Nota di impostazione per il terzo seminario

IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA CONCESSIONI (2014/23/UE): L'*IN HOUSE PROVIDING* E IL RINNOVO DEI RAPPORTI ESISTENTI

I) Oggetto del seminario.

Nel diritto comunitario le concessioni di lavori e di servizi per lungo tempo non hanno trovato una loro autonoma collocazione. La direttiva 2004/18/CE non conteneva una disciplina compiuta delle concessioni di lavori ma solo alcune disposizioni puntuali contenute nel titolo III, agli artt. 56 e ss. Quanto alle concessioni di servizi, la stessa direttiva prevedeva espressamente all'art. 17 la loro esclusione dal proprio ambito di applicazione.

Recentemente, nell'ambito della completa rinnovazione del diritto comunitario dei contratti pubblici, che ha portato all'abrogazione della direttiva 2004/18/CE per opera della nuova direttiva appalti 2014/24/UE, è stata emanata la nuova direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. Tale direttiva reca una disciplina autonoma e compiuta delle concessioni di lavori e servizi che si va a sostituire alle poche disposizioni (abrogate) contenute nella direttiva 18. Si è, dunque, di fronte ad un fenomeno di implementazione del diritto comunitario che oggi disciplina analiticamente gli istituti in oggetto, prima scarsamente (le concessioni di lavori) o per nulla (le concessioni di servizi) regolati.

Tra le diverse novità introdotte dalla direttiva 2014/23/UE, il seminario si propone di approfondire i seguenti due argomenti generali:

1. Modifiche dei contratti durante il periodo di validità.

La direttiva 23 sembra ampliare il catalogo di nuovi lavori che possono essere affidati modificando le concessioni in corso di esecuzione senza la necessità di ricorrere a nuove procedure comparative. Tra le varie ipotesi contemplate, ad esempio, l'art. 43, par. 1, lett. b) consente di prescindere, qualora ricorrano le condizioni previste dalla medesima disposizione, dall'espletamento di una procedura comparativa nelle ipotesi in cui le modifiche riguardino lavori supplementari. La nozione di lavoro supplementare (ovvero lavori che si siano resi necessari e non fossero già inclusi nella relativa concessione in corso di esecuzione) sembra più estesa rispetto a quella relativa ai lavori complementari ed accessori di cui all'art. 61 della precedente direttiva 2004/18/CE. Ancora, ai sensi del combinato disposto dell'art. 43, par. 1, lett. e) e dell'art. 43, par. 4, la direttiva 23 consente di prescindere dall'espletamento di una procedura comparativa laddove le modifiche contrattuali non siano sostanziali. Le condizioni previste da quest'ultimo sembrano

superare quelle individuate dalla precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia (casi *Pressetext*[1] e *Wall*[2]) che aveva già affrontato il tema dello *ius variandi* nei contratti a lungo termine.

2. Rapporti di autorganizzazione amministrativa: l'*in house providing* e gli altri modelli.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, sin dalle sentenze *Teckal*[3] e *Parking Brixen*[4], aveva escluso categoricamente la possibilità di ricorrere al modello dell'*in house providing* nelle ipotesi in cui i soggetti affidatari fossero partecipati, seppur in minima parte, da soggetti privati. L'art. 17 della direttiva 2014/23/UE estende il modello *in house* alle ipotesi in cui siano coinvolti nelle partecipazioni azionarie capitali privati qualora tale partecipazione non permetta l'esercizio di un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata ovvero di un potere di veto sulle relative decisioni. La stessa direttiva inoltre prevede le ipotesi delle concessioni aggiudicate a impresa collegata (art. 13), delle concessioni aggiudicate a una *joint venture* tra enti aggiudicatori o a un ente aggiudicatore facente parte di una *joint venture* (art. 14). Tali disposizione possono essere lette tenendo presente che l'art. 2 della direttiva prevede il principio di libera cooperazione tra pubbliche amministrazioni per il quale, tra l'altro, le autorità nazionali, regionali e locali possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici.

* * * * *

Dai due temi indicati emerge dunque un elemento di discontinuità recato dalla nuova disciplina comunitaria che sollecita sia il contributo dell'interprete del diritto sia quello dei soggetti economici che operano nei rilevanti settori interessati da questi istituti.

Inoltre, il seminario – per il particolare momento in cui si colloca - si propone di provocare un confronto tra il nuovo diritto comunitario delle concessioni e quello interno in termini che possano risultare utili anche al legislatore, che dovrà entro il mese di marzo del 2016 recepire la nuova direttiva. Il disegno di legge delega attualmente all'esame del Senato (AS 1678) prescrive al legislatore delegato – in termini generali - di razionalizzare il quadro normativo nelle materie degli appalti pubblici e delle concessioni al fine di conseguire un maggiore livello di certezza del diritto e di semplificare i procedimenti. Con specifico riguardo al recepimento della direttiva 2014/23/UE, il disegno di legge si limita a prevedere la creazione di "*una disciplina organica della materia delle concessioni e individuazione, in tema di procedure di affidamento, di modalità volte a garantire i livelli minimi di concorrenzialità, trasparenza e parità di trattamento richiesti dalla normativa europea*" (art. 1, comma 1, lett. n). Tale disposizione è da leggere in connessione con quella relativa alla *"razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici"* (art.

[1] Sentenza della Corte di giustizia (Terza Sezione) del 19 giugno 2008, causa C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c. Republik Österreich (Bund), APA - OTS Originaltext - Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, Racc. 2008, pag. I-04401, punti 34, 35 e 37.

[2] Sentenza della Corte di Giustizia (Grande Sezione) del 13 aprile 2010, *Wall AG c. Stadt Frankfurt am Main e Frankfurter Entsorgungs - und Service (FES) GmbH.*, causa C-91/08, Racc. 2010, pag. I-02815, punti 37, 38, 43.

[3] Sentenza della Corte di Giustizia (Quinta Sezione) del 18 novembre 1999, Causa C-107/98, *Teckal Srl contro Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, Racc. 1999, pag. I-08121, punto n. 50.

[4] Sentenza della Corte di Giustizia (Prima Sezione) del 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH contro Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG*, Racc. 2005, pag. I-08585, punto 62.

1, comma 1, lett. h). Dunque, il legislatore delegato, nel quadro dei larghi confini posti dal disegno di legge delega, potrebbe, salve modifiche parlamentari, disporre di un ampi margini di scelta.

* * * * *

Il nuovo seminario promosso da *italiadecide* ed AEQUA si propone di proseguire la discussione già avviata in occasione dei precedenti due seminari:

- 15 novembre 2013, "*Il diritto degli appalti pubblici all'alba delle nuove direttive comunitarie"*, che ha avviato la riflessione sul contenuto dei testi delle nuove direttive, in una fase avanzata del loro *iter* procedimentale ma prima della loro definitiva emanazione;

- 19 gennaio 2015, "*Il recepimento delle nuove direttive sui contratti pubblici*" che ha concentrato l'analisi intorno ad alcuni nuclei tematici quali le opportunità di delegificazione e le diverse forme di *soft law,* la responsabilizzazione e discrezionalità della PA, il collegamento fra lotta alla corruzione e crescita di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa, la ridefinizione delle procedure amministrative sottoposte a controllo giudiziale.

II) Struttura del seminario.

Il terzo appuntamento avrà la forma di un seminario di approfondimento e discussione sui temi sopraindicati e sarà rivolto ad un pubblico limitato di addetti ai lavori, sia in campo giuridico che nei settori economici maggiormente interessati.

Il seminario sarà aperto da tre interventi introduttivi di:

1. Avv. Maurizio Maresca (Ordinario di diritto dell'Unione Europea, Consigliere giuridico del Presidente del Consiglio dei Ministri): "*Crescita, mercato interno e concorrenza: la nuova direttiva 23 del 2014*".
2. Avv. Giacomo Aiello (Avvocato dello Stato, Capo di Gabinetto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti) "*Assunzione del rischio operativo e sostenibilità economico finanziaria nel nuovo sistema concessorio*".
3. Prof. Avv. Eugenio Picozza (Ordinario di Diritto Amministrativo, Università di Roma "*Tor Vergata"*), "*Rapporti di autorganizzazione amministrativa: in house ed altri modelli*".

Seguiranno interventi programmati e interventi su richiesta (tempo 5 minuti). La lista degli interventi programmati sarà diffusa prima dell'inizio dei lavori.

Il seminario sarà concluso dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, On. Maurizio Lupi.

Roma, 13 febbraio 2015