

# Concessione di lavori pubblici

**Federico Titomanlio\***

*\*Segretario generale I.G.I. Istituto Grandi Infrastrutture*

**Una rilettura delle direttive che finalmente scioglie ogni dubbio: il concessionario “pubblico” non è un committente**

La concessione di costruzione e gestione ha uno strano destino nel nostro ordinamento, rispetto a quello comunitario. Essendo per tradizione uno strumento attraverso il quale i pubblici poteri trasferiscono ai privati proprie funzioni, trova difficoltà ad essere collocata a fianco dell'appalto. Se si tracciasse una linea a metà di un foglio immaginario e si collocassero le amministrazioni appaltanti nella metà superiore e le imprese in quella inferiore, il concessionario verrebbe collocato nella parte superiore, mentre comunitariamente sta nella parte inferiore. La riprova di quest'osservazione si rinviene nella legge quadro n. 109 del 1994. Anche dopo la riforma del 2002, la concessione sta nell'art. 2, nel quale sono elencate le amministrazioni aggiudicatrici. Va subito aperta una parentesi e precisato, per sgombrare il campo da un equivoco ricorrente, che la concessione sta nell'art. 2, non nel secondo comma lett. b, ma nel terzo comma. Il secondo comma, lettera b, si riferisce alla concessione di lavori e servizi, che è fenomeno diverso dalla concessione di lavori pubblici. Quest'ultima è caratterizzata dal fatto che l'opera è lo strumento attraverso il quale, per il tramite della gestione, il concessionario recupera l'investimento fatto. Nella concessione di lavori e servizi, di cui alla citata lettera b, non vi è questa stretta strumentalità e interdipendenza tra lavoro e servizio. Lo stesso bene, per esempio una linea ferroviaria, può essere contenuto nell'una o nell'altra concessione, ma sarà oggetto di una concessione di lavori pubblici



soltanto se da quello specifico bene il concessionario ricaverà il reddito che gli permette di rimborsare il debito contratto per costruire l'opera.

D'altra parte, se così non fosse, e se quindi la concessione della lettera b fosse la stessa cosa di quella del comma 3, l'art. 2 sarebbe indecifrabile, perché il concessionario della lettera b è tenuto ad applicare una serie di norme della legge 109, alle quali non è assoggettato il concessionario del comma 3.

Né vale obiettare che la concessione della lettera b si riferisce al caso che il concessionario sia un'amministrazione aggiudicatrice.

I motivi per i quali si tratta di un'obiezione che non "tiene" derivano da un dato letterale e da uno sostanziale.

Sotto il primo aspetto, deve ritenersi che anche un legislatore approssimativo come quello della Merloni non avrebbe mai adoperato nello stesso contesto due diverse espressioni (concessione di lavori e di servizi; concessione di lavori pubblici) per indicare lo stesso fenomeno.

Inoltre, il comma 3 rinvia alla Direttiva 93/37, che, come vedremo, riserva lo stesso trattamento al concessionario privato e a quello pubblico.

Come si è detto, il concessionario di lavori pubblici sta nella parte inferiore di quell'ideale foglio che abbiamo prima immaginato. E per definizione, non può stare che là. Anche se si tratta di un concessionario amministrazione aggiudicatrice. La direttiva 93/37 (art. 1) e adesso anche la Direttiva 2004/18 (art. 1, e, 3) definisce la concessione di lavori pubblici come un contratto che presenta le stesse caratteristiche dell'appalto ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera. Forse è inutile ricordarlo, ma è importante sottolineare che questa definizione è contenuta nella lettera d dell'articolo 1, il quale, nella precedente lettera b individua gli enti committenti, delineando in particolare l'identikit degli organismi di diritto pubblico. E già questo la dice lun-

ga sulla possibilità di ricomprendere il concessionario tra gli enti appaltanti. Occorre poi considerare che il successivo articolo 3 della Direttiva indica la procedura da seguire per la scelta nel concessionario. Ancora una volta, se il concessionario fosse da ricomprendere tra gli enti appaltanti, non avrebbe senso delineare una procedura per individuarlo. Si tratta, è vero, di un meccanismo concorrenziale semplificato, che prevede l'obbligo da parte del concedente di rispettare soltanto le disposizioni della Direttiva che riguardano i termini e la pubblicità, ma sempre di una gara si tratta, e non è concepibile che l'individuazione dei committenti avvenga con gara. Trattandosi di un problema di competenza, cioè di individuare chi esercita le attribuzioni pubbliche, non vi può essere gara: è il legislatore che organizza i pubblici uffici e stabilisce "chi fa, che cosa".

Ma, ritorniamo alla Direttiva 93/37. Questa pone un vincolo all'attività che il concessionario svolge a valle. Si tratta di un vincolo eventuale, ma se l'amministrazione concedente oppure lo stesso concessionario decidono che una quota dei lavori sia data all'esterno, ebbene il concessionario deve a sua volta seguire le disposizioni della Direttiva sui termini e sulla pubblicità. Questo però non trasforma il concessionario in una stazione appaltante proprio perché si tratta di un "appaltatore", anche se sui generis. Gli affidamenti "a valle" sono subappalti. La riprova di ciò si rinviene nella nuova Direttiva unificata 2004/18, la quale



**Il concessionario non è una stazione appaltante, ma un "appaltatore" che deve subappaltare a valle una quota dei lavori.**

all'articolo 60 definisce l'impresa alla quale il concessionario affida l'esecuzione dei lavori come subappaltatore. Ma, tutta questa rilettura delle norme comunitarie sarebbe incompleta se non si "toccasse" il comma 3 dell'articolo 3 della Direttiva 93/37.

Stabilisce tale norma che, se il concessionario è egli stesso una delle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 1 lettera b, è tenuto, per i lavori che saranno eseguiti da terzi, a rispettare le disposizioni della presente Direttiva.

Dunque, questo tipo di concessionario non deve rispettare soltanto le disposizioni sulla pubblicità e sui termini, ma tutte le norme della Direttiva. Questo però soltanto relativamente ai lavori che saranno eseguiti da terzi, ai sensi del precedente comma 2, secondo il quale o per imposizione del concedente o per scelta del concessionario una quota dei lavori va affidata all'esterno.

Dunque, il concessionario non è una stazione appaltante, ma un "appaltatore" che deve subappaltare a valle una quota dei lavori. A questo punto, si pone però il problema della scelta del concessionario. Se è vero che il conces-

sionario è un appaltatore, non è concepibile che il rapporto concedente-concessionario amministrazione aggiudicatrice non transiti attraverso un confronto concorrenziale. Fino al 2000, la *communis opinio* era che le concessioni di lavori pubblici intercorrenti fra pubbliche amministrazioni non dovessero passare attraverso procedure concorsuali. Senonché, quando ad aprile di quell'anno fu pubblicata sulla GUCE la Comunicazione interpretativa della Commissione CEE sulla concessioni, il mondo cambiò. In un capitolo finale, la Commissione si sofferma con molta chiarezza sulle concessione tra enti pubblici e afferma quanto segue: "Un problema riscontrato dalla Commissione riguarda l'attribuzione di concessioni tra persone giuridiche pubbliche. Sembra che alcuni Stati membri interpretino le disposizioni della direttiva 93/37/CEE relative alle concessioni di lavori nel senso che esse non si applicherebbero ai contratti stipulati tra un ente pubblico e una persona giuridica di diritto pubblico. La Direttiva 93/37/CEE, viceversa, impone una pubblicità preliminare per l'attribuzione di ogni contratto di concessione di lavori pubblici, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del concessionario potenziale. L'articolo 3, paragrafo 3, della direttiva 93/37/CEE, del resto, prevede espressamente che il concessionario possa essere un'amministrazione aggiudicatrice contemplata dalla direttiva, il che implica che questo tipo di relazione sia soggetto, a monte, ad una pubblicazione ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, della stessa Direttiva." Se c'era ancora un dubbio che il concessionario-amministrazione aggiudicatrice fosse qualcosa di diverso da un appaltatore (e non potesse identificarsi con un ente committente) è stato spazzato via da questa affermazione.

Quali sono gli effetti di questa posizione comunitaria?

Intanto, che nemmeno il legislatore può



**Il legislatore nazionale non si può discostare dalle Direttive europee in materia di concessioni di lavori pubblici.**

cambiare questa realtà. E ciò per effetto della recente sentenza della Corte di Giustizia 7 ottobre 2004, in materia di criteri di aggiudicazione. La sostanza di questa decisione sta nel fatto che il legislatore nazionale, sia esso statale o regionale, non si può discostare dalle Direttive, a meno che, non vi sia un'espressa autorizzazione in tale senso nelle stesse Direttive, come, per esempio, nel caso previsto dal comma 4 del citato art. 3 della Direttiva 93/37, il quale si apre con questa frase: "Gli Stati membri prendono le misure necessarie... (...)." Per il resto, le Direttive sono immutabili; con buona pace della sentenza 482/1995 della Corte costituzionale, emessa in un contesto politico-sociale particolare (che però non giustifica).

L'altro effetto di questa ricostruzione-lettura della Direttiva è che l'unico vincolo che grava sul concessionario riguarda la quota lavori che è tenuto (se tenuto) ad affidare a terzi. Per il resto (forniture e servizi), la sua posizione non è diversa da quella di un appaltatore: è libero di organizzarsi come meglio crede. L'ultimo profilo da considerare è quello attinente alla giurisdizione. Si va dal giudice ordinario o da quello amministrativo, allorché il concessionario appalta (o meglio subappalta) la quota esterna? La risposta è in questo secondo interrogativo: si va dal giudice ordi-

nario o da quello amministrativo quando l'appaltatore subappalta i lavori? Non ha perciò senso comune (o meglio ancora comunitario) la sentenza del Consiglio di Stato sul caso Autovie Venete, che tanti danni ha provocato in termini di corretta interpretazione delle Direttive. Il fatto che il concessionario sia a completa dominanza pubblica non sposta i termini del problema: può essere individuato soltanto attraverso un confronto concorrenziale; nella fase a valle è un subappaltante e non un ente committente. È inutile dire che la concessione presuppone che il finanziamento non sia totalmente pubblico, altrimenti non si tratta più di concessione. È inoltre necessario che il fenomeno sia caratterizzato dal rischio dei ricavi. Se il concessionario può contare su un introito certo, è difficile ritenere che si tratti di concessione. La ragione per la quale il concessionario-amministrazione aggiudicatrice non è un committente è che, se anche soddisfa bisogni di interesse generale ed è a dominanza pubblica, i bisogni hanno carattere commerciale o industriale. Se invece può contare su introiti certi, non è più concessionario dei lavori pubblici, anche se tutti lo qualificano in questi termini. Se poi si tratta di un concessionario il cui pacchetto azionario sia in parte privato, il dubbio non si pone nemmeno. La Corte di Giustizia, nella recente sentenza (11 gennaio 2005, C-26/03) ha chiarito, anche se su un versante diverso, che, se l'ente si avvale di una società completamente posseduta dal capitale pubblico, il passaggio tra questi due soggetti è sottratto alla norma sull'evidenza pubblica (fermo restando, è inutile dire, che la società di cui si avvale, deve comportarsi come il suo dante causa). Ma se questa società ha una quota del capitale sociale in mano privata, scattano le regole dell'evidenza pubblica e non può esserci alcun passaggio fiduciario.