

Il “rischio pubblico” nella concessione di lavori pubblici

di Giovanni Sella¹

La concessione di costruzione e di gestione di lavori pubblici è un istituto “tormentato” che mai ha trovato un inquadramento giuridico, una disciplina e una funzione chiara per tutti e condivisa nell’applicazione pratica e nelle interpretazioni di giudici e di studiosi.

Piuttosto lineare è stata invece la sua storia comunitaria da quando, nell’ormai lontano 1971, una dichiarazione comune dei governi europei, coeva alla prima direttiva in materia di appalti, indicava una disciplina della concessione di costruzione e di gestione che è rimasta sostanzialmente inalterata fino ad oggi, sia pure trasferita in direttive.

Dal 1971, si possono distinguere tre filoni interpretativi sulla configurazione e la disciplina della concessione di costruzione e gestione.

Il primo, caratterizzato da un dibattito soprattutto teorico, in particolare sulla diversa forma della concessione di sola costruzione, ormai “equiparata” all’appalto, e salvo il nuovo *escamotage* della “concessione di committenza”. Per la concessione di costruzione e di gestione, valeva solamente l’affermazione e la pratica, piuttosto sotterranea, dell’affidamento sul mercato di una quota dei lavori corrispondenti alla misura del finanziamento pubblico previsto dal concessionario (nel settore autostradale, fino al 40%).

Il secondo filone, contemporaneo al primo, inaugurato con quasi nulli effetti pratici dalla legge n. 14 del 1971, imponeva al concessionario di costruzione e di gestione di applicare la medesima legge per gli affidamenti degli appalti pubblici mediante licitazione privata, ma solo se ricorreva a questa procedura (nessuna norma, quindi, imponeva al concessionario di affidare all’esterno i lavori e di applicare le c.d. procedure ad evidenza pubblica). Questa fase, di tendenziale imposizione al concessionario di lavori pubblici delle norme pubblicistiche in materia di appalti, si è più tardi sviluppata in un complicato, sottile e in gran parte artificioso – e tutto italiano – dibattito sull’organismo di diritto pubblico. Questo dibattito non ha avuto quasi alcuno effetto pratico, data, appunto, la sua complessiva estraneità rispetto a norme e principi europei, ma ha poi costituito uno dei motivi per i quali, nelle prime

¹ Pubblicato in *ProgettoPubblico*, Rivista ufficiale OICE, 22 dicembre 2005, p. 16.

“versioni” della legge Merloni, sono state previste disposizioni che imponevano al concessionario di costruzione e di gestione di essere scelto e di operare a sua volta nel sistema e con le norme e le procedure degli appalti di lavori pubblici.

Il terzo filone o meglio la terza fase, è in corso ed è quella del progressivo riallineamento della legislazione e della prassi nazionale alle norme europee sulla concessione di costruzione e di gestione.

Questa terza fase è stata una reazione all’innaturale parallelismo che si era verificato tra l’appalto e la concessione di costruzione e di gestione e la risposta alla necessità, nazionale ed europea, di coinvolgere ampiamente e sistematicamente la finanza di mercato, al posto di quella pubblica, nella realizzazione delle infrastrutture, in applicazione del principio che non tutti pagano tali opere e, in particolare, non le paga l’amministrazione ma coloro che le usano. Il “parallelismo” tra concessione e appalto, messo alla “prova” dei fatti, ha incominciato a mostrare chiaramente la “corda” e la sua inadeguatezza rispetto alla sostanza del fenomeno concessione di costruzione e di gestione e a esigenze, obiettivi e risultati per i quali la concessione di lavori pubblici è stata a suo tempo “inventata” e che oggi sono ancora più attuali di allora.

Segni evidenti del nuovo orientamento sono:

- la legge obiettivo e le modifiche alla legge Merloni che hanno ripristinato il regime comunitario nell’affidamento al concessionario e nel regime dei suoi appalti;
- la comune accettazione del riconoscimento del concessionario come impresa, con il ripiegamento di sottili configurazioni estensive della nozione di “organismo di diritto pubblico”.

A livello europeo, da evidenziare sono i documenti della Commissione:

- la Comunicazione interpretativa del 12.4.2000 sulle concessioni nel diritto comunitario che riassume le poche norme sulle concessioni, contenute nelle direttive in materia di appalti, e i principi concorrenziali cui anche esse sono sottoposte, in base al Trattato europeo, come interpretato dalla Corte di giustizia;
- il Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, per sollecitare notizie e indicazioni sull’ipotesi di una disciplina sulle concessioni (30.4.2004);

- Il riconoscimento e la delimitazione dei c.d. lavori *in house*, cioè mediante un apparato organizzativo solo formalmente distinto dal committente.

In particolare, i due documenti europei ricordati hanno fatto in buona parte piazza pulita di estensioni interpretative e di assimilazioni tra l'appalto e la concessione di costruzione e di gestione.

Essi tuttavia scontano ancora, in parte, tradizionali "letture" ed hanno un carattere così giuridico - formale che non eliminano taluni equivoci e non considerano profili che è necessario tenere presenti.

1) - La distinzione tra appalto e concessione di costruzione e di gestione non può consistere e soffermarsi solo sulla mera distinzione letterale, risultante dalla comparazione delle definizioni che dell'appalto e della concessione danno le direttive europee. Sotto una definizione parzialmente coincidente, ma diversa, ci sono due "fenomeni" economici ed imprenditoriali che hanno davvero poco in comune.

L'appaltatore è un semplice realizzatore di un bene specifico, definito dall'amministrazione, secondo il suo esclusivo interesse e giudizio. L'appaltatore esegue, viene pagato e .. sparisce, come interlocutore del committente. Il rischio economico è sostanzialmente dipendente dalla sua bravura ed è circoscritto e limitato nell'ammontare del prezzo offerto. I rischi che non dipendono da lui, non li sostiene o li sostiene in parte ridotta. La sua attività non è correlata ad un interesse pubblico. Lo è l'opera realizzata e quindi, rispetto a questo interesse pubblico, è esclusivamente responsabile l'amministrazione che quell'opera ha deciso di realizzare. Insomma, l'appalto è un tipico, esclusivo rapporto commerciale di prestazione - controprestazione, ovvero opera e corrispettivo. La durata, relativamente modesta, del rapporto e il tipo di contratto sono tali che difficilmente si verificano fenomeni di reale sovvertimento della situazione contrattuale. Non sono fisiologicamente coinvolti, in forma diretta o indiretta, più soggetti: essi sono, da una parte l'amministrazione - committente, dall'altra l'appaltatore esecutore. L'appaltatore è sostanzialmente equiparabile a un "fornitore".

2) - Nel rapporto di concessione, o anche esternamente ad esso, ma presupposti e strumentali, sono presenti un insieme di rapporti e contratti vari, atipici, "collegati" e o "complessi", tutti funzionalmente uniti per consentire:

- a. il finanziamento, la realizzazione dell'opera;

- b. la sua manutenzione tecnica ordinaria e straordinaria;
- c. la corrispondenza permanente al servizio da fornire, con qualità almeno costante e tendenzialmente in miglioramento.

I soggetti economicamente coinvolti, quindi, sono molteplici, e la “società di progetto” è un centro autonomo e distinto di imputazione giuridica e di responsabilità ma attraverso di essa sono impegnati nell’operazione una molteplicità di soggetti, ciascuno con un ruolo necessario (soci, fornitori, etc.).

3) - La “dimensione” economica e la durata del rapporto rendono impossibile prevedere e disciplinare contrattualmente, in modo efficace - al contrario che nell’appalto - tutte le evenienze che si possono verificare e capaci di incidere profondamente sulla concessione - come la storia insegna - nel corso della sua durata inevitabilmente lunga, anche in modo tale da mettere in pericolo il suo successo.

Fino a quando il ricorso alla concessione di costruzione e di gestione è stato un fenomeno “speciale” - e fuori dall’applicazione dei pur astrattamente vigenti principi concorrenziali - è stato possibile in vario modo intervenire, anche surrettiziamente, e con modalità non certo concorrenziali e trasparenti e con costi per la collettività, impossibili da calcolare. Basti ricordare, in Italia, le concessionarie autostradali degli anni '80, in crisi in particolare per gli aumenti del costo del petrolio e in Europa il Tunnel sotto la Manica, in cui una parte dei costi sono stati sopportati dal piccolo azionariato. Oggi, non pare possibile ripetere tali forme di “risanamento” o di “salvataggio”, per motivi giuridici, ma non solo, anche sociali.

È proprio con riferimento all’imprevedibilità degli eventi che tendono ad investire la concessione nel corso della sua lunga durata, che i conclamati principi attualmente affermati - di origine strettamente “contrattuale” e “concorrenziale” - mostrano i loro limiti, o meglio, tali limiti li mostrano alcune conseguenze che troppo facilmente da essi si fanno derivare.

Se le due parti contrattuali nel rapporto di concessione fossero due privati, essi - di fronte a nuove evenienze - aprirebbero una trattativa e tenderebbero a trovare un accordo di ridefinizione contrattuale. Infatti la complessità e la portata economica del contratto renderebbero probabilmente non conveniente per nessuno - in particolare per il committente - percorrere strade diverse, come la risoluzione del rapporto e il riaffidamento concorrenziale della concessione, alle nuove condizioni.

La risoluzione del preventivo rapporto si risolverebbe in un pesante onere risarcitorio, per il committente, se si verificasse il caso – in realtà fisiologico – di sopravvenute esigenze che imponessero l'adeguamento della concessione: ciò si verifica in maniera tipica ed economicamente rilevante, nel corso del rapporto, per adeguamenti e ammodernamenti della infrastruttura, estesi ampliamenti, nuove tratte di collegamento con altre infrastrutture.

4) - In sostanza, sussiste un'ineliminabile dose di aleatorietà nella concessione di costruzione e di gestione, a causa:

- a. del valore elevato degli interventi;
- b. del tipo dei fattori che influenzano la loro remunerabilità;
- c. della lunga curva di rendimento, che consente di iniziare a “guadagnare” solo dopo anni;
- d. della probabile esigenza, di natura pubblica, di adattare la concessione per sopravvenienze imprevedute e imprevedibili;
- e. della durata del rapporto.

L'aleatorietà nel lungo periodo insita nella concessione di costruzione e di gestione non può non gravare che sull'amministrazione e non per motivi “contrattuali” e “privatistici”, ma perché è ad essa - effettiva titolare del servizio pubblico – che compete farsi carico di quanto serve per assicurarne l'adeguamento, al mutare delle esigenze e delle circostanze, contrattualmente non preventivabili.

La fisiologica evenienza nel corso della concessione di circostanze e di esigenze che impongono la modifica e l'adattamento del rapporto di concessione investe direttamente l'interesse pubblico dell'amministrazione, cui compete il dovere di mantenere efficiente il servizio, adattandolo alle nuove esigenze sopravvenute, nei tempi e con i costi più ridotti. Tali adattamenti delle concessioni non paiono appartenere – diversamente da come normalmente considerato - o almeno non appartenere del tutto al campo puro e semplice dei principi e delle norme della concorrenza degli appalti, ma alla diversa e più complessa sfera della materia dei servizi pubblici, oggetto sotto vari profili di norme e principi europei e nazionali, dove i principi concorrenziali sono specificamente considerati anche in correlazione all'interesse pubblico.

5) – La diversità tra una commessa a pagamento “contante” (in caso di appalto) e l'assunzione di rischi finanziari, della gestione del servizio e dell'impegno per una lunga durata, propri del concessionario, sembrano dun-

que escludere che la concessione di costruzione e di gestione possa essere considerata come una variante dell'appalto di esecuzione, come si tende ancora a fare, sulla base di un semplice confronto letterale tra le due definizioni contenute nelle direttive europee.

La varietà degli elementi che compongono la concessione e i fattori di aleatorietà che caratterizzano il rapporto portano ad una conclusione: sovrapporre norme appaltistiche alla concessione di costruzione e di gestione determina sicuramente storture ed inefficienze, dato che queste norme sono concepite in rapporto ad un fenomeno economico e imprenditoriale preciso, circoscritto e di breve durata, mentre la concessione è composta da un complesso di contenuti, fattori, soggetti e rapporti, ciascuno collegato all'altro e ciascuno diverso dall'altro e mutevoli nel tempo.

Il concessionario non è un "fornitore", ma un "partner" dell'amministrazione e ciò va considerato rilevante non solo dal punto di vista economico, ma anche giuridico, sotto vari profili. Il concessionario e l'amministrazione sono mossi da interessi diversi, che tuttavia devono convergere verso un risultato comune, condiviso e appagante per entrambi, nel tempo.

Giovanni Sella
ex Vice direttore centrale Italstat s.p.a. – Gruppo IRI

20 dicembre 2005