

**Baker  
McKenzie.**

# Trasferimento del rischio, PEF e sindacato giurisdizionale

Prof. Avv. Francesco Goisis

- *Ordinario di diritto amministrativo all'Università degli studi di Milano*  
*francesco.goisis@bakermckenzie.com*

# Il trasferimento del rischio come elemento essenziale della concessione

- Considerando 18 direttiva 2014/23/UE : *« Le difficoltà legate all'interpretazione dei concetti di « contratto di concessione » e di « appalto pubblico » hanno generato una costante incertezza giuridica tra i soggetti interessati e sono state oggetto di numerose sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea. Ne consegue che è necessario precisare meglio la definizione di concessione, in particolare facendo riferimento al concetto di « rischio operativo »*

# Il trasferimento del rischio come elemento essenziale della concessione

- XX considerando: si deve trattare del « *rischio di esposizione alle fluttuazioni di mercato che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta* ».
- Più nel dettaglio: « *Per rischio sul lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio sul lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda* ». Si deve comunque trattare di un rischio derivante « *da fattori al di fuori del controllo delle parti* ». Coerentemente, « *Rischi come quelli legati a una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o a cause di forza maggiore non sono determinanti ai fini della qualificazione come concessione, dal momento che rischi del genere sono insiti in ogni contratto, indipendentemente dal fatto che si tratti di un appalto pubblico o di una concessione* ».

# Il trasferimento del rischio come elemento essenziale della concessione

- considerando XIX, che il rischio può ben essere « *limitato sin dall'inizio* », come nel caso « *di settori con tariffe regolamentate o dove il rischio operativo sia limitato mediante accordi di natura contrattuale che prevedono una compensazione parziale, inclusa una compensazione in caso di cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore ovvero per cause di forza maggiore* ».

# Il trasferimento del rischio come elemento essenziale della concessione

- L'art. 5 direttiva 2014/23/UE : « *trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi* ».
- Si precisa poi che « *Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile* ».

# Il trasferimento del rischio come elemento essenziale della concessione

- Tale rappresentazione del rischio operativo appare in gran parte coerente con gli orientamenti della Corte di giustizia emersi prima della direttiva
- distanza tra posizioni dell'Eurostat (Decisione 11 febbraio 2004), che dava ampio rilievo anche al c.d. rischio di disponibilità, ossia al rispetto di standard qualitativi-quantitativi nella fornitura del servizio e messa a disposizione dell'opera

# Il trasferimento del rischio come elemento essenziale della concessione

- Corte eur. giust., 10 marzo 2011, causa C-274/09: « *il rischio di gestione economica del servizio deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato (v., in tal senso, sentenza Eurawasser, cit., punti 66 e 67), il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio (v., in tal senso, sentenze 27 ottobre 2005, causa C-234/03, Contse e a., Racc. pag. I-9315, punto 22, nonché Hans & Christophorus Oymanns, cit., punto 74) »*

# Il trasferimento del rischio come elemento essenziale della concessione

- **Parere della Commissione giuridica del 3 dicembre 2012 sulla proposta di direttiva al Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (COM(2011)0897 - C7-0004/2012 - 2011/0437(COD))** « *Il concessionario assume un rischio differente da quello dell'appaltatore, che non è limitato all'attuazione di un bene o un servizio in ottemperanza a determinati criteri quantitativi e qualitativi, bensì si estende all'effettiva profittabilità del lavoro e/o servizio. In tal modo, il concessionario è chiamato ad assumersi un rischio imprenditoriale qualificato relativo all'utilità offerta, in ultima analisi, a un soggetto diverso dall'ente concessorio: l'utente. Alla luce del fatto che i comportamenti degli utenti sono solo parzialmente prevedibili, ciò genera uno specifico rischio di mercato, derivante dalla trilateralità (concessionario-ente aggiudicatore-utente) del rapporto concessorio (cfr. Goisis: "Concessioni di costruzione e gestione di lavori e concessioni di servizi", IUS Publicum, giugno 2011, pagg. 2-9)* »

# Il trasferimento del rischio come elemento essenziale della concessione

- *1. Nei contratti di concessione come definiti all'[articolo 3, comma 1, lettere uu\) e vv\)](#), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'[articolo 3, comma 1, lettera zz\)](#) 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. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.*

# Il trasferimento del rischio come elemento essenziale della concessione

- zz) «rischio operativo», il rischio 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 cui all'[articolo 180](#). Si considera che l'operatore economico nei casi di cui all'[articolo 180](#) assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico nei casi di cui all'[articolo 180](#) deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile

# Il PEF come elemento essenziale per verificare a quali condizioni il rapporto con trasferimento del rischio di mercato può essere sostenibile

- *fff) «equilibrio economico e finanziario», la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento;*

# Consiglio Stato, V, 4/02/2022, n. 795

- *Affidamento in concessione delle attività di gestione e manutenzione dell'Autostrada A3 Napoli-Pompei-Salerno*
- A che condizioni è attendibile il PEF e come può essere sindacata tale attendibilità?

# Consiglio Stato, V, 4/02/2022, n. 795

- *Se la concessione si qualifica per il trasferimento del rischio operativo dal concedente al concessionario, il PEF è lo strumento mediante il quale si attua la concreta distribuzione del rischio tra le parti del rapporto, la cui adeguatezza e sostenibilità deve essere valutata dall'amministrazione concedente alla luce delle discipline tecniche ed economiche applicabili e sulla base delle eventuali prescrizioni che la stessa amministrazione ha dettato con la lex specialis della procedura per la selezione del concessionario.*

# Consiglio Stato, V, 4/02/2022, n. 795

- *Controllo che non si svolge secondo gli schemi propri del giudizio di anomalia dell'offerta nelle procedure d'appalto, il cui oggetto è comunque circoscritto sia per la (di regola) limitata durata nel tempo dell'affidamento, sia per l'assenza di uno specifico rischio operativo e della domanda in capo all'appaltatore. L'assunzione del rischio imprenditoriale da parte del concessionario, i limiti entro i quali tale assunzione è ammissibile e non compromette il proficuo svolgimento dell'attività affidata al terzo [la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria: art. 3, comma 1, lett. fff)], è l'oggetto delle valutazioni riservate all'amministrazione concedente.*

# Consiglio Stato, V, 4/02/2022, n. 795

- *le valutazioni svolte dal seggio di gara sono espressione di un tipico potere di valutazione tecnica, riservato all'amministrazione concedente e tendenzialmente insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, che nella fattispecie non ricorrono.*
- *va respinta anche l'istanza dell'appellante diretta a disporre una verifica per accertare l'erroneità delle assunzioni economico-finanziarie poste a base dell'offerta.*

# Conclusioni

- il PEF è in effetti essenziale per far sì che il concetto di trasferimento del rischio operativo in condizioni normali chiaramente previste in sede di aggiudicazione sia effettiva
- tuttavia, sindacato giurisdizionale debole
- una contraddizione?