

A cura di Avv. Augusto Vacca – Componente UTFP

Sono state pubblicate nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea serie L n. 94 del 28 marzo 2014 e sono entrate in vigore a decorrere dal 17 aprile 2014 le nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio rispettivamente il 15 gennaio e l'11 febbraio 2014, mediante procedura legislativa ordinaria, all'esito di un lungo iter approvativo avviato nel 2011 su proposta della Commissione europea.

Si tratta in particolare:

- ✓ della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione;
- ✓ della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che sostituisce ed abroga la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi;
- ✓ della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, che sostituisce ed abroga la direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 vertente sulla stessa materia.

Le direttive dovranno essere recepite entro il 18 aprile 2016 dai singoli Stati membri.

Per quanto riguarda l'Italia, la trasposizione a livello nazionale condurrà all'adeguamento del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ss.mm.ii., recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", nonché del relativo regolamento di attuazione contenuto nel d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

La rivisitazione del quadro normativo comunitario sugli appalti pubblici e le concessioni, attuata con le summenzionate direttive, si pone nell'ambito delle iniziative prioritarie volte a favorire il completamento ed il rafforzamento del mercato unico europeo, individuate nel Single Market Act I della Commissione europea del 13 aprile 2011.

In tale prospettiva, l'emanazione di regole chiare e specifiche sull'aggiudicazione dei contratti di concessione rappresenta una assoluta ed importante primizia a livello comunitario, tant'è che l'assenza di una apposita normativa europea era stata più volte denunciata, come ricordato anche nel primo considerando della direttiva, come causa di distorsioni nel funzionamento del mercato interno e di ostacolo alla libera fornitura di servizi, a tutto svantaggio degli operatori economici (principalmente le piccole e medie imprese) e delle stesse amministrazioni aggiudicatrici.

La nuova disciplina contenuta nella direttiva 2014/23/UE colma, quindi, una rilevante lacuna nell'ordinamento giuridico comunitario, che aveva indotto i legislatori nazionali e gli interpreti ad assoggettare le concessioni di lavori pubblici alle norme di base in materia di appalti stabilite dalla direttiva 2004/18/CE e le concessioni di servizi ai principi generali del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), con disparità di trattamento e divergenti interpretazioni evidenziate, a più riprese, dalla copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Pertanto, la direttiva 2014/23/UE è tesa ad incentivare lo sviluppo di forme di partenariato pubblico-privato, di cui le concessioni costituiscono lo strumento principe, attraverso l'individuazione di un quadro di regole uniformi da trasporre su scala nazionale allo scopo di armonizzare e semplificare le legislazioni dei singoli Stati membri, ancora troppo disomogenee tra loro.

Tra i profili di maggiore interesse della direttiva 2014/23/UE, che non si applica alle concessioni per le quali è stata già presentata un'offerta o che sono state aggiudicate prima del 17 aprile 2014 e, in ogni caso, a quelle il cui valore stimato sia pari o inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria attualmente fissata nell'importo di euro 5.186.000, fatta salve future revisioni ad opera della Commissione europea, si segnalano brevemente quelli di seguito indicati.

In primo luogo, perché possa ravvisarsi una concessione in base alle nuove disposizioni comunitarie, è necessario che in capo ad esso sia trasferito in modo effettivo e sostanziale il rischio operativo di natura economica legato alla gestione dei lavori e/o servizi oggetto del contratto.

Ne consegue, pertanto, che:

- i. il concessionario deve essere contrattualmente esposto al rischio di “non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzazione i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore” (cfr. diciottesimo considerando);
- ii. non può configurarsi come concessione e, quindi, rientrare nel campo di applicazione della direttiva, il contratto nel quale siano presenti clausole che abbiano l'effetto di eliminare il rischio operativo a carico del concessionario, ad esempio attraverso tariffe regolamentate o garanzie che permettano a quest'ultimo di recuperare la totalità degli investimenti e dei costi sostenuti a fronte dell'esecuzione del contratto (cfr. diciassettesimo e diciannovesimo considerando);
- iii. il rischio operativo deve essere inteso come rischio di esposizione reale alle fluttuazione del mercato, “comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi”, tale per cui “ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile” (cfr. art. 5);
- iv. ai fini dell'accertamento della effettiva sussistenza in capo al concessionario del rischio operativo, deve essere, altresì, “preso in considerazione in maniera coerente ed uniforme il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario” (cfr. ventesimo considerando).

Il legislatore europeo ha chiarito, inoltre, i parametri per calcolare il valore stimato di una concessione (cfr. art. 8), concetto che assume rilevanza non soltanto in funzione della verifica del superamento della anzidetta soglia di rilevanza comunitaria e, quindi, dell'assoggettabilità del contratto alla direttiva 2014/23/UE, ma anche ai fini dell'applicabilità di numerose specifiche disposizioni ivi contenute, quali quelle che stabiliscono:

- il regime giuridico applicabile in caso di concessione mista di lavori e servizi o di servizi e forniture non separabili tra loro (art. 20);
- la facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore di modificare il contenuto e, soprattutto, il valore della concessione durante il relativo periodo di efficacia, anche mediante l'affidamento di lavori e servizi supplementari in origine non inclusi nel contratto, per fronteggiare situazione impreviste e senza dover prima obbligatoriamente espletare una nuova procedura di aggiudicazione aperta alla concorrenza (art. 43).

Il valore stimato della concessione, “valido al momento dell'invio del bando di concessione o, nei casi in cui non sia previsto detto bando, al momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avvia la procedura di aggiudicazione della concessione”, è costituito dal fatturato totale del concessionario atteso per la durata del rapporto concessorio, al netto dell'IVA, generato quale corrispettivo dei lavori e dei servizi dedotti nell'oggetto del contratto, nonché delle forniture accessorie a tali lavori e servizi. Tale valore deve essere calcolato “secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti della concessione”, tenendo conto di una serie di elementi, tra cui a titolo esemplificativo: il valore di eventuali forme di opzione e di eventuali proroghe della durata della concessione; gli introiti derivanti dal pagamento, ad opera degli utenti, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto

dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore; i pagamenti o qualsiasi vantaggio finanziario conferito al concessionario in qualsivoglia forma dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore o da altre amministrazioni pubbliche ovvero da terzi per l'esecuzione della concessione.

Nella nuova disciplina viene, ancora, affermata la regola di matrice giurisprudenziale secondo cui la durata delle concessioni deve essere sempre limitata "al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato e restrizioni della concorrenza". Per le concessioni di durata superiore al quinquennio, la durata massima non può comunque mai superare il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere, in condizioni operative normali, che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati per eseguire i lavori e/o i servizi ed ottenga un ritorno sul capitale investito, tenuto conto degli specifici impegni contrattuali dallo stesso assunti per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo da praticare agli utenti (cfr. cinquantaduesimo considerando e l'art. 18).

La direttiva 2014/23/UE stabilisce, in ossequio ai consueti principi generali di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, una serie di garanzie procedurali minime e criteri di selezione che sovrintendono alla aggiudicazione delle concessioni, ispirati a consentire la massima partecipazione alla procedura competitiva anche ad opera delle PMI, alle quali, di regola, non può essere impedito di dimostrare il possesso dei requisiti richiesti dal bando facendo ricorso alla capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica di altri soggetti.

In tale contesto di regole, spicca l'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori di adottare opportune misure per prevenire, individuare e risolvere i conflitti di interesse insorti nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione delle concessioni, in modo da evitare distorsioni della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti i candidati e gli offerenti; conflitto di interessi che deve ravvisarsi in tutti i casi in cui il personale di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore che interviene nello svolgimento della procedura o può influenzarne il risultato "ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione della concessione" (art. 35).

Da ultimo, la direttiva in esame estende alle concessioni di lavori e/o servizi l'ambito di applicazione delle direttive 89/655/CEE a 92/13/CEE del Consiglio rispettivamente del 21 dicembre 1989 e del 25 febbraio 1992, le quali coordinano le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative alle procedure di ricorso in materia di affidamento degli appalti pubblici, allo scopo di assicurare un'idonea tutela giurisdizionale anche agli operatori economici che aspirino a vedersi aggiudicare le concessioni.