

## **Commento alla deliberazione n. 136/97 della I sezione della Corte dei Conti del 27 ottobre 1997, in materia di concessioni autostradali**

di Elisa Bertasi

La deliberazione della Corte dei conti in esame, offre interessanti spunti di riflessione in ordine alla complessa figura della concessione di opera pubblica, alla sua distinzione sia dall'appalto sia dalla concessione di servizi e alla compatibilità della proroga della concessione con la disciplina comunitaria esistente in materia di opere pubbliche. Nonostante il ragionamento della Corte sia limitato alle concessioni autostradali, tuttavia si sostanzia in un'analisi di interesse generale dell'istituto della concessione di opera pubblica e della disciplina comunitaria applicabile.

A tale deliberazione ha fatto seguito un dibattito interno alla dottrina, relativo alle ripercussioni che essa ha comportato in ordine alle privatizzazioni, che merita di essere sinteticamente esposto.

La vicenda ha avuto origine quando il ministero dei lavori pubblici, al fine di avviare l'*iter* per la privatizzazione, ha concesso alla Società Autostrade una proroga al 2038 della concessione del servizio autostradale. La Corte dei conti ha però negato il visto alla registrazione della convenzione, suscitando notevoli polemiche, a causa delle ripercussioni che si avranno in materia di privatizzazioni. Per cogliere il collegamento esistente fra la proroga ultraventennale delle concessioni esistenti e la privatizzazione dell'organismo che ne è titolare, si deve fare riferimento all'articolo 14 della legge 359/92 (di conversione del D.L. 333/92) che partendo dall'assunto in base al quale quanto più stabile e lunga è la concessione tanto più agevole e vantaggiosa sarà la privatizzazione, dispone che le attività attribuite o riservate per legge o con atti amministrativi restino attribuite a titolo di concessione ai medesimi soggetti che ne sono al momento titolari, per almeno altri vent'anni, al fine di privatizzare i principali enti di gestione delle partecipazioni statali.

La decisione della Corte ha suscitato nella dottrina sia approvazione che malcontento: la posizione della giurisprudenza è stata condivisa da chi non ha ritenuto applicabile alla concessione del servizio autostradale l'articolo 14 citato, al contrario è stata aspramente criticata da chi ne ha sostenuto l'applicabilità.

La dottrina non ha dunque espresso una opinione uniforme sul caso di specie, si è spaccata in due correnti di cui una adesiva alle tesi espresse dalla Corte. Ma iniziamo ad illustrare il pensiero della corrente contrapposta, che vede in Cassese un suo autorevole esponente. A suo giudizio<sup>1</sup>, infatti, la Corte dei conti si è resa responsabile di due paradossi di notevole portata. Il primo paradosso consisterebbe nel fatto che la Corte abbia fondato il proprio rifiuto sul seguente sillogismo: l'appalto di opere pubbliche è regolato dal diritto comunitario, che impone la gara; la concessione autostradale è un appalto di opere; quindi, la concessione autostradale deve essere sottoposta a gara. Ma il termine medio del sillogismo, secondo Cassese, sarebbe viziato da errore: la concessione autostradale, cioè, non sarebbe un appalto di opere. Dal momento che la Società Autostrade non costruisce e mantiene soltanto l'opera, ma assicura una serie di servizi, da quelli sanitari a quelli di polizia, al soccorso ecc..

A sostegno dell'affermazione che l'autostrada non è solamente un'opera, Cassese porta anche le norme relative al controllo del concessionario, alla destinazione degli utili, al pagamento dei canoni di concessione ecc..

---

<sup>1</sup> Sabino Cassese, *Il Sole 24 ore*, 30 ottobre 1997.

A tutto ciò consegue che il servizio autostradale ha natura di impresa pubblica, istituita allo scopo di fornire servizi alla collettività e non di imprenditore privato che costruisce un'opera per lo Stato. Secondo Cassese, chi dissente da questa soluzione è tratto in errore dalla assimilazione disposta dalle norme comunitarie fra alcune concessioni e gli appalti per imporre alle prime l'obbligo della gara. L'errore nasce dal fatto di non aver colto che l'assimilazione va limitata alle concessioni di sola costruzione, cioè a quelle concessioni fittizie che celano un appalto. Invece non rientrano nella categoria le concessioni autostradali. Di conseguenza Cassese giudica legittimo il comportamento della Corte quando non riconosce diritti a proroghe per concessioni fittizie, mentre ritiene che venga commesso un errore di valutazione quando essa ignora la distinzione fra appalti e concessioni ed applica le norme sui primi alle seconde.

Il secondo paradosso rilevato da Cassese è relativo alla posizione istituzionale della Corte dei conti: la sua opposizione alla proroga della concessione autostradale finisce, infatti, per essere un ostacolo a tutte le privatizzazioni che si sono valse o possono valersi della proroga. Il paradosso consisterebbe nel fatto che la Corte dei conti, la quale dovrebbe essere il difensore della finanza pubblica, finisce di fatto per danneggiarla, perché, nel caso, impedisce la realizzazione di un entrata di 4-5 mila miliardi. Cassese invoca, perciò, una riflessione generale sul ruolo e sull'importanza della valutazione dei costi-benefici nelle decisioni amministrative.

Come si è avuto occasione di accennare in precedenza, altri commentatori<sup>2</sup> hanno apprezzato la deliberazione della Corte relativa alla proroga della concessione alla Società Autostrade, condividendone il parere circa l'inapplicabilità dell'articolo 14 della cosiddetta legge Amato. Si ritiene infatti che la concessione in esame rientri fra quelle di "costruzione e gestione", disciplinate dalla legge Merloni e dal D.Lgs. 406/91. Perciò le opere da realizzare compresa la variante di valico devono essere messe in gara.

Queste in sintesi le conclusioni, ma passiamo ad illustrare la motivazione della deliberazione n. 136/97 della 1° sezione della Corte dei conti del 27 ottobre 1997.

La premessa consiste in un *excursus* legislativo del settore autostradale fino a giungere all'elencazione dei profili essenziali, nell'ordine:

1. nel settore operano in qualità di concessionari sia soggetti pubblici (o in mano pubblica) sia soggetti privati;
2. l'istituto giuridico applicato è la concessione di "costruzione e gestione" di opera pubblica;
3. le concessioni, che di norma hanno durata trentennale, possono essere prorogate esclusivamente per ristabilire condizioni di equilibrio nei piani finanziari che le supportano, quando il concedente non ritenga possibile e/o conveniente, in relazione a mutate e sopravvenute esigenze, agire sulle altre due componenti del rapporto, e cioè il contributo dello Stato e il regime tariffario.

Ai sensi dell'articolo 5 della legge n. 729/61, dell'articolo 5 della legge n. 287/71 e dell'articolo 4 della legge 205/89, appare palese alla Corte che, nelle concessioni di "costruzione e gestione" di opere pubbliche, la durata è intimamente partecipe di una problematica unitaria e interagisce con gli altri elementi del rapporto (contributo statale, regime tariffario) che determinano condizioni di equilibrio nei piani finanziari su cui le concessioni stesse si basano. Di conseguenza una proroga generalizzata di altri vent'anni, come quella prevista dall'articolo 14 della legge Amato, per tutte le concessioni in corso alla data dell'11 luglio 1992 di pertinenza di società a partecipazione statale, risulta inapplicabile alle concessioni autostradali, poiché verrebbe ad alterare le condizioni di equilibrio determinate, caso per caso, dai piani finanziari delle singole concessioni, risolvendosi in un beneficio ingiustificato per il concessionario che snaturerebbe il carattere essenzialmente corrispettivo della gestione. A ciò si deve

<sup>2</sup> Vedi Andrea Mascolini, *Italia Oggi*, 7 novembre 1997.

aggiungere la sperequazione che in tal modo verrebbe a realizzarsi ai danni dei concessionari privati, in aperta violazione dell'articolo 2 della legge n. 729/61 che sancisce un piano di assoluta parità fra concessionari pubblici e privati. D'altro canto la Corte rileva che nel provvedimento di proroga sottoposto al suo vaglio, non emerge in alcun modo l'intento dell'Amministrazione di avvalersi della proroga ex articolo 14 della legge Amato, anzi quest'ultima non è mai citata nel testo. A sostegno poi della sua tesi la Corte porta anche la circostanza che con il d.d.l. collegato alla Finanziaria '97, il legislatore ha concesso (articolo 2, comma 87) 400 miliardi come contributo, senza fare cenno alcuno alla proroga. Anzi, la disposizione che prorogava la concessione di vent'anni, prevista nel collegato alla Finanziaria, fu bocciata dalla commissione, segno che il legislatore si è espresso in senso contrario a quanto si è tentato di fare in via amministrativa.

Passando poi all'esame della natura del rapporto, la Corte sostiene che la normativa speciale per il settore autostradale ha sempre definito il rapporto di specie come concessione di "costruzione e gestione". Quindi la tesi sostenuta dal ministero dei lavori pubblici secondo la quale la Società Autostrade è soltanto un gestore, si dimostra errata. La dottrina ha da tempo individuato che la differenza esistente tra "esercizio di un servizio" e "gestione di un bene" consiste nel fatto che, nel primo caso prevale la prestazione resa dall'utente, mentre nel secondo l'oggetto del rapporto è la costruzione dell'opera, la quale consente una redditività economica anche attraverso l'utilizzazione da parte di terzi. Nel caso di specie, il ricorso al sistema della concessione è nato da esigenze di finanziamento, dato il costo dell'opera e la suscettibilità di gestione da parte di soggetti diversi dall'Amministrazione. Da tali premesse consegue che le concessioni sono di "costruzione e gestione" e pertanto va loro applicata *in toto* la disciplina comunitaria di cui alla direttiva 89/440, recepita dal D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, nonché delle norme previste in materia dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 come modificata dalla legge 2 giugno 1995, n.216 e successive integrazioni.

Lo stesso dicasi per la variante di valico, ritenuta dallo stesso ministero, nel corso della seduta della sezione di controllo, nuova opera, a giudizio della Corte, infatti, è necessario l'esperimento di una gara ad evidenza pubblica, previa acquisizione del progetto definitivo che, per la Merloni, deve essere posto a base d'asta. A causa dei fatti sopra esposti, la Corte ritiene di non poter registrare la convenzione e chiede la riformulazione del piano economico-finanziario della privatizzanda società del gruppo IRI.

In estrema sintesi le conclusioni della Corte sono le seguenti: in primo luogo la concessione alla Società Autostrade è una concessione di "costruzione e gestione" per la cui proroga non può essere applicato l'articolo 14, anche per evitare discriminazioni con i concessionari privati<sup>3</sup>; per la variante di valico è necessaria la scelta del concessionario in gara ai sensi della legge Merloni.

In merito alle riflessioni sollevate da Cassese in relazione al ruolo e all'importanza della valutazione dei costi-benefici nelle decisioni amministrative, la corrente dottrina che aderisce alle tesi giurisprudenziali sostiene che è la posizione stessa della Corte, intervenendo nella fase conclusiva dei procedimenti amministrativi, che finisce per delegare all'organo di controllo responsabilità che non gli appartengono. Nel caso di specie, la Corte non ha affrontato il tema della privatizzazione della società, si è invece espressa entro quell'ambito del controllo di legittimità che ad essa compete.

---

<sup>3</sup> Si noti che tutte le altre concessioni autostradali in mano pubblica hanno chiesto di fruire anch'esse della proroga ventennale. Il che pone un serio problema di disparità di trattamento, prima ancora che in sede comunitaria, sul piano interno, con le concessionarie private che la legge pone su un piano di parità.