

OSSERVATORIO SUI CONTRATTI PUBBLICI E LA SOSTENIBILITÀ

AMBITO DI APPLICAZIONE OGGETTIVO DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

APPALTI, CONCESSIONI, CONTRATTI ATTIVI

22 MARZO 2022
ORE 11.00-12.15
EVENTO IBRIDO
c/o Baker McKenzie
Piazza Meda 3, Milano

RELATORI
MIRIAM ALLENA
Professore associato, Università Bocconi

FRANCESCO GOISIS
Professore ordinario, Università degli Studi di Milano

**ISCRIZIONE OBBLIGATORIA
PER PARTECIPARE IN PRESENZA**
www.unibocconi.it/eventi

L'incontro fa parte della serie di Seminari/webinar Public Contracts Workshop Academy organizzata dall'Osservatorio sui contratti pubblici e la sostenibilità - Centro GREEN, Università Bocconi.

1

Introduzione generale

Introduzione

Direttive 23/2014, 24/2014 e 25/2014

- Soggetti privati vs. Soggetti pubblici (organismo di diritto pubblico)
- Appalti vs. Concessioni (art. 164 ss., D.L.gs. 50/2016)
- Settori ordinari vs. Settori speciali (art. 114 ss., D.Lgs. 50/2016)
- Sopra soglia vs. Sottosoglia

1

In House Providing

In House Providing

Requisiti fondamentali per l'affidamento diretto

- controllo analogo

- fallimento del mercato

In House Providing

Art. 192, D.lgs. 50/2016

Ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche ...

In House Providing

Consiglio di Stato, sez. IV, 22/10/2021, n. 7093

In ambito amministrativo, l'affidamento diretto a una società *in house* è consentito a condizione che la società non sia terza rispetto all'ente affidante, fra socio pubblico controllante e società sussiste, infatti, una relazione interorganica e non intersoggettiva.

In House Providing

Consiglio di Stato sez. IV, 22/10/2021, n. 7093

La Corte di Giustizia (sin dalla sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*) ammette che, in caso di società partecipata da più enti pubblici, il controllo analogo possa essere esercitato in forma congiunta (sentenza 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA*) e che, inadeguati a tal fine i poteri a disposizione dei soci secondo il diritto comune, sia necessario dotare i soci di appositi strumenti che ne consentano l'interferenza in maniera penetrante nella gestione della società. Ciò non è precluso dall'[art. 11, comma 9, lett. d\), d.lgs. n. 175 del 2016](#), il quale ha introdotto il divieto per gli statuti delle società a controllo pubblico di “*istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società*”, atteso che tale norma è stabilita in relazione alle “*società a controllo pubblico*” disciplinate appunto dall'art. 11, e non è ripetuta nell'art. 16 dedicato invece alle società *in house*, la cui disciplina appare, quindi, speciale e derogatoria; pertanto, nel caso di società partecipata da più enti pubblici è consentito nell'ambito e ai fini dell'*in house* istituire organi speciali, come un comitato unitario per l'esercizio del controllo analogo (cfr. [Cons. di Stato, sez. V, 30 aprile 2018, n. 2599 e 16 luglio 2020](#), n. 8028).

In House

Consiglio di Stato sez. IV, 19/10/2021, n. 7023

Il primo presupposto per procedere mediante l'*in house* consiste nell'**obbligo di motivare le ragioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato**; tale condizione muove dal ritenuto carattere secondario e residuale dell'affidamento *in house*, che appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato "fallimento del mercato", rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine a "gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche", cui la società *in house* invece supplirebbe.

In house nelle concessioni

Art. 177, D.lgs. 50/2016

1. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7, 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. La restante parte può essere realizzata da società *in house* di cui all'[articolo 5](#), 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, ferme restando le altre disposizioni del presente comma, la quota di cui al primo periodo è pari al sessanta per cento.

2. Le concessioni di cui al comma 1 già in essere si adeguano alle predette disposizioni entro il 31 dicembre 2022. Le concessioni di cui al comma 1, terzo periodo, già in essere si adeguano alle predette disposizioni entro il 31 dicembre 2020.

3. La verifica del rispetto dei limiti di cui al comma 1 da parte dei soggetti preposti e dell'ANAC viene effettuata annualmente, secondo le modalità indicate dall'ANAC stessa in apposite linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Eventuali situazioni di squilibrio rispetto ai limiti indicati devono essere riequilibrare entro l'anno successivo. Nel caso di situazioni di squilibrio reiterate per due anni consecutivi, il concedente applica una penale in misura pari al 10 per cento dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica.

In house nelle concessioni

Corte costituzionale 23 novembre 2021, n. 218

Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'[art. 1, comma 1, lettera iii\), l. 28 gennaio 2016, n. 11](#) e dell'[art. 177, comma 1, d.lg. 18 aprile 2016, n. 50](#) (Codice dei contratti pubblici) che obbligano i titolari delle concessioni già in essere, non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, a esternalizzare, mediante affidamenti a terzi con procedura di evidenza pubblica, l'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture, relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro, nonché di realizzare la restante parte di tali attività tramite società *in house* o società controllate o collegate ovvero operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato, atteso che costituiscono una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine di garantire l'apertura al mercato e alla concorrenza.

In house nelle concessioni

Corte costituzionale 23 novembre 2021, n. 218

8.5.- Alla luce delle considerazioni svolte, si deve ritenere che la previsione dell'obbligo a carico dei titolari di concessioni già in essere, non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, di affidare completamente all'esterno l'attività oggetto di concessione - mediante appalto a terzi dell'80 per cento dei contratti inerenti alla concessione stessa e mediante assegnazione a società in house o comunque controllate o collegate del restante 20 per cento - costituisca una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine perseguito, in quanto tale lesiva della libertà di iniziativa economica, con la conseguenza dell'illegittimità costituzionale dell'[art. 177, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016](#) e dell'[art. 1, comma 1, lettera iii\), della legge n. 11 del 2016](#), per violazione degli [artt. 3](#), primo comma, e [41, primo comma, Cost.](#)

8.5.1.- L'irragionevolezza dell'obbligo censurato si collega innanzitutto alle dimensioni del suo oggetto: come detto, la parte più grande delle attività concesse deve essere appaltata a terzi e la modesta percentuale restante non può comunque essere compiuta direttamente. L'impossibilità per l'imprenditore concessionario di conservare finanche un minimo di residua attività operativa trasforma la natura stessa della sua attività imprenditoriale, e lo tramuta da soggetto (più o meno direttamente) operativo in soggetto preposto ad attività esclusivamente burocratica di affidamento di commesse, cioè, nella sostanza, in una stazione appaltante. Né vale in proposito osservare che resterebbero comunque garantiti i profitti della concessione, giacché, anche a prescindere da ogni considerazione di merito al riguardo, è evidente che la garanzia della libertà di impresa non investe soltanto la prospettiva del profitto ma attiene anche, e ancor prima, alla libertà di scegliere le attività da intraprendere e le modalità del loro svolgimento.

Al riguardo giova richiamare quanto affermato da questa Corte, secondo cui «[n]on è [...] contestabile che la garanzia posta nel primo comma [dell'[art. 41 Cost.](#)] nell'ambito circoscritto dai successivi due capoversi riguarda non soltanto la fase iniziale di scelta dell'attività, ma anche i successivi momenti del suo svolgimento; ed è ugualmente certo che, poiché l'autonomia contrattuale in materia commerciale è strumentale rispetto all'iniziativa economica, ogni limite posto alla prima si risolve in un limite della seconda, ed è legittimo, perciò, solo se preordinato al raggiungimento degli scopi previsti o consentiti dalla Costituzione» (sentenza n. 30 del 1965).

2

Contratti attivi vs. contratti passivi e Direttiva Bolkestein

Contratti esclusi

Art. 4, D.L.gs. 50/2016

- Tipologia contrattuale che, pur sottratta dall'ambito di applicazione del Codice, è tuttavia da questo espressamente considerata e regolamentata

Art. 4. (Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi)

L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei **principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.**

Concessioni demaniali e Direttiva Bolkestein

Consiglio di Stato, Ad. plen., nn. 17-18/2021

- Art. 12, par. 1, Direttiva 2006/123 : «Qualora il numero di **autorizzazioni** disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento»

L'art. 12 della Direttiva 2006/123 è applicabile al rilascio e al rinnovo delle concessioni demaniali marittime, con conseguente incompatibilità comunitaria della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata delle concessioni già rilasciate

Concessioni demaniali

Il contesto

- La disciplina di cui al Codice della navigazione (r.d. 30 marzo 1942, n. 327) e il «diritto di insistenza»
- La Direttiva Bolkestein e la procedura di infrazione n. 2008/4908
- Le proroghe automatiche delle concessioni in essere
- Corte di Giustizia, 14 luglio 2016 (C-458/14 e C-67/15), *Promoimpresa*:
 - le concessioni demaniali sono 'autorizzazioni' ai sensi dell'art. 12, Direttiva 2006/123
 - il regime di proroga *ex lege* delle concessioni aventi a oggetto risorse naturali scarse è illegittimo perché contrastante con la Direttiva 2006/123
 - ove la Direttiva 2006/123 non trovi applicazione (es. risorse naturali non scarse), il regime di proroga *ex lege* è illegittimo perché contrastante con l'art. 49 TFUE
- La legge di bilancio 2019 ha prorogato di ulteriori 15 anni le concessioni demaniali non ancora scadute (fino al 31.12.2033)
- L'ulteriore proroga delle concessioni in essere durante la pandemia
- La situazione di incertezza venutasi a creare e la giurisprudenza amministrativa
- Corte cost. n. 10/2021: illegittimità della legge regionale della Calabria che prevedeva una proroga delle concessioni demaniali in favore dei titolari delle concessioni
- Lettera di costituzione in mora dell'Italia da parte della Commissione Europea (2 dicembre 2020)

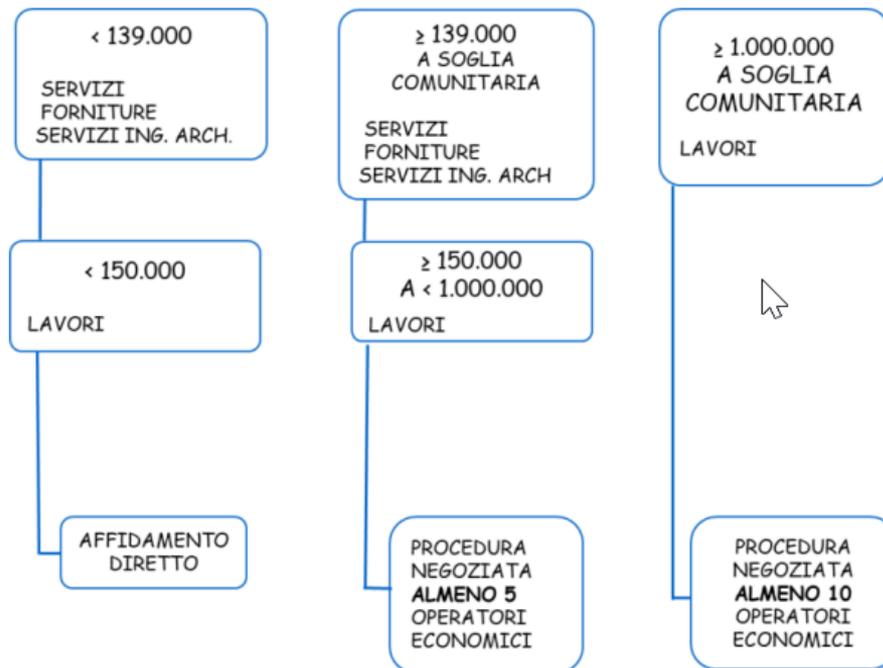
Concessioni demaniali, Direttiva Bolkestein e 'rete di protezione' delle situazioni in essere

- L'obbligo di disapplicazione (da parte delle amministrazioni, oltre che dei giudici) delle leggi di proroga opera a partire dal 31 dicembre 2023 (**modulazione degli effetti temporali**)
- Non opererà tra l'altro la giurisprudenza della Cassazione penale che ha qualificato i concessionari 'prorogati' come responsabili di occupazione abusiva
- La previsione di «***un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti***» e la tutela del legittimo affidamento: «***È compito del legislatore farsi carico di una disciplina che, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione e degli opposti interessi, sia in grado di contemperare le ormai ineludibili istanze di tutela della concorrenza e del mercato con l'altrettanto importante esigenza di tutela dei concessionari uscenti***» (rilevato dell'esperienza e del *know-how* professionale acquisito, anche in rapporto alle specificità del territorio)

3

Sottosoglia e trattativa private pura

Soglie dopo gli ultimi DL semplificazione



Trattativa privata pura e turbativa d'asta

- quali reati si rischiano se si induce la Stazione appaltante ad un affidamento diretto illegittimo?
- si rischia la turbativa d'asta, o solo l'abuso d'ufficio?

Trattativa privata pura e turbativa d'asta

Art. 353 bis, codice penale: Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il **procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente** al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032

Trattativa privata pura e turbativa d'asta

Cassazione Penale, sez. VI, 16 febbraio 2022, n. 5536

In tema di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-*bis* cod. pen.), nel caso di affidamento diretto da parte dell'amministrazione, il reato è configurabile quando la trattativa privata, al di là del nomen juris, preveda, nell'ambito del procedimento amministrativo di scelta del contraente, una "gara", sia pure informale, cioè un segmento valutativo concorrenziale.

Al contrario, il reato non è configurabile nelle ipotesi di contratti conclusi dalla pubblica amministrazione a mezzo di trattativa privata in cui il procedimento è svincolato da ogni schema concorsuale ovvero quando la decisione di procedere all'affidamento diretto sia essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte ad evitare la gara.

4

**Modifiche sostanziali come
affidamenti diretti**

Modifiche (anche della durata) come affidamenti diretti

- modifiche sostanziali
- modifica sostanziale come nuova aggiudicazione
- legittimazione al ricorso

Modifiche (anche della durata) come affidamenti diretti

Art. 106, co. 4, D.lgs. 50/2016

4. Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale ai sensi del comma 1, lettera e), quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 2, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

- a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati (o di offerenti - n.d.r.) diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;
- b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;
- c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;
- d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d).

Modifiche (anche della durata) come affidamenti diretti

Corte di giustizia dell'Unione Europea, 2 settembre 2021, cause riunite C-721/19 e C-722/19

1) Il diritto dell'Unione, e, in particolare, l'articolo 43, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che impone il rinnovo di un contratto di concessione senza una nuova procedura di aggiudicazione, in circostanze in cui esso è stato aggiudicato a un solo concessionario, mentre il diritto nazionale applicabile prevedeva che una tale concessione dovesse essere aggiudicata, in linea di principio, a più operatori economici, quattro al massimo, quando tale normativa nazionale costituisce l'attuazione di una clausola contenuta nel contratto di concessione originario che prevedeva l'opzione di un tale rinnovo.

2) Il diritto dell'Unione, e, in particolare, l'articolo 43, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2014/23, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che prevede, da un lato, che il rinnovo di una concessione sia deciso due anni prima della sua scadenza e, dall'altro, una modifica delle modalità di pagamento del corrispettivo finanziario dovuto dal concessionario, quali stabilite nel contratto di concessione originario, in modo da garantire allo Stato nuove e maggiori entrate di bilancio, quando tale modifica non è sostanziale, ai sensi dell'articolo 43, paragrafo 4, di detta direttiva.

3) L'articolo 43, paragrafo 4, della direttiva 2014/23 e l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, quale modificata dalla direttiva 2014/23, devono essere interpretati nel senso che un operatore economico può proporre un ricorso contro una decisione di rinnovo di una concessione per il fatto che le condizioni di esecuzione del contratto di concessione originario sono state sostanzialmente modificate, pur non avendo partecipato alla procedura di aggiudicazione originaria di tale concessione, a condizione che, nel momento in cui la concessione dev'essere rinnovata, possa dimostrare un interesse ad ottenere tale concessione.



Domande?