Il Consiglio di Stato ha reso il parere sullo schema di contratto standard per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato, trasmesso dal Ministero dell'economia e delle finanze.

<u>Consiglio di Stato, sezione I, parere 28 aprile 2020, n. 823 – Pres. Torsello, Est. Neri e Carpentieri</u>

Contratti pubblici – Schema di contratto standard – Partenariato pubblico privato – Parere

Il Consiglio di Stato ha reso il parere sullo schema di contratto standard per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato, trasmesso dal Ministero dell'economia e delle finanze (1).

(1) I. – Con il parere in rassegna il Consiglio di Stato si è espresso sullo schema di contratto standard per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato, trasmesso dal Ministero dell'economia e delle finanze, con relazione sottoscritta congiuntamente dal Ragioniere generale dello Stato e dal Presidente f.f. dell'Autorità nazionale anticorruzione.

II. – Il parere - dopo aver ricostruito l'oggetto dei quesiti formulati e avere svolto ulteriori considerazioni concernenti l'articolato e singole clausole dello schema di contratto - ha osservato quanto segue:

a) l'articolo 17, comma 25, lett. c), della legge 15 maggio 1997, n. 127, prevede che "*Il parere del Consiglio di Stato è richiesto in via obbligatoria: a) . . . b) . . . c) sugli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni predisposti da uno o più ministri*";
b) il partenariato pubblico-privato non rinviene una definizione ed una regolamentazione completa nelle fonti del diritto eurounitario. I principi cardine sono stati riconosciuti dalla Commissione europea a partire dal Libro verde del 30 aprile 2004 relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni che:
    b1) individua la ragione ispiratrice dell'istituto nella realizzazione di forme di cooperazione volte a garantire "*il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio*";

b2) indica fra i tratti comuni alle diverse strategie negoziali: la lunga durata del rapporto instaurato tra i *partner* pubblici e privati; il finanziamento del progetto a carico dell'operatore privato; la partecipazione di quest'ultimo a tutte le fasi di sviluppo del progetto; l'allocazione dei rischi "*in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi*";

c) la disciplina nazionale dell'istituto si rinviene nel codice dei contratti del 2006 e in quello del 2016:

c1) il codice del 2006 (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), all'art. 3, comma 15-*ter*, precisava che "*ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi*". Il codice quindi: non specificava gli elementi della categoria contrattuale; individuava un *genus* di contratti di partenariato caratterizzati dall'oggetto, rispetto alle varie *species* indicate all'interno della disposizione;

c2) il codice del 2016, nell'esercizio della delega di cui alla legge 28 gennaio 2016, n. 11, art. 1, comma 1, lett. ss), definiva il contratto in esame all'art. 3, comma 1, lett. eee), come il "*contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore*";

c3) l'art. 180, comma 8, del codice del 2016 prevedeva quindi che nella tipologia di contratti di partenariato pubblico-privato rientrano anche "*la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque*

altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti";

c4) la parte IV del codice regolamenta poi il modello negoziale in esame e, in particolare, disciplina i rapporti tra remunerazione delle prestazioni e rischio operativo, le procedure di affidamento e le modalità di finanziamento dei contratti di partenariato, ed enuclea alcuni degli strumenti applicativi nei quali concretamente si articola tale paradigma di collaborazione tra pubblica amministrazione e soggetti privati nella realizzazione e gestione di opere e servizi di pubblico interesse;

d) con riferimento alla natura giuridica del partenariato pubblico-privato contrattuale,

d1) il Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere, 1 aprile 2016, n. 855 (oggetto della News US, in data 4 aprile 2016, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti) ha osservato che il codice reca un archetipo generale del partenariato pubblico privato contrattuale di cui sono concreta declinazione "*la finanza di progetto, la locazione finanziaria di opere pubbliche, la concessione di costruzione e gestione, il contratto di disponibilità, nonché le figure di minor rilievo economico, ma di sicuro impatto sociale, del baratto amministrativo e degli interventi di sussidiarietà orizzontale quali forme di partenariato sociale. Si introduce così una disciplina quadro valevole, oltre che per le figure tipizzate, anche per figure atipiche, definite, nel comma 8 come "qualunque altra procedura di realizzazione di partenariato in materia di opere o servizi che presentino le caratteristiche" descritte nell'art. 180*";

d2) il Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere 29 marzo 2017, n. 755 (reso sullo schema di linee guida recanti "*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico-privato*"), ha ancora osservato che l'espressione indica un complesso fenomeno giuridico, di matrice europea, caratterizzato da una sostanziale equiordinazione tra soggetti pubblici e privati per la realizzazione di un'attività volta al conseguimento di interessi pubblici, in cui ai primi è attribuito il compito di individuare e selezionare gli interessi pubblici da tutelare e garantire e lo strumento economico, giuridico, finanziario più adeguato per poterli conseguire, oltre che la vigilanza e il controllo sul loro effettivo raggiungimento, mentre ai secondi è riconosciuto il diritto di ritrarre utilità, mediante la disponibilità o lo sfruttamento economico dell'opera, attraverso le ordinarie fasi della sua realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione. L'istituto è qualificabile come contratto atipico "*in cui le parti fissano nel modo ritenuto più idoneo e adeguato*

l'assetto dei propri rispettivi interessi in funzione del conseguimento dell'interesse pubblico individuato esclusivamente dalla parte pubblica";

d3) il collegio, condividendo i precedenti richiamati, rileva che l'espressione in esame "*non pare integrare una categoria giuridica in senso proprio - neanche dopo il nuovo Codice del 2016 – ma, secondo attenta dottrina, sarebbe nozione meramente descrittiva di istituti giuridici caratterizzati da alcuni elementi comuni*". In sostanza si tratta di un modulo procedimentale volto alla realizzazione di interessi pubblici che si avvale della collaborazione tra privati e amministrazioni e che si articola in schemi contrattuali tipici e atipici e "*lo scopo è quello di individuare finanziamenti alternativi a quelli tradizionali attraverso un rapporto di lunga durata e una corretta allocazione del rischio in capo ai privati, secondo le modalità individuate nel contratto*";

d4) il partenariato, come già evidenziato nel citato parere n. 755 del 2017, è uno strumento di cooperazione per l'effettiva ed efficace realizzazione degli interessi pubblici, che è attuativo del principio di solidarietà internazionale di cui all'art. 118, comma 4, Cost. e costituisce un rimedio significativo per il superamento di crisi finanziarie e di vincoli posti alla spesa pubblica. Tale modulo organizzatorio *"– in particolar modo nell'attuale periodo di grave crisi economica e finanziaria del Paese - se ben utilizzato può costituire un volano per la ripresa economica, soprattutto se assistito da un costante dialogo tra Stato, Regioni e enti locali, poiché idoneo ad assicurare l'utilizzo di risorse private nel settore pubblico con conseguentemente allentamento delle restrizioni di bilancio*";

e) nell'ambito del *genus* del partenariato pubblico-privato rientra, quindi, oltre alla finanza di progetto, alla locazione finanziaria, al contratto di disponibilità e all'affidamento a contraente generale, l'istituto della concessione che è anch'essa caratterizzata dal coinvolgimento del privato nella gestione dell'opera o del servizio, con l'obiettivo del soddisfacimento di un interesse pubblico predeterminato. In questa figura la ripartizione del rischio tra le parti costituisce l'elemento discriminante tra concessione e appalto pubblico;

f) con riferimento all'inquadramento giuridico dello schema di contratto in esame nel sistema normativo di riferimento, occorre osservare che:

f1) rientra nella competenza di carattere generale delle pubbliche amministrazioni, nei limiti dei propri fini istituzionali stabiliti per legge, il potere di elaborare e pubblicare schemi generali di contratto-tipo, accordi e convenzioni, allo scopo di orientare e dare uniformità alla prassi applicativa degli uffici;

f2) nella specifica materia dei contratti pubblici esiste una normativa di rango primario che regola in modo puntuale anche quello dell'adozione di linee

guida e contratti tipo, demandando tale compito all'Anac (art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016);

f3) nel caso di specie, lo schema è stato elaborato presso il Ministero dell'economia e delle finanze da un apposito gruppo di lavoro interistituzionale;

f4) al fine della individuazione dell'autorità proponente che provvederà alla successiva adozione ed emanazione del contratto tipo in esame, nella relazione illustrativa, si afferma che lo schema non ha carattere vincolante, ma rappresenta uno strumento di indirizzo per le pubbliche amministrazioni. Sembra quindi trattarsi di un mero contratto tipo ministeriale non vincolante che verrebbe adottato dal Ministero come supporto alle amministrazioni, aperto ad adesioni puramente volontarie, senza alcuna efficacia propria degli atti demandati in tale materia all'Anac dal citato art. 213;

f5) la competenza del Mef si giustifica per la finalità principale dell'iniziativa che consiste nell'assicurare la corretta collocazione delle operazioni sotto il profilo contabile e statistico, al fine di consentirne la classificazione "*off balance e di contabilizzare quindi il valore totale (parte pubblica e parte privata) come non generativo di nuovo debito e di nuovo deficit, con effetti positivi per la finanza pubblica*";

f6) qualora intenzione delle autorità richiedenti sia di dare vita a un contratto tipo ai sensi dell'art. 213 del codice dei contratti pubblici, sarà necessario che lo schema venga adottato dall'Anac. Nel caso in cui manchi l'adesione dell'Anac, l'atto in questione potrà rimanere un utile ausilio per le pubbliche amministrazioni che, tuttavia, non saranno obbligate a considerarlo quale contratto-tipo anche sotto il profilo delle relative conseguenze giuridiche;

f7) con riferimento al rapporto con le linee guida dell'Anac n. 9 del 2018, adottate ai sensi dell'art. 181, comma 4, del codice dei contratti pubblici, da coordinarsi con il vigente art. 216, comma 27-*octies*, del medesimo codice, le possibili discordanze tra lo schema del presente contratto e le linee guida devono essere risolte nell'ottica della leale collaborazione tra Ministero e Anac sia perché entrambe sono richiedenti il parere sia perché l'art. 181, comma 4, prevede che per l'adozione delle linee guida l'Anac debba sentire il Mef. In ogni caso, reputa il collegio che "*in un'ottica di efficienza e di economia dei procedimenti, valuterà il Ministero dell'economia e delle finanze se non sia il caso di rinviare ogni decisione ad un momento successivo al regolamento per evitare che si introducano disposizioni che potrebbero poi non essere coerenti con il citato regolamento*";

g) la particolare rilevanza dello strumento potrebbe ritenere opportuna una più intensa attività di coordinamento – la necessità di un coordinamento in materia emerge anche dalla istituzione della Cabina di regia ad opera dell'art. 212 del citato codice – con:
   g1) la Presidenza del Consiglio dei ministri, autrice della circolare 10 luglio 2019, recante "*criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'art. 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, della legge 28 dicembre 2008, n. 31*";
   g2) il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti che ha una competenza istituzionale in materia;
h) con una prima questione il Ministero pone due quesiti relativi all'esecuzione dei lavori e alla gestione dei servizi da parte di soggetti terzi e, in particolare: quando i soggetti terzi siano da qualificare come appaltatori rispetto al concessionario e quando, invece, debbano considerarsi subappaltatori e se il concessionario sia obbligato ad affidare agli appaltatori eventuali lavori oggetto del contratto attraverso procedure selettive concorsuali o se invece possa sceglierli con procedure semplificate, fermo il rispetto degli obblighi generali di trasparenza;
   h1) il dubbio deriva dal non perfetto coordinamento delle pertinenti disposizioni del codice, in quanto: l'art. 1, comma 2, lett. c), secondo il quale le disposizioni del codice si applicano ai lavori pubblici affidati dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, unitamente all'art. 164, comma 5, deporrebbe nel senso della necessità di selezionare i terzi appaltatori mediante procedura di gara; l'art. 174, comma 2, prevede che gli operatori economici indicano in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi, aprendo, dunque, alla possibilità che il concessionario possa scegliere liberamente sul mercato le imprese terze, subappaltatrici, per la realizzazione dell'opera e per la gestione del servizio. "*In quest'ottica il soggetto terzo chiamato a realizzare l'opera dovrebbe essere qualificato come appaltatore nei casi in cui il concessionario non sia qualificato; dovrebbe, invece, essere considerato un subappaltatore quando il concessionario già possegga i requisiti di qualificazione*";
   h2) un disallineamento si avrebbe anche nel raffronto tra l'art. 1, comma 2, lett. c), del codice, in base al quale si applicano le disposizioni del codice medesimo per l'affidamento di lavori da parte dei concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, e l'art. 164, comma 5, che limita le disposizioni applicabili per gli appalti di lavori affidati a terzi a quelle della Parte III e a quelle inerenti il subappalto, la progettazione, il collaudo e i

piani di sicurezza delle Parti I e II, prevedendo, nella sostanza, una procedura semplificata di selezione dell'appaltatore;

h3) secondo un orientamento dottrinale, l'art. 164 sarebbe riferibile alle "vecchie" concessioni, assegnate senza gara, mentre il subappalto (art. 174) dovrebbe applicarsi alle concessioni affidate in base al nuovo codice ad operatori economici "operativi". Il concessionario, secondo questa ricostruzione, assumendo il rischio operativo legato alla gestione delle opere o dei servizi, non può essere obbligato ad affidare i lavori o i servizi a terzi e, sotto un diverso aspetto, per garantire l'autonomia delle scelte imprenditoriali, se il concessionario dovesse decidere di avvalersi dell'opera di terzi, non dovrebbe essere costretto a selezionarli mediante gara;

h4) secondo il collegio, con riferimento alle concessioni già in essere ed aggiudicate in precedenza senza gara, occorre prevedere l'obbligo di indire regolare procedura di evidenza pubblica per la scelta degli appaltatori; essendo mancata la gara a monte per la scelta del concessionario, è necessario garantire la concorrenza a valle, prevedendo delle gare pubbliche per la scelta degli appaltatori;

h5) con riferimento ai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici e che sono stati scelti previo esperimento di gara pubblica, questi, per gli appalti di lavori affidati a terzi, sono tenuti all'osservanza delle disposizioni contenute agli artt. 164-178 del codice, nonché delle disposizioni di cui alle parti I e II del codice in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, purché non derogate dalla parte III. Tali concessionari, essendo stati scelti normalmente tramite gara e non rientrando tra le amministrazioni aggiudicatrici, potranno ricorrere al subappalto, più che all'appalto, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 174 del codice che richiama anche l'art. 30 destinato a individuare, tra l'altro, i principi generali cui si deve uniformare la disciplina degli appalti e delle concessioni;

i) con riferimento all'ulteriore quesito posto dal Ministero relativo alle modifiche del contratto standard e, in particolare, sulla compatibilità della clausola che prevede gli eventi non riconducibili al concessionario che consentono il riequilibrio del piano economico finanziario con il medesimo concessionario:

i1) l'art. 175 del codice introduce, al comma 7, una presunzione legale della natura sostanziale della modifica della concessione "*se almeno una delle seguenti condizioni è soddisfatta: a) la modifica introduce condizioni che, ove originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella*

accettata, oppure avrebbero consentito una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione; b) la modifica altera l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale; c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione; d) se un nuovo concessionario sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d)";

i2) lo schema di contratto si limita a rinviare all'art. 175 del codice, prevedendo alcune specificazioni;

i3) il collegio ritiene che "*in relazione a tale delicato profilo sia sommamente opportuno fare esclusivamente un rinvio alle disposizioni di legge, onde evitare che il sovrapporsi delle regole possa generare contenzioso*".

III. – Si segnala per completezza quanto segue:

j) sul PPP e sulla sua ripartizione (contrattuale – istituzionale) v. in dottrina R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 1876 ss.; sulle concessioni di lavori e servizi, id., 1761 ss.; sulla finanza di progetto id., 1896 ss.;

k) sul tema cruciale (esaminato anche nel parere in rassegna) del rischio e del piano economico finanziario si veda Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2029, n. 5022 (in *Foro it.*, 2019, III, 650, con nota di CORDOVA, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui: "*se nel procedimento di revisione o di aggiornamento del piano economico finanziario di un rapporto concessorio, alla proposta del concessionario non segue la determinazione del concedente e, pertanto, non interviene il suo consenso, riprendono efficacia i generali principî dell'azione amministrativa autoritativa*"; "*data l'elevatissima complessità del procedimento di revisione o di aggiornamento del piano economico finanziario di un rapporto concessorio, derivante dalla difficoltà di trovare un punto di equilibrio accettabile tra le richieste formulate dal concessionario e le esigenze di finanza pubblica sottese al corretto esercizio del rapporto di concessione, va respinta, per mancanza del requisito della colpa, la domanda di condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni per non aver proceduto tempestivamente all'approvazione del piano economico finanziario*". L'autore, nella nota citata, evidenzia, tra l'altro, che contratti e accordi pubblici, secondo la giurisprudenza di legittimità, si differenzierebbero per vari profili. Agli accordi amministrativi si applicano i principi civilistici (art. 11 l. n. 241 del 1990) delle obbligazioni e dei contratti solo in quanto compatibili. Alla stipula delle concessioni e alla successiva fase esecutiva, invece, per quanto non espressamente previsto nel codice dei contratti pubblici, si applicano le disposizioni civilistiche. Inoltre, gli accordi, ai sensi dell'art. 133, lett. a), c.p.a., identificano un caso di giurisdizione esclusiva che

assegna al giudice amministrativo le vertenze sia per la fase esecutiva che per i profili indennitari. Invece, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. b) e c), c.p.a., per i rapporti concessori competente a conoscere le controversie indennitarie è il giudice ordinario. Su questa base, la stessa giurisprudenza ha affermato che non può ricondursi all'art. 11 l. n. 241 del 1990, la convenzione per la concessione autostradale. Il Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, esamina altresì la problematica attinente all'aggiornamento e alla revisione del piano economico finanziario, le cui modalità di aggiornamento e di revisione sono indicate nella delibera CIPE 15 giugno 2007, n. 39, e che costituisce un allegato della convenzione nel quale sono indicati tutti gli elementi che concorrono alla determinazione delle tariffe e serve per definire esattamente i limiti del rischio economico del concessionario. Il piano deve essere aggiornato al termine di ciascun periodo regolatorio (cinque anni) e l'aggiornamento costituisce uno strumento per verificare l'eventuale necessità di riequilibrio della concessione attraverso l'aggiornamento, la riallocazione e la ridistribuzione delle poste più rilevanti nella gestione della concessione, per garantirne la sostenibilità finanziaria. Il piano, inoltre, può essere oggetto di revisione qualora si verifichino eventi straordinari che incidano sull'equilibrio economico finanziario del rapporto concessorio o qualora risulti necessario un nuovo programma di investimenti. La controversia decisa del Consiglio di Stato aveva tratto origine dall'inerzia dell'amministrazione concedente la quale, in un primo momento, non aveva provveduto sulle proposte di aggiornamento del piano presentate della concessionaria e, solo successivamente, nelle more del giudizio, aveva comunicato la necessità di procedere alla revisione di alcuni parametri. La quinta sezione precisa che i procedimenti sia di revisione che di aggiornamento del piano economico devono concludersi con un atto autoritativo del concedente. In presenza di un accordo col concessionario, l'intervento dell'amministrazione concedente è limitato all'approvazione dell'accordo, con decreto ministeriale. La questione giuridica sottesa è se sia necessario un atto di recepimento del contenuto concordato tra privato e pubblica amministrazione. Parte della dottrina ritiene che il provvedimento sia un mero atto esecutivo dell'accordo, il quale sarebbe già in grado di produrre effetti obbligatori tra le parti. Altra dottrina, invece, sostiene che la necessità di un qualsiasi provvedimento amministrativo implica sempre la riconducibilità ad un potere autoritativo. Pertanto, il provvedimento attuativo di un accordo dovrebbe essere considerato come espressione di un potere della pubblica amministrazione, con ogni conseguenza anche di ordine processuale. In ogni caso, il provvedimento che recepisca l'accordo produce effetti non solo nei confronti delle parti ma anche nei confronti di soggetti terzi. Secondo il collegio,

nel caso in cui le parti non pervengano ad un accordo, il procedimento dovrebbe concludersi con un atto decisorio del concedente. Pertanto, il mancato accordo tra concedente e concessionario, rispetto al piano economico finanziario, comporterebbe una reviviscenza dei principi dell'azione amministrativa autoritativa. Non sussisterebbe, quindi, una piena fungibilità tra gli strumenti consensualistici e quelli autoritativi in quanto l'accordo pubblico non rappresenterebbe uno strumento pienamente alternativo al procedimento amministrativo. Nel caso in cui non si riesca a giungere ad un accordo sul piano economico finanziario, spetterebbe al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con le altre amministrazioni competenti, adottare un provvedimento definitivo, perseguendo sempre l'interesse generale di garantire la funzionalità dell'infrastruttura autostradale e di tutelare la sicurezza della collettività. In questo modo, osserva tuttavia l'A., però, gli elementi economici e finanziari della concessione non risulterebbero più negoziati, ma verrebbero imposti da una parte soltanto. Il nuovo codice degli appalti (art. 165, 6° comma, d.lgs. n. 50 del 2016), che per ragioni temporali non si applicava alla fattispecie in esame, prevede che in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. Da ultimo, se il piano e la stessa convenzione hanno natura di accordo pubblico, deve applicarsi, ad essi, la disciplina stabilita dall'art. 11 l. n. 241 del 1990. Pertanto, si porrebbe il problema più generale dell'ammissibilità di modifiche unilaterali ad un accordo pubblico;

l) sui rapporti fra codice dei contratti e disciplina previgente cfr. Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 12 aprile 2018, n. 217 (in *Foro it*., 2018, III, 414, con note di richiami di CAVALIERI; *Appalti & Contratti*, 2018, fasc. 5, 108; *Guida al dir.*, 2018, fasc. 21, 86, con nota di PONTE), secondo cui: "*in materia di concessioni di servizi, il rapporto tra la disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici e le disposizioni contenute nelle discipline settoriali previgenti richiede una specifica valutazione, alla luce dei principî generali sulla successione delle leggi nel tempo*". Il codice dei contratti pubblici non ha operato il riordino delle discipline settoriali sulle concessioni di servizi previsto dalla legge di delega 28 gennaio 2016 n. 11. Nel caso specifico, assumeva rilievo la previsione, contenuta in una fonte regolamentare anteriore al nuovo codice dei contratti pubblici, di requisiti di ordine soggettivo più rigorosi rispetto a quelli richiesti dallo stesso codice per l'affidamento di una concessione di servizi. Il collegio sembra escludere direttamente la vigenza dei requisiti più restrittivi previsti da normative di settore precedenti al nuovo codice, ed elementi in questo senso sono sviluppati anche nel riferimento alla nullità delle clausole del bando che avessero stabilito cause di esclusione non previste dalla legge e alla conseguente ammissibilità del ricorso proposto contro l'esclusione, senza aver

impugnato immediatamente il bando. Va però precisato che il collegio ha affrontato la questione in una prospettiva diretta essenzialmente a stabilire se sussistessero ragioni di economia processuale per evitare il rinvio al primo grado;

m) per un'ampia casistica in materia di SIG e SIEG (in dottrina DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, 1767), Corte di giustizia UE, 28 gennaio 2016, C-50/14 (in *Foro it.*, 2016, IV, 142; *Guida al dir.*, 2016, fasc. 9, 104, con nota di CASTELLANETA; *Riv. trim. appalti*, 2016, 651), secondo cui, tra l'altro: "*Gli art. 49 e 56 Tfue devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, ad associazioni di volontariato, purché il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente a una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio*"; "*Qualora uno stato membro, che consente alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, autorizzi dette associazioni a esercitare determinate attività commerciali, spetta a tale stato membro fissare i limiti entro i quali le suddette attività possono essere svolte; detti limiti devono tuttavia garantire che le menzionate attività commerciali siano marginali rispetto all'insieme delle attività di tali associazioni, e siano di sostegno al perseguimento dell'attività di volontariato di queste ultime*". Il caso vagliato dalla pronuncia in epigrafe prende le mosse dall'iniziativa di un gruppo di esercenti dei servizi di taxi e autonoleggio, i quali contestavano il provvedimento con cui un'azienda sanitaria piemontese aveva disposto l'affidamento diretto in convenzione del servizio di trasporto dializzati a favore di alcune associazioni di volontariato. L'adìto Tar, dopo aver ricordato le disposizioni su cui si fonda l'attribuzione di un ruolo attivo, nell'ambito delle prestazioni sanitarie, alle associazioni di volontariato dotate di determinati requisiti (tra i quali l'assenza dello scopo di lucro e la marginalità dell'attività commerciale e produttiva eventualmente svolta), sollecitava i giudici di Lussemburgo a esprimersi sulla compatibilità con il diritto Ue del sistema di convenzionamento diretto con siffatte entità collettive, formulando quesiti sull'ammissibilità di tale *modus operandi* dell'amministrazione e su specifici risvolti applicativi. La pronuncia in epigrafe risponde alle questioni sollevate, precisando, tra l'altro, che il sistema di organizzazione del trasporto sanitario imperniato sull'affidamento diretto alle associazioni di volontariato apporta un contributo effettivo alla finalità sociale e ed è funzionale agli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio. Da queste premesse fa discendere che il servizio può essere affidato ad associazioni che esercitino anche attività commerciale, purché quest'ultima risulti ancillare rispetto al perseguimento della

loro attività di volontariato. Nella motivazione si richiama, inoltre, un'altra decisione in cui la corte ebbe ad affermare che la disciplina armonizzata degli appalti pubblici osta all'interpretazione di una normativa nazionale che vieti a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, quantunque siffatti soggetti siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato;

n) sulla differenza tra appalto e concessione si veda tra le altre Corte di giustizia CE, 15 ottobre, 2009, C-196/08 (in *Guida al dir*., 2009, fasc. 48, 95, con nota di BONURA, CARUSO; *Dir. e pratica amm*., 2009, fasc. 11, 48, con nota di ATZENI; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 2211; *Giur. it*., 2010, 1193, con nota di CARANTA; *Riv. amm*., 2009, 637, con nota di GUZZI; *Urbanistica e appalti*, 2010, 156, con nota di NICODEMO; *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2010, 251, con nota di FERRARI; *Giurisdiz. amm*., 2009, III, 769), secondo cui: "*la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi …. «Un appalto pubblico di servizi» ai sensi delle direttive 2004/18 e 2004/17 comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi …. Si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione*".