

## Appalti

# Concessioni, con il nuovo codice gara anche sul progetto di fattibilità

di Roberto Mangani

07 Febbraio 2023

Disciplinata in maniera organica anche anche l'ipotesi di revisione del contratto

---

Lo schema del nuovo Codice contiene - alla Parte Seconda, Titolo II - le disposizioni in tema di concessione relative al procedimento di gara, alle concessioni di importo inferiore alla soglia comunitaria e alla fase esecutiva. Queste disposizioni - analogamente a quanto visto in relazione alla Parte Prima - compiono una meritoria opera di sistematizzazione e di semplificazione della disciplina vigente, che rende più leggibili le regole che presiedono all'affidamento delle concessioni e alla relativa fase esecutiva.

Dal punto di vista sostanziale, le novità sono abbastanza limitate, e toccano profili specifici della disciplina.

### Procedimento di gara

Il procedimento di gara prende avvio con un bando che deve contenere tutti gli elementi indicati nell'Allegato IV.1, volti a identificare gli elementi essenziali della concessione in termini di oggetto, durata, etc. Va segnalata la previsione contenuta all'articolo 182, comma 5, che in realtà riprende quanto già indicato nell'attuale disciplina. È stabilito che il bando e la documentazione allegata devono recare contenuti tali da assicurare adeguati livelli di bancabilità - cioè la concreta possibilità di reperire sul mercato finanziario risorse proporzionate ai fabbisogni - la sostenibilità delle fonti di reperimento e la congrua redditività del capitale investito. In questo contesto, i bandi possono anche richiedere che le offerte siano corredate da manifestazioni di interesse dell'istituto finanziatore, che in questa fase non sembra tuttavia possano avere carattere vincolante. Si tratta di una previsione che fornisce una sorta di indicazione prescrittiva agli enti concedenti, affinché mettano in gara concessioni che hanno in sé una capacità di generare reddito idonea a consentire il reperimento delle necessarie risorse sul mercato finanziario. Una novità è costituita dall'articolo 185, comma 1, che consente di porre a base di gara anche il solo progetto di fattibilità, stabilendo che sia il concessionario a predisporre il successivo livello di progettazione. In realtà si deve ritenere che in questa ipotesi il concessionario debba provvedere alla redazione non solo del livello di progettazione immediatamente successivo, ma anche di più livelli, fino al progetto esecutivo.

I caratteri essenziali del procedimento in termini di requisiti dell'offerta e di quelli da richiedere ai concorrenti ricalcano le disposizioni vigenti. Così come viene ribadita la facoltà dell'ente concedente di limitare il numero di candidati o di offerenti, purché ciò avvenga secondo criteri oggettivi e con

modalità trasparenti e a condizione che tale numero sia comunque idoneo ad assicurare un'effettiva concorrenza (articolo 183, comma 4).

Le disposizioni sui criteri di aggiudicazione (articolo 185) sono più articolate – anche se sempre in termini essenziali – rispetto a quanto previsto dalla disciplina vigente. È stabilito che tali criteri devono essere oggettivi e tali da assicurare una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza. Tali criteri devono includere profili ambientali, sociali e relativi all'innovazione. Seppure viene riconosciuta una significativa discrezionalità all'ente concedente nel determinare e applicare tali criteri, gli stessi devono essere individuati e formulati in maniera tale da non attribuire una incondizionata libertà di scelta in capo all'ente concedente nella individuazione della migliore offerta. I criteri devono essere elencati nel bando nell'ordine decrescente di importanza agli stessi attribuito. È infine previsto che prima di assegnare il punteggio alle offerte, la commissione giudicatrice debba verificare l'adeguatezza e sostenibilità del piano economico-finanziario. Inoltre, il bando – con disposizione in realtà singolare - può prevedere che non siano resi noti i nominativi degli offerenti. Viene inoltre ribadito quanto già previsto dalle norme vigenti in relazione alla possibilità per l'ente concedente di negoziare i contenuti delle offerte con i singoli offerenti, a condizione che tale negoziazione non modifichi l'oggetto della concessione, i requisiti minimi stabiliti per l'offerta e i criteri di aggiudicazione (articolo 183, comma 7).

### **Le concessioni sottosoglia**

Nuova è la previsione contenuta all'articolo 187 relativa alle concessioni di importo inferiore alla soglia comunitaria. Per queste concessioni è consentito all'ente concedente di procedere mediante procedura negoziata senza preventiva pubblicazione del bando, con consultazione di un numero minimo di dieci concorrenti, se esistenti sul mercato. Gli operatori da invitare sono individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di fiducia, nel rispetto del criterio di rotazione. Si ripropone peraltro il tema legato al fatto che entrambi gli strumenti indicati – secondo le indicazioni più volte fornite dall'Anac – prevedono una fase di pubblicità, per cui si viene a creare una sorta di contraddizione rispetto alla possibilità di procedere con una procedura negoziata che non preveda pubblicità. Va evidenziato che il ricorso alla procedura negoziata senza bando rappresenta una mera facoltà dell'ente concedente, che resta libero di adottare le procedure ordinarie (aperta e ristretta).

### **Subappalto**

L'articolo 188 rinvia alla disciplina del subappalto contenuta all'articolo 119 per disciplinare i subappalti affidati dal concessionario. In realtà più che di subappalti si dovrebbe parlare più propriamente di subaffidamenti, nel senso che si tratta di tutte quelle prestazioni rientranti nell'oggetto della concessione che il concessionario affida a soggetti terzi. In questo contesto, va peraltro rilevato che non tutte le disposizioni contenute all'articolo 119, che riguardano il rapporto appaltatore-subappaltatore, sono del tutto conferenti in relazione al rapporto concessionario-subaffidatario. Occorrerà quindi adattare, nell'applicazione pratica, tali disposizioni alle specificità proprie di questo secondo rapporto, in modo da tener conto delle peculiari caratteristiche dell'istituto

concessorio, che si riflettono anche sulle modalità attraverso cui è possibile affidare a soggetti terzi l'esecuzione di determinate prestazioni oggetto del contratto di concessione.

### **Risoluzione e recesso**

L'articolo 190 dello schema di Codice si occupa della risoluzione e del recesso, introducendo – rispetto alle disposizioni oggi contenute all'articolo 176 del Dlgs 50 – una disciplina caratterizzata sicuramente da un maggior grado di sistematicità e anche da un uso più appropriato della terminologia giuridica. La facoltà in capo all'ente concedente di risoluzione della concessione è disciplinata all'articolo 190, comma 1, con disposizioni sostanzialmente analoghe a quelle ad oggi contenute nell'articolo 176, comma 1 del D.lgs. 50.

Tale facoltà è esercitabile in relazione a tre condizioni, che possono verificarsi anche in via separata:

- a) se la concessione in corso di esecuzione subisce una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di affidamento;
- b) se il concessionario doveva essere escluso dalla gara;
- c) se sia intervenuta una pronuncia della Corte di giustizia Ue che dia evidenza del fatto che la concessione è stata affidata in maniera illegittima, in quanto in violazione delle norme comunitarie. Anche la risoluzione per inadempimento, contenuta ai commi 2 e 3, riproduce sostanzialmente la disciplina vigente, anche se viene esposta in maniera più ordinata. Il comma 2 sancisce il principio generale secondo cui la risoluzione è disposta per inadempimento sia del concessionario – ipotesi che appare quella maggiormente riscontrabile nella pratica – che dell'ente concedente, secondo la disciplina generale dei contratti di cui all'articolo 1453 del codice civile. Viene però prescritto – e ciò costituisce una novità - che il contratto di concessione debba contenere, per il caso di inadempimento, una clausola penale di predeterminazione del danno con contestuale fissazione dei criteri di calcolo dell'indennizzo.

Mentre il comma 3 disciplina l'iter procedurale per l'ipotesi della risoluzione per cause imputabili al concessionario, riproducendo anche la possibilità per i soggetti finanziatori di indicare altro operatore che subentri nella concessione. Il comma 3 si occupa invece del recesso da parte dell'ente concedente, ipotesi che nella disciplina vigente è definita come revoca. Al di là di questa opportuna diversità terminologica, la disciplina resta sostanzialmente invariata, con la previsione di un indennizzo a favore del concessionario commisurato al valore delle opere realizzate, ai costi conseguenti al recesso, nonché a un indennizzo a titolo di mancato guadagno compreso tra il 2 e il 5 per cento degli utili previsti dal piano economico finanziario, secondo criteri che devono essere puntualmente indicati nel bando di gara e nel contratto (la misura dell'indennizzo è sensibilmente diversa da quella prevista dalla disciplina vigente, che fa riferimento al 10% del valore delle opere ancora da eseguire o, nel caso di opera collaudata, del valore dei ricavi previsti per gli anni residui di gestione).

### **Revisione della concessione**

L'articolo 192 contiene la novità più significativa, disciplinando in maniera organica la revisione del

contratto di concessione. In primo luogo viene definito il presupposto necessario affinché si possa procedere alla revisione: eventi sopravvenuti, straordinari e imprevedibili - incluse le modifiche normative e regolatorie - non imputabili al concessionario. Tali eventi devono aver alterato in maniera significativa l'equilibrio economico - finanziario dell'operazione. Ciò legittima il concessionario a richiedere la revisione del contratto, che deve comunque essere limitata a quanto strettamente necessario a ristabilire l'equilibrio iniziale e l'originaria allocazione del rischio. In sostanza la revisione non può e non deve costituire l'occasione per ridurre il rischio in capo al concessionario.

Inoltre, la revisione non deve alterare la natura della concessione o comportare modifiche sostanziali della stessa. Infine, nel caso di opere di interesse statale o finanziate con contributo a carico dello Stato per le quali non si è già previsto il pronunciamento del Cipess, la revisione è subordinata:

a) alla previa valutazione del Dipe presso la Presidenza del Consiglio;

b) al parere del Nars, emesso di concerto con la Ragioneria generale dello Stato.

È infine previsto, come norma di chiusura, che in caso di mancato accordo sui termini del riequilibrio economico-finanziario le parti possono recedere dal contratto, con conseguente diritto del concessionario di ricevere un indennizzo determinato secondo gli stessi parametri sopra visti per l'ipotesi di recesso dal contratto da parte dell'ente concedente. Si tratta di disposizioni opportune, che disciplinano per la prima volta le modalità di revisione delle concessioni, stabilendo condizioni da applicare uniformemente a tutti i casi e definendo nel contempo i limiti di praticabilità.

---

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]

Il Sole  
**24 ORE**