

I contratti pubblici di concessione: le modifiche apportate durante il periodo della loro validità e le condotte elusive della concorrenza

di Matteo Pignatti

Title: Concession contracts: modification of contracts during their term and conduct circumventing competition

Keywords: Concession contracts; Competition; Internal Market; Betting and gambling market.

1. – Il diritto dell'Unione Europea ed i suoi principi (quali la certezza del diritto, la non discriminazione, la trasparenza, l'imparzialità, la proporzionalità, il legittimo affidamento e la coerenza) trovano applicazione nel settore dei contratti pubblici al fine di garantire la parità di accesso e una concorrenza aperta ed effettiva nel mercato europeo dei contratti pubblici. Questi sono considerati elementi essenziali volti a consentire agli operatori economici di competere in condizioni di parità evitando distorsioni della concorrenza (si v. a titolo esemplificativo: Commissione UE, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, 27 gennaio 2011). Tale esigenza deve essere bilanciata con l'efficienza e la semplificazione delle procedure di scelta del contraente, il *best value for money* per l'amministrazione aggiudicatrice e gli eventuali obiettivi secondari che si intendono congiuntamente perseguire (es.: innovazione, sostenibilità ambientale e sociale).

La struttura del mercato di riferimento e gli ulteriori motivi di interesse generale ad esso connesse (come ad es. nel mercato dei "giochi d'azzardo": la prevenzione delle frodi e dell'incitamento dei cittadini a spese eccessive collegate al gioco), possono inoltre giustificare la previsione di vincoli nazionali volti a limitare le libertà definite a livello europeo (CGUE, 19 dicembre 2018, *Stanley International Betting Ltd and Stanleybet Malta Ltd v Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Dogane e dei Monopoli*, in C-375/17, p.to 43; CGUE 22 gennaio 2015, *Stanley International Betting Ltd e Stanleybet Malta Ltd v Ministero dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle Dogane e dei Monopoli di Stato*, in C-463/13, p.to 48; CGUE, *Digibet Ltd e Gert Albers v Westdeutsche Lotterien GmbH & Co. OHG*, p.to 23).

Tutti questi elementi incidono sulla strategia per la scelta del concessionario e, per conseguenza, sulla definizione delle condizioni di esecuzione della prestazione contrattuale.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE, 2 settembre 2021, *Sisal SpA, Stanleybet Malta Ltd, Magellan Robotech Ltd v Agenzia delle Dogane e dei*

Monopoli, Ministero dell'Economia e delle Finanze, in C-721/19 e C-722/19) fornisce ulteriori indicazioni sui contratti di concessione conclusi nel settore dei giochi d'azzardo ponendosi in continuità con le molteplici controversie che negli anni si sono susseguite nel settore (a titolo esemplificativo si v.: CGCE, 6 marzo 2007, nei procedimenti penali a carico di *Massimiliano Placanica* - C-338/04, *Christian Palazzese* - C-359/04, *Angelo Sorricchio* - C-360/04, ove, in relazione alla raccolta delle scommesse, veniva dichiarata incompatibile con il diritto europeo la previsione nazionale che esclude dal settore dei giochi di azzardo gli operatori costituiti sotto forma di società di capitali le cui azioni sono quotate nei mercati regolamentati; CGUE, 16 febbraio 2012, *Procedimenti penali a carico di Marcello Costa e Ugo Cifone*, in C-72/10, in cui veniva dichiarata incompatibile con il diritto europeo, la normativa nazionale sui giochi d'azzardo che impone una distanza minima da rispettare tra i punti di vendita delle scommesse, qualora essa miri a proteggere le posizioni commerciali degli operatori esistenti; CGUE, 22 gennaio 2015, *Stanley International Betting Ltd e Stanleybet Malta Ltd v Ministero dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle Dogane e dei Monopoli di Stato*, in C-463/13) ed in particolare in relazione alla gestione delle lotterie ad estrazione istantanea ed alle modifiche apportate ai contratti di concessione durante il periodo della loro validità.

La controversia ha ad oggetto le domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Consiglio di Stato nell'ambito di due controversie tra, da un lato, la Sisal SpA (in C-721/19) e la Stanleybet Malta Ltd e la Magellan Robotech Ltd (in C-722/19) e, dall'altro, l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli ed il Ministero dell'Economia e delle Finanze italiani (al procedimento sono altresì parte la Lotterie Nazionali Srl e la Lottomatica Holding Srl, già Lottomatica S.p.A.).

Oggetto della controversia era la conformità al diritto dell'Unione del provvedimento con cui nel corso del 2017 era stata rinnovata la concessione rilasciata nel 2010 alla Lotterie Nazionali per la gestione delle lotterie a estrazione istantanea.

La gara per la conclusione di contratti di concessione per la gestione, a livello nazionale, delle lotterie ad estrazione istantanea (gli avvisi erano pubblicati nella GUUE del 15 agosto 2009 e del 2 aprile 2010), per il periodo dal 1° ottobre 2010 al 30 settembre 2019, si concludeva con l'aggiudicazione a Lottomatica (del 5 agosto 2010 e alla quale la società "Lotterie Nazionali" è subentrata nei diritti) quale unico operatore economico che aveva presentato un'offerta.

La disciplina per la selezione del concessionario *rationae temporis* vigente (d.l. 1° luglio 2009, n. 78, art. 21, convertito con l. 3 agosto 2009, n. 102) disponeva che la gestione della raccolta delle scommesse di gioco doveva essere oggetto di una concessione aggiudicata a seguito di procedure aperte, competitive e non discriminatorie (al fine di garantire un gettito complessivo non inferiore a 500 milioni di euro per il 2009 e a 300 milioni di euro per il 2010, indipendentemente dal numero finale degli aggiudicatari).

Il contratto di concessione prevedeva una durata di nove anni, suddivisa in due periodi di cinque e quattro anni rispettivamente, a decorrere dal 1° ottobre 2010 (l'art. 4, par. I, del contratto di concessione, subordinava il secondo periodo "alla positiva valutazione dell'andamento della gestione da parte dell'Amministrazione concedente, da esprimere entro il primo semestre del quinto anno di concessione") unitamente alla possibilità di procedere, una volta sola, al suo rinnovo.

L'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (subentrata nei diritti dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, che aveva originariamente concluso il contratto di concessione), a seguito di domanda del concessionario (presentata il 26 luglio 2017), riteneva conforme all'interesse pubblico il rinnovo del contratto di concessione (comunicazione del 19 settembre 2017) e ne concedeva

il rinnovo (si v. comunicazione del 1° dicembre 2017) condizionandolo alle “nuove e maggiori entrate di bilancio per lo Stato”, che erano richieste dalla disciplina *medio tempore* introdotta (d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, art. 20, c. I, convertito con l. 4 dicembre 2017, n. 172). Tali condizioni prevedevano il pagamento anticipato del canone di 800 milioni di euro a favore del bilancio dello Stato (cfr. CGUE, C-721/19 e C-722/19, p.to 19 in cui si riportano che modalità di pagamento: “50 milioni di euro entro il 15 dicembre 2017, 300 milioni di euro entro il 30 aprile 2018 e 450 milioni di euro entro il 31 ottobre 2018, in luogo di due rate di 500 milioni e di 300 milioni di euro, prima della normale scadenza della concessione, il 30 settembre 2019”).

Tale provvedimento veniva impugnato da due operatori economici interessati a prendere parte all'eventuale nuova gara per la concessione (Sisal e Stanleybet) innanzi al giudice amministrativa italiano.

Il ricorso censurava la conformità al diritto UE della previsione nazionale che nel 2017 disponeva la prosecuzione del rapporto concessorio in essere (d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, art. 20, c. I, convertito con l. 4 dicembre 2017, n. 172, sulla base della circostanza che il precedente regime, di cui al d.l. 1° luglio 2009, n. 78, art. 21, convertito con l. 3 agosto 2009, n. 102, riservava all'amministrazione la possibilità di scegliere tra il rinnovo e l'avvio di una nuova procedura di gara) e si affermava l'avvenuta novazione del rapporto contrattuale, nella misura in cui le parti (due anni prima della scadenza naturale del contratto) concordavano termini di pagamento del canone diversi da quelli inizialmente previsti in detto contratto. Il ricorso veniva rigettato in primo grado (T.A.R. Lazio, Roma, II, 4 luglio 2018, n. 9730) ed in sede di appello, il Consiglio di Stato si interrogava sulla conformità delle modifiche introdotte dal legislatore italiano nel 2017 rispetto alle libertà garantite dall'ordinamento giuridico europeo (TFUE, artt. 49 e 56), alla disciplina in tema di modifica di contratti di concessione durante il periodo della loro validità (Direttiva 2014/23/UE, artt. 3 e 43), e decideva di rinviare alla Corte di Giustizia UE tre quesiti pregiudiziali (Cons. St., IV, 5 settembre 2019, n. 6101).

2. – La Corte di Giustizia UE, chiariva preliminarmente l'applicazione della disciplina delle modifiche sostanziali ai contratti in corso d'esecuzione (introdotta, per i contratti di concessione con direttiva 2014/23, il cui recepimento era previsto per il 18 aprile 2016) al rinnovo (disposto nel 2017) del contratto di concessione concluso a seguito di una procedura bandita nel 2009. In questo contesto, la Corte, conformemente ai propri precedenti, ritiene applicabile alle modifiche contrattuali la disciplina vigente al momento della loro introduzione anziché quella relativa al momento di indizione della procedura (cfr. CGUE, 18 settembre 2019, *Commissione UE v Repubblica Italiana*, in C-526/17, p.to 60; CGUE, 11 luglio 2013, *Commissione UE v Regno dei Paesi Bassi*, in C-576/10, p.to 54).

Nel merito, le controversie riguardano la decisione con cui è stato scelto di rinnovare la concessione esistente e di prorogarla di nove anni (facoltà prevista con d.l. 1° luglio 2009, n. 78, art. 21, c. IV, convertito con l. 3 agosto 2009, n. 102, e resa obbligatoria con d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, art. 20, c. I, convertito con l. 4 dicembre 2017, n. 172) sostenendo che l'estensione in questione comportasse delle modifiche sostanziali dell'originario contratto di concessione.

La Corte, nonostante non fosse oggetto di contestazione nel caso di specie, chiarisce che subordinare l'esercizio di un'attività economica (quale la gestione di determinati giochi di azzardo) al rilascio di una concessione costituisce un ostacolo alle libertà garantite dall'ordinamento giuridico europeo (cfr. TFUE, artt. 49 e 56), indipendentemente dall'utilizzo di una struttura giuridica che prevede un concessionario unico o più concessionari (CGUE, 19 dicembre 2018, *Stanley*

International Betting Ltd and Stanleybet Malta Ltd v Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, in C-375/17, p.ti 38 e 39) e richiama le eventuali giustificazioni che legittimano tali scelte (CGUE, 19 dicembre 2018, *Stanley International Betting Ltd and Stanleybet Malta Ltd v Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Dogane e dei Monopoli*, in C-375/17, p.to 43),

Oggetto di contestazione erano le modalità di rinnovo della concessione introdotte nel 2017. Queste avrebbero innanzitutto comportato il passaggio da un sistema in cui erano previsti più concessionari (d.l. 1° luglio 2009, n. 78, art. 21, c. IV, convertito con l. 3 agosto 2009, n. 102, in cui si prevedeva che “la gestione di queste attività è sempre affidata in concessione attribuita, nel rispetto dei principi e delle regole comunitarie e nazionali, di norma ad una pluralità di soggetti scelti mediante procedure aperte, competitive e non discriminatorie”) ad un modello a concessionario unico.

Ulteriori due profili di contestazione attenevano al momento in cui era stato disposto il rinnovo (due anni prima della sua scadenza) e alla modifica delle modalità di pagamento del corrispettivo finanziario dovuto dal concessionario (finalizzate a “garantire allo Stato nuove e maggiori entrate di bilancio” *ex* d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, art. 20, c. I, convertito con l. 4 dicembre 2017, n. 172).

Nel caso di specie risultava pacifico che il contratto di concessione conteneva fino dall'origine un'opzione di rinnovo delle concessioni inizialmente assegnate per un periodo di nove anni e che l'esercizio di tale opzione non richiedeva una nuova procedura di aggiudicazione dato che la previsione era stata prevista nei documenti iniziali di concessione sotto forma di clausole di revisione (in modo chiaro, preciso e inequivocabile). Inoltre, la disciplina UE, rende necessaria una nuova procedura di aggiudicazione della concessione ove le caratteristiche della concessione risultino sostanzialmente diverse da quelle originariamente previste ed in particolare ove siano introdotte condizioni che, se fossero prevalse nell'ambito della procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, o avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione, alterando l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario (Direttiva 2014/23/UE, art. 43).

Il Collegio chiariva quindi come la designazione di un unico concessionario per un ulteriore periodo di nove anni non derivava dalla modifica della normativa nazionale, ma era la conseguenza dell'esercizio dell'opzione prevista fino dall'origine (considerato che l'originaria procedura di gara aveva visto prendere parte un solo operatore economico e che tale scelta era già stata manifestata dall'amministrazione aggiudicatrice). Tale circostanza rende l'estensione conforme al diritto dell'Unione (CGUE, C-721/19 e C-722/19, p.to 44).

Ulteriormente veniva rilevato come il rinnovo anticipato non comportasse, di per sé, una modifica al contratto (non avendone alterate le condizioni) e la variazione delle modalità di pagamento del corrispettivo finanziario non incideva sull'importo (CGUE, C-721/19 e C-722/19, p.ti 51 e 52) ma costituiva una mera anticipazione del pagamento che secondo la Corte non pare comportare una alterazione dell'originario equilibrio contrattuale (CGUE, C-721/19 e C-722/19, p.ti 53 e 55).

Dal punto di vista processuale la Corte si esprime sul diritto, di un operatore economico che non aveva preso parte all'originaria procedura di aggiudicazione della concessione, ad accedere alle procedure di ricorso, in virtù della necessità di garantire l'accessibilità alle procedure di ricorso “a chiunque” (Direttiva CE 89/665, art. 1, par. III) abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa da una presunta violazione.

Il Collegio ha modo quindi di rilevare come, nel caso di specie, ai fini dell'accesso alla procedura di ricorso, assuma rilievo non la partecipazione all'originaria procedura di gara, ma l'interesse degli operatori economici all'applicazione della clausola di rinnovo in conformità della disciplina *ratione temporis* applicabile (CGUE, C-721/19 e C-722/19, p.to 65).

3. – La pronuncia della Corte di Giustizia fornisce lo spunto per una disamina delle peculiarità del contratto di concessione, nonché delle modifiche di tali forme contrattuali durante il periodo della loro validità e gli effetti distorsivi della concorrenza che tali condotte comportano.

Nell'ordinamento giuridico europeo, la contestuale necessità di ridurre l'incertezza giuridica che si creava nell'aggiudicazione dei contratti di concessione e garantire il rispetto dei principi europei posti a tutela del corretto funzionamento del Mercato Interno (Sulle possibili forme di elusione della concorrenza nei contratti di concessione si v. P. Rory Macmillan, *Competition for-the-market: enforcement issues with concession contracts*, 2019, in [one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2019\)12/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2019)12/en/pdf); M. Clarich, *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 42 e s.), aveva portato nel 2014 all'approvazione di una autonoma Direttiva volta a coordinare gli ordinamenti giuridici nazionali (Direttiva 2014/23/UE. Già nel 1991, con la proposta di Direttiva in materia di appalti pubblici di servizi - Commissione CE, *Proposal for a Directive relating to the Coordination of Procedures on the award of public service contracts by the service directive*, COM(90)72 -, si proponeva di estendere il campo di applicazione di tale disciplina anche alle concessioni di servizi. Tale previsione venne modificata a causa delle sensibili differenze tra gli Stati membri relative agli strumenti giuridici utilizzati in materia).

Il contratto di appalto pubblico viene comunemente distinto dal contratto di concessione in ragione della natura della controprestazione in favore dell'operatore economico privato ed al rischio operativo che dovrebbe gravare in capo al concessionario (F. Goisis, *Concessioni di costruzione e gestione di lavori e concessione di servizi*, 2011, in *Ius Publicum Network Review*, www.ius-publicum.com, ove si evidenzia come il diritto europeo abbia fatto superare la distinzione fondata sull'unilateralità della concessione contrapposta alla contrattualità dell'appalto pubblico. Per ulteriori approfondimenti nell'ordinamento giuridico italiano: cfr. R. Cavallo Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998; D. Sorace, C. Marzuoli, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. Discipline Pubblicistiche*, III, 298; M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981. In giurisprudenza: C.G.C.E., 18 luglio 2007, *Commissione CE v. Repubblica Italiana*, in C-382/05, p.ti 30 e 34; C.G.C.E., 11 giugno 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik v AOK Rheinland/Hamburg*, in C-300/07, p.to 72; C.G.C.E., 20 ottobre 2005, *Commissione CE v. Repubblica francese*, in C-264/03, p.to 36, C.G.C.E., 18 gennaio 2007, *Auroux*, in C-220/05, p.to 40). Nel contratto di concessione il corrispettivo per i lavori eseguiti o i servizi prestati consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o il servizio percependo dagli utenti un pagamento per l'utilizzo dell'opera o la fruizione del servizio, mentre nell'appalto pubblico l'aggiudicatario è direttamente remunerato da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (cfr. Direttiva UE 2014/23, art. 5. Cfr. anche: Commissione UE, 29 aprile 2000, 2000/C 121/02, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni di diritto comunitario*, In giurisprudenza: C.G.C.E., 7 dicembre 2000, *Telaustria*, in C-324/98,

p.to 58, C.G.C.E., 30 maggio 2002, *Buchhändler-Vereinigung*, in C-358/00, p.ti 27-28; C.G.C.E., 18 luglio 2007, *Commissione CE v. Italia*, in C-382/05, p.to 34; C.G.C.E. 13 ottobre 2005, *Parking Brixen*, in C-458/03, p.to 30 e C.G.C.E. 13 novembre 2008, *Commissione CE v. Italia*, in C-437/07, p.to 29; C.G.U.E., 10 novembre 2011, *Norma-A SIA e Dekom SIA v. Latgales planošanas regions*, in C-348/10, p.ti 41, 42 e 43. In dottrina cfr.: G. Corso, F. Satta, *Le procedure di affidamento*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di) *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, IV, 2851; B. Raganelli, *La concessione di lavori e di servizi*, cit., 985; M. Dischendorfer, *Service concessions under the E.C. Procurement Directives: a note on the Telaustria case*, in *P.P.L.R.*, 2001, NA57-63).

Nel contratto di concessione, la modalità di remunerazione dell'operatore economico non sono di per se sufficienti a qualificare un contratto come "concessione", ma costituiscono un mero elemento da cui è possibile far derivare l'imputazione a carico dello stesso dei rischi di gestione dell'opera o del servizio e la riconducibilità allo stesso soggetto della responsabilità relative all'esecuzione dell'opera ed alla gestione dell'opera o del servizio (Commissione UE, 29 aprile 2000, 2000/C 121/02, cit., in cui si chiarisce come la responsabilità del concessionario si estende agli aspetti tecnici, gestionali e finanziari dell'opera. Cfr.: C.G.C.E. 13 ottobre 2005, *Parking Brixen* in C-458/03, p.ti 40 e 43, in cui la Corte qualifica come concessione di servizi il contratto in cui la remunerazione del prestatore proveniva da pagamenti effettuati dagli utenti di un parcheggio pubblico; C.G.C.E., 6 aprile 2006, *ANAV*, in C-410/04, p.to 16, in cui la Corte ritiene sussistere una concessione di servizi ove il trasporto pubblico locale sia "finanziato, almeno in parte, attraverso l'acquisto di titoli di trasporto da parte degli utenti"; C.G.C.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, in C-324/07, p.to 24, in cui la Corte ritiene che costituisca una concessione di servizi il contratto di gestione della rete di teledistribuzione ove il concessionario è remunerato dai pagamenti effettuati dagli utenti della rete di cui trattasi una concessione di servizi; C.G.C.E., III, 10 settembre 2009, *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden v. Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, p.to 55 in cui la Corte non ha ritenuto sufficiente che la remunerazione del concessionario sia avvenuta attraverso strumenti di diritto privato e non di diritto pubblico per qualificare un contratto come concessione; C.G.U.E., 10 marzo 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler v. Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau* in C-274/09, p.ti 26 e s., relativa ad un contratto di concessione in cui la remunerazione del prestatore di servizi di soccorso non è garantita dall'amministrazione aggiudicatrice che ha aggiudicato il contratto in questione, ma dai corrispettivi d'uso che esso è autorizzato ad esigere, secondo la legge bavarese, presso gli enti previdenziali i cui assicurati hanno usufruito dei servizi di soccorso o ancora presso le persone assicurate privatamente e quelle non assicurate che hanno fruito di tali servizi. In dottrina: A. Brown, *Incorrect categorisation of a tramway contract as a works concession by an Italian municipality: Commission v. Italy (C-437/07)*, in *PPLR*, 2009, NA55-58). La reale sussistenza di rischi di gestione in capo all'operatore economico concessionario deve essere valutata tenendo conto delle peculiarità di ogni singolo contratto prendendo in considerazione l'insieme degli elementi e clausole previste al suo interno (quali la durata del contratto di concessione, l'importo delle tariffe applicate agli utenti, lo svolgimento di determinate attività connesse all'oggetto del contratto direttamente da parte del concessionario, l'attribuzione di poteri e delle relative responsabilità in capo al soggetto privato. In giurisprudenza cfr.: C.G.C.E., 26 aprile 1994, *Commissione CE v. Italia*, in C-272/91, p.ti 7/11 e 24; C.G.C.E., 18 luglio 2007, *Commissione CE v. Italia* in C-382/05, p.to 30). Il contenuto del "rischio" posto in

capo all'operatore economico privato assume quindi una propria rilevanza nella distinzione tra appalto pubblico e contratto di concessione (C.G.U.E., 10 novembre 2011, *Norma-A SIA e Dekom SIA v Latgales planošanas regions*, in C-348/10, p.ti 44, 45 e 49 in cui la Corte, nel precisare il principio in esame, esclude che “rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico” rilevino per qualificare un contratto come appalto pubblico o come concessione. M. Burnett, *A New EU directive on Concessions – the right Approach for PPP?*, in *EPPPL*, 2008, 107) e può comunemente essere parificato all'esposizione dell'operatore economico (concessionario) “all'alea del mercato, il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori” (C.G.C.E., III, 10 settembre 2009, *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden v. Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, p.ti 66 e 67; C.G.U.E., 10 novembre 2011, *Norma-A SIA e Dekom SIA v Latgales planošanas regions*, in C-348/10, p.to 48. Sul punto, nell'ordinamento giuridico italiano cfr.: Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, Determinazione 11 marzo 2010, n. 2 in tema di *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici.*, in cui il rischio di gestione viene messo in relazione “alla tendenziale capacità dell'opera di autofinanziarsi, ossia di generare un flusso di cassa derivante dalla gestione che consenta di remunerare l'investimento effettuato”).

La disciplina europea riconosce che il diritto di gestire l'opera o il servizio possa essere accompagnato da un prezzo, quale compensazione economica giustificata dalla natura del servizio ovvero al fine di amministrare i prezzi delle prestazioni al pubblico. Ciò può verificarsi ove l'amministrazione imponga l'applicazione di una tariffa inferiore a quella di mercato, riducendo il pieno sfruttamento economico della gestione da parte del concessionario (a titolo esemplificativo nel settore dei servizi pubblici, ove l'attività di erogazione del servizio è caratterizzata da un assoggettamento ad un potere pubblico). La scelta della concessione quale strumento maggiormente idoneo per assicurare la prestazione di un determinato servizio agli utenti, deve essere effettuata, dall'amministrazione aggiudicatrice, tenendo conto della necessità di trasferire “integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio nel quale essa incorre” (C.G.U.E., 10 novembre 2011, *Norma-A SIA e Dekom SIA v Latgales planošanas regions*, in C-348/10, p.to 50; C.G.C.E., III, 10 settembre 2009, *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden v. Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, p.to 77, in cui si ritiene che ove la remunerazione del prestatore provenga esclusivamente da soggetti terzi è sufficiente per poter ritenere sussistente una concessione di servizi. In dottrina: C. Risvig Hansen, *Defining a Service Concession Contract Will the Proposed New Definition of Service Concession Contracts Increase Legal Certainty in the Field of Concessions?*, in G. S. Olykke, C. Risvig Hansen, C. D. Tvarnø (a cura di) *EU Public Procurement. Modernisation, Growth and Innovation*, Copenhagen, 2012, 241, ove l'autrice chiarisce la necessaria correlazione tra il rischio che viene trasferito in capo al concessionario e l'oggetto della prestazione contrattuale; P. Wang, *Public-Private Partnerships under the EU Public Procurement Rules*, in C. Tvarnø (a cura di) *PPP – An International Analysis in a Legal and Economic Perspective*, 2010, Asia Link, 133; U. Neergard, *Public service concessions and related concepts – the increased pressure from Community law on Member states' use of concessions*, in *PPLR*, 2007, 387; D. McGowan, *Concession – Rescue, Risk and Remuneration: A Note on Privater Rettungsdienst v. Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau* (C-274/09), in *PPLR*, 2011, NA128-NA131). In tale contesto, il trasferimento dei rischi in capo ad un soggetto privato rende le concessioni uno strumento molto conveniente di realizzare progetti di interesse pubblico ricorrendo a capitali e competenze tecniche

di soggetti privati per integrare risorse pubbliche esigue.

Ulteriore profilo che deve essere preso in considerazione per distinguere un contratto di appalto pubblico da una concessione attiene aspetti di tipo soggettivo. La trilateralità del rapporto che si viene a creare nel secondo caso in una concessione non si limita infatti a porre in relazione l'operatore economico che ha ottenuto la concessione con l'amministrazione aggiudicatrice, ma individua i destinatari della prestazione negli utenti e non nell'ente concessorio legittimando i primi a far valere nei confronti del concessionario gli obblighi che questo ha assunto verso la pubblica amministrazione (in dottrina: R. Cavallo Perin, *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in *Dir. amm.*, 1994, 113-123; Id., in G. Pericu, A. Romano, V. Spagnolo Vigorita (a cura di), *La Concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 187-199).

Appare evidente la rilevanza della durata contrattuale all'interno del contratto di concessione. Tale elemento si riflette direttamente sulla possibilità per il concessionario di coprire gli investimenti sostenuti per realizzare un'opera o gestire un servizio mediante la richiesta del pagamento di una tariffa agli utenti (quale elemento dell'equilibrio economico-finanziario del contratto). Nello stesso tempo una errata definizione della durata del contratto può comportare un aggravio dei rischi posti in capo al concessionario o creare posizioni dominanti all'interno di uno specifico mercato.

Se la disciplina europea introdotta nel 2014 ha cercato di definire elementi comuni, le attuazioni negli ordinamenti giuridici nazionali paiono caratterizzate dal garantire una disciplina semplificata (rispetto a quella dei contratti di appalto pubblico).

In Italia, si è prevista una disciplina uniforme per la scelta del concessionario (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, artt. 164-178) che in precedenza risultava differenziata per le concessioni di lavori e quelle di servizi. La disciplina delle modifiche ai contratti di concessione durante la loro efficacia (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 175; si v. l'art. 106 per i contratti di appalto pubblico) è stata integrata con le precedenti previsioni relative alle varianti in corso d'opera (Regio Decreto 18 novembre 1923, n. 2440, art. 11; d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 132, c. IV; A.N.AC, comunicato 23 marzo 2021, *Indicazioni interpretative sull'articolo 106, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i., in merito alle modifiche contrattuali fino a concorrenza di un quinto dell'importo del contratto*).

In Francia, il testo posto approvato (Ordonnance n° 2016-65, 29 gennaio 2016, successivamente modificato dall'art. 40, loi n° 2016-1691, 9 dicembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*; cfr. anche il decreto attuativo: Décret, 1° febbraio 2016 n°

2016-86) ha consentito di riordinare e rendere maggiormente coerente la disciplina normativa in materia al fine di favorire maggiori investimenti da soggetti giuridici privati (si v. *Fiche d'impact*, in www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/Files/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/fiches-d-impact/fiches-d-impact-ordonnances/2016/fi_einm1527673r_17_11_2015.pdf). In tale contesto, nell'ordinamento giuridico francese va oltre il precedente regime giuridico duale della concessione di lavori e della *délégation de service public* (instaurata con la loi "Sapin", loi. 29 gennaio 1993, n. 93-122).

Le misure adottate in Belgio (circa le misure relative ai contratti di concessione si v. Royal Decree 25 giugno 2017) hanno richiesto una successiva integrazione per fare fronte a problemi applicativi della disciplina attuativa delle direttive europee del 2014 (siv. Le integrazioni apportate dal Royal Decree del 15 aprile 2018, relativo ai contratti di concessione e ai contratti di appalto; in dottrina, per una analisi dell'attuazione delle tre direttive UE, si v.: S. Van Garsse,

Procurement and Concession Law in Belgium State of Play and Particularities, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2018, 293-300).

La Grecia ha distinto l'attuazione nazionale della disciplina degli appalti pubblici (l. n. 4412 del 2016) dai contratti di concessione (l. n. 4413 del 2016) armonizzando la disciplina dei contratti pubblici, con una prima disciplina ad evidenza pubblica anche per i contratti di concessione.

In Germania è stata creata una apposita disciplina sull'aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori e servizi (*Konzessionsvergabeordnung - KonzVgV*) coordinando le precedenti previsioni in tema di servizi pubblici (OECD, *Public Procurement in Germany. Strategic dimensions for well-being and growth*, 2019, 80).

In Austria la disciplina delle concessioni di lavori e di servizi è stata attuata all'interno del BVergG-Konz.

In Spagna l'attuazione delle tre Direttive UE del 2014 è avvenuta mediante l'adozione di un unico testo in materia di contratti pubblici (l. 9/2017, 8 novembre 2017), la cui entrata in vigore ha comportato l'abolizione del contratto di gestione del servizio pubblico, introducendo la nozione di rischio di gestione.

In Portogallo, una prima disciplina già presente dal 2008 è stata modificata per adeguarla alle previsioni europee del 2014 (sul punto si prenda in considerazione il codice dei contratti pubblici portoghese di cui al d.l. n. 18 del 29 gennaio 2008 modificato più volte nel corso degli anni, es. dal d.l. n. 111-B del 31 agosto 2017 e dal d.l. n. 33 del 15 maggio 2018).

Il caso di specie evidenzia come nell'aggiudicazione ed esecuzione dei contratti di concessione permangano problematiche. I profili giuridici ed economici connessi alla durata del contratto ed alle prestazioni effettivamente svolte comportano il rischio che modifiche, soprattutto in settori peculiari (come nel settore dei giochi d'azzardo, approfondito nel presente testo, o delle concessioni autostradali, su cui si v. la recente messa in mora avente ad oggetto i lavori di costruzione e gestione dell'autostrada Civitavecchia – Livorno - procedura di infrazione n. 4011 del 2021, in cui si contesta la proroga della durata delle concessioni autostradali senza la previa indizione di una procedura di gara. In relazione a tale procedura si v.: CGUE, 18 settembre 2019, *Commissione UE v. Repubblica italiana*, in C-526/17. In dottrina: A. Brown, *Application of EU procurement rules on contract modifications to extension of the term of a motorway concession: European Commission v Italy (C-526/17)*, in *P.P.L.R.*, 2020, NA10-NA15), siano considerate sostanziali, e comportino comportamenti distorsivi della concorrenza.

4. – I contratti di concessione generalmente comportano disposizioni tecniche e finanziarie che si riflettono su un medio-lungo periodo (queste sono determinate tenendo conto di molteplici fattori, quali: il valore della concessione, la complessità organizzativa dell'oggetto del contratto e gli investimenti richiesti per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici risultanti dal piano economico-finanziario) che possono essere soggetti a cambiamenti. In tal senso, mutamenti delle circostanze di fatto, l'evoluzione tecnologica, circostanze imprevedibili (da intendersi come situazioni non prevedibili “nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile”, cfr. Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 76), l'esigenza di lavori o servizi supplementari o nuove valutazioni di opportunità dell'amministrazione, costituiscono circostanze che possono

richiedere di intervenire sulle originarie condizioni contrattuali. Nello stesso modo, in corso d'esecuzione, il concessionario può apportare o subire modifiche strutturali e organizzative (quali riorganizzazioni interne, incorporazioni, fusioni e acquisizioni oppure ristrutturazioni organizzative dovute a stati di insolvenza).

Le modifiche ai diritti e agli obblighi delle parti possono comportare una rinegoziazione dei termini o condizioni essenziali della concessione in questione.

Le modifiche di minore rilevanza sono possibili al fine di garantire una certa flessibilità per adattare la concessione alle circostanze senza richiedere una nuova procedura di scelta del concessionario. Tale possibilità non conferisce alle amministrazioni aggiudicatrici / enti aggiudicatori una discrezionalità illimitata di intervento sui termini/condizioni dell'originario contratto.

Le modifiche "sostanziali" apportate alle disposizioni di un contratto pubblico in corso di validità sono considerate a livello europeo come l'aggiudicazione di un nuovo contratto in assenza di procedura di scelta del contraente, ove mutino in maniera sostanziale le caratteristiche del contratto originario (ad es. estendendo sensibilmente la sua applicazione) alterandone l'equilibrio economico-finanziario in favore dell'aggiudicatario/concessionario (in relazione ai contratti di appalto nei settori ordinari si v.: Direttiva 2014/24/UE, art. 72; circa i contratti di appalto pubblico nei settori degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali si v.: Direttiva 2014/25/UE, art. 89; per i contratti di concessione si v. Direttiva 2014/23/UE, art. 43).

In tale contesto, la nozione di "ciclo del contratto pubblico" ricomprende al suo interno non solo la procedura di scelta del contraente, ma anche la preliminare fase di programmazione e la successiva esecuzione della prestazione contrattuale. Comunemente il diritto europeo ha competenza a disciplinare la fase di scelta del contraente, al fine di garantire il rispetto dei principi europei ed il corretto funzionamento del mercato interno in tale settore (sul rispetto del principio di concorrenza nella fase di scelta del contraente cfr.: G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, 2009, 95 e s.). Adempimenti procedurali (ad es. gli obblighi di pubblicazione) sono previsti per portare a conoscenza degli operatori economici le condizioni di esecuzione richieste dall'amministrazione (ad es. all'interno dei documenti di gara) consentendo a tali soggetti di valutare se presentare un'offerta ed i contenuti di quest'ultima. L'evidenza pubblica, che caratterizza la fase di scelta del contraente, costituisce garanzia del suo corretto svolgimento e della selezione di un'offerta che corrisponda ai requisiti richiesti fin dall'origine nei documenti di gara. La fase di esecuzione del contratto, comunemente esclusa dall'ambito di applicazione della disciplina europea, può comunque incidere sull'equilibrio contrattuale definito dalla gara. Le eventuali modifiche apportate nella fase di esecuzione contrattuale (tali da comportare una distorsione della concorrenza "sostanziale"), prese in considerazione come autonomi contratti conclusi senza una procedura ad evidenza pubblica (R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2010, 325-354; G.M. Racca, R. Cavallo Perin, G.L. Albano, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Public Contract Law Journal*, 2011, Vol. 41, n. 1, 89-108) forniscono nuova rilevanza al rispetto delle garanzie previste a livello europeo.

La Corte di giustizia UE, al fine di salvaguardare i principi di non discriminazione, trasparenza e concorrenza, aveva limitato la possibilità di modificare le condizioni contrattuali nei casi in cui tale comportamento avrebbe portato (nella gara originaria) a scelte differenti da parte degli operatori presenti nel mercato di riferimento (CGCE, 5 ottobre 2000, *Commissione CE v Repubblica francese*, in C-337/98, p.ti 44 e 46; CGUE 19 giugno 2008, *Pressetext*

Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich, in C-454/06, p.to 35-38 in cui la Corte individua situazioni in cui una modifico può essere qualificata come “sostanziale”. In dottrina: R. Noguellou, *La Cour de justice prend une position de principe restrictive sur les cessions de marchés, puisqu'elle admet que celles-ci constituent, sauf si elles ont été prévues dans le marché initial, un changement de l'un des termes essentiels du marché, appelant par là une mise en concurrence*, in *Droit Administratif*, 2008. Id., *France*, in R. Noguellou, U. Stelkens (a cura di) *Droit comparé des contrats / Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, 2010).

In tale contesto, se la conoscenza (da parte del mercato) delle differenti condizioni contrattuali può ritenersi idonea a consentire una maggiore partecipazione alla originaria procedura di gara e/o alla presentazione di offerte con contenuti differenti, ciò incide sulla originaria procedura di scelta del contraente (sulla casistica giurisprudenziale si v. CGCE, 29 aprile 2004, *Commissione CE v CAS Succhi di frutta*, in C-496/99 P, p.ti 77 e s.; CGUE, 29 aprile 2010, *Commissione UE v Repubblica federale di Germania*, in C-160/08, p.ti 99 e s.; CGCE, 13 aprile 2010, *Wall AG v Stadt Frankfurt am Main*, in C-91/08; CGCE, 25 marzo 2010, *Helmut Muller v Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, in C-451/08; CGCE, 4 giugno 2009, *Commissione CE v Repubblica ellenica*, in C-250/07; CGCE, 15 ottobre 2009, *Acoset*, in C-196/08. In dottrina: A. Brown, *When Do Changes to an Existing Public Contract Amount to the Award of a New Contract for the Purposes of the EU Procurement Rules? Guidance at Last in Presetext Nachrichtenagentur GmbH (Case C-454/06)*, in *P.P.L.R.*, 2008, NA253-NA267; Id., *Changing a Sub-contractor Under a Public Services Concession: Wall AG v Stadt Frankfurt am Main*, in *P.P.L.R.*, 2010, NA160-NA166; E. Bottone, *Il divieto di rinegoziazione dell'offerta nella concessione di servizi*, in *DPCE*, 2010, 1222-1227; A. L. Jaramillo Villacís, A.I. Peiró Baquedano, *Contract Modifications and the CJEU: The Evolution of Public Procurement Case Law*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2021, 78-88) e la modifica, apportata in assenza di procedura competitiva, deve ritenersi inefficace, al fine di "ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per quegli operatori economici che sono stati privati illegalmente della loro possibilità di competere" (Direttiva 2007/66/CE, considerando n. 14; in giurisprudenza: CGUE, cit., C-454/06).

La diffusione in tutti gli ordinamenti giuridici nazionali di fenomeni riconducibili alla nozione di “modifica sostanziale” e la necessità di una maggiore chiarezza circa l'individuazione delle condizioni in cui una modifica al contratto richiede una nuova procedura di scelta del contraente aveva spinto la Commissione UE a interrogarsi sull'opportunità di definire a livello europeo “strumenti normativi più specifici per affrontare questi problemi in modo più efficace” (Commissione UE, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, 27 gennaio 2011, 26 e 27).

La disciplina europea in materia di contratti di concessione introdotta nel 2014, riprendendo la casistica giurisprudenziale, ha quindi fornito una descrizione dei limiti entro cui, in sede di esecuzione, possono essere apportate modifiche ai contratti conclusi senza la necessità di una nuova procedura di gara (si v. G. M. Racca - R. Cavallo Perin, *Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competitions to Symptoms of Corruption*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2013, 279-293) individuando cinque macro tipologie di modifiche che possono essere apportate ad un contratto di concessione.

La previsione, nei documenti di gara iniziali, di “clausole chiare, precise e inequivocabili”, che prevedano possibili revisione dei prezzi, o opzioni (per l'estensione quantitativa o temporale del contratto di concessione) costituisce una

prima categoria di modifica ammessa (Direttiva 2014/23/UE, art. 43, par. Ia; in giurisprudenza: CGCE, 29 aprile 2004, *Commissione CE v CAS Succhi di Frutta SpA*, in C-496/99 P, par. 118) che opera indipendentemente dal suo “valore monetario” (CGCE, cit., C-454/06, par. 57, ove la Corte chiarisce che costituisce un mero adeguamento la conversione dell’importo contrattuale conseguente al passaggio all’euro).

Una seconda categoria di possibili modifiche ammesse consegue alla sussistenza di motivi economici o tecnici che non consentano la sostituzione del concessionario o ove questo rischi di comportare “notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi” (Direttiva 2014/23/UE, art. 43, par. Ib). In tale circostanza, si prevede un limite al possibile aumento di valore del contratto di concessione nel “50 % del valore della concessione iniziale”, con la precisazione per cui, in presenza di più modifiche apportate nel tempo, tale limite trova applicazione al valore di ogni singola modifica apportata.

La sussistenza di circostanze imprevedibili consente altresì di apportare modifiche all’originario contratto di concessione, sempre che la modifica non alteri la natura del contratto di concessione e con un aumento di valore limitato al 50% del valore iniziale per ogni singola variazione (Direttiva 2014/23/UE, art. 43, par. Ic).

Una modifica soggettiva del concessionario risulta possibile se prevista da una clausola dell’originario contratto, in caso di strutturazioni societarie (fusioni o acquisizioni) purché non vengano meno (in capo al concessionario) i criteri di selezione qualitativa stabiliti nei documenti di gara o l’amministrazione aggiudicatrice stessa si assuma gli obblighi del concessionario principale nei confronti dei suoi subappaltatori (Direttiva 2014/23/UE, art. 43, par. Id. In giurisprudenza: CGCE, cit., C-454/06, par. 43-54, ove, riscontrata la necessità per le amministrazioni aggiudicatrici di rapportarsi con persone giuridiche - in cui è possibile un mutamento degli azionisti -, si distingue una semplice riorganizzazione interna di un operatore economico dai casi in cui un trasferimento di azioni durante la vigenza del contratto. Nel caso di specie non viene considerata sostanziale il trasferimento di alcuni servizi “ad un altro prestatore costituito in forma di società di capitali, di cui il prestatore originario è azionista unico, che controlla il nuovo prestatore di servizi impartendogli istruzioni, purché il prestatore di servizi originario continui ad essere responsabile dell’adempimento delle obbligazioni contrattuali”; CGCE, cit., C-91/08, par. 39, ove, in relazione alla sostituzione del subappaltante, si ritiene che anche qualora la possibilità sia prevista nel contratto, questa può assumere caratteri sostanziali, “allorché il ricorso ad un subappaltante piuttosto che ad un altro, tenuto conto delle caratteristiche proprie della prestazione di cui trattasi, ha costituito un elemento determinante della conclusione del contratto”).

Una norma di chiusura considera ammissibile qualsiasi modifica, che rispetti determinati valori (Direttiva 2014/23/UE, art. 43, par. II e III, ove si fa riferimento al contemporaneo superamento delle soglie di rilevanza europea e il 10% del valore iniziale ed alle modalità di calcolo del valore iniziale della concessione) e condizioni ostative (Direttiva 2014/23/UE, art. 43, par. IV, ove ci si riferisce alle modifiche che: - se conosciute, avrebbero consentito l’ammissione di candidati diversi, l’accettazione di un’offerta diversa o la partecipazione di ulteriori candidati; - cambiano l’equilibrio economico della concessione in favore del concessionario; - estendono l’ambito di applicazione della concessione; - comportano la sostituzione del concessionario al di fuori dei casi consentiti).

5. – Garantire una concorrenza effettiva nel settore dei contratti di concessione

comporta l'interazione tra, da un lato, le norme sulla concorrenza e, dall'altro, la disciplina del procedimento di scelta del contraente, della gestione/esecuzione del contratto e le previsioni specifiche di settore.

In tale contesto si può osservare un rapporto tra la definizione (all'interno dei documenti di gara e del contratto) delle modalità di gestione tecnica e commerciale della prestazione e la corretta applicazione delle norme in tema di concorrenza. Una precisa indicazione delle specifiche tecniche delle specifiche tecniche e degli obblighi di corretta esecuzione (effettuata sulla base di una preliminare attività di analisi anche mediante un confronto con i possibili *stakeholder*) consente di ridurre l'incertezza in sede di esecuzione ed evitare distorsioni in tale fase.

Le clausole contrattuali possono incidere sui ricavi e sui costi posti in capo al concessionario (come ad es. nei contratti aventi ad oggetto la gestione di un servizio pubblico), e costituire parametro del livello di concorrenza in un mercato competitivo (ad es.: mediante la definizione dei prezzi, la previsione di: limitazioni territoriali; caratteristiche tecniche della prestazione; garanzie di non discriminazione nella fruizione del servizio/opera gestita volte ad evitare un possibile conflitto di interessi).

La durata dei contratti di concessione costituisce esso stesso parametro per l'equilibrio economico-finanziario del contratto di concessione, ma costituisce altresì elemento idoneo a dare vita a posizioni di abuso da parte del concessionario.

L'applicazione della disciplina della concorrenza può essere necessaria per risolvere problematiche.

Possibili soluzioni alternative possono essere rivenute in un corretto svolgimento dell'attività preliminare alla procedura di gara e mediante un corretto monitoraggio in sede di esecuzione del contratto.

La fase preliminare comporta la definizione degli elementi che successivamente andranno a condizionare la gara e la determinazione degli obblighi contrattuali. La loro correttezza ed il loro dettaglio sono elementi essenziali per prevenire successive distorsioni della concorrenza in sede di esecuzione.

La vigilanza ed il monitoraggio possono avvenire in vario modo e vedere molteplici soggetti giuridici coinvolti. Le misure di trasparenza, oggi favorite dalla digitalizzazione e dalle banche dati, possono contribuire a forme di controllo diffuse mediante l'analisi dei dati e la maggiore diffusione delle informazioni.

Le autorità amministrative indipendenti nazionali (in particolare l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato e l'Autorità Nazionale Anticorruzione, sulla base delle rispettive competenze ed agendo in cooperazione tra loro; in dottrina, per una analisi comparata: (C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato. Indirizzo politico e mercato nel mondo latino-americano*, Bologna, 2018; Si v. anche la sezione monografica di questa *Rivista*, realizzata sul ruolo della Autorità Amministrative indipendenti in ottica comparata, fascicolo n. 2 del 2021 ed in particolare C. Sartoretti, V. De Falco, *Le autorità amministrative indipendenti in un'indagine comparata. Argomentazioni su problematiche contemporanee*, questa *Rivista*, 2021; in relazione al ruolo della Autorità in materia di concorrenza: M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid*, 2015; G. Bruzzone, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M. D'Alberti-A. Pajno – a cura di -, *Arbitri dei mercati – Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2012, 302 e s.; cfr. anche: M. Pignatti, *L'effettività del diritto della concorrenza: il ruolo delle Autorità nazionali garanti della concorrenza e i profili evolutivi della disciplina*, in questa *Rivista*, 2021, 2649-2665) costituiscono soggetti qualificati per l'attività di monitoraggio. Un ruolo può essere riconosciuto agli operatori economici presenti nei singoli settori di riferimento, che hanno un interesse economico alla corretta gestione dei contratti in essere con i propri concorrenti. Le associazioni di categoria

possono contribuire a monitorare l'attività delle imprese che operano nel settore di competenza. La cittadinanza attiva può trovare essa stessa un ruolo al fine di garantire il corretto utilizzo delle risorse pubbliche.

Matteo Pignatti
Università degli Studi di Torino
matteo.pignatti@unito.it