

Concessione di opere pubbliche.

Genesi storica ed evoluzione legislativa.

di Elisa Bertasi

La concessione di opera pubblica nacque nel 1865 quando lo Stato, impegnato a realizzare opere pubbliche dal costo rilevante e dal contenuto tecnologico peculiare, concepì di affidarne l'esecuzione a trattativa privata, e, in via eccezionale, a grandi imprese disposte ad impiegare direttamente ed anticipatamente nei lavori le proprie risorse finanziarie, per poi essere ripagate attraverso la gestione "in concessione" del relativo servizio.

Prototipo dell'istituto sono state le concessioni ferroviarie, previste nella legge sui lavori pubblici del 20 marzo 1865 n. 2248 all/F e poi ampiamente disciplinate dal T.U. 9/5/1912 n. 1447.

Si trattava inizialmente di concessioni di costruzione e gestione, dirette alla realizzazione della rete ferroviaria nazionale; in seguito si aggiunsero altre due specie di concessioni, quelle di semplice costruzione e quelle di semplice esercizio.

In proposito già qualche autore dell'epoca ⁽¹⁾ sosteneva che le concessioni di sola costruzione fossero veri e propri appalti, da regolare secondo le norme del diritto privato che disciplinano il contratto di appalto, perché, una volta terminata la costruzione, le linee venivano consegnate allo Stato che le esercitava per proprio conto, senza che il concessionario si ingerisse nell'organizzazione e nella gestione del servizio.

In realtà sosteneva tale dottrina, il nostro legislatore, con la legge 1447/1912, le aveva accomunate alle concessioni propriamente dette, perché il sistema di remunerazione dell'appaltatore non era stabilito in cifra proporzionale alla misura dei lavori a forfait, come nei comuni appalti, bensì con il sistema di una sovvenzione annua in ragione dei chilometri, oltre ad una compartecipazione ai proventi che lo Stato ricavava dalla gestione della linea, a somiglianza delle concessioni di costruzione ed esercizio, in cui il concessionario aveva anche diritto ad una sovvenzione statale.

Prendendo dunque ad esempio le concessioni ferroviarie come prototipo della figura, vanno tralasciate quelle di solo esercizio che non riguardano l'argomento in esame, rientrando esse nelle concessioni amministrative di beni e di servizi pubblici, mentre vanno prese in considerazione quelle di costruzione e gestione e quelle di sola costruzione, dalle quali emerge come, ai fini della nozione di concessione di opera pubblica, fosse divenuta indifferente, almeno da una certa epoca, che alla costruzione dell'opera si unisse o meno anche il suo esercizio da parte del concessionario, cioè la gestione del pubblico servizio in vista del quale l'opera veniva realizzata.

Dall'evoluzione dell'istituto della concessione ferroviaria (in origine concepita proprio in ragione dell'esercizio) riferita ad un tipo di impianti, come quelli ferroviari, destinati nel corso del loro esercizio a procurare dei proventi e quindi a rendere possibile il pagamento differito dell'opera mediante la devoluzione dei proventi stessi al concessionario esercente, sembra lecito arguire che sia proprio questa possibilità del pagamento differito ad indurre il legislatore ad ammettere ipotesi di concessione di opere pubbliche indipendentemente dall'affidamento del suo esercizio. Sembra quindi potersi affermare che nell'esperienza italiana, la concessione di sola costruzione è stata creata proprio per esigenze di finanziamento, in quanto le formule tradizionali di esecuzione delle opere pubbliche, cioè gli appalti avrebbero richiesto il reperimento immediato di quei mezzi da parte del committente, non sempre in grado di procurarli.

La possibilità di utilizzazione della figura di concessione prevista dalla legge 1447/1912 per le opere ferroviarie, indipendentemente dall'esercizio delle opere, venne ben presto estesa ad altre categorie di opere pubbliche, e quindi nella legge che contiene la disciplina generale delle concessioni di opere pubbliche, cioè la legge 24 giugno 1929 n. 1137, in cui la maggiore ampiezza della nozione rispetto a quella originaria venne espressamente riconosciuta per la generalità delle opere pubbliche dall'art. 1, il quale stabilisce: "Possono essere concesse in esecuzione a Province, Comuni, Consorzi, e privati, opere pubbliche di qualunque natura, anche indipendentemente dall'esercizio delle opere stesse".

⁽¹⁾ Vitta.

La legge n. 1137 del 1929 contiene una disciplina della concessione di opere pubbliche tutt'altro che minuziosa, ciò ha consentito una varietà di fattispecie concrete con caratteristiche e contenuti diversificati: sia da parte delle Amministrazioni concedenti, che da parte anche del Legislatore, i quali hanno tentato di colmare i numerosi spazi lasciati vuoti dalla regolamentazione generale.

Dopo tale legge si assiste ad un duplice fenomeno: da una parte, la scarsa utilizzazione da parte delle Amministrazioni della legge fondamentale, e dall'altra parte, l'emanazione invece soprattutto dopo la guerra, di una serie di leggi speciali, per tipi di opere o interventi, che individuano la concessione di opere pubbliche quali strumento privilegiato, se non esclusivo per la realizzazione delle opere o dei lavori pubblici, in primo luogo per affrettare l'opera di ricostruzione dopo gli eventi bellici.

Infatti tra il 1945 e il 1959 vengono emanate un primo gruppo di norme dirette a realizzare la ricostruzione degli edifici di culto del patrimonio immobiliare degli enti pubblici di assistenza e beneficenza, nonché delle abitazioni private.

Durante questo periodo si espande l'uso di leggi speciali con autonome figure di concessione, per la costruzione di specifiche categorie di opere (autostrade, aeroporti, metropolitane, ecc.), riproponendo quindi, un sistema di produzione legislativa adottato nei primi anni del secolo.

Le leggi emanate precedentemente alla Legge 8 agosto 1977 n. 584, possono essere raggruppate in tre categorie.

In primo luogo le leggi che impongono la concessione oppure che sono esse stesse leggi-provvedimento di concessione a soggetti o a categorie di soggetti predeterminati. In questa categoria rientrano ad esempio le leggi sulle autostrade e sugli aeroporti ⁽²⁾.

In secondo luogo, le leggi che impongono il ricorso alle concessioni, dettando norme più o meno prescrittive sulla scelta dei concessionari. In questo gruppo rientrano la legge sulla metropolitana e sugli edifici scolastici ⁽³⁾.

In terzo luogo, le leggi che impongono al concessionario il rispetto di procedure, formalità e norme per la scelta degli appaltatori. In questa categoria rientrano la maggior parte delle leggi speciali.

Tutto questo complesso di norme ha creato istituti diversi e speciali, rispetto alla tradizionale concessione disciplinata dalla legge del 1929, dando origine ad una pluralità di concessioni di costruzioni di opere pubbliche.

In seguito viene emanata la Legge 8 agosto 1977 n. 584 di attuazione di Direttive della Comunità Europea (soprattutto della Dir. 26 luglio 1971 n. 305), che pone due regole fondamentali, per i lavori di importo superiore ad un milione di ECU: in primo luogo la concessione di sola costruzione è equiparata all'appalto pubblico, con la conseguente applicazione dell'articolo 9 della stessa legge, che rende praticamente obbligatoria la gara, a meno che non ricorrano le eccezionali condizioni, ivi tassativamente indicate (articolo 7), che consentono il ricorso alla trattativa privata ⁽⁴⁾. Dall'ambito di applicazione della legge citata restava, pertanto, esclusa la concessione di costruzione e gestione. In secondo luogo, la legge stabilisce che il concessionario, che affidi a sua volta a terzi l'esecuzione dei lavori, è tenuto a rispettare il principio della non discriminazione in base alla nazionalità (articolo 3 comma 1° lett. a). Questo risultava essere l'unico obbligo applicabile alle concessioni di costruzione e gestione.

Parte della dottrina individuò un TERTIUM GENUS di concessione (intermedio tra quello di esercizio e quello di sola costruzione) comprendente figure concessorie, nelle quali all'esecuzione materiale dell'opera si accompagnava l'espletamento di attività come la progettazione o le procedure espropriative, oppure figure aventi ad oggetto l'attuazione di programmi di opere. Si trattava cioè di ipotesi che, per non essere state espressamente incluse nella disciplina comunitaria, non venivano ritenute assoggettate, alla direttiva n. 305/71. A giudizio di molti, in queste ipotesi concessorie poteva ravvisarsi il fenomeno della "sostituzione"

⁽²⁾ La legge 21 maggio 1955, n.436, e successive sulle autostrade; le leggi del 1971 sugli aeroporti delle città di Napoli, Agrigento e Firenze; la legge del 1973 sul sistema aeroportuale di Roma e la legge 22 dicembre 1973, n.825 sugli aeroporti in genere.

⁽³⁾ La legge 24 dicembre 1959, n.1145, sulla metropolitana della città di Roma; la legge 5 aprile 1975, n.412, sull'edilizia scolastica.

⁽⁴⁾ La legge 8 agosto 1977 n. 584 ha introdotto una serie di eccezioni alle misure di pubblicità della gara e sui criteri di scelta degli aggiudicatari, aprendo una breccia, in favore del sistema della trattativa privata. In tal modo, sono state aggirate sia le disposizioni volte ad equiparare le concessioni di sola costruzione all'appalto, sia la conseguente generale applicazione dei pubblici incanti, poste dalle direttive CEE.

del concessionario nella sfera giuridica del concedente, nonostante non comprendessero la gestione dell'opera. Di conseguenza venivano equiparate alle concessioni di costruzione e gestione. Sul fronte opposto si poneva la Corte dei Conti (delib. sez. cont. Stato, 15 luglio 1983, n. 1983 e n. 1370) che sosteneva l'assoggettamento alla disciplina comunitaria sugli appalti di tutte le forme d'affidamento nei lavori pubblici, esclusa soltanto la concessione di opera pubblica comprensiva della sua gestione. Diversamente il Consiglio di Stato che sembrava talvolta ammettere un TERTIUM GENUM fra appalto e concessione con gestione, cioè una figura in cui si conferivano al concessionario compiti anche diversi dalla diretta realizzazione della costruzione (progettazione, conferimento dei singoli appalti per la realizzazione dell'opera, direzione dei lavori), ma con varie incertezze circa l'esigenza del suo assoggettamento alla direttiva sugli appalti e circa le ipotesi riconducibili nelle figure.

Anche la legislazione di settore, emanata successivamente, ha risentito del problema del rapporto e del raffronto con la regola della "equiparazione" all'appalto. In questo clima di incertezza sono state così emanate leggi che espressamente si sono poste in deroga a quella prescrizione e hanno disciplinato tipi di concessione riconducibili ai caratteri generali della legge del 1929.

Nel 1987 con la legge n. 80, a carattere provvisorio e straordinario, è stato disposto che, per le opere di importo superiore a 20 miliardi di lire, le amministrazioni potessero procedere in via eccezionale a concessione senza il rispetto delle formalità previste dalla legge n.584 del 1977. La legge, che forse non a caso limitava la propria efficacia ad un quadriennio, consentiva tra l'altro, l'affidamento ai concessionari di tutta l'attività che precedeva l'esecuzione dell'opera (redazione dei progetti, ricerca ed acquisizione delle aree, ecc.), e di quella successiva, relativa alla manutenzione delle opere già eseguite, e prevedeva che la concessione potesse essere affidata anche sulla base di semplici progetti di massima. Tale legge, che portava il titolo di "Norme straordinarie per l'accelerazione dell'esecuzione di opere pubbliche" celava, invece, ben altro contenuto, destinato soltanto a rianimare il fenomeno concessorio e a porlo al riparo dei divieti comunitari.

Soltanto nel 1989 si è avuta una svolta: la direttiva n. 440 ha infatti modificato i presupposti, muovendo dai quali si era pervenuti alla conclusione di poter escludere dalla normativa comunitaria le ipotesi di concessione, che non avessero come contenuto la sola attività di costruzione; o quelle superiori ad un certo importo (legge 17 febbraio 1987 n.80); o quelle consistenti nell'attuazione di programmi. La direttiva ha attratto nel proprio ambito anche la concessione di opera pubblica, comprensiva della gestione, diversificandone però la disciplina da quella contestualmente dettata per l'appalto. La RATIO dell'estensione della direttiva alla concessione di costruzione e gestione consiste nel favorire la più ampia possibilità di accesso delle imprese, o degli organismi produttivi appartenenti agli Stati della Comunità alle procedure di aggiudicazione delle opere pubbliche indette da ciascuno di essi, anche quando, come appunto nella forma tipica delle concessione con gestione, all'esecuzione dell'opera si accompagni l'affidamento di altri compiti in cui sia da ravvisarsi il fenomeno della sostituzione del concessionario nella sfera giuridica del concedente. Se è assoggettata alla disciplina comunitaria anche al figura della concessione comprendente la gestione dell'opera, in cui più incisivamente si manifesta il fenomeno della sostituzione del concessionario al concedente e quindi della partecipazione occasionale all'esercizio dei pubblici poteri, non sembra più possibile continuare a sostenere che possano sottrarsi alcune figure di concessione senza gestione dell'opera.

Problema residuo è lo stabilire se le figure miste, cioè appartenenti a quel "terzo genere" individuato durante la vigenza della precedente direttiva, siano soggette alla disciplina comunitaria prevista per l'appalto o a quella prevista per la concessione di costruzione e gestione. Caianiello sostiene debbano seguire tutte la legislazione degli appalti, eccetto la concessione di programma, finalizzata alla realizzazione di una pluralità di opere diversificate tra loro nel tempo e nello spazio, e che perciò mal si presta a farsi inquadrare nella costruzione privatistica dell'appalto a causa del suo oggetto: indeterminato ed indeterminabile a priori. Permane, di conseguenza., in capo al soggetto pubblico concedente, la disponibilità del rapporto stesso, con connesso il potere di revoca o di modifica nel pubblico interesse per tutta la durata. La concessione di programma rifiutando per sua natura la fonte contrattuale, osserva Caianiello, andrebbe assoggettata alla disciplina comunitaria relativa alla concessione di costruzione e gestione.

Il decreto legislativo 19 dicembre 1991, n.406 di attuazione della direttiva citata stabilisce che le concessioni di opera pubblica sono solamente i contratti aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori pubblici ovvero congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori pubblici oppure l'esecuzione con qualsiasi mezzo di un'opera pubblica, caratterizzati dal fatto che la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera oppure da questo diritto accompagnato da un prezzo (articolo 4 comma 2°). Per questo tipo di concessione, e solo per questo, la nuova normativa prevede delle disposizioni specifiche diverse da quelle applicabili all'appalto ⁽⁵⁾. Tutte le altre ipotesi in cui l'oggetto del contratto è rappresentato dall'esecuzione, ma non dalla gestione dell'opera, sono da considerarsi appalti, anche se, accanto all'esecuzione è previsto l'obbligo di svolgere altre attività. Successivamente è intervenuta in materia, la legge sui lavori pubblici 11 febbraio 1994 n. 109, modificata dal D.L. 3 aprile 1995 n. 101, convertito nella legge 3 giugno 1995 n.216, che ha confermato le disposizioni del DPR 406/91, pur con qualche cambiamento. La prassi amministrativa nel corso degli anni aveva elaborato le seguenti figure concessorie:

- a) la concessione di sola costruzione in cui i doveri del concessionario si esauriscono unicamente nella realizzazione dell'opera;
- b) la concessione di costruzione intesa in senso ampio e caratterizzata dall'affidamento al concessionario, unitamente alla materiale esecuzione dell'opera, dell'espletamento di compiti ulteriori e di regola propri della stazione appaltante, quali: la progettazione, la richiesta dei necessari assenti alle autorità competenti, il compimento delle procedure espropriative ecc.;
- c) la concessione di costruzione e gestione in cui il corrispettivo per i lavori eseguiti è costituito dal diritto del concessionario di gestire l'opera;
- d) la concessione di committenza avente ad oggetto la prestazione di servizi organizzativi in sostituzione dell'Amministrazione è caratterizzata dalla completa estraneità del concessionario alla materiale realizzazione dell'opera, per la cui esecuzione è obbligato ad avvalersi di imprese a lui in nessun modo collegate.

La disciplina odierna dispone che sopravviva, solo la terza figura, essendo stata definitivamente abbandonata anche la possibilità di inserire nel nostro ordinamento la figura del GENERAL CONTRACTOR, peraltro comune in altri stati europei, quale tipo di concessionario a cui affidare tutto l'iter necessario ad ottenere l'opera finita, rimanendo dunque l'Amministrazione estranea alla vicenda. Scompare anche la possibilità di affidare al concessionario l'esecuzione delle procedure espropriative, essendo stato fatto esplicito divieto (art. 19 comma 3°) di qualunque delega di funzioni proprie della stazione appaltante, nemmeno ad altri soggetti pubblici, salvo le ipotesi legalmente previste. Per quanto attiene alla gestione, essa dovrà essere effettiva e garantire la remunerazione, non potendo più essere strumento per aggirare norme di legge. Qualora nella gestione dell'opera fossero previsti prezzi amministrati o controllati, il concessionario può pretendere un prezzo non superiore al 50% dell'importo totale delle opere (art. 19 comma 2°).

La nuova disciplina legislativa possiede una chiara valenza antifraudolenta, soprattutto quando dispone che le concessioni possono essere affidate esclusivamente mediante licitazione privata (art.20 comma 2°) ⁽⁶⁾. L'art. 23 della legge quadro dispone che alla licitazione privata per l'affidamento di lavori di qualsiasi importo siano invitati tutti i soggetti richiedenti ed in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando di gara.

⁽⁵⁾ In base all'art.8 del d.p.r. n.406/91, la concessione di costruzione e gestione è attribuita mediante le procedure della licitazione privata o della trattativa privata di cui all'articolo 9. La direttiva n.440/89, nel determinare le modalità di affidamento della concessione aveva lasciato ampio spazio alla discrezionalità dell'Amministrazione, spazio che invece è stato limitato dal legislatore italiano.

⁽⁶⁾ Negli ultimi anni la concessione di opera pubblica era divenuta il mezzo per violare gli obblighi posti dalla legge sulla contabilità generale dello Stato (art.3 legge 22 aprile 1869, n.5026) e con essi, quelli più recenti delle direttive CEE, che, in coerenza con le finalità del Trattato impongono la libera partecipazione di imprenditori e imprese dell'Unione a tutte le gare di appalto bandite dagli Stati membri. Si faceva ricorso alla trattativa privata, per dare la preferenza alle imprese amiche, adducendo come scusa i vantaggi economici che alle amministrazioni concedenti deriverebbero dalla disponibilità del concessionario a ricevere il corrispettivo dell'opera, annualmente, e sulla base di programmi finanziari pluriennali. Nella realtà invece accadeva il contrario, il concessionario veniva remunerato, non solo, alla stessa maniera del contratto d'appalto, ma con punte che raggiungevano il 20 % del valore della commessa, e con profitti di gran lunga più elevati, dovendosi al compenso, aggiungere i frutti delle anticipazioni del prezzo, e le differenze tra il prezzo riconosciuto dal committente e quello che, il concessionario, pagava effettivamente.

In tal modo l'Amministrazione non avrà più motivo di preferire la concessione all'appalto, con il solo intento di eludere le norme che disciplinano l'attività contrattuale. I cambiamenti apportati dalla nuova normativa, consentono infatti di riportare la concessione alla sua funzione originaria di strumento di buona amministrazione, dopo essere stata, per anni, veicolo di corruzione e malaffare.

Nella prassi, tuttavia, non appare sempre in modo lampante se il rapporto da attuarsi rientri nello schema della concessione di costruzione e gestione di opera pubblica e se pertanto vada seguita la disciplina che si è esposta in precedenza. In particolare, va osservato che non esiste un'equiparabilità tra gestione dell'opera ed erogazione di pubblici servizi pur connessa all'impiego di un'opera. Infatti la concessione di costruzione e gestione, che pure può comportare rapporti con i terzi, comprende in particolare attività diverse che vanno dalla mera manutenzione dell'opera alla più complessa attività necessaria per consentire all'opera di essere utilizzata per il fine cui è destinata, senza presentare il profilo dell'erogazione del servizio. Non sono poi equiparabili nemmeno la gestione dell'opera e la sua utilizzazione. Si ha infatti mera utilizzazione del bene di cui è curata la realizzazione quando l'attività di impresa appare prevalente rispetto all'opera, laddove nell'ipotesi di gestione assume maggiore importanza l'opera e l'attività necessaria per consentire alla stessa di essere utilizzata per il fine cui è destinata. Pertanto nella prassi potrebbe profilarsi la distinzione tra gestione dell'opera, utilizzazione della stessa ed erogazione del servizio pubblico correlato all'impiego di opere: nella prima figura prevale la manutenzione dell'opera, nelle altre due ipotesi si impone invece il profilo dell'attività di impresa del gestore, la quale può consistere nell'effettuazione di prestazioni ai terzi ovvero nell'erogazione di servizi pubblici agli utenti. Solamente laddove prevale la manutenzione dell'opera siamo in presenza di una concessione di costruzione e gestione sottoposta alla disciplina legislativa che si è analizzata. Nelle ipotesi di mera utilizzazione dell'opera, invece, si può ipotizzare l'applicazione della normativa degli appalti di servizi (D. Leg. 17 Marzo 1995 n.17). Per quanto riguarda poi la terza figura, possiamo affermare che si tratti di una concessione di pubblico servizio in senso stretto, assoggettata in via analogica dalla giurisprudenza alle norme dettate dalla legge per i contratti dell'Amministrazione⁽⁷⁾.

Se da un piano generale si passa al settore cimiteriale è possibile scorgere delle concessioni di costruzione e gestione in quei comuni, nei quali non esista un impianto di illuminazione votiva ovvero esista, ma si renda necessario il rifacimento a causa della sua non conformità alle norme di sicurezza. In questi casi i comuni che non intendano gestire tale impianto in economia, pongono in essere delle concessioni di costruzione e gestione. Tuttavia, perché possa essere applicata la disciplina legislativa interna e comunitaria in materia di concessione di costruzione e gestione, la fattispecie concreta deve essere pienamente riconducibile allo schema di cui all'articolo 4 del DPR 406/91. Infatti, se si discosta dal modello disposto dalla legge per le modalità di pagamento, diviene impossibile qualificare la fattispecie concreta quale concessione di costruzione e gestione, con la conseguenza che andrà valutato caso per caso quale normativa sia applicabile. In estrema sintesi: il rapporto costituito sarà assoggettato alle norme previste per gli appalti di servizi, se l'attività di impresa posta in essere non si concretizzi nell'erogazione di un pubblico servizio ma in una mera utilizzazione dell'opera (comunque questa ipotesi non trova applicazione al caso dell'illuminazione elettrica votiva, in quanto dottrina e giurisprudenza appaiono sostanzialmente concordi nel ritenerlo un servizio pubblico, anche se di tenue importanza) ; nel caso in cui non fosse necessario costruire o ricostruire l'impianto, la semplice attribuzione del servizio ad un soggetto terzo da parte del Comune, pone in essere una concessione di pubblici servizi, per la quale non esiste una specifica disciplina comunitaria e come tale è sovente assentita assumendo come unico riferimento l'art. 267, T.U. Fin. Loc. di cui al R.D. 14 settembre 1931 n. 1175.

Oppure si ricorre ad un'applicazione analogica della legge sulla contabilità generale dello Stato R.D. 18 Novembre 1923 n. 2240. Infine, nel caso in cui al terzo sia affidata la costruzione dell'impianto, ma il pagamento non gli derivi dai proventi della gestione, così come previsto dal suddetto articolo 4, allora siamo in presenza di un appalto di lavori pubblici⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ Per un approfondimento: Elisa Bertasi "La concessione dei servizi pubblici", in *Nuova Antigone*, Varese, M&B Publishing, 1997, pp. IV-8.

⁽⁸⁾ L'argomento viene affrontato da Lidia Garbellini "Appalti: che fare?", in *Nuova Antigone*, Varese, M&B Publishing, 1996, pp. III-13.