

# Chiarimenti sull'istituto giuridico di concessione nella Direttiva 2014/23/UE

## Il rischio "operativo" nel rapporto concessorio

*di Maria Giuseppina Greco*

**Sommario:** 1. Premessa; 2. Chiarimenti sui tratti distintivi della concessione rispetto all'appalto; 3. Rischio "operativo"; 3.1. Obbligo dell'allocatione del rischio operativo sul concessionario; 3.2. Puntuale definizione di tale grandezza economica; 3.3 Indicazione delle modalità di assunzione del rischio operativo ; 4. Conclusioni.

### **1.Premessa**

Il legislatore europeo considerata la rilevanza assunta dal mercato degli affidamenti in concessione di lavori e servizi ha emanato una specifica direttiva sulle concessioni, prevedendo una disciplina normativa unitaria in ordine alle due tipologie di concessione,<sup>1</sup> finora soggette a regimi giuridici alquanto differenti.

La pubblica amministrazione ha tradizionalmente agito come soggetto appaltante di beni e servizi, pertanto, nel 2004, anno di emanazione delle precedenti direttive in materia di contratti pubblici, non era ancora emersa, con tale forza, l'esigenza di dare un *corpus* giuridico a una modalità di *procurement* che allora appariva marginale.

Con il passare degli anni, l'enfasi data al partenariato pubblico privato e la grave crisi economica nell'euro zona hanno generato un più frequente ricorso all'istituto giuridico in esame.

Tuttavia, l'inesistenza di una chiara definizione di concessione e di una adeguata regolamentazione di tale contratto pubblico ha inevitabilmente prodotto nel mercato incertezza giuridica.

---

<sup>1</sup> Dal combinato disposto dell'art. 1 e dell'art. 5 si evince che i due istituti giuridici sono soggetti alla stessa disciplina normativa.

Segnatamente, ai sensi dell'art. 1, parr. 1 e 2, la Direttiva stabilisce le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione indette da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori e "*si applica all'aggiudicazione di concessioni di lavori o di servizi ...*", ancora, la definizione di concessione, *ex* art. 5, par. 1, cit., fa riferimento sia alle concessioni di lavori sia alle concessioni di servizi e il predetto par. 2, art. 1 fa esplicita menzione delle due tipologie di concessioni.

La recente direttiva europea 2014/23/UE sull'aggiudicazione delle concessioni, approvata il 15 gennaio dal Parlamento a Strasburgo, il 12 febbraio dal Consiglio europeo, e pubblicata il 28 marzo sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, da recepire con legge nazionale entro il 18 aprile 2016, supera le suddette carenze definitore e regolatorie.

*In primis*, il legislatore europeo ha definito, in termini generali, la "concessione"; definizione non presente né nella Direttiva 2004/18/CE né nel Codice dei Contratti Pubblici (di seguito, per brevità, "Codice"). Ha poi definito in modo puntuale, senza più dunque inintelligibili rimandi alla definizione di "appalto",<sup>2</sup> la concessione di lavori e la concessione di servizi.

Nello specifico, per "concessioni" si intendono concessioni di lavori o di servizi, come definiti, rispettivamente, alle lettere (a) e (b) dell'art. 2, par. 1, dove si descrivono, per la prima volta, le caratteristiche proprie delle concessioni.

In particolare, la "concessione di lavori" è definita come un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto mediante il quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori affidano a uno o più operatori economici l'esecuzione di lavori, ove il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Invece, per "concessione di servizi" si intende un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto, mediante il quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori affidano a uno o più operatori economici l'erogazione e la gestione di servizi, diversi dall'esecuzione dei lavori di cui alla predetta lettera (a), ove il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

## ***2. Chiarimenti sui tratti distintivi della concessione rispetto all'appalto***

La prima necessità del legislatore europeo è stata quella di superare le incertezze interpretative del concetto di concessione rispetto al concetto di appalto, che avevano

---

<sup>2</sup> Nella Direttiva 2004/18/CE settori ordinari, le concessioni di lavori e le concessioni di servizi sono definite con dei rimandi alla definizione del contratto di appalto, segnatamente, come contratti che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori (di un appalto pubblico di servizi) ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori (dei servizi), consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera (i servizi) o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

generato incertezza giuridica tra i soggetti operanti nel mercato dei contratti pubblici e notevole contenzioso presso la Corte di giustizia Europea<sup>3</sup>.

La mancanza di una puntuale definizione di concessione e di una chiara linea di demarcazione tra il contratto di appalto ed il contratto di concessione, ha prodotto anche in Italia numerosi ricorsi giurisdizionali. Anche l'Autorità, a seguito di diversi esposti sulle procedure di gara, è stata chiamata a pronunciarsi in ordine alla preliminare questione della corretta configurazione giuridica del rapporto negoziale, al di là del *nomen iuris* dato dalla stazione appaltante.

La questione è stata di particolare rilievo riguardo alle gare bandite per esternalizzare l'erogazione dei servizi piuttosto che la realizzazione di lavori, atteso che il Codice prevede per la concessione di servizi una scarsa disciplina normativa, invero, la concessione di lavori è soggetta alla prescrizioni del D.Lgs. n. 163/2006.

Segnatamente, alle concessioni di lavori, definite dall'art. 3, co. 11, D.lgs. n. 163/2006 e disciplinate dal Capo II – “Concessioni di lavori pubblici”, Titolo III, Parte II, ai sensi del terzo comma dell'art. 142, si applicano le disposizioni del Codice.

Invero, le concessioni di servizi, ex art. 30, commi 1 e 3, sono soggette al “solo” rispetto dei principi desumibili dal Trattato e ai principi generali relativi ai contratti pubblici, in particolare: i principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

La scarsa disciplina delle concessioni di servizi è contenuta nell'art. 30, il quale prevede: (i) lo svolgimento di una gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi; (ii) l'applicazione delle disposizioni della parte IV, inerenti al contenzioso; (iii) l'applicazione delle disposizioni, in quanto compatibili, dell'articolo 143, comma 7, concernenti il piano economico finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione. Trova applicazione, infine, l'art. 29 inerente ai metodi di calcolo del valore stimato dei contratti pubblici.

Alla luce di quanto precede, è di tutta evidenza che le controversie sulla corretta configurazione giuridica dell'affidamento di servizi hanno posto il giudice amministrativo o l'Autorità innanzi a una delicata questione. Stabilire, infatti, che la

---

<sup>3</sup> Cfr. Considerando (18).

gara contestata avesse per oggetto l'affidamento di un contratto di "appalto di servizi" o di un contratto di "concessione di servizi" significava stabilire se lo stesso affidamento dovesse essere soggetto "in toto" alle prescrizioni del Codice o "semplicemente" conformarsi ai principi in materia di contrattualistica pubblica.

L'emanazione della direttiva concessioni ha già, dunque, dato soluzione alla suddetta questione.

Per la prima volta, infatti, anche l'affidamento in concessione di servizi da parte di amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori è oggetto di una corposa e articolata disciplina normativa, in linea con quella vigente per gli affidamenti nei appalti settori ordinari.

Ne consegue che anche le concessioni di servizi devono essere affidate mediante procedure di gara puntualmente regolamentate, con un più chiaro e sistematico quadro normativo a beneficio di un minor contenzioso, di una maggiore concorrenzialità, di una maggiore qualità dei servizi fruiti dalla collettività e di minori costi per la P.A..

La Direttiva sulle concessioni oltre a colmare la lacuna della mancanza di una disciplina unitaria per le due tipologie di concessione, ha fornito una più chiara risposta ad un controverso punto di domanda: la distinzione tra appalto e concessione.

In proposito, la Direttiva precisa che le concessioni sono contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici. Tali contratti hanno per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi attraverso una concessione il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo<sup>4</sup>.

Dunque, come già previsto nella direttiva appalti settori ordinari e nel Codice, e come indicato dalla Autorità,<sup>5</sup> appare evidente che la principale caratteristica - ed

---

<sup>4</sup> Cfr. Considerando (11).

Segnatamente, l'Autorità ha evidenziato che secondo le prescrizioni del Codice *il discrimen* tra la fattispecie giuridica dell'appalto e quella della concessione può essere individuato nel fatto che nel contratto di concessione il corrispettivo dell'erogazione del servizio consiste unicamente nel diritto di gestire il servizio, avendo come vantaggio la possibilità di esigere un prezzo dall'utenza, oppure in tale diritto accompagnato da un prezzo (v. artt. 3, comma 12 e 30, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006; si veda anche l'art. 1, n. 4 della direttiva 2004/18/CE e

elemento di differenziazione rispetto all'appalto - di una concessione è il diritto di gestire i lavori o i servizi.

### 3. Il "rischio operativo"

Con riferimento al tema in esame, preme rilevare che a seguito dell'emanazione della Direttiva concessioni è stato evidenziato un ulteriore elemento di differenziazione della concessione rispetto all'appalto.

Cristallizzando l'oramai consolidato orientamento della Corte di Giustizia e della giurisprudenza comunitaria in una norma di diritto, il legislatore europeo ha dato enfasi al concetto di "rischio operativo", elevandolo ad elemento idoneo a chiarire lo stesso concetto di concessione<sup>6</sup> e, dunque, capace di delineare più chiaramente i tratti distintivi di tale istituto giuridico rispetto all'appalto.

La Corte Europea e la giurisprudenza comunitaria (cfr., *ex multis*, la sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH) hanno generalmente riconosciuto il *discrimen* anche nel "fattore rischio" connesso all'incertezza del ritorno economico dell'attività di gestione, che nella concessione grava sul soggetto concessionario a fronte della richiesta di un prezzo all'utenza (cfr. Comunicazione Interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario, in GUCE del 29.04.2000, richiamata dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie, del 01.03.2002 n. 3944, rubricata "Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori").

Riguardo agli affidamenti di servizi, con riferimento all'assunzione dell'alea da parte dell'affidatario è stato espressamente chiarito che: "[...] per poter ritenere sussistente una

---

Tar Lombardia – Milano, Sez. III, n. 2580/2007) (si vedano, tra l'altro, le Deliberazione Avcp nn. 47/2011 e 22/2013).

In particolare, l'Autorità è più volte intervenuta sulla distinzione tra appalto di servizi e concessione di servizi (cfr. le Deliberazione Avcp nn. 47/2011 e 22/2013, cit.). Del resto, tra i compiti svolti dall'Autorità vi è quello di accrescere la chiarezza delle regole che sovrintendono al mercato dei contratti pubblici; peraltro, secondo il giudice di prime cure: "è indubitabile che, per l'autorevolezza del pronunciamento interpretativo, non solo le amministrazioni destinatarie dello stesso ma anche il giudice deve orientare la propria valutazione in merito al contenuto di tali deliberazioni considerandole quali fonti ... rispetto all'applicazione delle disposizioni comunitarie e nazionali in materia di affidamento di commesse pubbliche ...", atteso che: "non v'è dubbio ... che un orientamento che promani dall'Autorità, essendo quest'ultima preposta alla vigilanza sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare del settore dell'affidamento delle commesse pubbliche, costituisca una qualificata valutazione dotata di una attendibilità privilegiata" (Tar Lazio, Sez. II-quater, sentenza n. 6094/2013).

<sup>6</sup> Cfr. Considerando (18).

*concessione di servizi è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca il rischio di gestione che essa corre a carico completo o almeno significativo al concessionario [..]" (CGE sent. del 10.09.2009, n. C-206/2008).*

Sull'argomento anche la Corte di Cassazione ha osservato che *"la linea di demarcazione è netta [...] l'appalto pubblico di servizi, a differenza della concessione, riguarda di regola servizi resi alla pubblica amministrazione e non al pubblico degli utenti, non comporta il trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione, ed infine non determina, in ragione delle modalità di remunerazione, l'assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario"* (cfr. Cass. S.U., ord. n. 12252/2009).

L'Autorità, nelle Deliberazioni richiamate in nota 4, ha concluso sostenendo che nelle procedure di gara esaminate ricorrevano le caratteristiche della concessione di servizi, ex art. 30, D.Lgs. n. 163/2006, tenuto conto sia delle modalità con le quali il servizio di refezione scolastica veniva reso (in favore degli utenti) e del sistema di remunerazione previsto (il costo gravava sugli utenti, ancorché con corresponsione di una quota da parte della PA, quale ipotesi ammessa dal citato art. 30 del Codice) ma, anche, anticipando in tal modo l'attuale prescrizione del legislatore europeo, dell'assunzione di rischio di gestione in capo all'aggiudicatario (la remuneratività della gestione era legata ai livelli di utenza e in capo all'affidatario gravava il rischio dell'inadempimento degli utenti).

In particolare, sul punto, l'Autorità ha evidenziato che: *"il valore del servizio non è "predeterminabile, se non in via presuntiva, in quanto condizionato dalla domanda effettiva", pertanto, vi è assunzione del rischio di gestione in capo all'aggiudicatario. In altri termini, il concessionario non è in grado di procedere ad un calcolo preciso del flusso totale di utenti che usufruiranno di fatto del servizio e dunque, in ultima analisi, non è possibile all'affidatario determinare con certezza gli effettivi flussi di cassa derivanti dall'erogazione del servizio"*.

L'Autorità poneva in rilievo, pertanto, l'effettivo trasferimento del rischio operativo in capo al concessionario quale elemento di differenziazione della concessione rispetto all'appalto, inteso come "rischio di domanda" (sul "rischio di domanda" si veda, anche, la Determinazione Avcp n. 2/2010).

Con riferimento al "rischio operativo", si deve evidenziare che la direttiva introduce le tre seguenti novità.

### ***3.1.Obbligo del trasferimento del rischio operativo al concessionario.***

Il primo elemento di novità è rappresentato dall'esplicita previsione che l'affidamento di lavori o servizi in concessione implica il trasferimento al concessionario del "rischio operativo" legato alla gestione dei lavori o dei servizi (cfr. art. 5, co. 1, Direttiva concessioni, cit.).

Tale rischio ha natura economica e comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori nella gestione dei lavori o dei servizi in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore.

La rilevanza del concetto di "rischio operativo" si rinviene nei considerando, dove è esplicitamente chiarito che tale rischio deve essere trasferito *sempre* al concessionario.

In altri termini, è stato introdotto l'*obbligo* di trasferire al concessionario il "rischio operativo".

Del resto, l'applicazione di norme specifiche per la disciplina dell'aggiudicazione delle concessioni non sarebbe giustificata se l'amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore sollevasse l'operatore economico da ogni perdita potenziale, garantendogli un introito minimo, pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto<sup>7</sup>. Parimenti, nel caso la specifica regolamentazione settoriale eliminasse il rischio prevedendo una garanzia a favore del concessionario per il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti per la l'esecuzione del contratto<sup>8</sup>.

Diversamente, il fatto che il rischio sia limitato sin dall'inizio non dovrebbe escludere che il contratto si configuri come concessione.

Può essere questo il caso, per esempio, 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 maggior.<sup>9</sup> Così come alcuni accordi

---

<sup>7</sup> Cfr. Considerando (18).

<sup>8</sup> Cfr. Considerando (19).

<sup>9</sup> Cfr. Considerando (19).

remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore dovrebbero comunque essere qualificati come concessioni, se il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per l'esecuzione dell'opera o per l'erogazione del servizio dipende dall'effettiva domanda del servizio o del bene.<sup>10</sup>

### ***3.2. Puntuale definizione di tale grandezza economica.***

Il rischio operativo, nella sua definizione più generale, si configura come il rischio di perdite dirette o indirette derivanti da quattro categorie di fattori causali: 1. risorse umane: perdite derivanti da comportamenti del personale, quali errori, frodi, non rispetto di regole e procedure interne, incompetenza o negligenza, ecc.; 2. processi: malfunzionamenti di procedure interne o, caso molto comune, di lacune nel sistema dei controlli; 3. fattori esogeni: minacce ambientali, cambiamenti nel contesto legislativo, fiscale e monetario, ecc.; 4. tecnologia: tutto ciò che è correlato all'ICT, agli impianti, ecc. In altri termini, esprime la probabilità dell'azienda di ottenere risultati reddituali particolarmente positivi o negativi, di fronte a fluttuazioni dei volumi di vendita.

Nella direttiva, invero, il termine di rischio operativo non è utilizzato in tale accezione strettamente tecnica.

Difatti, il Considerando (20) chiarisce che il rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori dal controllo delle parti. Pertanto, rischi collegati ad una cattiva gestione, inadempimenti contrattuali dell'operatore economico o causati da forza maggiore non sono decisivi per classificare un contratto come concessione, di cui all'art. 5, par. 1, cit., poiché rischi del genere sono insiti in ogni contratto, a prescindere che sia un appalto pubblico o una concessione.

Nella disciplina in esame, cosa si debba puntualmente intendere per "rischio operativo" è stabilito al terzo capoverso dell'art. 5, par. 1.

Segnatamente, il "rischio operativo" comprende un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta oppure entrambi.

Per "rischio sul lato della domanda" si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi oggetto del contratto.

---

<sup>10</sup> Cfr. Considerando (18).



In altri termini, è il rischio che la domanda relativa ai lavori o ai servizi sia inferiore al livello previsto. Trae origine dalla variabilità della domanda non dipendente dalla qualità del servizio prestato dal concessionario ma da altri fattori quali, a titolo meramente esemplificativo, la concorrenza da parte di altri operatori che operano nel mercato di riferimento.<sup>11</sup>

Il “rischio sul lato dell’offerta”, invece, deve essere inteso come il rischio associato all’offerta dei lavori o servizi oggetto del contratto, in particolare, come il rischio che la fornitura di servizi non soddisfi la domanda.<sup>12</sup>

### ***3.3. Indicazione delle modalità di assunzione del rischio operativo***

Il terzo elemento innovativo è l’espressa indicazione di quando può esattamente considerarsi che il concessionario assuma tale rischio.

Secondo la direttiva, il concessionario assume 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.

Si precisa, altresì, che la parte del rischio trasferita al concessionario debba comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato, tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia meramente ipotetica o trascurabile.

Al riguardo, il Considerando (20), chiarisce che, al fine della valutazione del rischio operativo, dovrebbe essere preso in considerazione in maniera coerente ed uniforme il valore attuale netto dell’insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

## ***4. Conclusioni***

La definizione normativa di “rischio operativo” fornisce un ulteriore elemento per l’individuazione della più corretta configurazione giuridica del contratto in affidamento.

Ancora, evita che possa essere effettuata una diversa allocazione del rischio operativo, attenuandolo o persino eliminandolo, attraverso meccanismi che rimettano il rischio in capo allo stesso Ente concedente. In proposito, non si può

---

<sup>11</sup> Cfr. Considerando (20).

<sup>12</sup> Cfr. Considerando (20).

sottacere il continuo ricorso ad ogni tipo di *escamotage* per “liberare” il concessionario da tale rischio: si fa riferimento, ad esempio, ai tetti alle penali, alla richiesta di pagamenti per servizi mai resi, a forme di garanzia sugli introiti che coprono l’affidatario dall’effettivo rischio di non ripagare l’investimento o che gli assicurino un minimo sui costi di gestione.

In tal caso l’affidamento ricadrebbe, di fatto, nell’*alveo* dell’appalto, poiché l’aggiudicatario avrebbe in ogni caso una ragionevole *certezza* di conseguire un determinato guadagno o comunque di evitare il sostenimento di effettive perdite. L’allocazione del “rischio di domanda” e del “rischio di offerta” diverrebbe solo effimera “apparenza”.

In altri termini, non allocare, *di fatto*, il rischio operativo sul concessionario, al di là ogni considerazione sui profili erariali che ciò comporta, significherebbe in ultima analisi snaturare sia la stessa nozione di “concessione” ma, al contempo, lo stesso ruolo di “imprenditore”.<sup>13</sup> Del resto, nel nostro ordinamento giuridico, ai sensi dell’art. 2062 del Codice Civile, l’imprenditore è il soggetto che esercita professionalmente un’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, ossia, è colui che utilizza i fattori della produzione e li organizza nel processo produttivo a proprio rischio.

---

<sup>13</sup> Nella direttiva il “concessionario” viene definito come l’operatore economico a cui è stata aggiudicata una concessione e l’“operatore economico” come: “*una persona fisica o giuridica o un ente pubblico, o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi*”.