

CAPITOLO IV

I REQUISITI DELL'OPERATORE ECONOMICO – LA PROCEDURA E I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE NELLE CONCESSIONI

(di Michele Pizzi)

SOMMARIO: 1. I requisiti tecnici e funzionali. – 1.1. Tutela della concorrenza e clausola di equivalenza. – 2. Le garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione. – 2.1. Le regole di condotta delle stazioni concedenti. – 2.2. La limitazione del numero dei partecipanti (c.d. *forcella*). – 2.3. La libera negoziazione. – 3. Selezione e valutazione qualitativa dei candidati. – 3.1. La prova del possesso dei requisiti. – 3.2. L'avvalimento nelle concessioni. – 4. Termini, principi e criteri di aggiudicazione. – 4.1. L'offerta innovativa. – 4.2. I termini.

1. I requisiti tecnici e funzionali

La direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione si è prefissa l'obiettivo di fornire un "*coordinamento minimo delle procedure nazionali per l'aggiudicazione*" dei contratti di concessione al fine di "*garantire l'apertura delle concessioni alla concorrenza*", oltre a creare un "*adeguato livello di certezza giuridica*", senza tuttavia dimenticare di tutelare "*un certo livello di flessibilità*", consentendo agli Stati membri di "*completare e sviluppare ulteriormente tali norme qualora lo ritengano opportuno*" (considerando n. 8)¹.

¹ Come è stato condivisibilmente affermato la disciplina europea delle concessioni si muove all'interno di uno spazio di libertà: "*La disciplina della concessione si innesta, del resto, in un contesto di "libertà", che la Direttiva medesima riconosce agli Stati membri, tra le quali val la pena subito di richiamare la libertà di scelta delle modalità di gestione per l'esecuzione dei lavori e la fornitura di servizi (considerando n. 5), nonché la libertà di istituire servizi di interesse economico generale e servizi non economici di interesse generale (considerando n. 6). La prima "libertà" si ripercuote sulla dialettica tra autoproduzione ed esternalizzazione, che è influenzata anche dalla più ampia ed elastica nozione di persona giuridica in house, che la stessa Direttiva propone (art. 17). [...] Quanto poi alla libertà di istituire servizi di interesse economico generale, il relativo ambito e le caratteristiche del servizio, occorre pur sempre considerare che si tratta di una libertà non assoluta [...] anche per i diritti esclusivi o speciali che essa comporta*" G. GRECO, *La Direttiva in materia di*

A tal fine, per coniugare la tutela della concorrenza con la certezza del diritto², la direttiva 2014/23/UE dedica un intero Titolo alle norme sull'aggiudicazione delle concessioni, ai principi generali ed alle garanzie procedurali che devono informare le medesime procedure di aggiudicazione, disciplinando in apertura del Capo II, rubricato "*Garanzie procedurali*", i "*requisiti tecnici e funzionali*" (art. 36).

Già nel considerando 67 ci si è preoccupati di precisare che i requisiti tecnici e funzionali (che sono comunque definiti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e che devono figurare nei documenti di gara), oltre a permettere l'apertura delle concessioni alla concorrenza ed a rispettare i principi di parità di trattamento e di trasparenza, "*dovrebbero definire le caratteristiche cui devono rispondere i lavori e/o i servizi oggetto della concessione e potrebbero fare riferimento allo specifico processo di produzione o di esecuzione dei lavori o servizi richiesti, purché siano collegati all'oggetto della concessione e commisurati al valore e agli obiettivi dello stesso*", veicolando, altresì, ulteriori esigenze di tutela di carattere trasversale in quanto "*lo specifico processo di produzione potrebbe comprendere requisiti relativi all'accessibilità per le persone con disabilità o ai livelli di prestazione ambientale*"³.

Le esigenze ambientali e sociali vengono parimenti messe in primo piano nel considerando 55, laddove si è previsto che, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, è "*particolarmente importante*" che le stazioni

"concessioni", in La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione, Atti del LXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano 2016, p. 188.

² Sul punto *amplius* C. FELIZIANI, Commentario di dottrina e giurisprudenza, G.M. Esposito (a cura di), Milano 2017, pp. 2004 ss.

³ Sulle c.d. "*clausole trasversali*", attraverso le quali l'Unione Europea garantisce l'applicazione delle proprie politiche, si veda anche l'art. 30, par.3, della dir. 2014/23/UE: "*Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di contratti di concessione, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'Allegato X*". Il rispetto dei suddetti obblighi costituisce dovere di notevole importanza per il diritto dell'Unione Europea, tanto è vero che la loro violazione comporta l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'art. 38, par.7, lett. a) Dir. 2014/23/UE. Negli anni sia la giurisprudenza (di recente CGUE 10 maggio 2012, Commissione Europea c. Regno dei Paesi Bassi, C-368/10), sia le Istituzioni europee (sin dalla *Comunicazione interpretativa della Commissione. Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM 28 novembre 2001, in G.U.C.E. 28 novembre 2001) hanno evidenziato prima la possibilità, e poi la necessità, che elementi di carattere ambientale e sociale si integrino con la materia contrattuale, da sempre considerata elemento fondamentale per la costruzione del mercato unico.

concedenti adottino “*misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro*” vigenti nel luogo ove i lavori sono eseguiti o i servizi sono forniti.

L'art. 36 della direttiva 2014/23/UE è stato pedissequamente trasposto nell'art. 170 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (in mancanza di una corrispondente previsione nel precedente d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) che, come è stato correttamente rilevato in dottrina, sembra volto a contemperare esigenze tra loro diverse, seppur per molti aspetti inestricabilmente connesse⁴, coniugando la libertà delle stazioni concedenti nel delineare il profilo del lavoro o del servizio oggetto della futura concessione con il rispetto dei fondamentali principi di concorrenza e di non discriminazione.

Mediante l'indicazione dei requisiti tecnici (conformi a norme proprie del settore merceologico oggetto della concessione) e delle caratteristiche funzionali (necessarie e propedeutiche al raggiungimento di uno specifico obiettivo) l'amministrazione aggiudicatrice individua i contorni dell'oggetto del contratto, in conformità ai fini dalla stessa perseguiti, definendo la prestazione dedotta nello stipulando contratto di concessione ed evidenziando quali esigenze funzionali sia necessario soddisfare attraverso la concessione⁵, con la conseguenza che, ai sensi del citato art. 170, comma 1, la stazione concedente deve specificare nei documenti di gara (bando o invito ad offrire) l'esatto contenuto delle prestazioni richieste con riguardo, in via meramente esemplificativa: al processo di produzione o di esecuzione dei lavori o di fornitura dei servizi richiesti, ai livelli di qualità dei materia-

⁴ C. FELIZIANI, op. cit., p. 2012 che evidenzia: “*Da un lato, la libertà delle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere lavori e servizi rispondenti quanto più possibile ai desiderata dell'amministrazione stessa, anche tenuto conto della necessità – specie quando si tratti di una concessione di servizi – di soddisfare i bisogni degli utenti finali, ossia dei cittadini. Dall'altro lato, la necessità di garantire il rispetto dei principi di concorrenza e non discriminazione al fine di favorire la partecipazione degli operatori economici (comprese, soprattutto, le c.d. piccole e medie imprese) alle procedure di aggiudicazione e permettendo, per l'effetto, alla concessione di svolgere realmente il ruolo di strumento di regolazione economica che le istituzioni europee sembrano attribuirle*”. In dottrina è stato però segnalato lo scarso interesse della dir. 2014/23/UE in relazione ai bisogni del cittadino: “*Il riferimento ai servizi di interesse economico generale evoca la specifica missione che le imprese, incaricate della relativa gestione, sono tenute ad assolvere per esigenze di interesse generale (art. 106 TFUE). Evoca altresì servizi rivolti agli utenti per soddisfare interessi dei cittadini, come singoli o come componenti della collettività. E tuttavia chi volesse ricercare nell'ambito della Direttiva “concessioni” un qualche rilievo accordato a detta “missione” rimarrebbe profondamente deluso. La Direttiva non si occupa affatto di tali temi e la figura del cittadino-utente risulta la grande assente, così come risultano totalmente pretermessi i relativi bisogni e le connesse esigenze*”, G. GRECO *La Direttiva in materia di “concessioni”*, op. cit., p. 190.

⁵ Così F. GARELLA in *Il Codice dei contratti pubblici, commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, F. Garella e M. Mariani (a cura di), Torino 2016, p. 386.

li delle progettazioni o dei plusvalori, ai livelli di prestazione ambientale ed agli effetti sul clima, alla progettazione per tutti i requisiti (compresa l'accessibilità per le persone con disabilità), alla valutazione di conformità, all'esecuzione, alla sicurezza, alle dimensioni, alla terminologia, ai simboli, al collaudo ed ai metodi di prova, alla marcatura, all'etichettatura ed alle istruzioni per l'uso⁶.

Da segnalare è inoltre la precisazione pro concorrenziale, contenuta nel primo comma dell'art. 170 cit., in ordine al necessario nesso di collegamento, adeguatezza e proporzionalità che deve intercorrere tra i requisiti tecnici e funzionali richiesti nei documenti di gara e l'oggetto, il valore e gli obiettivi del contratto di concessione: in particolare si prevede la necessaria sussistenza di un nesso di collegamento (inteso come esplicazione del principio di razionalità) tra i requisiti tecnici e funzionali e l'oggetto del contratto, precisando inoltre che i suddetti requisiti, "collegati" con l'oggetto della concessione, devono altresì essere "commisurati" al valore del contratto e agli obiettivi perseguiti dalla stazione concedente (dunque non possono essere chieste modalità esecutive che non siano coerenti con il valore economico delle prestazioni affidate, desumibile nel caso dal Piano economico e finanziario; né si potrebbe chiedere il rispetto di processi complessi per attività solo marginali rispetto a quelle affidate in concessione⁷).

È dunque chiara l'eco della oramai consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, formatasi a partire dal noto caso *Concordia bus*⁸, in or-

⁶ Sul punto vedi *amplius* U. REALFONZO, *I contratti di concessione*, in F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI (a cura di) *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma 2016, p. 413, ove l'Autore precisa: "Si tratta di fattori la cui conoscenza è indispensabile per la valutazione della fattibilità tecnica e della convenienza economica e di conseguenza per la formulazione di un'offerta appropriata. Tali requisiti devono naturalmente essere direttamente collegati all'oggetto del contratto ed altresì direttamente commisurati al valore ed agli obiettivi dello stesso. In altre parole devono essere proporzionati alle finalità, alla natura ed all'entità della concessione posta a gara. La precisa indicazione degli standard tecnici è poi un elemento essenziale per garantire la par condicio e la concorrenza, in quanto solo sulla base di un paradigma unitario si può far luogo ad un confronto tra le differenti proposte tecniche e quindi verificare la correttezza e la congruità dei connessi piani finanziari ed operativi".

⁷ Così C. VITOCOLONNA, in *Codice dei contratti pubblici* di R. Garofoli e G. Ferrari (a cura di), Molfetta 2017, p. 2508.

⁸ CGUE 17 settembre 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, laddove la Corte, giudicando su una controversia promossa da una impresa non aggiudicataria con riferimento ad una gara bandita dal Comune di Helsinki per l'affidamento della gestione di una linea di autobus per il trasporto urbano (lamentando l'inserimento, tra gli altri, del criterio della gestione qualitativa e ambientale da parte dell'esercente per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa), ha precisato che l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione criteri ecologici, quali il livello di emissioni di ossido di azoto o il livello sonoro degli autobus, purché tali criteri: a) siano collegati all'oggetto dell'appalto; b) non conferiscano all'amministrazione una libertà incondizionata di scelta; c) siano espressamente menzionati

dine al necessario rispetto del principio di proporzionalità e di non discriminazione.

La scelta dei requisiti tecnici e funzionali necessari a definire l'oggetto del futuro contratto e a renderlo determinato o determinabile (a pena di nullità ai sensi dell'art. 1346 c.c.) è esplicitazione di potere eminentemente tecnico-discrezionale, sindacabile dal giudice amministrativo solo in ipotesi di palese illogicità o di macroscopiche violazioni dei canoni di proporzionalità, ed è funzionale alla delineazione di standard tecnici uniformi per garantire la *par condicio* tra gli operatori interessati.

1.1. Tutela della concorrenza e clausola di equivalenza

Il secondo ed il terzo comma dell'art. 170 d.lgs. n. 50/2016 sono finalizzati alla tutela del principio cardine di tutta la struttura del Codice dei contratti pubblici: ovvero la tutela della concorrenza⁹, il cui corollario consiste nel rispetto del principio di non discriminazione.

Viene, infatti vietato, in linea generale che i requisiti tecnici e funzionali facciano riferimento “*a una fabbricazione o provenienza determinata o a un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un determinato operatore economico*”, né è possibile fare riferimento a “*marchi, brevetti, tipi o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti*”.

Unica deroga, prevista in linea assolutamente eccezionale, è ammessa qualora altrimenti “*una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto del contratto non sia possibile*”, fermo restando che in tal caso la stazione concedente, così come già previsto dall'art. 68, comma 5, del d.lgs n. 50/2016 in materia di appalti, deve espressamente inserire la dicitura “*o equivalente*”, in mancanza della quale deve ritenersi comunque operante il vecchio indirizzo interpretativo della Corte di Giustizia U.E. (a partire dalla sentenza 24 gennaio 1995, Causa C-395/93) per cui il richiamo ad un determinato brevetto, prodotto o standard tecnico non può mai aver effetti discriminatori, ma deve essere inteso come semplice elemento descrittivo delle esigenze che la stazione appaltante intende soddisfare¹⁰.

nel bando di gara; d) rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare, il principio di non discriminazione.

⁹ Parla di “*importanza (per così dire) ineliminabile di tale principio*” C. FELIZIANI, op. cit., p. 2017.

¹⁰ Così U. REALFONZO, *I contratti i concessione*, op. cit., p. 414. Deve pertanto essere ora sottoposto a critica, alla luce delle direttive del 2014, il precedente orientamento espresso dal Consiglio di Stato (Cons. St., Sez.V, 24 febbraio 2017, n.868; Cons. St., Sez. III, 25 novembre 2015, n.5361) qualora la stazione appaltante ometta l'inserzione

Il concetto di equivalenza si basa sull'assunto secondo il quale il prodotto, il processo o il servizio equivalente devono offrire all'utente prestazioni di livello e qualità identiche a quelle richieste nei documenti di gara, non rientrando invece in tale nozione, al fine di garantire il rispetto dello standard di qualità voluto dalla stazione concedente, le ipotesi in cui le prestazioni offerte dall'operatore economico sono meramente simili¹¹.

L'equivalenza non vale solo come clausola da inserire nei documenti di gara, ma, ai sensi del terzo comma dell'art. 170, è altresì parametro di giudizio rivolto nei confronti della stazione concedente in ordine alla valutazione di conformità dei requisiti tecnici e funzionali presentati da un offerente con quelli indicati dalla stazione concedente, dal momento che, con onere della prova a carico dell'operatore economico, l'integrazione della fattispecie della equivalenza preclude che l'offerta, dimostratasi equivalente, possa essere esclusa dalla procedura competitiva¹².

Occorre tuttavia precisare, in punto di interpretazione del requisito di equivalenza, che il Tar Lazio¹³ (seppur giudicando sull'art. 68 del Codice previgente, ma con argomentazioni comunque estensibili al nuovo assetto normativo) ha ritenuto che si è al di fuori dalla nozione di "equivalenza" allorché l'amministrazione aggiudicatrice si sia determinata nel senso di definire l'oggetto del contratto mediante l'elaborazione di un proprio progetto o modello di prodotto, chiedendo alle imprese partecipanti di presentare un'offerta che a tale modello si conformi¹⁴.

della clausola di equivalenza, dovendosi adesso ritenere operante il meccanismo di inserzione automatica di clausole ai sensi dell'art. 1339 c.c., non essendo più rimesso al margine di discrezionalità amministrativa la scelta in ordine al non utilizzo della clausola di equivalenza.

¹¹ Diversamente alcuni Autori ritengono che: "Il concetto di «equivalenza» va interpretato in maniera estensiva, e riferito ai prodotti e alle prestazioni aventi i connotati essenziali analoghi a quelli descritti nel bando e medesima funzione pratica degli stessi", F. GARELLA, *Il Codice dei contratti pubblici*, op. cit., p. 387.

¹² Come è stato precisato: "In sostanza quindi la conformità di un'offerta ai requisiti tecnici e funzionali deve essere effettuata sul piano sostanziale con i caratteri di oggettività e con riferimento al "principio di equivalenza" delle soluzioni proposte. [...] La norma, che riprende precetti in vigore fin dalle Direttive di prima generazione, da un lato tende a garantire la stazione concedente dal rischio di presentazione di proposte differenti e/o scadenti, e dall'altro, garantisce ai concorrenti la par condicio e l'imparzialità degli affidamenti. Il principio è infatti diretto a preservare le procedure di affidamento da "soliti" artificiosi restringimenti della concorrenza ottenuti attraverso i c.d. "bandi identikit"", U. REALFONZO, *I contratti a concessione*, op. cit., p. 415.

¹³ Tar Lazio, Roma, Sez. III, 24 giugno 2015, n. 8676.

¹⁴ Sul punto C. VALLORANI, *Principi generali e garanzie procedurali dei contratti di concessione*, in *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma 2016, p. 935.

2. Le garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione

Il successivo art. 171 d.lgs n. 50/2016, che affronta in maniera innovativa (rispetto alle laconiche disposizioni contenute nel precedente d.lgs. n. 163/2006¹⁵) l'importante tema delle garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione, recepisce integralmente le previsioni contenute nell'art. 37 della direttiva 2014/23/UE¹⁶.

Già il sopra citato considerando 8, evidenziando la necessità di predisporre *“un coordinamento minimo delle procedure nazionali di aggiudicazione”*, precisa che tale coordinamento a livello europeo deve comunque garantire *“un certo livello di flessibilità”*, in quanto *“gli Stati membri dovrebbero avere la facoltà di completare e sviluppare ulteriormente tali norme qualora lo ritenessero opportuno, in particolare per meglio garantire la conformità ai summenzionati principi”* e, in coerenza a tali principi, il Titolo II della direttiva (che si riferisce alle garanzie procedurali e alle norme sull'aggiudicazione), detta per lo più prescrizioni non puntuali e criteri di larga massima, cui gli Stati membri debbono attenersi¹⁷.

L'articolo 170 d.lgs n. 50/2016 si apre sancendo il principio generale secondo cui le concessioni devono essere aggiudicate *“sulla base dei criteri di aggiudicazione stabiliti dalla stazione appaltante”* con rinvio al succes-

¹⁵ Nel previgente Codice del 2006 la disciplina delle concessioni dei lavori pubblici era contenuta negli articoli 142-151, mentre per le concessioni di servizi non si prevedevano specifiche procedure vincolanti in quanto l'art. 30, comma 3, d.lgs n. 163/2006 si limitava a prevedere che: *“La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi”*. La *reductio ad unitatem* delle discipline attinenti le procedure di aggiudicazione delle concessioni di lavori e servizi (operata dalla dir. 2014/23/UE) è stata salutata favorevolmente da C. VALLORANI, *Principi generali e garanzie procedurali dei contratti di concessione*, op. cit. p. 936.

¹⁶ Come è stato correttamente rilevato in dottrina, le disposizioni contenute nell'art. 171 d.lgs n. 50/2016 *“sono chiaramente ispirate ai principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione. L'obiettivo, infatti, è quello di fare in modo che la procedura di gara per l'aggiudicazione della concessione si svolga secondo correttezza, così da assicurare l'effettiva partecipazione di tutti gli operatori economici interessati, specie delle piccole e medie imprese. E, dunque, in definitiva la massima concorrenza”* C. FELIZIANI, op. cit., p. 2020. In ordine all'importanza rivestita dalla partecipazione delle piccole e medie imprese si veda il Considerando 1 della dir. 2014/23/UE, laddove si afferma che: *“Particolare importanza dovrebbe essere attribuita al miglioramento delle possibilità di accesso delle PMI a tutti i mercati delle concessioni dell'Unione”*.

¹⁷ Così G. GRECO *La Direttiva in materia di “concessioni”*, op. cit., p. 199. Si veda anche il considerando n. 67 della dir. 2014/23/UE.

sivo art. 173 il quale, a sua volta, richiama i principi di cui all'art. 30 d.lgs n. 50/2016¹⁸.

In ogni caso si prevede che l'aggiudicazione rimanga subordinata al soddisfacimento cumulativo di tre specifiche circostanze riferite all'offerta ed all'offerente¹⁹, in quanto l'offerta deve rispettare i requisiti minimi prescritti dalla stazione appaltante e l'offerente deve ottemperare alle condizioni di partecipazione di cui al successivo art. 172 d.lgs n.50/2016 e, ovviamente, non deve essere stato escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione.

2.1. Le regole di condotta delle stazioni concedenti

I successivi 3°, 5° e 6° comma dell'art. 171 sono accomunati dall'essere ispirati in modo particolare ai principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione²⁰, in quanto dettano delle "regole di condotta" nei confronti delle stazioni concedenti.

¹⁸ L'art. 30 d.lgs n. 150/2016 recepisce l'art. 3 della dir. 2014/23/UE ed enuncia in via generale i principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione sia degli appalti sia delle concessioni, prescrivendo che l'affidamento tanto degli uni quanto degli altri garantisce "la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice." Inoltre, al comma 2, l'art. 30 cit. prosegue: "le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi". L'art. 3 dir. 2014/23/UE in senso analogo ha prescritto che: "le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza e proporzionalità. La concezione della procedura di aggiudicazione della concessione, compresa la stima del valore, non è diretta a escludere quest'ultima dall'ambito di applicazione della presente Direttiva, né a favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o taluni lavori, forniture o servizi".

¹⁹ F. GARELLA in *Il Codice dei contratti pubblici*, op. cit., pp. 387 ss.: "È richiesto che l'offerta risulti conforme ai requisiti minimi prescritti dalla stazione appaltante che attengono alle condizioni ed alle caratteristiche tecniche, fisiche, funzionali e giuridiche della medesima offerta. Inoltre, occorre che l'offerente ottemperi alle condizioni di partecipazione determinate nei documenti di gara con riferimento alle capacità tecniche e professionali ed alle capacità economiche e finanziarie. Viene inoltre delineato il contenuto del bando di concessione [...]. La documentazione di gara deve quindi definire in maniera chiara ed obiettiva i criteri previsti dalla legge ovvero delineati dalla stazione appaltante ai fini dell'aggiudicazione, in modo da rendere edotti i partecipanti, sin dalle prime fasi della procedura, di tutti gli elementi rilevanti nella valutazione delle offerte".

²⁰ Per una puntuale analisi C. FELIZIANI, op. cit., p. 2025.

Il comma 3 elenca le informazioni che devono essere obbligatoriamente inserite nel solo bando di concessione²¹ (per le procedure aperte) o nel bando di concessione unitamente all'invito a presentare offerte (per le procedure ristrette)²²: una descrizione della concessione (che deve essere quanto più ricca possibile di dettagli tecnici, economici, finanziari e del mercato) e delle condizioni di partecipazione²³, l'indicazione dei criteri di aggiudicazione e dei requisiti minimi da soddisfare, l'espressa indicazione che la concessione è vincolata alla piena attuazione del piano finanziario e al rispetto dei tempi previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche e che l'offerta deve espressamente contenere, a pena di esclusione, l'impegno espresso da parte del concessionario al rispetto di tali condizioni.

Al riguardo, con riferimento a tale ultima condizione, anche se si tratta di una regola procedimentale la cui violazione comporta l'esclusione dalla gara dell'offerente che abbia omissso di esprimere l'impegno sopra indicato, si può porre il quesito in ordine all'applicazione o meno dell'istituto del soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, operante anche in materia di concessioni in virtù del richiamo generale contenuto nell'art. 164, comma 2, d.lgs n. 50/2016²⁴.

La risposta a tale interrogativo dipende dalla qualificazione di tale impegno, al fine di verificare se faccia parte della documentazione amministrativa, oppure se rientri all'interno dell'offerta tecnica o dell'offerta economica, essendo esclusa in questi ultimi due casi la possibilità di ricorrere

²¹ Il contenuto minimo del bando di gara per l'affidamento della concessione è contenuto nell'Allegato XXI al d.lgs n. 50/2016.

²² L'art. 164, comma 2, d.lgs n. 50/2016 prevede espressamente che si applicano alle concessioni le modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi previsti nella Parte I e II del Codice per i settori ordinari.

²³ Come è stato correttamente rilevato: *“Tra le condizioni di partecipazione che condizionano l'aggiudicazione deve necessariamente rientrare anche l'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs n. 50/2016, che trova applicazione anche per la partecipazione ad una procedura per l'affidamento della concessione, in ragione di quanto previsto dall'art. 164, comma 2, del Codice in merito alla necessaria applicazione dei motivi di esclusione di cui alla Parte I e II”*, C. VITOCOLONNA, *Codice dei contratti pubblici* op. cit., p. 2517.

²⁴ L'art. 164, comma 2, d.lgs n. 50/2016 recita: *“Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni, contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione”*.

al soccorso istruttorio, pena la violazione della parità di trattamento degli offerenti²⁵.

La stazione concedente deve inoltre rispettare gli obblighi di pubblicità e di trasparenza, indicando, ai sensi del comma 5 dell'art. 171, sia le modalità della procedura, sia un termine (di natura meramente indicativa) per il completamento della procedura di aggiudicazione, con obbligo di comunicazione di eventuali modifiche a tutti i partecipanti o anche, più radicalmente, a tutti gli operatori economici (quindi anche a tutti coloro che non hanno presentato domanda di partecipazione alla procedura selettiva) qualora le modifiche *de quibus* riguardino elementi indicati nel bando di concessione.

Infine viene fatto obbligo, ai sensi del comma 6 del medesimo art. 171, alla stazione appaltante di assicurare la “*tracciabilità degli atti inerenti alle singole fasi del procedimento*”²⁶, nel rispetto delle norme in tema di accesso agli atti e tutela della riservatezza di cui al d.lgs n. 50/2016.

Ulteriori contenuti specifici del bando (o di altra documentazione di gara) sono indicati dall'art. 165 d.lgs n. 50/2016, come ad esempio l'indicazione di un prezzo in favore del concessionario ed a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di immobili (comma 2), oppure la dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione, anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario (comma 4).

2.2. *La limitazione del numero dei partecipanti (c.d. forcella)*

I commi quattro e sette dell'art. 171 d.lgs n. 50/2016 sono, invece, espressione della libertà che il legislatore riconosce in capo alle amministrazioni aggiudicatrici nella materia *de qua*²⁷.

In particolare il comma 4 introduce la c.d. “*forcella*”, consentendo alla stazione concedente di limitare il numero di candidati od offerenti tra un minimo ed un massimo, purché ciò avvenga in modo trasparente, sulla base di criteri oggettivi la cui indicazione, pur nel silenzio della norma, deve ritenersi obbligatoria sin dal bando di gara²⁸, garantendo

²⁵ In tal senso le condivisibili conclusioni di C. VITOCOLONNA, *Codice dei contratti pubblici* op. cit., p. 2518.

²⁶ Si ritiene sufficiente, per integrare il requisito della tracciabilità, che l'amministrazione aggiudicatrice esegua una verbalizzazione di tutte le attività e le valutazioni compiute nelle varie fasi della procedura di affidamento.

²⁷ Così C. FELIZIANI, op. cit., p. 2012.

²⁸ Come correttamente segnalato da U. REALFONZO, *I contratti i concessione*, op. cit., p. 417.