24/09/1998 in causa C-76/1997, *Togel/Niederosterreichische Gebietskrankenkasse*; sentenza del 10/09/2009 in causa C-206/2008, *Eurawasser*, su cui si veda N. FIEDZIUK, *Putting services of general economic interest up for tender: Reflections on applicable EU rules*, in *Common Market Law Review*, 2013, 1, pp. 87 e ss.

⁴⁰ CGCE, sentenza del 07/12/2000 in causa C-324/1998, par. 58, *Telaustria*.

⁴¹ CGCE, sentenza del 13/10/2005 in causa C-458/2003, *Parking Brixen*.

⁴² M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, in M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di), *op. cit.*, pp. 123 e ss.

⁴³ C. CONTESSA, *Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni*, in *Urb. e App.*, 2016, 8-9, p. 933.

Del resto, anche nell'ordinamento giuridico italiano, le concessioni erano sempre state utilizzate come mezzo di gestione dei servizi pubblici locali soltanto formalmente alternative a quella diretta⁴⁴.

Con la Direttiva UE 26 febbraio 2014 n. 23, il legislatore eurounitario ha introdotto una disciplina organica delle concessioni⁴⁵.

Esse dunque vengono formalmente qualificate – al *Considerando 11* – come contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici ovvero uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e la gestione di servizi a uno o più operatori economici.

Elemento fondante è – *iuxta Considerando 18* – il “rischio operativo”, che è sul lato della domanda ove *associato alla domanda effettiva di lavori e servizi* oppure sul lato dell'offerta qualora la fornitura possa non corrispondere alla domanda medesima, come sancito dal *Considerando 20*⁴⁶, talché, *in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi* indissimulata *una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato e ogni potenziale perdita stimata, subita dal concessionario non sia (...) nominale o trascurabile*.

E, infatti, il *Considerando 19* soggiunge che una regolamentazione eliminativa del rischio esclude la configurabilità della concessione.

⁴⁴ V. PARISIO, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: riflessioni su alcuni aspetti significativi dell'art. 22 della legge 142/1990*, in G. BERTI (a cura di), *I rapporti associativi tra amministrazioni pubbliche ed imprese*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 110; R. CAVALLO PERIN, *Concessione di pubblici servizi e pluralità di produttori*, in G. CAIA (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 1995, p. 136.

⁴⁵ G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE (Works and services concessions just before the transposing of the directive 2014/23/UE)*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2015, 1, pp. 101-193; G. GUIDO, *La direttiva in materia di “concessioni”*, Relazione al Convegno “La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione”, Varenna, 17-19 settembre 2015, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2015, 5, pp. 1095-1126; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari (The new EU directive on procurement services and supplies in the ordinary sectors)*, Relazione per il LXI Convegno di Studi Amministrativi “La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione”, Varenna, 17-19 settembre 2015, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2015, 2-3, pp. 291-344.

⁴⁶ M. CERUTI, *Le concessioni riscoprono le proprie origini nel rischio operativo: riflessioni su presente, passato e futuro dell'istituto*, in *App. e Contr.*, 2016, 11, pp. 22-32; M. RICCHI, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 7, 2014, p. 745; F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. Amm.*, 4, 2011, pp. 703 e ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005, *passim*.

Amnesso, quantunque, dal disposto dell'art. 18 – pur in ossequio alla durata limitata – un periodo di tempo idoneo a fare *ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi insieme con un ritorno sul capitale investito*⁴⁷.

Lo stesso art. 18, al comma primo, richiama i principi – espressi in materia di appalti dall'abrogata Direttiva 2014/18/UE – di concorrenza, imparzialità e trasparenza.

4. Gli scenari giurisdizionali

L'intervento del legislatore dell'Unione Europea non ha fatto chiarezza sulla giurisdizione in ordine alle controversie aventi ad oggetto le concessioni.

Prima dell'avvento del Codice del Processo Amministrativo, la Legge 06 dicembre 1971 n. 1034 devolveva al giudice amministrativo – *ex artt. 5-7* – qualsiasi lite concernente rapporti concessori, senza differenziazioni di sorta circa le posizioni giuridiche interessate⁴⁸ e a prescindere dall'utilizzo di poteri autoritativi (come nell'ipotesi della revoca determinata dal ricorso ad una clausola di disdetta)⁴⁹ nonché pure quanto alla delibazione di petizioni meramente risarcitorie⁵⁰.

Il D. Lgs. 104/2010, al disposto della lettera c del comma primo dell'art. 133, ha poi espressamente attribuito alla cognizione del giudice amministrativo le controversie relative alle concessioni di pubblici servizi.

Senonché, nella lacunosità del dettato normativo sovranazionale, alcuni arresti giurisprudenziali hanno visto nelle concessioni diritti soggettivi anziché interessi legittimi, con particolare riferimento agli aspetti meramente negoziali. Ciò in seno alla riconosciuta possibilità del deferimento ad arbitri delle questioni di adempimento degli obblighi⁵¹. O, più in generale, allorquando si è affermato non esser dato *rinvenire (...)* alcuna norma di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui profili esecutivi del rapporto⁵².

⁴⁷ N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2013, 3-4, pp. 603 e ss.

⁴⁸ Cass. Civ., Sez. Un., 19/07/1995, n. 1034.

⁴⁹ Cass. Civ., Sez. Un., 11/05/1998, n. 4749.

⁵⁰ Cass. Civ., Sez. Un., 17/11/1998, n. 11578.

⁵¹ Cons. St., Sez. IV, 02/07/2018, n. 4005.

⁵² TAR Sardegna, Sez. I, 18/06/2019, n. 547.

Ma la *querelle* è destinata ad alimentarsi, vista l'altra recente ordinanza della Corte di Cassazione a sezioni unite civili⁵³.

5. Il presagio della decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Non è arduo, alla luce dell'evoluzione e del contenuto del diritto di prelazione di cui si discetta, presagire il segno che assumerà la decisione dei giudici di Lussemburgo.

Il diritto di prelazione era contemplato nella normativa italiana in materia di finanza di progetto sin dai tempi della Legge "Merloni" *quater* (Legge 01 agosto 2002 n. 166), il cui art. 7, comma 1, lettera *bb*, aveva inserito nel disposto dell'art. 37 *ter* della Legge "Merloni" (Legge 11 febbraio 1994 n. 109) la facoltà per il promotore, quantunque non presentatore dell'offerta più conveniente, di diventare aggiudicatario della concessione attraverso il mero adeguamento della propria proposta a quella risultata, all'esito del confronto competitivo, effettivamente migliore.

Il legislatore italiano si era mostrato sprezzante degli orientamenti della giurisprudenza comunitaria, che aveva sancito – in applicazione del principio di parità di condizioni tra tutti i concorrenti – l'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di considerare emendamenti apportati all'offerta iniziale da un unico concorrente, diversamente palesandosi esso come avvantaggiato⁵⁴; nondimeno, perdipiù, era stato ignorato il monito dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, secondo cui le disposizioni in questione, *pur potendo incentivare la presentazione di proposte*, determinavano il rischio di *limitare l'interesse del mondo produttivo a partecipare alla gara*, con conseguente vanificazione del "vero" risultato⁵⁵.

Con una prima lettera di messa in mora del 19 dicembre 2002, seguita da un parere motivato di censura del 15 ottobre 2003 integrante atto di preavviso dell'avvio di una fase contenziosa, la Commissione Europea aveva auspicato un mutamento nella normativa italiana senza tuttavia fissare i punti di contrasto tra questa e il diritto comunitario.

Indi, l'abolizione del diritto di prelazione, cui pure il nostro legislatore era addivenuto con il secondo correttivo (D. Lgs. 31 luglio 2007 n. 113) al Codice dei Contratti Pubblici

⁵³ Cass. Civ., Sez. Un., ord., 09/08/2018, n. 20682.

⁵⁴ CGCE, sentenza del 25/04/1996 in causa C-87/1994, *Commissione contro Belgio*.

⁵⁵ AVCP, Determinazione, 16/10/2002, n. 27.

illo tempore vigente – segnatamente al disposto della lettera *r* del comma primo dell’art. 1 – al mero fine di evitare l’esito di condanna dell’avviata procedura di infrazione, venne vanificata dalla Corte di Giustizia mediante una pronuncia di irricevibilità della censura di illegittimità comunitaria formulata dalla Commissione appunto a cagione della sua indeterminatezza⁵⁶; di conseguenza, il diritto *de quo* fu reintrodotta *ex art.* 1, comma 1, lettera *ee*, del terzo correttivo (D. Lgs. 11 settembre 2008 n. 152) al Codice dei Contratti Pubblici *illo tempore* vigente.

Oggidi il diritto di prelazione all’interno della finanza di progetto è regolamentato dal disposto del comma quindicesimo dell’art. 183 del Codice dei Contratti Pubblici, a mente del quale il promotore non aggiudicatario ha facoltà – entro quindici giorni dalla comunicazione dell’aggiudicazione – di divenire aggiudicatario alla duplice condizione di adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni del “vero” vincitore della gara e di indennizzare quest’ultimo dei costi sostenuti per la partecipazione alla procedura, quantunque entro precisi limiti.

Desta meraviglia che la giurisprudenza amministrativa italiana non abbia mai finora ritenuto di sollevare una questione pregiudiziale sulla compatibilità con la normativa UE del discusso diritto di prelazione del promotore nella procedura di finanza di progetto (in generale, e non soltanto con riferimento alle concessioni autostradali), pure rilevando talvolta, e condivisibilmente, la “maggiore consistenza giuridica” di costui⁵⁷. Né tampoco risulta soddisfacente il “compromesso” raggiunto dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, secondo cui tutti i concorrenti partecipanti conservano, anche dopo l’aggiudicazione, la legittimazione ad impugnare l’atto di scelta del promotore e l’individuazione del progetto posto a base di gara⁵⁸.

L’indennizzabilità del concorrente preterito, infatti, non vale ad elidere, a monte in capo a questo, ed in potenza, il danno cosiddetto “curriculare”⁵⁹, ossia il pregiudizio subito dall’impresa a causa del mancato arricchimento del *curriculum* deprivato della *chance* di annoverare l’avvenuto affidamento di cui si tratti, laddove poi la

⁵⁶ CGCE, sentenza del 21/02/2008 in causa C-412/2004, *Commissione contro Italia*.

⁵⁷ Cons. St., Sez. V, 11/06/2018, n. 111 e 26/06/2015, n. 3237.

⁵⁸ Cons. St., Ad. Plen., 28/01/2012, n. 1; cui risulta conforme: Sez. V, 19/06/2019, n. 4186.

⁵⁹ A. M. DE LUCA, *Il giudice amministrativo alle prese con le regole risarcitorie*, in *Corr. Giur.*, 1/2009, pp. 116 e ss.

quantificabilità in via equitativa⁶⁰ renderebbe vieppiù incongruo il limite in specie predeterminato dalla legge.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea non potrà, allora, che statuire l'ostatività del disposto del comma ottavo *bis* dell'art. 178 del D. Lgs. 50/2016 alla normativa eurounitaria, da individuarsi tuttavia – più precisamente rispetto alla configurazione del giudice remittente – nel disposto del comma primo dell'art. 18 della Direttiva 2014/18/UE quanto ai principi di concorrenza, imparzialità e trasparenza.

La ricaduta avrà verosimili effetti generalizzati sul diritto di prelazione nel *project financing* nel suo complesso.

⁶⁰ Cons. St., Sez. III, 07/03/2013, n. 1381; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 03/12/2013, n. 2681.