

Intervento sulla riforma del sistema concessorio

Negli ultimi mesi il dibattito politico, ma anche sociale, si è incentrato sulle concessioni in Italia e sul **ruolo che i concessionari ricoprono**, focalizzandosi sull'articolato **rapporto misto pubblico privato** che caratterizza tale istituto; partendo dal tragico evento del Ponte Morandi ci si è posti il quesito se si dovesse o meno rimettere mano, in generale, al sistema concessorio italiano, nonostante che il Decreto Legislativo 50/2016 avesse dato recentemente attuazione alla direttiva 2014/23/CE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Il legislatore Comunitario, infatti, è intervenuto per disciplinare in modo più organico un settore che caratterizzato da **lacune normative** colmato, ai fini applicativi, dai Trattati europei, (libera circolazione delle merci, libera prestazione di servizi, trasparenza et.).

Le concessioni sono di diversa natura e tutte legate ai principali settori strategici ed infrastrutturali del Paese, quali autostrade, distribuzione dell'acqua, aeroporti, porti, gas, dighe, energia, etc.; pertanto quando si affronta il tema si deve sempre aver riguardo a quale specifico settore ci si stia rivolgendo, avendo ognuno di esso delle peculiarità caratterizzanti da disciplinare.

Quello che hanno in comune molti di questi settori è che si opera in concessione per ragioni di **carezza infrastrutturale** e ragioni di **finanza pubblica**, lo Stato così va a sgravarsi del rischio operativo, connesso ad esempio alla costruzione, gestione, trasferendolo al concessionario e, pertanto, i contratti di concessione diventano dei moduli normativi giuridici di natura privatistica rivolti all'esercizio di azioni di pubblico interesse.

La **complessità di questi contratti** fa emergere nel corso della loro pluriennale durata tutte quelle problematiche esecutive che a monte, seppur formalmente disciplinate, nella sostanza non trovano un corretto espletamento, ciò anche a fronte del fatto che la disciplina posta nella convenzione di concessione è attuale al momento della sua stipula ma può facilmente diventare obsoleta nel corso della sua lunga esecuzione. Il tema dell'attualità della convenzione diventa ancor più preponderante con riferimento all'**istituto della proroga**.

La **fase preparatoria alla gara per la selezione del concessionario**, è per la pubblica amministrazione un momento complesso che però serve alla rivalutazione degli obblighi e doveri in capo al concessionario e al concedente, rimodulando l'impostazione applicative sulla base delle esperienze pregresse; forse anche per questo l'istituto della proroga è fortemente osteggiato a livello comunitario.

Il tema aperto ha posto l'attuale governo davanti ad un **duplice aspetto di analisi**, come ci si deve comportare con le concessioni in corso e con quelle che sono in scadenza. Il D.Lgs. 50/2016 nonché le Linee Guida dell'ANAC dettano delle regole procedurali per l'affidamento delle nuove concessioni; questa normativa interviene quindi su aspetti quali la massima concorrenzialità e trasparenza, ma lascia un certo margine operativo al concedente nel disciplinare l'oggetto e le modalità esecutive delle future concessioni e, quindi, su cosa si debba riportare nel contratto per dare seguito alle finalità di quel provvedimento amministrativo di cui all'origine del rapporto negoziale bilaterale, e mirato a finalità di pubblico interesse.

Uno degli aspetti su cui l'attuale dibattito politico sta intervenendo, si incentra sulla **possibilità del concessionario di procedere nell'espletamento dei suoi doveri contrattuali mediante il ricorso a società ad esso collegate**, ad esempio per svolgere attività di progettazione ed esecuzione di lavori volti ad implementare la rete infrastrutturale, quindi ai noti affidamenti c.d. *in house* o a società collegate/controllate (per i privati concessionari). Con l'affidamento diretto di attività o servizi ad operatori privati si va pertanto a derogare ai principi di concorrenza e si può arrivare ad una chiusura almeno parziale del mercato.

Questo tema in Italia è oggetto di **continue rimodulazioni** volte a riallargare a livello nazionale quei margini percentuali che invece vengono ristretti su indicazioni Comunitarie; questo tormentato tema vedeva, ante 2006, la possibilità di ricorrere all'affidamento in house fino al 60% dei lavori, con l'obbligo di procedere mediante bando pubblico solo per il 40%, la disposizione venne rimodulata e che era arrivata ad imporre l'obbligo di appalto a terzi addirittura il 100% dei lavori.

Nel 2008 venne consentita nuovamente la possibilità di ricorrervi fino al 60% del totale dei lavori, servizi e forniture, percentuale poi ridotta al 50% con il Decreto Legge 1/2012, ed ancora ridotta al 40% nel 2014; per poi arrivare alla versione del nuovo codice dei contratti pubblici.

Attualmente, l'art. 177 del Dlgs. 50/2016 sms, così come modificato dalla L. 205/2017 dispone che sono obbligati ad affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle **concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica**. La restante parte può essere realizzata da società **in house**, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato. Per i titolari di concessioni autostradali, ferme restando le altre disposizioni dell'articolo, la quota di cui al primo periodo è pari al sessanta per cento (come si può notare la disciplina non è uguale per tutti i settori di concessione ed è per questo che le analisi di riforma del sistema devono essere mirate e non soltanto generiche).

Individuata la percentuale, tuttavia, il tema non si esaurisce poiché rimane **aperta la questione sulla modalità interpretativa del calcolo**, ed è questo uno di quegli aspetti che se non sufficientemente ben disciplinati nella convenzione, permette al concessionario di essere formalmente rispettoso dell'obbligo ivi previsto ma sostanzialmente di riuscire ad aggirarlo.

Al fine di far chiarezza ed evitare, come era avvenuto nel passato, **forme interpretative distorsive** della finalità normativa, l'ANAC è intervenuto con la deliberazione n. 614 del [4 luglio 2018](#) in cui ha dettato le Linee Guide recanti le indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1.

Tanto interesse del concessionario nella rimodulazione della percentuale per gli affidamenti e sulle modalità, più o meno libere, interpretative applicative di dette percentuali, è dovuto a **fini meramente commerciali e di business imprenditoriale** e sono collegate a specifici interessi del concessionario che - mediante interpretazioni normative e contrattuali - riesce a rielaborarle per operare con maggior autonomia e minor controllo esterno (con possibili ripercussioni su differenti fronti quali la sicurezza, la qualità, i costi di gestione). Aspetti come questi impattano nella fase esecutiva della concessione e precisamente in quel lungo lasso temporale di esecuzione che spesso sfugge alla piena vigilanza da parte della pubblica amministrazione.

Questi aspetti sono attualmente al centro del dibattito e dovrebbero portare alla **necessità di ricorrere ad una modifica del regime concessorio** non più sulla normativa sugli affidamenti, ma piuttosto su quella interpretativa relativa alla fase esecutiva, spesso carente di chiarezza espositiva; infatti, le clausole contenute contrattuali non sono sempre redatte con la lungimiranza dell'evoluzione temporale del rapporto o sui dovuti poteri e doveri di vigilanza della PA. Il ricorso a terminologie generiche quali "attività propedeutiche e connesse" all'espletamento delle attività in concessione, senza una loro chiara esplicitazione possono offrire spunti interpretativi distorsivi a svantaggio della trasparenza e dell'apertura al mercato.

Ad oggi, la **corretta regolamentazione del rapporto trilaterale** tra pubblica amministrazione, concessionario e fruitore del servizio, è più facile presentarla nelle nuove concessioni che verranno stipulate mentre è più complesso l'intervento su quelle in corso che spesso sono connotate da poca chiarezza interpretativa su molti aspetti contrattuali (es: affidamento diretto di lavori a società collegate, il confine tra manutenzione ordinaria e straordinaria) e che pertanto lasciano ai concessionari una certa discrezionalità operativa.

La discussione, quindi, rimane aperta su come ci si debba comportare con quelle concessioni che sono state avviate anni addietro, poi prorogate, e che attualmente contengono **previsioni regolamentari non ben definite** rispetto alle esigenze attuali. L'avvio di procedure di revoche – anche invocando i principi di autotutela amministrativa - possono avere impatti più negativi che positivi (sia sotto un punto di vista dell'incertezza del contenzioso, ripercussioni sul mercato, etc.); quindi si sta facendo avanti la convinzione che sarebbe auspicabile procedere ponendo nuove regole sulla vigilanza per le concessioni in corso così da sincerarsi sulla corretta applicazione della convenzione.

La **riforma del regime concessorio** non dovrebbe aggravare il già corposo tessuto normativo, con ulteriori divieti e paletti, bensì offrire fornire chiarezza sugli aspetti esecutivi e regolamentari connessi ai singoli settore di concessione, così da far convergere le future interpretazioni applicative su una linea di dialogo comune della pubblica amministrazione e concessionario.

La **lettura chiave del regime concessorio** quindi deve essere: trasparenza e la riscoperta della funzione della concessione; difatti, quello che si mette in secondo piano nel dibattito sul sistema concessorio è che la concessione è un atto amministrativo pubblico (la cui presa di visione dovrebbe essere accessibile a tutti) che si va a sostanziare in un contratto di diritto privato accessivo al provvedimento pubblico, la cui finalità è quella di raggiungere un obiettivo pubblico; al contrario la percezione diffusa che è emersa negli anni, è che le concessioni rafforzano le posizioni (che quasi si potrebbero definire monopoliste) dei concessionari sul mercato, erodendo la finalità pubblicistica.

In conclusione, un passo importante è già stato fatto mediante **l'introduzione di una attenta disciplina sulle modalità di affidamento delle concessioni**, ma il tema su cui però merita concentrare la discussione non è tanto, e solo, il rispetto della procedura selettiva - che di base ha modalità ampiamente codificate nel codice degli appalti - ma piuttosto comprendere cosa viene messo a base della concessione anche quando si parla di "attività propedeutiche" e, precisamene, quali evoluzioni esecutive avrà in futuro per evitare che prassi applicative possono essere distorsive del contratto nei successivi trent'anni di esecuzione.

L'amministrazione pubblica ha tutto l'interesse nel **trasferimento del rischio operativo in capo ai privati** ma non si devono perdere le finalità di garanzia di un servizio pubblico di interesse collettivo in cui l'utente è il punto focale intorno al quale, e per il quale, viene emesso a monte il provvedimento di concessione che a seguire porta alla stipula del contratto.

Connesso a tale aspetto ed al ruolo che il concessionario deve avere sul mercato, l'Antitrust nell'ambito del dibattito ha ribadito la necessità di **aprire il mercato alle gare di appalto**, restringendo ulteriormente i limiti percentuali sugli affidamenti diretti a società collegate, controllate o *in house*; quanto sostenuto dall'Antitrust pone l'attenzione sul fatto che ricorrere a più ampio raggio allo strumento delle procedure selettive avrebbe il duplice vantaggio sia di superare i così detti monopoli naturali che in alcuni settori concessori si vengono facilmente a creare; sia a far sì che tramite il meccanismo procedurale in modo continuato gli operatori del settore possano valutare l'operato del concessionario garantendo la corretta evoluzione e applicazione delle disposizioni contenute nel contratto di concessione per lo svolgimento di tutte le attività ad esse connesse e propedeutiche.

Tale circostanza, inoltre, permetterebbe anche un **flusso diffuso informativo**, continuo e trasparente, su tutti i documenti amministrativi connessi all'esecuzione della concessione, aspetto su cui c'è ancora molto opacità (come è emerso nel dibattito anche a seguito degli ultimi tragici eventi).

Avv. Andrea Grappelli
Partner in Nunziante Magrone