«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 72, n. 119 (2-3 2026) pp. 11-37

*Articoli e saggi*

# Potere concessorio, discrezionalità amministrativa e libera concorrenza*

Fabio Cintioli

Sommario: 1. La concessione tra concorrenza e mercatismo, discrezionalità amministrativa e principio del risultato: due spinte contrapposte. – 2. Il contratto di servizio e la concessione. – 3. La fase di selezione del concessionario tra vincolo mercatista e indirizzo politico-amministrativo. – 4. La fase esecutiva: esiste ancora una spazio per il diritto amministrativo? – 5. Concorrenza "per" il mercato e vigilanza antitrust sulle concessioni. – 6. La finanza di progetto, il promotore e il diritto di prelazione e la ("controvisione") mercatista. – 7. I contratti a valle del concessionario e il trionfo del mercatismo: il vincolo ad affidare (con gara) contratti non necessari e l'intervento (necessario) della Corte costituzionale. – 8. *Segue*: il codice del 2023. – 9. Il difficile equilibrio tra rischio operativo ed equilibrio economico finanziario.

## 1. *La concessione tra concorrenza e mercatismo, discrezionalità amministrativa e principio del risultato: due spinte contrapposte*

Per esaminare l'istituto della concessione in relazione alla concorrenza si deve guardare, prima di tutto, alla disciplina del codice dei contratti pubblici e delle direttive dell'UE, ad oggi dunque il pacchetto del 2014[1].

Il confronto tra questi due concetti suggerisce altresì di guardare ai momenti di tensione tra spinte contrapposte.

Che la concessione sia stata considerata sovente come un fenomeno giuridico ibrido, a cavallo tra diritto pubblico e diritto privato e, quindi, tra contratto-accordo, da un lato, e provvedimento, dall'altro lato, è constatazione agevole. Nel corso del tempo abbiamo assistito a configurazioni che si sono succedute in alternanza, di tipo unilaterale ovvero contrattuale, passando per l'istituto della con-

* Questo saggio riprende, con integrazioni e modifiche la relazione tenuta al Convegno "*Le concessioni di beni e servizi pubblici locali*", svoltosi a Taormina il 16 e 17 maggio 2025.

[1] Sul tema cfr. G. Greco, *La direttiva in materia di concessioni*, *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2015, 1095 e ss.

cessione-contratto[2]; così come abbiamo registrato che lo spazio preteso dal diritto amministrativo, che si doveva periodicamente scontrare col terribile dilemma del contratto di diritto pubblico, si contrapponeva a quello occupato dal diritto privato, che ancor oggi rivendica, col richiamo ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti *ex* art. 11 della legge n. 241 del 1990, una sua congrua collocazione[3].

Il rapporto con la concorrenza ha visibilmente innestato in questo istituto una tensione ulteriore e certamente non marginale: quella tra principio di concorrenza, inteso come *favor* per la procedimentalizzazione nella scelta del concessionario e quindi per la celebrazione di gare e di un confronto competitivo, ispirato dalla centralità della protezione degli operatori economici, da una parte, e, dall'altra parte, la visione contabilistica tradizionale che, guardando soprattutto alla tutela dell'interesse dell'amministrazione, vuol lasciare il giusto spazio alla discrezionalità e ad una certa flessibilità nell'attribuzione della concessione e nella gestione del rapporto in fase esecutiva.

Lo scopo di questo scritto è allora quello di indagare i modi in cui quest'ultima tensione si va manifestando, i problemi che ne sono nati e le prospettive di sviluppo.

A questo fine, si deve però partire da una considerazione generale, che esprime il mio punto di vista sulla concorrenza come parametro di riferimento per interpretare e comprendere la disciplina che dobbiamo esaminare.

La concorrenza di per sé, anzitutto, non mi pare possa descriversi come un principio generale, ma solo come la scelta di fondo dell'ordinamento e della sua costituzione economica a favore della società aperta. Concorrenza è libertà di intraprendere e di competere. Quindi, quello che chiamiamo principio di concorrenza nel campo del diritto amministrativo rivela, di solito, un intervento del-

---

[2] Sull'evoluzione storica dell'istituto si rimanda alla relazione di M.R. Spasiano tenuta al convegno "*Le concessioni di beni e servizi pubblici locali*" poc'anzi citato, dal titolo *La concessione e il pendolo di Foucault: dalla genesi alle soglie del diritto europeo*, in *Nuove autonomie* 2025, nonché B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, *Dir. amm.*, 1995, 483 e ss.

[3] Sul tradizionale dibattito relativo al contratto di diritto pubblico, tra le molte voci, cfr. G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, e più recentemente R. Ferrara, *Alfonso Masucci e il problema del contratto di diritto pubblico*, *Dir. e processo amm.*, 2022, 893 e ss. Sulle differenze tra la visione pubblicistica e quella privatistica delle concessioni, di recente cfr. A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, *Dir. amm.*, 2012, 567 e ss., anche per ampi richiami ai principali contributi dottrinali, prima fra tutti quello dovuto al pensiero di O. Ranelletti, nonché F. Fracchia, *Concessione amministrativa (ad vocem)*, *Enc. dir.*, *Annali*, I, Milano, 2007, 250 e ss.. Sugli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990, cfr. G. Greco, *Il regime degli accordi pubblicistici, in Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2002, 161 e ss., nonché Id. *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino 2003, 99 e ss.; M. Ramajoli, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, *Dir. amm.*, 675 e ss.; Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche* cit.; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano 1996, nonché *Accordi pubblici* (*ad vocem*) *Enc. dir.*, agg., 2001.

lo Stato volto in realtà a correggere la concorrenza ed a porvi limiti che servono (*i*) ad evitare fallimenti di mercato, (*ii*) a disciplinare una concorrenza non leale o condizionata da abusi ed (*iii*) a tutelare altri interessi pubblici che gravitano nel diritto pubblico dell'economia.

Il c.d. principio di concorrenza nel campo dei contratti pubblici, come sappiamo, si è intrecciato con i procedimenti di selezione dei contraenti della p.a. e con la tradizionale impostazione contabilistica, che li considerava come finalizzati a che la p.a. scegliesse il miglior contraente possibile, in modo efficiente e parsimonioso e per la miglior tutela dell'interesse della collettività. A questo proposito, va subito detto che le concessioni sono sempre state uno strumento importante per l'attuazione dell'indirizzo politico-amministrativo; del resto, basta evocare la figura del servizio pubblico – consueto campo di sperimentazione dell'istituto concessorio – per dimostrarlo e possiamo aggiungere che anche il diritto comunitario ed eurounitario ha sempre riconosciuto che, quando si tratta di erogare un Servizio di Interesse Economico Generale (c.d. SIEG), la discrezionalità ed autonomia procedurale dello Stato membro aumenta considerevolmente.

L'ingresso del c.d. principio di concorrenza è stato prorompente e ha messo in discussione alla radice le convinzioni che reggevano la disciplina di contabilità di Stato. Si è andata affermando la tesi, che personalmente non mi ha mai del tutto persuaso, secondo cui il principio di concorrenza avrebbe addirittura modificato l'impostazione contabilistica, sostituendo gli operatori economici alla p.a. come destinatari della tutela, e ciò soprattutto perché questo sarebbe stato imposto dall'integrazione europea e dalle direttive UE. Se ne sono fatte derivare conseguenze varie: la stazione appaltante è stata qualificata come il Regolatore di un mercato e non più come l'amministrazione deputata a raggiungere il fine pubblico; la sede naturale della regolazione del mercato sarebbe stata qui il procedimento di gara, sicché – non senza toni di "sacralità" a proposito dell'importanza delle gare – sono aumentati in nome della concorrenza le regole e gli oneri procedimentali, con una complicazione normativa che ha però raggiunto vette davvero troppo elevate; infine, la preoccupazione di tutelare i diritti degli operatori economici, posti al centro del sistema, ha contribuito al proliferare di un contenzioso voluminoso.

In verità, il nucleo fondante dell''impostazione contabilistica, come *ratio* ordinamentale e come riflesso della politica legislativa a base di queste norme non può che restar salvo. I due principi convivono. Oggi, sappiamo, il codice del 2023 ha finalmente accolto questa visione: la concorrenza è un mezzo e non è fine in sé di questa disciplina e l'art. 1 del codice riconosce centralità al principio di risultato.

Questa convivenza tra risultato e concorrenza dovrebbe servire soprattutto ad impedire che il principio di concorrenza – che di per sé non intendeva espri-

mere ciò, tantomeno nelle direttive UE, a mio avviso – possa esser caricato dei più vari significati, secondo un dirigismo di maniera e parcellizzato tra i più differenti e contingenti interessi. In fondo si tratta di dare ordine, per dirla col linguaggio di Giannini, tra interesse primario e interessi secondari ed evitare che si attribuiscano alla concorrenza risposte che la concorrenza non può e vuol dare e che occasionalmente potrebbero però risultare in frizione con l'interesse pubblico ed i fini della PA.

All'occorrenza può esser d'aiuto ricordare che lo stesso ordinamento eurounitario si abbevera alle tradizioni costituzionali dei suoi stati membri.

La concessione, allora, è un istituto che ben si presta a verificare come questa affermata convivenza di valori si vada assestando e quanto ancora si faccia sentire una certa concezione deterministica e "para-pianificatoria" della concorrenza, che potremmo definire "mercatismo" al fine di non confonderla con ciò che la concorrenza autenticamente deve significare nella società aperta.

I problemi infatti crescono proprio quando il contratto da affidare con gara è una concessione: perché essa mette in gioco la gestione di un servizio pubblico e/o di attività che con la figura del servizio pubblico presentano stretta affinità; perché qui aumenta il rilievo dell'interesse pubblico e l'esigenza che si guardi alla tutela degli interessi di cui il concedente si fa portatore; perché nel c.d. partenariato pubblico-privato – formula nuova, che però non smentisce affatto la nostra tradizione ordinamentale sulla concessione – il tasso di politicità è più elevato, data la prossimità di questi rapporti di concessione all'indirizzo politico amministrativo, chiamando in gioco la stessa responsabilità politica.

È un dato di fatto che le regole siano aumentate, soprattutto a causa della pressione del diritto UE e della sua insoddisfazione sulla circolazione transfrontaliera della concessione.

Si tratta di capire allora come la discrezionalità amministrativa e la cura dell'interesse pubblico possano conservare opportuni margini di manovra. È questo il punto sul quale vorrei incentrare il mio ragionamento.

## 2. *Il contratto di servizio e la concessione*

Vediamo dunque come la tensione tra concorrenza-mercatismo e discrezionalità-indirizzo politico amministrativo si vada svolgendo, come il diritto vivente si stia muovendo e quali siano i punti critici.

Partiamo dal tornare sull'interrogativo di fondo, se la concessione sia un contratto o un provvedimento unilaterale.

La risposta, sappiamo, potrebbe essere influenzata dal fatto che il diritto comunitario ha inquadrato la concessione come contratto, ma sappiamo anche che questo è accaduto al fine specifico di assicurare che, accomunandola all'appalto, non potessero sorgere dubbi sull'esigenza di utilizzare un confronto competitivo per affidare una concessione[4]. L'evocazione della figura della concessione di opera pubblica, trattata a questi fini in modo diverso dall'appalto di lavori nei decenni '70 e '80 dello scorso secolo è utile per definire bene il tema. Sicché questo inquadramento del diritto UE di per sé non è vincolante sino ad imporci una qualifica contrattuale della concessione che ne implichi anche una visione pan-privatistica[5].

Però vi è un'altra indicazione proveniente dal diritto comunitario, già qualche decennio fa, che ci fa interrogare sul se la concessione di servizio (e di servizio pubblico) possa ancora nutrirsi di discrezionalità amministrativa e di pubblica funzione anziché esser dominata dai principi dell'autonomia negoziale. Si tratta della ridenominazione della concessione (e di quella che, ad un certo punto della storia, era divenuta la concessione-contratto) come "contratto di servizio".

La possibilità che la disciplina del contratto di servizio equivalesse ad una definitiva scelta di campo dell'ordinamento verso la privatizzazione del rapporto è stata tuttavia negata dalla dottrina; e qui utilizzo le lucide argomentazioni di Antonio Romano, che mi appaiono altresì decisive[6].

Il *nomen juris*, in primo luogo, non è vincolante per l'interprete, ancor più per un istituto come la concessione, che ha ricevuto nel corso del tempo qualificazioni diverse della dottrina e della giurisprudenza pur in costanza dei medesimi riferimenti nominalistici. Sarebbe davvero strano, di fronte ad un sistema giuridico continuamente scosso nei suoi fondamenti nominalistici e che vede oltretutto un legislatore sempre meno aduso all'antico e severo utilizzo di una terminologia giuridica puntuale, arrendersi al dato letterale.

L'uso della formula contrattuale, in secondo luogo, non implica una preferenza necessaria per il diritto privato, perché – come abbiamo già ricordato – l'uso dei concetti giuridici da parte dell'ordinamento eurounitario ha sempre convissuto con una certa consapevole genericità destinata ad adattarsi alle prerogative dei singoli ordinamenti nazionali e spiegabile con la volontà di raggiungere fini

[4] Cfr. Corte di Giustizia UE, sez. III, 10 marzo 2011, n. 274; Corte di Giustizia UE, sez. II, 10 novembre 2011, n. 348, nonché per quanto compete alla Commissione europea il *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* del 30 aprile 2004. Per un riepilogo di questi passaggi nell'ambito del diritto europeo, cfr. G. Greco, *Le concessioni di lavori e servizi (dalla Direttiva 2014/23/UE alla parte terza del D.Lgs. n. 50/2016)*, *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2018, 505 e ss.

[5] Nell'indagare tra la visione privatistica e quella pubblicistica non si deve dimenticare comunque l'insegnamento di F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, *Dir. amm.* 2002, 431 e ss., il quale spiega che il problema del riconoscimento dell'autonomia privata della p.a. si riduce ad un gioco di parole, in quanto rimane sempre ferma, accanto a tale riconoscimento, la funzionalizzazione dell'intera attività amministrativa, anche quella di tipo contrattuale e privatistico.

[6] A. Romano Tassone, *Il contratto di servizio*, *Dir. trasporti*, 1998, 613 e ss.

contingenti (i.e. l'imposizione delle gare per la selezione del concessionario al pari dell'appalto). Del resto, l'esperienza francese del *contrat de service public*, ricordava l'illustre studioso, era lì a testimoniare la compatibilità di un regime pubblicistico con la formula contrattuale.

In terzo luogo, la liberalizzazione e aziendalizzazione dei servizi pubblici non comporta affatto nella visione dell'ordinamento UE l'annientamento del regime pubblicistico del servizio pubblico. I fallimenti di mercato sono dietro l'angolo e la formula del SIEG serve proprio a restituire il necessario spazio al regime del servizio pubblico.

Per queste ragioni Antonio Romano concludeva suggerendo l'inquadramento del contratto di servizio all'interno degli accordi sostitutivi di provvedimento *ex* art. 11 della legge n. 241 del 1990, il che avrebbe conservato l'applicazione del recesso della p.a. per sopravvenuti motivi di pubblico interesse e consentito l'ingresso del diritto privato nei limiti dei "principi" del codice civile in materia di obbligazioni e contratti.

Potremmo solo aggiungere che è sufficiente leggere le comuni clausole dei contratti di servizio per accorgersi che molte sono le deviazioni da un comune sinallagma privatistico, molte le riserve a "favore" della PA e quasi tutte nel solco della tradizione del servizio pubblico e dell'esperienza formatasi nel solco della concessione-contratto. Il rapporto (con una qualche eccezione per le c.d. opere fredde nelle concessioni di lavori e servizi), è del resto multilaterale, perché chiama in gioco, accanto all'interesse di concedente e concessionario, anche quello degli utenti, che aspirano ad un SIEG efficiente, continuo e di qualità.

## 3. *La fase di selezione del concessionario tra vincolo mercatista e indirizzo politico-amministrativo*

Incentriamo adesso l'attenzione sui sistemi di selezione del concessionario e vediamo come si assesti qui l'equilibrio tra mercatismo e risultato.

Si deve dire che, in verità, l'istituto della concessione offre al suo interno molte variazioni. La tentazione è di affermare che, a ben vedere, forse non esiste neppure la concessione amministrativa come tipo provvedimentale esclusivo, ma "le concessioni", evocando una celebre affermazione di Salvatore Pugliatti in materia di proprietà. Questo perché all'interno dell'istituto molte sono le variazioni, sia di struttura sia di funzione. Anche se dovessimo recedere da questa qualificazione tipologica, recependo l'obiezione che vede nella concessione dei tratti unitari di fondo che servono a non perdere di vista la funzione amministrativa che la tradizione ci ha consegnato, nondimeno la variazione di toni del rapporto,

di caso in caso, sembra innegabile ed è proprio questa mutevolezza che interessa a proposito dei metodi di selezione del concessionario.

Le differenze tra l'una e l'altra concessione sono certamente relative alla dimensione del suo oggetto ed anche all'interno di una certa categoria macrodimensionale – proveremo tra un attimo a tracciarne due di massima – profonde sono le diversità di strutturali che toccano l'interesse dei fruitori del servizio. È stato ricordato in proposito che la letteratura economica converge nel ritenere che le regole sulla predisposizione dei modelli selettivi, per ottenere contratti pubblici efficienti e convenienti, deve duttilmente adattarsi alla natura dei rapporti sottostanti, alle caratteristiche dei candidati, alle peculiarità del mercato e dell'ambiente competitivo[7].

Abbiamo così, in primo luogo, le "grandi" concessioni, nelle quali la salvaguardia del principio del risultato dipende più che dalla puntigliosità dei parametri di confronto predeterminati dalla *lex specialis* di gara, dalla capacità della p.a. di impostare, gestire e vigilare sul rapporto e la sua esecuzione, valorizzando nella scelta anche (se non soprattutto) i requisiti reputazionali, il che enfatizza, ritengo, un *intuitus personae* connotato da tratti di alta amministrazione e quasi di vera e propria politicità. Pensiamo alla costruzione e gestione di grandi infrastrutture a rete, di sistemi ferroviari, di autostrade o metropolitane, di scali aeroportuali e di strategici terminal portuali. Qui il principio di concorrenza, o il mercatismo se preferiamo questa formula, deve in proporzione cedere il passo alla riduzione degli oneri procedimentali, alla discrezionalità amministrativa e alle componenti di politicità della scelta. La questione si potrebbe intersecare con scelte di politica industriale ed economica primarie, che, oltretutto, non competono all'UE ma ancor oggi soprattutto al Governo della Repubblica.

Si pensi anche all'espansione dei poteri di vigilanza e veto in materia di *Golden power,* che l'ordinamento ha registrato in questi ultimi anni e che vedono un capitolo dedicato proprio al caso delle concessioni: la gara per l'affidamento della concessione potrà sì individuare un determinato aggiudicatario, ma se l'*asset* ha un carattere strategico l'esercizio dei poteri speciali potrà intervenire a paralizzarne gli effetti, obbligando il concedente a scegliere un aggiudicatario differente[8].

In altre parole, in queste grandi concessioni viene in rilievo sovente l'affidamento di aziende strategiche per la sicurezza e l'interesse nazionale, sicché anche

[7] M. Cafagno, *Principio di risultato e procedure di affidamento delle concessioni amministrative*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2024, 217 e ss.

[8] Si rinvia, in particolare, al DPCM n. 189 dell'1 settembre 2022, il quale prevede sia che la stazione appaltante possa dialogare con la Presidenza del Consiglio prima dello svolgimento della gara per acquisire indicazioni, in special modo circa l'eventuale strategicità dell'*asset* aziendale coinvolto nella gara, sia che debba essere effettuata all'esito della gara la rituale notifica in relazione alla qualità soggettiva dell'aggiudicatario, nei confronti del quale rimane piena la valutazione discrezionale relativa ai poteri di *Golden power* posti a garanzia della sicurezza nazionale, di cui al d.l. 15 marzo 2012, n. 21.

a voler rispettare le regole di un procedimento competitivo (si pensi, ad esempio, alla gestione di uno dei principali aeroporti italiani), questo vaglio inevitabilmente potrà condizionare la scelta finale del concessionario.

Questo mi pare che confermi che la discrezionalità ai livelli più alti restringe gli spazi al mercatismo.

Assume rilievo in questa logica anche il principio del risultato ed un caso come questo, anzi, è molto utile per dimostrare che il risultato verso il quale ci indirizza l'ordinamento non è affatto un risultato soltanto economico e per così dire "manageriale", ma un risultato amministrativo. Il che significa che il risultato è filtrato dalle valutazioni di indirizzo politico e che in questa materia rimane in primo piano la componente pubblicistica del rapporto.

Nella macro-categoria – ammesso che ci sia concesso di individuarla, nel pur frastagliato quadro generale che ci offre la prassi – delle "piccole" concessioni il bilanciamento potrebbe mutare. Prendiamo a prestito dalla dottrina la casistica cui ci riferiamo[9]: ad es. gestione di parcheggi pubblici non strutturati, di impianti sportivi comunali, di spazi pubblici per finalità ricreative o per l'organizzazione di eventi culturali, gestione di servizi cimiteriali, di servizi di illuminazione, gestione di stazioni balneari e prestazioni annesse, gestione di servizi di giardinaggio, di aree pubbliche verdi, di mercati rionali, di fiere temporanee o centri culturali, di servizi informativi, di corsi di riqualificazione o di formazione professionale, di servizi di trasporto scolastico, di monitoraggio e gestione del traffico urbano. Si è sostenuto, a proposito di quest'ambito, che il rispetto puntuale di un procedimento di gara ben articolato potrebbe ridurre possibili asimmetrie informative che giocano a danno dalla PA e che, in definitiva, in questi casi la discrezionalità amministrativa andrebbe più efficacemente coordinata con le regole procedimentali e, seguendo il filo del nostro ragionamento, questo dovrebbe allora comportare il rinvigorirsi del principio di concorrenza.

In verità, da un primo punto di vista, è condivisibile ravvisare una riduzione del tratto di politicità e discrezionalità e una maggiore rigidità delle regole da osservare per la selezione del concessionario quando lo spessore dell'interesse pubblico da tutelare si riduce. Da un altro punto di vista, però, non si può negare che, se la concessione sovente chiama in gioco l'efficienza del servizio pubblico e la tenuta delle enunciazioni dell'indirizzo politico-amministrativo, e se dunque proprio a livello locale la responsabilità politica si colloca al confine del rapporto tra concedente e concessionario (e valga ancora il richiamo alla multilateralità del rapporto), la spinta della discrezionalità amministrativa torna a farsi sentire. Per cercare di esprimere meglio questo pensiero, pensiamo alla comparazione tra

[9] Rinvio ancora a M. Cafagno, *Principio di risultato e procedure di affidamento delle concessioni amministrative* cit.

appalto e concessione e dunque al bisogno di tenere ferma la distinzione non solo disciplinare ma anche "valoriale" e teleologica tra i due istituti, al fine di equilibrare al meglio il rapporto tra mercatismo e discrezionalità anche in questi casi e di irrorare della necessaria flessibilità i sistemi di selezione del concessionario.

Del resto, l'impostazione del nuovo codice dei contratti pubblici sembra confortare questa considerazione. In primo luogo è proprio per le concessioni sottosoglia, incluse nella seconda macro-categoria che abbiamo tentato di stilare, che si è previsto il più alto grado di semplificazione procedimentale (art. 187). In secondo luogo, si introduce in termini generali un sistema che vede nella flessibilità del confronto e nell'ampiezza della discrezionalità il tratto decisivo circa il tipo di procedimento da osservare. L'art. 183, comma 7, valorizza la libera negoziazione con i candidati e gli offerenti, di regola attraverso il dialogo competitivo.

Dunque, il legislatore – e non quello dell'ultimo "treno" normativo utile all'inserimento dell'ultimo emendamento, ma quello che si è avvalso del contributo della commissione insediata presso il Consiglio di Stato – segna un'esplicita e significativa diversità tra la gara per l'affidamento di appalti e quella per l'affidamento di una concessione. Il pendolo tra principio di concorrenza-mercatismo *vs* la discrezionalità amministrativa sembra in tal caso oscillare a favore del secondo polo.

## 4. *La fase esecutiva: esiste ancora una spazio per il diritto amministrativo?*

Dalla fase di selezione passiamo adesso alla fase di esecuzione del rapporto concessorio. Storicamente, come sappiamo, se è vero che la fase di esecuzione di un appalto pubblico è sottoposta all'applicazione del diritto privato, sia pure con alcune correzioni che potrebbero indurci a parlare di un diritto privato speciale, l'esecuzione del rapporto di concessione ha da sempre manifestato una più accentuata deviazione verso il polo pubblicistico. La natura provvedimentale del concessione e, ancor più, le grandi questioni che stanno a base del dibattito sul contratto di diritto pubblico hanno dato spazio a una significativa presenza delle esigenze della p.a. durante lo svolgimento del rapporto. Basterà pensare al nodo dell'autotutela decisoria e al modo in cui l'art. 11 della legge n. 241 del 1990 ha risposto al tradizionale problema di conciliare la stabilità degli effetti del contratto (art. 1372 c.c.) con il bisogno di conservare i poteri di intervento della p.a. durante l'esecuzione: il "recesso" dell'amministrazione è possibile, ma solo per motivi sopravvenuti di interesse pubblico e corrispondendo un indennizzo al privato. Il diritto pubblico ha così continuato a recitare un ruolo di primo piano.

Ebbene, nelle direttive del 2014 non vi è una disciplina puntuale sui poteri di autotutela e sulla possibile deviazione pubblicistica del rapporto in sede esecutiva.

Tuttavia, il codice dei contratti pubblici del 2016 aveva alcune specificazioni che conservavano tratti evidenti di questa propensione, ad esempio a proposito dell'annullamento d'ufficio. Questa circostanza, a mio parere, era il frutto di un'integrazione tra il diritto dell'UE e il diritto nazionale che avveniva nel modo seguente: da una parte, la natura contrattuale della concessione serviva a sancire l'omogeneità strutturale con l'appalto ed a rendere vincolante il principio dell'obbligatorietà dell'affidamento mediante procedure selettive di gara; dall'altra parte, il diritto nazionale conservava la dimensione pubblicistica del rapporto, nel senso che la serie di interessi pubblici che il concedente vi versava e l'esigenza di garantire agli utenti uno standard qualitativo accettabile di prestazioni di servizio (sovente "pubblico") non potevano che consentire l'esercizio di poteri speciali della p.a., pur se in un quadro di equilibrio, e l'inserimento di altrettante clausole nel contratto di concessione. Valga ancora il riferimento all'art. 11 della legge n. 241 del 1990 e alla tesi che attirava nel suo ambito il cd. Contratto di servizio.

Il nuovo codice dei contratti pubblici del 2023 ha introdotto alcuni cambiamenti, nel segno di mantenere una pressoché intera aderenza della disciplina nazionale a quella delle direttive. Il che ha comportato il venir meno di alcune esplicite "incursioni" pubblicistiche che comparivano nel testo del codice del 2016. Secondo alcune autorevoli interpretazioni questa novità avrebbe comportato – e non si potrebbe fare a meno di prenderne atto – una sorta di definitiva "depubblicizzazione" della concessione, la quale non potrebbe più esser considerata come un provvedimento amministrativo, né un accordo *ex* art. 11 cit. L'opzione sarebbe ormai a favore del diritto privato e ben poco, fors'anche nulla, resterebbe al diritto pubblico[10].

Così, si applicano alla concessione le medesime regole previste in fase esecutiva per l'appalto e dunque: (*i*) le modifiche e l'estinzione del rapporto dovrebbero essere considerati come altrettanti atti negoziali, addirittura sottratti all'obbligo di motivazione e al contraddittorio procedimentale; (*ii*) non vi sarebbe più alcuno spazio per l'autotutela decisoria, né in forma di annullamento d'ufficio né in forma di revoca, alla quale, non a caso, si sostituisce nominalmente nel nuovo codice il "recesso", e gli unici vizi rilevanti per provocare una risoluzione unilaterale sono quelli inerenti a vizi della fase di affidamento, espressamente richiamati con una logica di tassatività dei fatti risolutivi (v. l'art. 190, comma 1, lett. *b*, del d. lgs. n. 36 del 2023); (*iii*) la giurisdizione sulle controversie che riguardano la fase di esecuzione del rapporto dovrebbe essere interamente devoluta al giudi-

[10] Così G. Greco, *La "depubblicizzazione" delle concessioni di lavori e di servizi (all'esito di scelte normative altalenanti)*, *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2023, 469 e ss.

ce ordinario, senza distinzione alcuna e senza possibilità di evocare la giurisdizione esclusiva prevista a proposito degli accordi di diritto pubblico *ex* art. 11 cit..

Si tratterebbe quindi di una "mutazione genetica radicale", come detto dalla citata dottrina, che implica una trasformazione sia del regime sia della causa dell'istituto. Tale mutazione sarebbe figlia della configurazione europea delle concessioni, la quale impone un modello nel quale non è più centrale il soddisfacimento dei bisogni della collettività, perché a dominare è invece la massima apertura alla concorrenza (che dovrebbe garantire maggiore efficienza della spesa pubblica, come auspicato nel quarto considerando della direttiva) alla quale si accompagna l'idea di fondo della traslazione del rischio sul concessionario. Sicché gli interessi degli utenti sarebbero tutelati e soddisfatti grazie al buon funzionamento del mercato e delle sue dinamiche.

Se questa analisi fosse sino in fondo esatta, avremmo che nella fase di esecuzione il mercatismo avrebbe preso decisamente il sopravvento sulla discrezionalità amministrativa e, più in generale, sull'esistenza di poteri unilaterali del concedente finalizzati alla cura del pubblico interesse.

È indubbio che la pressione del mercatismo sia poderosa e che l'analisi testé ricordata sia lineare. Però mi sembra opportuno esprimere qualche riserva e tentare di ravvisare ancora i tratti pubblicistici che possono esser destinati a un bilanciamento col mercatismo.

Parto da una considerazione specifica, che riguarda l'uso del termine "recesso", all'art. 190, comma 4, in luogo del precedente uso del termine "revoca". Anche l'art. 11 della legge n. 241 del 1990 ci parla di recesso per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, ma è pressoché pacifico che tale istituto vada a collocarsi nel *genus* dei poteri di autotutela decisoria e che sia figlio, in definitiva, della tradizione del diritto pubblico anziché di quella del diritto privato. Del resto, la Relazione al codice nell'esporre la ragion d'essere di questa novità ritiene più corretto spiegare questa scelta ricordando che l'istituto del recesso è già richiamato dall'art. 21-*sexies* della stessa legge generale sul procedimento. Inoltre, il predetto comma 4 fonda il potere di recesso su "motivi di pubblico interesse" e con questo si salda proprio con la tradizione che ha ispirato sia l'istituto della revoca come fenomeno di autotutela decisoria (oggi art. 21-*quinquies* della l. n. 241 del 1990) sia proprio quella speciale figura di recesso "pubblicistico" inserita nell'art. 11 cit. L'evocazione dei motivi di pubblico interesse, poi, sembra coinvolgere l'insieme di quelle valutazioni di opportunità che rientrano nel campo del merito amministrativo.

Sicché non mi sembra del tutto peregrina una tesi che punti a lasciare che sopravviva anche l'annullamento d'ufficio, dal momento che si tratta di un istituto di carattere generale, il quale, è vero, non è stato riproposto nel codice, ma non è stato neppure espressamente derogato dal legislatore. Anzi. la relazione al

Codice esprime apertamente tale lettura, lì dove, in riferimento all'art. 190 osserva quanto segue: «I mobili e ancora incerti confini tra i poteri privatistici di risoluzione e quelli pubblicistici di autotutela è rimesso al punto di equilibrio che sarà individuato, nell'esercizio delle rispettive funzioni nomofilattiche, dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato. A tal fine, non si è quindi riprodotto il riferimento alle norme in tema di autotutela, il cui rinvio generico aveva alimentato dubbi sui rapporti con le ipotesi espressamente previste dalla direttiva europea».

Non dobbiamo dimenticare, poi, che molto spesso la concessione amministrativa convive con la gestione di un servizio pubblico e tale circostanza non può che deporre a favore del polo di diritto pubblico. La Relazione al nuovo codice non a caso, sotto il commento all'art. 176, ricorda che la disciplina del Codice «costituisce solo una parte della disciplina dei servizi pubblici», sicché ad integrazione e per i «profili inerenti la regolazione economica del servizio pubblico, occorrerà fare riferimento al decreto legislativo recante il t.u. in materia di servizi pubblici locali e alle altre norme speciali di settore». Tra i punti meritevoli di integrazione la Relazione menziona «i criteri di individuazione delle attività produttive di interesse economico generale; la conformazione dell'organizzazione dell'attività di impresa; le modalità di gestione; la definizione degli ambiti territoriali ottimali e omogenei; la disciplina delle reti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziali; la metodologia tariffaria».

Se l'autotutela decisoria trovasse ancora uno spazio legittimo, sarebbe da discutere anche la tesi che affida perentoriamente alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie che intervengono durante la fase di esecuzione del contratto[11]: se infatti di autentico potere funzionale amministrativo si trattasse, sarebbe coerente ritagliare uno spazio per l'interesse legittimo anche in fase di esecuzione e prevedere uno spazio per la giurisdizione amministrativa di legittimità. Il che sarebbe anche coerente con l'evoluzione storica che ha condotto alla giurisdizione esclusiva dello stesso giudice amministrativo per le controversie della fase procedimentale.

Infine, è frequentissimo, se non scontato, rinvenire nel contratto (o disciplinare) di concessione quelle clausole che, in omaggio alla tradizione dell'istituto, prevedono un potere di revoca-decadenza a favore dell'amministrazione concedente in caso di gravi inadempimenti agli obblighi del concessionario. La revoca-decadenza è un istituto che condivide una funzione sanzionatoria con un potere di autotutela e che partecipa di un'anima prettamente pubblicistico-funzionale. Ebbene, non credo ci si debba spingere a ritenere che un nuovo assetto privati-

[11] Per una opinione critica verso le tendenze espansive della giurisdizione ordinaria verso tutti gli ambiti della fase di esecuzione dei contratti pubblici, indifferentemente, cfr. M. Mazzamuto, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2020, 675 e ss.

stico abbia lo scopo e l'effetto di confinare la revoca-decadenza nel campo di ciò che è addirittura vietato e/o che debba essere necessariamente ristretto nell'abito civilistico dei rimedi contro l'inadempimento. Se, dunque, tali clausole sono valide ed efficaci e se rispondono ad una funzione che l'ordinamento conosce, saremmo di fronte a un'ulteriore dimostrazione di vitalità della funzione amministrativa del concedente in fase di esecuzione.

Riepilogando, ritengo che sia possibile dare continuità a quella che ho testé definito come una forma di integrazione tra diritto eurounitario e diritto nazionale.

In altre parole, non è affatto detto che una certa disciplina normativa redatta in linea con le direttive non sia compatibile con l'inserimento nella fase di esecuzione di alcuni tradizionali poteri del concedente che si spiegano in nome della trilateralità del rapporto di concessione e dell'esigenza di erogare un servizio pubblico che possa soddisfare le esigenze dei cittadini e rispettare le direttive di indirizzo politico. La concorrenza sarà salvaguardata nella fase di selezione, ma successivamente dei ragionevoli poteri amministrativi di vigilanza e di correzione del rapporto mi sembra che siano giustificabili e che ciò non implichi necessariamente un contrasto col diritto eurounitario. E questo ancor più per il fatto che tali poteri si trovano magari menzionati in altrettante clausole inserite nel contratto messo a gara nella fase selettiva, come testé ricordato.

## 5. *Concorrenza "per" il mercato e vigilanza antitrust sulle concessioni*

Un punto di intersezione tra principio mercatista e altri principi si può rinvenire nelle maglie della vigilanza antitrust.

Qui non si tratta, in verità, della tensione con gli spazi della discrezionalità amministrativa del concedente, quanto delle prerogative del concessionario che fanno capo alla sua posizione di imprenditore, ivi inclusa la facoltà di adire la tutela giurisdizionale rispetto alla celebrazione della nuova gara per la proroga del rapporto di concessione.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato si è occupata in alcuni casi della condotta di chi, operando quale concessionario uscente, non avrebbe prestato la necessaria collaborazione al concedente nelle attività strumentali alla indizione e celebrazione di una nuova gara. Il rifiuto di comunicare dati e/o di consentire i necessari accessi alle infrastrutture e alle tecnologie da parte del concessionario uscente avrebbe potuto, nei fatti, rendere difficile, se non temporaneamente impossibile, avviare la nuova gara.

AGCM ha ritenuto perciò possibile configurare addirittura un abuso di posizione dominante a carico del concessionario[12]. Quest'ultimo, infatti, sarebbe operatore "dominante" (*recte*: monopolista) in un mercato definito come rilevante e circoscritto alla medesima esclusiva corrispondente all'ambito oggettivo della concessione e alla relativa gara. La condotta del concessionario, che avrebbe come obiettivo di impedire o ritardare la celebrazione della gara, è stata così talora configurata come una condotta abusiva e illecita.

Sebbene possa apparire scontata la scorrettezza di un atteggiamento non collaborativo del concessionario, la realtà dei fatti può essere ben più complessa e potrebbe anche registrare una legittima pretesa di quest'ultimo a non condividere dati e/o informazioni che formano parte integrante del *know-how* aziendale e che possono essere coperti da segreto industriale. Non a caso, il giudice ha in alcuni casi appunto deciso di annullare provvedimenti sanzionatori di questa natura, rispetto al contesto di dati definiti "di proprietà" del gestore del servizio e strumentali a generare una maggiore efficienza a beneficio del mercato.

In questi casi, in verità, è la stessa varietà del rapporto di concessione che alimenta la fattispecie e i dubbi sul suo inquadramento. La natura pubblicistica del rapporto giustifica certamente il dovere di collaborazione del concessionario, ma il suo essere impresa ripropone nel sinallagma del rapporto (non solo privatistico, ma appunto anche pubblicistico) di concessione anche pretese e rivendicazioni di natura prettamente privatistica, come appunto quelle che attengono, ad esempio, ad eventuali diritti di proprietà intellettuale. La posizione di AGCM, dal canto suo, si pone come è ben comprensibile a protezione del principio di concorrenza, che nel caso è declinato in armonia col primato della gara. La difesa della celebrazione della gara e della concorrenza "per" il mercato è quel che giustifica l'accertamento di una condotta abusiva dell'operatore definito dominante grazie alle tecnicalità del concetto di rilevanza del mercato. Poiché qui il mercato rilevante è individuato nella "gara" e quindi nella stessa concessione, il concessionario è qualificato come operatore "dominante", il che integra la premessa per indagare l'abusività della condotta. In verità il concessionario potrebbe non esprimere affatto una sua autentica forza di mercato e trovarsi anzi in condizione di debolezza proprio a causa dell'imminente scadenza del rapporto, ma questa è una delle possibili contraddizioni logiche che talora il diritto della concorrenza porta con sé nel mettere insieme concetti giuridici e dati di analisi economica.

[12] Cfr. AGCM, provvedimento 25 gennaio 2012, n. 23233, reperibile nel sito istituzionale dell'Autorità. Il provvedimento è stato annullato da Cons. Stato, sez. VI, 13 gannio 2020, n. 315, il quale ritenne che nel caso di specie la condotta fosse rientrata nell'ambito di una lecita difesa del patrimonio aziendale. Sul tema *Concessioni e criticità aziendali* si rinvia altresì alla segnalazione di AGCM 20 dicembre 2018, AS1550, reperibile anch'essa nel sito istituzionale.

Di recente, l'azione antitrust si è ampliata sino ad abbracciare nel novero delle condotte abusive anche quella del concessionario, che, dopo la conclusione della nuova gara che lo ha visto soccombente, non presti la collaborazione necessaria al subentro dell'aggiudicatario[13]. La questione si intreccia con un altro aspetto estremamente delicato: quello della tutela giurisdizionale. Infatti, dato che il concessionario in questi casi avrà reagito impugnando l'altrui aggiudicazione davanti al giudice amministrativo, la resistenza al subentro si accompagna all'esercizio della difesa in giudizio. In casi di questo tipo, se il ricorso avesse successo e se fosse annullata l'aggiudicazione, sarebbe lo stesso esito offerto dal processo di concorrenza "per" il mercato ad essere eliminato dal campo giuridico. Sicché la non collaborazione al subentro è una condotta che sembra meno netta da giudicare quando si accompagna ad un'iniziativa giurisdizionale. Si potrebbe osservare che il processo offre gli strumenti per sciogliere questi nodi perché è possibile chiedere ed ottenere la tutela cautelare. Se insomma la tutela cautelare non è concessa, il provvedimento di aggiudicazione è efficace e l'ostacolo al subentro è illecito in quanto tale. Tuttavia, potrebbero anche esser fatte due obiezioni: la prima è che, quand'anche fosse negata la tutela cautelare, l'accertamento dell'abuso durante tutta la pendenza del processo amministrativo è condizionata all'esito del processo (ed è quindi una sorta di "aspettativa" di condotta illecita per lesione della concorrenza "per" il mercato); la seconda è che la prassi del processo amministrativo ha ormai relegato ai margini la tutela cautelare, preferendole l'opzione verso una celere tutela di merito, sicché la mancata concessione della tutela cautelare (e la perdurante efficacia dell'aggiudicazione) è un fatto che solo apparentemente potrebbe essere imputato al concessionario. Questa tensione è ancor più forte nei casi nei quali l'azienda del concessionario è intimamente legata al rapporto concessorio, in modo tale che l'uscita dal rapporto possa provocare la disgregazione dell'azienda.

Nel complesso, però, è indubbio che il diritto antitrust, nell'ambito della dialettica che abbiamo messo in luce nelle nostre osservazioni, ponga al centro dei suoi obiettivi il principio mercatista e la sacralità della gara come strumento della concorrenza "per" il mercato. Qui il principio di concorrenza tende a prevalere. Si potrebbe discutere di alcuni dei postulati che fanno parte del diritto antitrust europeo, ma si tratterebbe di altra tematica.

[13] AGCM, provvedimento 21 giugno 2022, n. 30205, A536.

## 6. *La finanza di progetto, il promotore e il diritto di prelazione e la ("controvisione") mercatista*

L'istituto nel quale si va manifestando in maniera più evidente la spinta mercatista in materia di concessione è però probabilmente la finanza di progetto, quasi a cancellare il carattere originario del modello nazionale.

Procediamo in ordine.

Il cuore della disciplina italiana, così come messa a punto, da ultimo, nel codice del 2023, prevedeva che l'amministrazione potesse individuare come promotore colui il quale avesse presentato una "idea" progettuale tale da incontrare l'interesse pubblico in modo efficace e puntuale. Il progetto sarebbe stato quindi posto ad oggetto della gara per l'affidamento della concessione. Il promotore avrebbe dovuto partecipare alla gara e, tuttavia, se rimasto soccombente, avrebbe alla fine potuto esercitare il diritto di prelazione, a parità di condizioni rispetto all'aggiudicatario.

In questo modello il polo della discrezionalità avrebbe raggiunto nel bilanciamento che stiamo indagando una soglia indubbiamente elevata: la ponderazione della qualità dell'idea offerta dall'aspirante promotore esprime un tasso significativo di discrezionalità, perché segna la caratura dell'interesse pubblico che ne giustifica la novità e la scelta. Nel contempo, l'istituto si proponeva di incrementare le possibilità di ideazione e azione della p.a., attraverso un ausilio del privato, il cui contributo collaborativo si pone al di là e prima di un procedimento di gara, proprio grazie alla proposta dell'idea. Da parte sua, l'istituto congegna il diritto di prelazione anche come una sorta di corrispettivo dell'impegno richiesto per elaborare e portare a compimento il progetto, supponendo (a ben ragione, a mio parere) che senza questo premio il privato non sarebbe stato disponibile all'investimento di risorse economiche ed aziendali per questo sforzo progettuale unilaterale.

Le prime obiezioni mosse dalla Commissione europea hanno indotto il legislatore nel decreto "correttivo" del 2024 a modificare questo assetto originario, prevedendo che la proposta debba esser prima pubblicata per sollecitare il mercato a proporne altre in concorrenza e per poi effettuare una procedura comparativa di gara tra gli offerenti ed aspiranti al titolo di promotore.

Mentre maturava questa novità, la giurisprudenza era chiamata a pronunciarsi sul modello originario del codice del 2023 e di quello precedente, soprattutto sulla questione del se dovesse o meno celebrarsi necessariamente un procedimento competitivo sulla proposta del primo aspirante promotore. La risposte della giurisprudenza erano state abbastanza equilibrate, perché da un primo punto di vista si affermava – com'era giusto che fosse – la necessità di rispettare i prin-

cipi generali dell'azione amministrativa nella selezione del promotore e, da un secondo punto di vista, si sottolineava che il livello di discrezionalità nel fissare la congiunzione tra l'idea progettuale e l'interesse pubblico da raggiungere era molto elevato, non prestandosi dunque ad un modello comparativo di tipo classico; insomma, non si richiedeva una vera e propria gara per la scelta del promotore; e ciò soprattutto perché l'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione è tale da non vincolarla a fornire una risposta su quale sia tecnicamente la migliore tra la pluralità delle offerte, bensì quale di queste sia più rispondente all'interesse pubblico che giustifichi l'inserimento di un dato progetto nella programmazione[14]. Un'incrinatura a questa elasticità si poteva però rinvenire sia un'ordinanza che ha sollevato una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE in merito all'istituto della prelazione[15], sia in una sentenza che, pronunciandosi *ex post* sul diritto di prelazione, ha stabilito che tale diritto dovesse essere esercitato dal promotore sui contenuti dell'offerta dell'aggiudicatario in maniera pedissequa e alle "medesime condizioni" da intendersi in senso letterale e inderogabile[16]. In altre parole, quand'anche l'organizzazione aziendale del promotore avesse presentato oggettive differenze da quelle dell'aggiudicatario e ciò avesse reso necessario adattare i contenuti contrattuali a siffatta organizzazione, una tale variazione avrebbe comportato un abuso nell'esercizio della prelazione, la quale dovrebbe sostanziarsi esclusivamente in un'opzione prioritaria da esercitare esattamente sull'offerta e dunque sul contratto predisposto dall'aggiudicatario. Questo modo restrittivo di interpretare il diritto di prelazione riguarda una fase successiva a quella su cui è intervenuto il c.d. correttivo, ma nondimeno reagisce anche su quest'ultima, perché riducendo così tanto la concreta applicazione della prelazione riduce parimenti al lumicino l'incentivo a proporsi per la qualità di promotore.

Tornando al testo del correttivo, l'introduzione di una necessaria fase di apertura alla competizione e l'inibizione alla facoltà di ricevere un'idea progettuale vincente e di poterla, *tout court*, approvare – così come previsto nel testo del 2023 – indubbiamente ha indebolito l'istituto, perché ha notevolmente stemperato l'incentivo ad elaborare la proposta progettuale. A parte questo effetto, la stessa concezione di una comparazione tra idee differenti suscita delle perplessità nello scrivente: se si tratta di valutare un'idea, in quanto tale, la stessa comparabilità entra in crisi, a meno di riconoscere l'esistenza di un'amplissima discrezio-

[14] Così Cons. stato, sez. V, 31 gennaio 2023, n. 1065, la quale ha aggiunto che «la valutazione circa la maggiore rispondenza all'interesse pubblico di una proposta progettuale" deve "essere condotta in termini necessariamente globali e sintetici, senza per questo consentire l'ingresso alla ricerca di specifiche e singole inesattezze».

[15] Cons. Stato, sez. V, ord. 7 giugno 2023, n. 5615.

[16] Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2023, n. 9210, a proposito dell'aggiudicazione del c.d. Polo strategico nazionale.

nalità su ciò che effettivamente incontra al meglio le esigenze di interesse pubblico. Se l'idea pervenuta per seconda (o terza, e così via) è diversa dalla prima, non si tratta di comparare ma di scegliere quale modello è preferibile per gli obiettivi di indirizzo politico-amministrativo assunti dalla p.a.; se la seconda idea è omogenea e allora effettivamente comparabile con la prima, non si vede perché non si debba premiare il primato di chi per primo l'ha proposta e resa conoscibile sia alla p.a. sia agli stessi concorrenti.

In altre parole, la propensione mercatista ha reagito vittoriosamente sul valore della discrezionalità.

Sennonché, nemmeno il contenuto del correttivo ha sopito le preoccupazioni della Commissione, la quale ha avviato una procedura di infrazione nei confronti della Repubblica italiana[17]. Neppure la versione del correttivo, secondo la Commissione, sarebbe in grado di soddisfare i principi generali di non discriminazione, parità di trattamento, pubblicità e trasparenza posti a fondamento delle direttive. La Commissione ritiene necessaria, sin dalla fase di individuazione del promotore, la previa pubblicazione di un bando, nonché l'adozione dei criteri omogenei di valutazione previsti dall'art. 41 della direttiva 2014/23/UE. In questa logica la selezione del promotore deve seguire pressoché la medesima strada prevista per la scelta del concessionario. Questo approccio è un'evidente bocciatura del modello, perché segna la scomparsa di qualsiasi incentivo all'ideazione e alla presentazione spontanea di un progetto di iniziativa privata alla p.a. Chi volesse elaborare un progetto si vedrebbe esposto, dapprima, ad una sua piena *discovery* che servirebbe a sollecitare suoi (tardivi) concorrenti ed oppositori (in distonia col vecchio principio *prior in tempore potior in jure*) nonché a suscitare possibili preoccupazioni circa il *vulnus* a segreti industriali, dopodiché dovrebbe partecipare ad una gara che sostanzialmente replica quella per l'affidamento della concessione.

Nel contenuto delle obiezioni della Commissione è ben visibile l'impostazione culturale di fondo, che esalta il principio mercatista al confronto con la discrezionalità amministrativa, la quale viene a tratti descritta quasi come un disvalore: secondo la Commissione il modello italiano «sembra costituire un potente strumento di elusione dell'intero quadro normativo dell'UE in materia di aggiudicazione di contratti pubblici e la sua disciplina non fornisce adeguati strumenti per limitare i significativi rischi di abuso …» ed esso sarebbe in contrasto con la direttiva 23 in quanto delinea «… una procedura di aggiudicazione connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, discriminatoria e non in linea con il diritto dell'UE applicabile in nome di un maggiore coinvolgimento

[17] In particolare, si rinvia alla terza lettera complementare di costituzione in mora – procedura INFR(2018)2273 – formulata dalla Commissione europea a carico dell'Italia; l'infrazione riguarda il mancato corretto recepimento delle direttive UE 2014/23/UE (concessioni), 2014/24/UE (appalti pubblici ordinari) e 2014/25/UE (settori speciali).

di operatori e investimenti privati nella progettazione, nella gestione e nell'esecuzione di opere pubbliche». L'asticella è evidentemente collocata in alto, verso il principio che vede nella gara un valore quasi sacrale; e molto distante dalle aspirazioni della discrezionalità amministrativa. L'intransigenza del mercatismo qui è ben visibile e davvero non si riesce a scorgere quale sia il fondamento teleologico dell'interpretazione e quello epistemologico del fondamento valoriale, a parere dello scrivente.

Il colpo ferale all'istituto nazionale, in nome di una logica mercatista pura, sembra però quello inferto dalla Corte di giustizia, che pronunciando sull'ordinanza del Consiglio di Stato già menzionata che aveva sollevato una questione pregiudiziale, ha finito col ritenere incompatibile con la direttiva concessioni l'istituto della prelazione[18]. E questo perché la partecipazione ad una gara non può consentire alterazioni della *par condicio*, concentrando quindi tutto il ragionamento sulla seconda gara (quella di affidamento della concessione) e senza attribuire rilievo al coordinamento con la fase procedimentale precedente. Chi scrive rimane dubbioso rispetto a questo tipo di approccio. Pronunciare una sentenza che boccia il modello italiano di finanza di progetto imperniato sul diritto di prelazione riconosciuto al promotore, in nome del principio formalistico che nell'ambito di una gara pubblica dev'essere rispettata la parità di trattamento e che non si può consentire di modificare l'offerta in corso di gara, significa forse non aver vagliato sino in fondo il funzionamento del modello; e di non aver approfondito quanto sia importante assicurare all'impresa, che sceglie di presentare un'idea progettuale innovativa all'amministrazione, sostenendo ingenti costi e soprattutto condividendo i diritti di proprietà intellettuale, un vantaggio premiale nella gara successiva celebrata in base a quell'idea.

## 7. *I contratti a valle del concessionario e il trionfo del mercatismo: il vincolo ad affidare (con gara) contratti non necessari e l'intervento (necessario) della Corte costituzionale*

La tensione tra la pressione del principio mercatista e le istanze di flessibilità, che siano riferibili alla discrezionalità amministrativa ovvero all'autonomia privata del concessionari, si è manifestata in molto visibile anche su un altro terreno: quello dei contratti a valle stipulati dal concessionario con altrettanti operatori.

[18] La Corte di giustizia UE, 5 febbraio 2026, C-810/24, ha dichiarato il diritto di prelazione riconosciuto dal codice italiano dei contratti pubblici a chi avesse ottenuto la qualifica di promotore incompatibile col diritto dell'UE e in particolare con la direttiva 2014/23/UE.

La disciplina applicabile agli affidamenti dei concessionari nel corso degli anni ha riguardato soprattutto due questioni: se il concessionario, che non sia un'amministrazione aggiudicatrice, debba a sua volta selezionare i propri appaltatori mediante una gara pubblica; se il concessionario, che abbia ricevuto una concessione in via diretta e senza passare per il filtro di una selezione procedimentale, abbia un obbligo di esternalizzare a valle una quota delle prestazioni che sono oggetto della concessione.

La prima questione sino al codice del 2016, nei fatti, ha visto una risposta nell'equiparazione del concessionario di lavori pubblici alle p.a. e agli organismi di diritto pubblico, nel presupposto che il rapporto concessorio gli trasferisse alcune prerogative ed altrettanti vincoli propri dell'amministrazione, e che comunque fosse ragionevole articolare questo sistema per razionalizzare la selezione degli appaltatori. Diversa era rimasta invece la situazione per i concessionari di meri servizi.

La seconda questione è invece un riflesso di una certa idea di salvaguardia della competizione tra operatori economici nel nostro ordinamento. L'immagine che viene restituita, infatti, è quella di una tutela della concorrenza dal forte accento regolatorio e dalla spiccata proiezione deterministica. L'impianto regolatorio prescelto dal legislatore nazionale, alla prova dei fatti, ha finito nel Codice del 2016 con il gravare i soggetti concessionari (per il solo fatto di aver ottenuto l'affidamento della concessione senza gara, seppur molti anni prima e magari in conformità alla legge dell'epoca) di un obbligo, anzi, potremmo dire, di una sorta di sanzione. Si tratta dell'imposizione *ex lege* di dar vita ad una sorta di "mercato supplementare", anche se costasse una parziale dispersione del patrimonio aziendale, mediante l'esternalizzazione vincolata della propria attività e consistente nel dovere di cercare appaltatori di cui, molto probabilmente, l'impresa stessa non avverte nessun bisogno.

Alla base di tale impostazione vi è l'idea che il mero fatto di essere affidatari senza gara renda i concessionari "colpevoli" di aver violato la concorrenza a monte e, pertanto, il legislatore del 2016 ha cercato di "purgare" tale stigma tentando di ricreare il gioco concorrenziale a valle.

La radice comunitaria di quest'ultima previsione è quantomeno claudicante. Infatti è vero che il diritto eurounitario, in una pluralità di fonti succedutesi tra il 1989 e il 2004, aveva previsto che a carico del concessionario di lavori potesse essere imposto l'obbligo di affidare a terzi una data percentuale dei lavori affidati. Ma, a ben vedere, questa percentuale riguardava solo il concessionario di lavori, e non anche di servizi, e soprattutto l'imposizione di questo vincolo era rimessa alla facoltà del concedente, che avrebbe potuto valutarne l'opportunità alla luce delle circostanze del caso. In definitiva, quindi, come corretta-

mente avrebbe rilevato di lì a breve la Corte costituzionale, che ha avuto modo di ripercorrere puntualmente tutta l'evoluzione storica delle fonti, l'analisi dell'evoluzione normativa a livello europeo «restituisce l'immagine di una disciplina in costante oscillazione ma comunque piuttosto stabile nell'escludere un radicale obbligo di affidamento a terzi, finanche per le concessioni già assentite, rinnovate o prorogate»[19].

Quel che è opportuno vieppiù osservare è che, nel corso del tempo, il legislatore sovranazionale non ha mai realmente guardato con sospetto o attribuito una qualche "colpa" a coloro che avessero ottenuto una concessione, nel rispetto delle regole vigenti ma senza una previa gara. La facoltà riservata dalle direttive all'amministrazione – prima del 2014 – di imporre una quota di esternalizzazione era legata a valutazioni di efficienza del rapporto e presupponeva una considerazione discrezionale dei singoli contesti.

Nonostante ciò il codice del 2016, in sintonia con la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, ha ampliato sino alla misura dell'80 per cento l'obbligo di esternalizzazione "a valle" dell'oggetto della concessione celebrando altrettante gare, lo ha reso vincolante *tout court* senza passare per il vaglio della discrezionalità del concedente e lo ha esteso a tutte le tipologie di concessioni. Questa scelta così perentoria, tuttavia, era priva di copertura nel diritto eurounitario (che nel pacchetto 2014 aveva nel frattempo anche abbandonato la stessa facoltà di imporre l'esternalizzazione) . Essa veniva giustificata con l'intento di restituire, a valle, parte della concorrenza *per* il mercato mancata a monte «secondo uno schema che ovviamente ha ad oggetto, in quota parte, le prestazioni relative alle concessioni a suo tempo affidate direttamente»[20]. Detto con altre parole, si voleva adeguare l'originario rapporto concessorio al mutato approccio alla "concorrenza per il mercato", assurto a valore costituzionale grazie ai principi interposti del Trattato, così da restituire le quote di lavori, servizi e forniture sottratte al mercato attraverso gli affidamenti avvenuti senza gara. Le preoccupazioni del legislatore ricadevano sulle ipotesi in cui la concessione fosse stata affidata senza un previo ricorso al mercato, perché, per usare ancora una volta le parole del parere del Consiglio di Stato, in quelle fattispecie si annidava una sorta di "colpa originale" del concessionario, colpa del tutto indipendente dalla sua volontà, ma «per se stessa tale da collocarlo in una "situazione permanente" di sostanziale violazione dei principi di concorrenza, pur senza colpa individuale».

La rigidità della scelta legislativa ha però presto suscitato forti preoccupazioni da parte delle imprese concessionarie. Le obiezioni si appuntavano sull'in-

[19] Corte Cost., sentenza n. 218 del 2021.

[20] In questi termini, Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 5 giugno 2018, parere del 20 giugno 2018, n. 1582

troduzione di un obbligo pressoché generalizzato di *outsourcing* e, per l'effetto, di una "dismissione" pressoché totale di tutte le concessioni di lavori, servizi e forniture che, alla data di entrata in vigore del nuovo Codice del 2016, erano state affidate senza il previo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica ovvero senza il ricorso alla formula della finanza di progetto. I concessionari lamentavano che l'art. 177 avrebbe addirittura superato l'ormai consolidata tendenza ad espandere gli obblighi di evidenza pubblica, in quanto non si trattava più di imporre l'obbligo di gara per selezionare il contraente di un appalto che si voleva effettivamente affidare, ma di disarticolare l'organizzazione imprenditoriale interna al fine di effettuare gare per appalti che non si avvertiva affatto l'esigenza di affidare.

Così il Consiglio di Stato, nuovamente interessato del problema in sede contenziosa, ha ritenuto di dover sollevare una questione di legittimità costituzionale[21]. Il Giudice *a quo* ha osservato che l'obbligo di messa a gara previsto dall'art. 177 fosse «suscettibile di comportare uno stravolgimento degli equilibri economico – finanziari sottesi allo stesso rapporto concessorio in questione, su cui si fondano le scelte di pianificazione ed operative del concessionario/imprenditore». L'attenzione dei giudici si è concentrata sul fatto che l'attività dell'operatore economico venisse «ridotta a quella di una mera stazione appaltante», cui seguiva il serio rischio di «una vera e propria disgregazione del sottostante compendio aziendale, con conseguente depauperamento anche del patrimonio di conoscenze tecniche e tecnologiche e di professionalità maturate dal concessionario nello svolgimento del rapporto».

La Corte costituzionale, nella sentenza già citata, ha ritenuto che la questione fosse fondata, individuando nell'art. 41 Cost. il parametro principale di riferimento delle sue analisi. L'obbligo di esternalizzazione previsto dall'art. 177 è stato considerato «una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine perseguito, in quanto tale lesiva della libertà di iniziativa economica». L'irragionevolezza è stata desunta da due elementi: il primo si rinviene nel fatto che la parte più grande delle attività concesse dovesse essere appaltata a terzi, tramutando così l'imprenditore concessionario in soggetto preposto ad attività esclusivamente burocratica di affidamento di commesse; il secondo, invece, è legato alla mancata differenziazione o graduazione di un siffatto vincolo in ragione di elementi rilevanti per l'apprezzamento dello stesso interesse della concorrenza, quali le dimensioni della concessione, le dimensioni e i caratteri del soggetto concessionario, l'epoca di assegnazione della concessione, la sua durata, il suo oggetto e il suo valore economico. Per quanto riguarda la proporzionalità, l'obbligo di esternalizzazione per una così ampia percentuale non rappresenta il "mezzo più mite" fra quelli idonei allo scopo, dal momento che il legislatore avrebbe

[21] Cons. Stato, sez. V, sentenza non definitiva, 19 agosto 2020, n. 5097.

potuto scegliere, fra i vari strumenti a disposizione, quello che determina il sacrificio minore, calibrando l'esigenza di affidamento all'esterno sulle varie e differenziate situazioni concrete, attenuandone la radicalità.

## 8. Segue: *il codice del 2023*

L'art. 186 del codice del 2023 ha innovato profondamente la disciplina. La prima novità riguarda le modalità di scelta degli appaltatori da parte dei concessionari che non rientrassero nell'ambito delle stazioni appaltanti "pubbliche" sottoposte, di per sé, all'applicazione degli obblighi di gara. Il comma 1 dell'art. 186 stabilisce una regola nuova e decisamente "liberale", perché afferma che in linea di principio – e salvo il caso che coinciderà con l'obbligo di esternalizzazione come ridisciplinato – il concessionario che non sia stazione appaltante ai sensi del Codice non è tenuto a seguire il modello dei procedimenti c.d. ad evidenza pubblica per scegliere i suoi appaltatori. Il co. 1, infatti, dispone che «agli appalti affidati dai concessionari che siano stazioni appaltanti si applicano le disposizioni del codice in materia di appalti». Il principio seguito dalla Commissione insediata presso il Consiglio di Stato è quello secondo il quale, quando un operatore economico ha partecipato ad un procedimento di gara ed è stato regolarmente aggiudicatario di una concessione, dev'esser lasciato libero di utilizzare il diritto privato per la scelta dei suoi concessionari.

L'obbligo di esternalizzazione a carico del concessionario che aveva ricevuto senza un previo procedimento di gara la concessione è stato mantenuto, nonostante la carenza di una copertura eurounitaria, ma molto ridimensionato. Anzitutto l'art. 186 non si riferisce più a tutte le concessioni affidate a suo tempo senza gara, ma solo a quelle che siano state affidate o prorogate in violazione del diritto europeo al tempo della sua vigenza. Ciò significa che l'obbligo di esternalizzazione trova applicazione solo per le concessioni affidate successivamente all'entrata in vigore delle direttive 89/440/CEE e 93/37/CEE, che avevano introdotto a livello europeo l'obbligo di gara per l'affidamento dei contratti pubblici. Poi, i settori speciali sono esentati e la quota di esternalizzazione si riduce dall'80 per cento ad una quota tra il 50 e il 60 per cento da stabilire convenzionalmente dal concedente e dal concessionario, sulla base di criteri apprestati da Anac. L'esternalizzazione è poi eliminata nel caso di comprovata indivisibilità delle prestazioni nel caso della concessione di servizi ed è sostituita da un curioso obbligo di pagamento al concedente di un importo compreso tra il minimo del 5 per cento e il massimo del 10 per cento degli utili previsti dal piano economico-finanziario. Riaffiora quella concezione punitiva a carico dei concessionari che si siano "mac-

chiati" della "colpa" di aver ricevuto una concessione senza gara, qui addirittura destinatari di un obbligo *ex post* di pagamento al concedente, evidentemente presumendo (*juris et de jure*) che si fosse prodotto un arricchimento ingiustificato a favore del concessionario.

Questa disciplina è, a parere di chi scrive, molto interessante per dosare il *trade-off* tra rigidità del mercatismo e flessibilità della discrezionalità amministrativa e dell'autonomia privata e per comprendere i rischi che si annidano nella prima prospettiva. L'obbligo di esternalizzazione – che nei fatti costituisce un esempio di *gold plating* – è figlio di quella concezione un po' curiosa della concorrenza, secondo cui il mercato è una torta divisibile in fette, in modo tale che, quando una fetta è mancata in origine, la si possa e la si debba recuperare a valle. Ne discende che il concessionario che ha ottenuto l'affidamento della concessione senza una gara, benché molti anni prima e se del caso in conformità alla legge dell'epoca, viene ancora obbligato (e fors'anche "punito") a dar vita al "mercato supplementare" di cui si è parlato, e ciò in danno del proprio patrimonio aziendale. La concezione è curiosa, perché appare priva di un adeguato sostrato logico-giuridico e soprattutto è rimasta inspiegata – a quanto risulta – dal punto di vista economico ed epistemologico. Si tratta, allora, di una manifestazione abbastanza evidente di una certa concezione meccanicista e regolatoria della concorrenza che talora si affaccia in campo europeo, ma che soprattutto molto ha condizionato l'esperienza dell'ordinamento italiano e che nel caso specifico della concessione potrebbe ancora provocare un sacrificio eccessivo della libertà d'impresa e della stessa ragion d'essere dell'istituto.

## 9. *Il difficile equilibrio tra rischio operativo ed equilibrio economico finanziario*

L'ultimo punto che si prende in esame riguarda il rapporto tra due requisiti che caratterizzano il rapporto di concessione: il rischio operativo del concessionario e l'equilibrio economico finanziario.

Sappiamo che il diritto eurounitario, nella ricerca di una linea distintiva tra l'appalto e la concessione, ha puntato sul c.d. rischio operativo[22]. Mentre tale rischio nel caso dell'appalto non spicca a tratto distintivo dell'equilibrio contrattuale, nel secondo caso viene di necessità trasferito in capo al concessionario. La

[22] Per un'ampia analisi di questo tema, cfr. G.F. Cartei, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2018, 599 e ss.; v. altresì F. Goisis, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.* 2015, 743 e ss. Sul tema rinvio anche al mio *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, *Dir. econ.*, 2020, 3, 13 e ss.

concessione presuppone, così, un'alea e un rischio. Il rischio, per un verso, si collega alla capacità del concessionario di trarre dai corrispettivi (prezzi o tariffe che siano) pagati dagli utenti quanto necessario a remunerare gli investimenti e ad assicurare il profitto e, per altro verso, si trasfonde in un PEF (piano economico finanziario) che sia in grado di equilibrare le condizioni economiche, patrimoniali e finanziarie dell'intera operazione.

L'art. 177, comma 2, prevede che il concessionario assume il rischio operativo quando in condizioni normali (da intendersi come condizioni non interessate da eventi straordinari dell'uno o dell'altro segno) non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o servizi. E aggiunge che la sottoposizione al rischio deve comportare un'effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato. Da ultimo, nel comma 3, si precisa che non rilevano i rischi connessi a cattiva gestione e inadempimenti contrattuali dell'operatore (da addossare a suo carico) e quelli derivanti da causa di forza maggiore (per i quali verosimilmente è appunto prevista all'opposto una esenzione da responsabilità per l'operatore).

Accanto al rischio operativo, come si diceva, va ricordato il riequilibrio economico-finanziario, riequilibrio da assicurare in modo coerente con le previsioni del PEF. L'art. 192 prevede al riguardo una pretesa del concessionario alla revisione della concessione al fine di provvedere al riequilibrio economico-finanziario quando esso sia stato alterato in modo significativo da «eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili», ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione.

Rischio operativo ed equilibrio economico-finanziario sono una coppia di concetti tra loro interdipendenti: il primo di stretta origine eurounitaria, il secondo fondato sul diritto nazionale e che si collega al tratto trilaterale del rapporto di concessione, come si dirà tra un attimo. Questi concetti, inoltre, esprimono anch'essi la tensione tra una tendenza verso una concorrenza regolata dall'alto e quella favorevole all'esercizio di una discrezionalità amministrativa che possa anche modificare il rapporto quando è richiesto dalla cura dell'interesse pubblico e – nel caso di specie – dalla protezione dei fruitori del servizio pubblico.

Infatti, il punto critico sta nella misura del rischio e nella definizione dell'alea e, contemporaneamente, nell'interpretazione di quali siano gli «eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili».

L'alea è condizionata dall'equilibrio economico-finanziario del concessionario, perché, se il rischio operativo si allargasse troppo a danno del concessionario, sarebbe difficile sostenere che, anche in caso di estrema difficoltà (dovuta beninteso ad eventi esterni non imputabili a quest'ultimo) l'equilibrio economico-finanziario resti comunque nel solco del PEF redatto in occasione della gara per l'affidamento della concessione. Lo statuto pubblicistico dell'amministrazione può

suggerire proprio una revisione della concessione, perché sono in gioco interessi pubblici da salvaguardare comunque: se viene meno l'equilibrio originario, il problema non è solo del concessionario, che si troverà ad affrontare extra-costi non più coperti dai prevedibili ricavi, ma anche della p.a. concedente, la quale rischia di non poter più assicurare ai cittadini servizi di qualità adeguata[23]. La riduzione dei ricavi verosimilmente inciderà sulla qualità delle prestazioni.

È qui che il tratto pubblicistico dell'istituto si riflette sul problema concreto: lo standard qualitativo del servizio dev'essere garantito entro soglie di ragionevolezza e il fattore di crisi esterno che investisse il concessionario non è circostanza di cui la p.a. possa disinteressarsi, lasciandone il peso interamente a quest'ultimo. Può diventare indispensabile perciò un intervento riparatore per ritrovare l'equilibrio. Il cardine pubblicistico del rapporto, nel caso di una crisi del concessionario (dovuta o meno che sia ad un sopravvenuto squilibrio rispetto alle condizioni originarie del PEF) si snoda nella relazione tra gli istituti della revoca, recesso e risoluzione, da un lato, e la revisione con ricerca del riequilibrio, dall'altro lato. Quando sono in gioco i diritti dei cittadini alla qualità e continuità del servizio pubblico, non mi sembra che vi siano alternative differenti, sicché la discrezionalità amministrativa dovrebbe muoversi lungo questo binario.

Ancora una volta ci troviamo di fronte a tensioni differenti, che hanno diversa origine ordinamentale e che esprimono, del pari, differenti valori e tradizioni. Il compito non facile dell'interprete è ricomporre il quadro, certamente non dimenticando l'importanza pratica che da sempre l'istituto della concessione ha recato con sé.

[23] In questo senso anche Cartei, *Rischio e disciplina negoziale* cit., il quale osserva appunto che la conservazione in vita del contratto è interesse comune ad entrambi i contraenti, sia all'operatore privato che guarda al profitto, sia alla p.a. che deve tener conto dell'interesse pubblico alla sopravvivenza e fruizione del servizio per la collettività e delle esternalità positive che ne derivano.

*Fabio Cintioli - Abstract*

*Potere concessorio, discrezionalità amministrativa e libera concorrenza*

L'articolo esamina due tendenze contrapposte che riguardano la concessione amministrativa: da un lato, il principio di concorrenza e il mercatismo, dall'altro lato, la discrezionalità amministrativa e l'influenza dell'indirizzo politico-amministrativo. La prima tendenza spesso provoca un maggiore formalismo e l'aumento degli oneri procedimentali, in nome della "religione della gara pubblica", la seconda consiglia più flessibilità e discrezionalità più ampia. L'articolo si sforza di esaminare come le due spinte contrapposte influenzano i problemi più importanti della disciplina della concessione. Si parte della sua natura contrattuale, per poi esaminare la fase di selezione del concessionario, quella di esecuzione della concessione, la vigilanza antitrust sugli abusi di posizione dominante, la disciplina della finanza di progetto e del diritto di prelazione del promotore, la questione dei contratti che il concessionario deve affidare a valle e infine la delicatissima mediazione tra il rischio operativo del concessionario e l'equilibrio economico finanziario della sua impresa.

*Licensing Authority, Administrative Discretion, and Free Competition*

The article examines two opposing trends concerning administrative concessions: on the one hand, the principle of competition and market-oriented approaches; on the other hand, administrative discretion and the influence of political-administrative policy guidance. The former trend often results in increased formalism and a rise in procedural burdens, in the name of the "cult of public tendering", while the latter calls for greater flexibility and a broader scope of discretion. The article seeks to analyse how these opposing forces affect the most significant issues in the legal framework governing concessions. It begins with an examination of their contractual nature, and then turns to the phase of selection of the concessionaire, the execution of the concession, antitrust supervision of abuses of dominant position, the regulation of project finance and the promoter's right of pre-emption, the issue of downstream contracts to be awarded by the concessionaire, and finally the particularly delicate balancing exercise between the concessionaire's operational risk and the financial and economic equilibrium of its undertaking.