

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI PARTHENOPE
Dipartimento di Giurisprudenza

CORSO DI STUDI in *MANAGEMENT PUBBLICO*
Codice degli appalti e *procurement*
Prof.ssa Bianca Nicla Romano
A.A. 2022-2023

Le concessioni

Le concessioni

La concessione è un contratto tra una Pubblica amministrazione e un'impresa, che può avere ad oggetto la progettazione o l'esecuzione di lavori pubblici (o entrambe), oppure l'erogazione di un servizio pubblico. Esso è stipulato per iscritto ed è a titolo oneroso.

All'impresa che si aggiudica una concessione pubblica (concessionario) viene riconosciuto come corrispettivo il diritto di gestire l'opera pubblica realizzata (in caso di concessione di lavori) o i servizi (in caso di fornitura di servizi).

Solo a volte tale diritto può essere accompagnato da un corrispettivo fisso (definito "prezzo").

Le concessioni

Il concessionario affronta gli oneri dell'opera o del servizio, assumendosi il rischio di non recuperare gli investimenti che è tenuto ad affrontare per avviare l'esecuzione delle prestazioni del contratto di concessione.

Per ridurre tale rischio, però, ha la possibilità di rifarsi sull'utenza attraverso la riscossione di un canone o di una tariffa (ad esempio, il concessionario autostradale recupera i costi di gestione, realizzazione e manutenzione dell'infrastruttura, attraverso il pedaggio pagato dagli utenti).

Le concessioni

Il rischio proprio di una concessione pubblica è *in primis* il **rischio operativo** (detto anche **rischio di gestione**), che per la legge consiste nell'esposizione agli andamenti del mercato e che può comportare perdite economiche non trascurabili.

Ad esso si affiancano i già evidenziati **rischio di costruzione**, proprio delle concessioni dei lavori; il **rischio di disponibilità**, legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite; ed il **rischio di domanda**, legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare. Si tratta del rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa che permettano di recuperare i costi sostenuti.

Le concessioni

Alle concessioni è dedicata la Parte III del Codice (artt. da 164 a 178) che definisce le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi indette dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori nel caso in cui i lavori o i servizi sono destinati ad attività come, ad esempio, quelle relative all'erogazione del gas e dell'energia termica.

La durata delle concessioni è limitata, ed è determinata nel bando di gara dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario; essa è commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa.

Le concessioni: la durata

Per le concessioni ultra quinquennali, la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario.

Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono quelli effettivamente sostenuti dal concessionario, sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione.

Le concessioni

Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II del codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.

I servizi non economici di interesse generale non rientrano nell'ambito di applicazione della presente Parte; mentre vi rientrano i concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per gli appalti di lavori affidati a terzi.

Le concessioni: il rischio operativo e l'equilibrio del piano economico-finanziario

Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. uu) e vv), si intende per

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

Mentre si intende per

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

Le concessioni: il rischio operativo e l'equilibrio del piano economico-finanziario

In tali tipi di contratti, siccome la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato, l'art. 165 prevede il trasferimento al concessionario del rischio operativo riferito 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 e significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

Le concessioni: il rischio operativo e l'equilibrio del piano economico-finanziario

Per «**rischio operativo**» si intende quello legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico nei casi di contratti di partenariato pubblico privato.

L'equilibrio economico finanziario rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi ed al fine di raggiungerlo l'amministrazione aggiudicatrice, in sede di gara, può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili, che, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione.

Le concessioni: il rischio operativo e l'equilibrio del piano economico-finanziario

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.

La sottoscrizione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della approvazione del progetto definitivo e della presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera, per agevolare il quale i bandi e i relativi allegati sono definiti in modo da assicurare la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito.

Le concessioni: il rischio operativo e l'equilibrio del piano economico-finanziario

Per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a *trenta giorni* decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati.

Le concessioni: il rischio operativo e l'equilibrio del piano economico-finanziario

Il bando può prevedere che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione, anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario. L'amministrazione aggiudicatrice prevede nel bando di gara che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento, nonché di mancato collocamento delle obbligazioni emesse dalle società di progetto entro un congruo termine, non superiore a *diciotto mesi*, decorrente dalla data di sottoscrizione del contratto di concessione.

Le concessioni: il rischio operativo e l'equilibrio del piano economico-finanziario

Il concessionario ha, in ogni caso, la facoltà di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento. In caso di risoluzione del rapporto il concessionario non avrà diritto ad alcun rimborso delle spese sostenute, ivi incluse quelle relative alla progettazione definitiva.

Il bando di gara può, altresì, prevedere che, in caso di parziale finanziamento del progetto e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimanga efficace limitatamente alla parte che regola la realizzazione e la gestione del medesimo stralcio funzionale.

Le concessioni: il rischio operativo e l'equilibrio del piano economico-finanziario

È possibile revisionare il piano economico finanziario, essendo la sua stabilità il presupposto per la corretta allocazione dei rischi; tale possibilità si presenta quando si verificano fatti non riconducibili al concessionario e che incidono sull'equilibrio del piano stesso.

In ogni caso la revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto.

Le concessioni: il rischio operativo e l'equilibrio del piano economico-finanziario

Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS).

Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS.

In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto, rimborsando al concessionario gli importi dovuti ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse.

Le concessioni: il rischio operativo e l'equilibrio del piano economico-finanziario

Oltre al rischio operativo, il Codice definisce anche il rischio di **costruzione**, di **disponibilità** e di **domanda**.

Il «**rischio di costruzione**» è quello legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera.

Il «**rischio di disponibilità**» è quello legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti.

Le concessioni: il rischio operativo e l'equilibrio del piano economico-finanziario

Infine, il «**rischio di domanda**» è quello legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa (e, di solito, si riferisce alle cd. *opere calde*, caratterizzate da una intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza – un'autostrada, ad esempio; ma, in parte, anche alle cd. *opere tiepide* che, invece, sono quelle remunerate dai ricavi di utenza ma anche dai contributi dell'amministrazione al concessionario per i servizi che, attraverso la gestione dell'opera realizzata esso rende all'amministrazione stessa – ad esempio, alcuni servizi ospedalieri).

Le concessioni: Metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni

L'art. 167 prevede che il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi.

Il valore stimato è calcolato già al momento dell'invio del bando di concessione o, nei casi in cui non sia previsto un bando, al momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avvia la procedura di aggiudicazione della concessione.

Se esso, al momento dell'aggiudicazione, è superiore di più del 20 per cento rispetto al valore stimato, la stima rilevante è costituita dal valore della concessione al momento dell'aggiudicazione.

Le concessioni: Metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni

Il calcolo avviene secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti della concessione attraverso il quale le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori tengono conto:

- a) del valore di eventuali forme di opzione ovvero di altre forme comunque denominate di protrazione nel tempo dei relativi effetti;
 - b) degli introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti dei lavori e dei servizi, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore;
-

Le concessioni: Metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni

- c) dei pagamenti o qualsiasi vantaggio finanziario conferito al concessionario, in qualsivoglia forma, dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore o da altre amministrazioni pubbliche, incluse le compensazioni per l'assolvimento di un obbligo di servizio pubblico e le sovvenzioni pubbliche di investimento;
 - d) del valore delle sovvenzioni o di qualsiasi altro vantaggio finanziario in qualsivoglia forma conferiti da terzi per l'esecuzione della concessione;
 - e) delle entrate derivanti dalla vendita di elementi dell'attivo facenti parte della concessione;
 - f) del valore dell'insieme delle forniture e dei servizi messi a disposizione del concessionario dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori, purché siano necessari per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi;
 - g) ogni premio o pagamento o diverso vantaggio economico comunque denominato ai candidati o agli offerenti.
-

Le concessioni: Metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni

Nel calcolo del valore stimato della concessione le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori tengono conto anche degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti.

Inoltre, non si può né scegliere un metodo per il calcolo del valore stimato della concessione né frazionarla, tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino, valutate al momento della predisposizione del bando dalla amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, con l'intenzione di escluderla dall'ambito di applicazione del codice.

Infine, quando un'opera o un servizio proposti possono dar luogo all'aggiudicazione di una concessione per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti.

Le concessioni: Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche

L'art. 166 lascia ampia libertà alle amministrazioni aggiudicatrici ed agli enti aggiudicatori di organizzare la procedura per la scelta del concessionario. Pertanto, essi possono decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.

I principi relativi all'aggiudicazione sono quelli contenuti nell'art. 30.

Le concessioni: Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche

Le concessioni sono aggiudicate sulla base dei criteri di aggiudicazione elencati in ordine decrescente di importanza.

La stazione appaltante, *in via eccezionale*, può modificare tale ordine per tenere conto di una soluzione innovativa contenuta in un'offerta caratterizzata da un livello **straordinario di prestazioni funzionali**, non prevedibile utilizzando l'ordinaria diligenza, con il limite che la modifica dell'ordine non deve dare luogo a discriminazioni.

Le concessioni: Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche

Quando la stazione appaltante decide di modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione deve informare tutti gli offerenti ed emettere un nuovo invito a presentare l'offerta.

Nel caso in cui i criteri di aggiudicazione siano stati pubblicati contestualmente alla pubblicazione del bando, la stazione appaltante pubblica un nuovo bando di concessione.

Quanto ai termini di aggiudicazione:

- Per le *domande* il termine minimo di ricezione è di *trenta giorni* dalla data di pubblicazione del bando;
 - Per le *offerte*, il termine minimo di ricezione delle offerte iniziale è di *ventidue giorni*, se la procedura si svolge in fasi successive.
-

Le concessioni: Contratti misti di concessioni

L'art. 169 disciplina le concessioni aventi per oggetto sia lavori che servizi.

Esse sono aggiudicate secondo le disposizioni applicabili al tipo di concessione che caratterizza l'oggetto principale del contratto che, nel caso di concessioni miste che consistono in parte in servizi sociali e altri servizi specifici è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi.

Le concessioni: Contratti misti di concessioni

Nel caso di contratti aventi ad oggetto diverse attività, una delle quali è disciplinata dall'allegato II (gas ed energia termica), gli enti aggiudicatori possono scegliere di aggiudicare concessioni distinte per le parti distinte o di aggiudicare un'unica concessione. Se gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare concessioni separate, la decisione che determina quale regime giuridico si applica a ciascuna di tali concessioni è adottata in base alle caratteristiche della attività distinta.

Nel caso di contratti aventi ad oggetto sia elementi disciplinati dal Codice che altri elementi, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono scegliere di aggiudicare concessioni distinte per le parti distinte o di aggiudicare una concessione unica.

Le concessioni: Contratti misti di concessioni

Nel caso di concessioni per cui è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività siano principalmente destinate, si prevede che:

a) la concessione è aggiudicata secondo le disposizioni che disciplinano le concessioni aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici se una delle attività cui è destinata la concessione è soggetta alle disposizioni applicabili alle concessioni aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici e l'altra attività è soggetta alle disposizioni relative alle concessioni aggiudicate dagli enti aggiudicatori;

Le concessioni: Contratti misti di concessioni

b) la concessione è aggiudicata secondo le disposizioni che disciplinano gli appalti nei settori ordinari se una delle attività è disciplinata dalle disposizioni relative all'aggiudicazione delle concessioni e l'altra dalle disposizioni relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari;

c) la concessione è aggiudicata secondo le disposizioni che disciplinano le concessioni se una delle attività cui è destinata la concessione è disciplinata dalle disposizioni relative all'aggiudicazione delle concessioni e l'altra non è soggetta né alla disciplina delle concessioni né a quella relativa all'aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari o speciali.

Le concessioni: le garanzie procedurali

I requisiti tecnici e funzionali dei lavori da eseguire o dei servizi da fornire oggetto della concessione sono definiti nei documenti di gara e possono riferirsi anche allo specifico processo di produzione o di esecuzione dei lavori o di fornitura dei servizi richiesti, a condizione che siano collegati all'oggetto del contratto e commisurati al valore e agli obiettivi dello stesso. Possono includere livelli di qualità, livelli di prestazione ambientale ed effetti sul clima, progettazione per tutti i requisiti e la valutazione di conformità, l'esecuzione, la sicurezza o le dimensioni o le istruzioni per l'uso.

Le concessioni: le garanzie procedurali

A meno che non siano giustificati dall'oggetto del contratto, tali requisiti non fanno riferimento a una fabbricazione o provenienza determinata o a un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un determinato operatore economico; tale riferimento è autorizzato, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto del contratto non sia possibile e, dunque, il riferimento è accompagnato dall'espressione «o equivalente».

Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori non possono escludere un'offerta per mancanza di conformità dei lavori e servizi ai requisiti tecnici e funzionali richiesti se l'offerente prova, con qualsiasi mezzo idoneo, che le soluzioni da lui proposte con la propria offerta soddisfano in maniera equivalente i requisiti tecnici e funzionali.

Le concessioni: Garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione

Le concessioni sono aggiudicate sulla base dei criteri di aggiudicazione stabiliti dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 173, purché siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l'offerta risponde ai requisiti minimi prescritti dalla stazione appaltante (ovvero le condizioni e le caratteristiche tecniche, fisiche, funzionali e giuridiche che ogni offerta deve soddisfare o possedere);
 - b) l'offerente ottempera alle condizioni di partecipazione di cui all'articolo 172;
 - c) l'offerente non è escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 172.
-

Le concessioni: Garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione

Le stazioni appaltanti forniscono, inoltre:

- a) nel bando di concessione, una descrizione della concessione e delle condizioni di partecipazione;
 - b) nel bando di concessione o nell'invito a presentare offerte, l'espressa indicazione che la concessione è vincolata alla piena attuazione del piano finanziario e al rispetto dei tempi previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche e che l'offerta deve espressamente contenere, a pena di esclusione, l'impegno espresso da parte del concessionario al rispetto di tali condizioni;
 - c) nel bando di concessione, nell'invito a presentare offerte o negli altri documenti di gara, una descrizione dei criteri di aggiudicazione e, se del caso, i requisiti minimi da soddisfare.
-

Le concessioni: Garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione

La stazione appaltante può limitare il numero di candidati o di offerenti a un livello adeguato, purché ciò avvenga in modo trasparente e sulla base di criteri oggettivi, tenendo, però, presente che il numero di candidati o di offerenti invitati a partecipare deve garantire un'effettiva concorrenza.

Essa rende note a tutti i partecipanti le modalità della procedura ed un termine indicativo per il suo completamento, comunicando le eventuali modifiche a tutti i partecipanti e rendendole pubbliche per tutti gli operatori economici.

Assicura, inoltre, la tracciabilità degli atti inerenti alle singole fasi del procedimento, con idonee modalità e può liberamente condurre negoziazioni con i candidati e gli offerenti, tenuto conto che l'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non possono essere modificati nel corso delle negoziazioni.

Le concessioni: Selezione e valutazione qualitativa dei candidati

Le stazioni appaltanti verificano le condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica dei candidati o degli offerenti, sulla base di certificazioni, autocertificazioni o attestati che devono essere presentati come prova. Le condizioni di partecipazione sono correlate e proporzionali alla necessità di garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell'oggetto della concessione e dell'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva.

Le concessioni: Selezione e valutazione qualitativa dei candidati

Per soddisfare le condizioni l'operatore economico può affidarsi alle capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi rapporti con loro, dimostrando all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore che disporrà delle risorse necessarie per l'intera durata della concessione.

La stazione appaltante può richiedere che l'operatore economico e i soggetti in questione siano responsabili in solido dell'esecuzione del contratto.

Le concessioni: L'esecuzione

Quanto all'esecuzione delle concessioni, l'art. 174 disciplina il subappalto, prevedendo che gli operatori economici indichino in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi, laddove non sono considerati terzi le imprese che si sono raggruppate o consorziate per ottenere la concessione, né le imprese ad esse collegate, né la società di progetto costituita dal concessionario. Il comma 3 dell'art. 175 prevederà, a seguito della modifica contenuta nell'art. 8, comma 1, lettera e), della legge europea approvata dal Senato e in discussione alla Camera e di prossima approvazione definitiva nel 2021, che *«l'offerente ha l'obbligo di dimostrare, l'assenza, in capo ai subappaltatori indicati, di motivi di esclusione e provvede a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato l'esistenza di motivi di esclusione»*.

Le concessioni: L'esecuzione

Il concessionario resta responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante ed è obbligato solidalmente con il subappaltatore nei confronti dei dipendenti dell'impresa subappaltatrice, in relazione agli obblighi retributivi e contributivi previsti dalla legislazione vigente.

Qualora la natura del contratto lo consenta, è fatto obbligo per la stazione appaltante di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori subordinato alla verifica della regolarità contributiva e retributiva dei dipendenti del subappaltatore.

Le concessioni: Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia

Fermo restando che le modifiche non possono alterare la natura generale della concessione, è possibile introdurre senza una nuova procedura di aggiudicazione nei seguenti casi:

- a) se le modifiche – che non devono alterare la natura generale della concessione - a prescindere dal loro valore monetario, sono state espressamente previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili che fissino la portata, la natura delle eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate. Esse non possono prevedere la proroga della durata della concessione;
 - b) per lavori o servizi supplementari da parte del concessionario originario che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale;
-

Le concessioni: Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia

- c) ove sia necessaria la modifica a seguito di circostanze che una stazione appaltante non ha potuto prevedere utilizzando l'ordinaria diligenza e non alteri la natura generale della concessione;
 - d) se un nuovo concessionario sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione a causa di una clausola di revisione;
 - e) al concessionario iniziale succeda, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto.
-

Le concessioni: Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro

Oltre che nei casi di esercizio dei poteri di autotutela, la concessione può cessare quando:

- il concessionario avrebbe dovuto essere escluso ai sensi dell'articolo 80;
 - la stazione appaltante ha violato con riferimento al procedimento di aggiudicazione, il diritto dell'Unione europea;
 - la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione.
-

Le concessioni: Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro

Qualora la concessione sia risolta per inadempimento della amministrazione aggiudicatrice ovvero quest'ultima revochi la concessione per motivi di pubblico interesse spettano al concessionario:

- a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;
 - b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse;
 - c) un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico-finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione.
-

Le concessioni: Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro

Tali somme sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e dei titolari di titoli emessi e sono indisponibili da parte di quest'ultimo fino al completo soddisfacimento di detti crediti.

In tutti i casi di cessazione del rapporto concessorio diversi dalla risoluzione per inadempimento del concessionario, questi ha il diritto di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i ricavi da essa derivanti, sino all'effettivo pagamento delle suddette somme per il tramite del nuovo soggetto subentrante.

La revoca della concessione è efficace se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore pagano tali somme.

Le concessioni: Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro

Nei casi che comporterebbero la risoluzione di una concessione per cause imputabili al concessionario, la stazione appaltante comunica per iscritto al concessionario e agli enti finanziatori l'intenzione di risolvere il rapporto. Gli enti finanziatori, compresi i titolari di obbligazioni e titoli analoghi emessi dal concessionario, entro **novanta giorni** dal ricevimento della comunicazione, possono indicare un operatore economico che subentri nella concessione, avente caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti o analoghe a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata affidata, con riguardo allo stato di avanzamento dell'oggetto della concessione alla data del subentro.

Le concessioni: Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro

L'operatore economico subentrante deve assicurare la ripresa dell'esecuzione della concessione e l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario sostituito entro il termine indicato dalla stazione appaltante.

Il subentro dell'operatore economico ha effetto dal momento in cui la stazione appaltante vi presta il consenso.

La stazione appaltante prevede nella documentazione di gara il diritto di subentro degli enti finanziatori.

La disciplina su revoca, cessazione e risoluzione si applica non solo ai contratti di concessione, ma anche a quelli di partenariato pubblico privato e agli operatori economici titolari di tali contratti.

Le concessioni: Affidamenti dei concessionari

I soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare, una quota pari all'*ottanta per cento* dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità.

Le concessioni: Affidamenti dei concessionari

La restante parte può 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 procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

Per i titolari di concessioni autostradali la quota di cui al primo periodo è pari al sessanta per cento.

Inoltre, la verifica del rispetto dei limiti di cui al comma 1 da parte dei soggetti preposti e dall'ANAC deve essere effettuata annualmente secondo le modalità stabilite dall'ANAC in apposite linee guida.

Le concessioni: Affidamenti dei concessionari

Tale è il testo dell'art. 177 che, con la sentenza 23.11.2021 n. 218, è stato dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale. In particolare essa:

– dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lettera iii), della legge 28 gennaio 2016, n. 11 (Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) e dell'art. 177, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici);

– dichiara, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale dell'art. 177, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Le concessioni: Concessioni autostradali

Un ultimo cenno meritano le concessioni autostradali disciplinate dall'art. 178 che prevede che per le concessioni autostradali che, alla data di entrata in vigore del Codice, siano scadute, il concedente, che non abbia ancora provveduto, procede alla predisposizione del bando di gara per l'affidamento della concessione, secondo le regole di evidenza pubblica, nel termine perentorio di *sei mesi* dalla predetta data, ferma restando la possibilità di affidamento *in house*, nel qual caso le procedure di affidamento devono concludersi entro *trentasei mesi* dall'entrata in vigore del codice stesso.

Le concessioni: Concessioni autostradali

Fatto salvo quanto previsto per l'affidamento di tali ultime concessioni, è vietata la proroga delle concessioni autostradali.

Per le concessioni autostradali per le quali la scadenza avviene nei *ventiquattro mesi* successivi all'entrata in vigore del Codice, il concedente avvia la procedura per l'individuazione del concessionario subentrante, mediante gara ad evidenza pubblica, anche in questo caso ferma restando la possibilità di affidamento *in house*. Ove il suddetto termine sia inferiore a *ventiquattro mesi*, la procedura di gara viene indetta nel più breve tempo possibile, in modo da evitare soluzioni di continuità tra i due regimi concessori.

Le concessioni: Concessioni autostradali

Il concedente avvia le procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento della nuova concessione autostradale entro il termine di *ventiquattro mesi* antecedente alla scadenza della concessione in essere e, qualora la procedura di gara non si concluda entro il termine di scadenza della concessione, il concessionario uscente resta obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione fino al trasferimento della gestione.

Il concedente, almeno *due anni* prima della data di scadenza della concessione, effettua, in contraddittorio con il concessionario, tutte le verifiche necessarie a valutare lo stato tecnico complessivo dell'infrastruttura ed ordina, se del caso, i necessari ripristini e le occorrenti modificazioni dello stato dei luoghi in conformità degli impegni assunti convenzionalmente.

Le concessioni: Concessioni autostradali

Per le opere assentite che il concessionario ha già eseguito e non ancora ammortizzate alla scadenza della concessione, il concessionario uscente ha diritto ad un **indennizzo** di tali poste dell'investimento, da parte del subentrante, pari al costo effettivamente sostenuto, al netto degli ammortamenti, dei beni reversibili non ancora ammortizzati come risultante dal bilancio di esercizio alla data dell'anno in cui termina la concessione, e delle variazioni eseguite.

Fatti salvi i contratti di partenariato pubblico privato con canone di disponibilità, per le concessioni autostradali il rischio operativo si intende comprensivo del rischio traffico, e dunque l'amministrazione può richiedere sullo schema delle convenzioni da sottoscrivere un parere preventivo all'Autorità di regolazione dei trasporti.

Le amministrazioni non possono procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza anche mediante le procedure di *project financing*.

Le concessioni: Concessioni autostradali

Le concessioni autostradali relative ad autostrade che interessano una o più regioni possono essere affidate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a società *in house* di altre amministrazioni pubbliche anche appositamente costituite.

A tal fine il controllo analogo sulla predetta società può essere esercitato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti attraverso un comitato disciplinato da apposito accordo ai sensi dell'articolo 15 della legge 241/1990 che eserciti sulla società *in house* i poteri previsti.
