

Project financing

I limiti della concessione nelle procedure di *project financing*

di MASSIMO RICCHI (*)

I limiti di durata trentennale e quello del 50% di contribuzione pubblica nelle concessioni di costruzione e gestione non devono sempre essere applicati.

Il debutto del *project financing* ad iniziativa privata, previsto nell'art. 11 della L. 415/98, che ha novelato, con gli artt. 37-bis ss., la L. 109/94 (la «Legge»), ha riacceso l'interesse per la lettura del modello consorzio ex art. 19 della Legge o *project financing* ad iniziativa pubblica. Quest'ultimo articolo, com'è noto, al nuovo comma 01, delinea la *summa divisio* nei sistemi di realizzazione dei lavori pubblici tra i contratti d'appalto e contratti di concessione.

Al comma 2, descrive l'oggetto del contratto di concessione comprendente «la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e dei lavori ad essa strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica», e chiarisce la caratterizzazione del contratto di concessione di costruzione e gestione nel quale «la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati». Per quello che interessa in questa sede, sempre al medesimo comma, prevede che in particolari circostanze possa essere corrisposto al concessionario un contributo pubblico, «che comunque non può superare il 50 per cento dell'importo totale dei lavori».

Al comma 2-bis dello stesso articolo, l'*incipit* indica che «la durata della concessione non può essere superiore ai trenta anni».

Questi due limiti, di durata e di massima contribuzione pubblica, sono stati sempre considerati e applicati senza particolari obiezioni sino a quando era disponibile, come strumento di realizzazione di lavori pubblici, solo il *project financing* ad iniziativa pubblica nella forma della concessione di costruzione e gestione ex art. 19 della Legge.

Il limite di durata risponde all'esigenza di non svuotare la prospettiva di riappropriazione pubblica dell'opera con un periodo indeterminato o eccessivamente lungo di gestione privata e di evitare una remunerazione sproporzionata del concessionario nella fase di gestione spesso in situazioni di monopolio.

Il limite del 50% di contribuzione pubblica del valore

dei lavori, invece, è dettato dalla volontà di limitare l'impatto sulla fiscalità generale nella realizzazione delle opere pubbliche per tutte le amministrazioni aggiudicatrici (1).

Quando, con l'introduzione dell'art. 37-bis ss. della Legge, la promozione dell'opera pubblica si è estesa ai privati, questi hanno immediatamente percepito i limiti come fortemente compromettenti la diffusione e la pratica realizzazione delle opere pubbliche o di interesse pubblico con il nuovo strumento. Infatti, il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario nella gestione delle opere pubbliche, in presenza di forti investimenti privati, era ed è limitato a poche opere molto «calde», quelle che garantiscono un'elevata redditività nella gestione (2).

È stato messo in evidenza come fosse difficile «far quadrare i conti» nella realizzazione delle opere pubbliche quando, invece, con un maggiore investimento pubblico o una maggiore durata della gestione, si sarebbero potute realizzare anche le opere «tiepide» o a bassa redditività. Come contropartita ad un maggiore investimento pubblico e all'allungamento dei termini di gestione c'era la prospettiva di realizzare l'opera in tempi certi, con elevati *standards* qualitativi per la necessità di abbattere i successivi costi di manutenzione, e la possibilità di imporre al concessionario una gestione focalizzata sulle garanzie da riconoscere all'utente-fruitori mediante la redazione di carte dei diritti per i servizi prestati.

Note:

(*) Esperto legale presso l'Unità Tecnica Finanza di Progetto – CIPE. Le opinioni e i commenti del presente studio non sono in alcun modo riferibili all'Unità Tecnica Finanza di Progetto.

(1) R. Caranta, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di F. Caringella, Milano, 1999, 513; G. Leone, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. Carullo e A. Clarizia, Padova, 2000, I, 617.

(2) A. Silipo e G. Tedeschi, in *Edilizia e Territorio*, 2000, 30, 4; Cfr. F. Caringella, *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di F. Caringella, Milano, 1999, 1255; T. Protto, in *La riforma dei Lavori Pubblici*, a cura di A. Angeletti, Torino, 2000, II, 738.

La posizione della dottrina in Italia

La dottrina, che si è occupata delle novità introdotte dalla L. 415/98 sul modulo concessorio ex art. 19 della Legge, ha ritenuto inderogabili i due limiti sul presupposto che la gara di concessione di costruzione e gestione fosse una prerogativa esclusiva delle amministrazioni aggiudicatrici descritte dall'art. 2, comma 2, lett. a) della Legge. Questo stato di cose discende dalla lettura dell'art. 19, comma 2 della Legge, dove indica inequivocabilmente che «le concessioni di lavori pubblici sono contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed un'amministrazione aggiudicatrice...» (3). Il glossario normativo, ex art. 2, comma 6, lett. c) della Legge, chiarisce che per amministrazioni aggiudicatrici s'intendono i soggetti di cui al comma 2, lett. a) dello stesso articolo, che elenca le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, gli enti pubblici, compresi quelli economici, gli enti e le amministrazioni locali, le loro associazioni e consorzi nonché gli altri organismi di diritto pubblico.

Secondo questa lettura restrittiva, tutti i soggetti elencati all'art. 2, comma 2, lett. b) e c) della Legge sono esclusi dalla possibilità di utilizzare il contratto di concessione di costruzione e gestione. Qualche problema si pone per gli organismi di diritto pubblico, rientranti nell'art. 2, comma 2, lett. a) della Legge, e perciò ammessi al novero abilitato ad utilizzare la concessione di costruzione e gestione, e contemporaneamente contemplati nell'art. 2, comma 2, lett. b) della Legge, che invece ne sono esclusi. Il principio di specialità risolve l'inquadramento degli organismi di diritto pubblico e, cioè, nel caso in cui questi si rispecchino anche nell'elencazione di cui all'art. 2, comma 2, lett. b), devono essere considerati appartenenti a questo secondo gruppo (4). Nel caso in esame, gli organismi di diritto pubblico rientranti anche nella categoria dell'art. 2, comma 2, lett. b) della Legge non possono utilizzare, secondo la dottrina esaminata, per la realizzazione delle opere pubbliche o di pubblica utilità il contratto di concessione di costruzione e gestione.

I problemi aperti

L'interpretazione data sino a questo momento dalla dottrina non convince soprattutto per la clamorosa esclusione, dall'utilizzabilità dello strumento della concessione di costruzione e gestione per la realizzazione delle opere pubbliche o di pubblica utilità, di un nutrito elenco di soggetti indicati dall'art. 2, comma 2, lett. b) della Legge:

- a) i concessionari di lavori pubblici, di cui all'art. 19, comma 2;
- b) i concessionari di esercizio di infrastrutture destinate al pubblico servizio;
- c) le aziende speciali ed i consorzi di cui agli artt. 23 e 25 L. 142/90, e successive modificazioni, e all'art. 12 L. 498/92, e successive modificazioni;

d) le società con capitale pubblico anche non prevalente, che abbiano ad oggetto della propria attività la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza;

e) i concessionari di servizi pubblici e i soggetti di cui al D.Lgs. 158/95, qualora operino in virtù di diritti speciali o esclusivi, per lo svolgimento di attività che riguardino i lavori, di qualsiasi importo, individuati con D.P.C.M. di cui all'art. 8, comma 6, del D.Lgs. 158/95, e comunque i lavori riguardanti i rilevati aeroportuali e ferroviari, sempre che si tratti di lavorazioni che non possono essere progettate separatamente e appaltate separatamente in quanto strettamente connesse e funzionali all'esecuzione di opere comprese nella disciplina del D.Lgs. 158/95.

Se si fa mente locale sono esclusi dall'utilizzazione della concessione tutti gli organismi creati per gestire le *public utilities* di appartenenza agli enti locali (5) o quelle gestite da soggetti costituiti mediante leggi statali *ad hoc* (6), e anche per le STU (società di trasformazione urbana) (7) e più in generale tutte le società a partecipazione pubblica minoritaria o maggioritaria (8) e i soggetti

Note:

(3) R. Garofoli, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, cit. 117; M. Zoppolato, in *Legge quadro sui lavori pubblici*, D. Tassan Mazzocco - C. Angeletti - M. Zoppolato, Milano, 1999, 32.

(4) A. Clarizia, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. Carullo e A. Clarizia, Padova, 2000, I, 137; M. Zoppolato, in *op. cit.*, 13; R. Garofoli, in *op. cit.*, 87; un'ampia e aggiornata rassegna giurisprudenziale sulla nozione di pubblica amministrazione e di organismo di diritto pubblico nel commento di G. Pasquini alla decisione del Consiglio di Stato, 21 aprile 1995, n. 353 in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Pasquini e A. Sandulli, Milano, 2001, 628; Cfr. C. Guccione, *Concessionario, organo indiretto, amministrazione aggiudicatrice: un dibattito mai sopito* nota a Cons. Stato n. 918/1998 in *Giorn. Dir. Amm.*, 1998, 713; G. Pasquini, *Un revirement sull'organismo di diritto pubblico: il caso Ente Fiera di Milano* nota a Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 1998, n. 1267, *ivi*, 1999, 17; C. Guccione, *Gli organismi di diritto pubblico nuovamente al vaglio del Consiglio di Stato* nota a Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, *ibidem*, 209; Cfr. C. Nizzo, *L'organismo di diritto pubblico nella direttiva 92/50/CEE* commento a Corte di Giustizia CEE, sent. 10 novembre 1998, C-360/96, *ibidem*, 1999, 4, 316.

(5) Sull'evoluzione del regime delle società miste si veda S. Casese, *I modelli di gestione dei servizi*, in A.A.V.V., *La spa per la gestione dei servizi pubblici locali*, Rimini, 1995, 17 ss.; Pallottino, *Le società miste locali e la realizzazione di opere e infrastrutture: un'ipotesi di Project Financing*, in *Riv. Amm.*, 1997, 592 ss.

(6) M. Cammelli - A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999, 380, nota 9; R. Garofoli, *Servizio pubblico e società pubbliche: implicazioni in punto di giurisdizione* nota a Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in questa Rivista, 2001, 6, 632.

(7) M. Cammelli - A. Ziroldi, *op. cit.*, 469; R. Mangani, in *Edilizia e Territorio*, n. 49/2000, Norme e documenti, Il Sole 24 Ore, 6, commenta la Circolare del Ministero dei LL.PP. sulle STU, 11 dicembre 2000, n. 622/Segr.; G. Celata, *I nuovi moduli organizzatori per la gestione dei pubblici servizi*, in *Appalti, Urbanistica, Edilizia*, 1997, 218 ss.; P. Mantini, *Le società di trasformazione urbana. Profili giuridici ed organizzativi*, in *Riv. Trim. App.*, 1997, 519 ss.

(8) M. Cammelli - A. Ziroldi, *op. cit.*, 245; R. Garofoli, in *op. cit.*, 87; A. Clarizia, in *op. cit.*, 123; B. Mameli, in *La riforma dei lavori pubblici*, a cura di A. Angeletti, Torino, 2000, I, 50; V. Martelli, in *Servizi pubblici locali e* (segue)

operanti nei settori esclusi (9). C'è un'evidente contraddizione nel dotare gli enti locali di strutture organizzative ed operative quali le S.p.A. per garantire una migliore e più efficiente operatività, e poi negare alle stesse uno dei due soli contratti per la realizzazione di opere pubbliche. La stessa contraddizione, ma per altri motivi, si rileva per i soggetti operanti nei settori esclusi che hanno goduto da sempre di discipline con minori vincoli per gli ambiti particolari di attività in cui operano (10).

Una diversa lettura

I limiti di durata della concessione e di contribuzione pubblica devono essere sicuramente applicati alle amministrazioni aggiudicatrici per l'espresso disposto dell'art. 19, comma 2 della Legge. Le amministrazioni aggiudicatrici sono tradizionalmente le pp.aa. che hanno lo scopo di perseguire una molteplicità di interessi pubblici. I limiti imposti rappresentano una forma di garanzia per la collettività affinché non ci sia un'eccessiva allocazione di risorse economiche per una singola opera e perché non si vuole che esse deleghino a terzi, in via permanente, la cura di interessi di pubblica utilità con concessioni eccessivamente lunghe. Mentre queste cautele si attagliano alle pp.aa., gli stessi vincoli non sembrano coerenti con scopi e finalità di quei soggetti definiti dall'art. 2, comma 6, lett. d) della Legge, «enti aggiudicatori» elencati, appunto, al comma 2, lett. b) dello stesso articolo. Come è stato sottolineato gli enti aggiudicatori hanno, per diversi motivi, una maggiore capacità di azione ed operatività senza i vincoli caratteristici delle amministrazioni aggiudicatrici.

Il dato normativo

Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori rispettivamente previsti al comma 2, lett. a) e b) del medesimo art. 2 della Legge, hanno due diversi regimi giuridici di applicazione della Legge. Le amministrazioni aggiudicatrici devono applicare integralmente tutti gli articoli previsti nella Legge, invece, per gli enti aggiudicatori è espressamente prevista un'applicazione ridotta e differenziata. La tecnica usata dalla Legge è di citare, per i singoli enti aggiudicatori, gli articoli che non devono essere applicati (11). L'esenzione dall'applicazione di alcune norme della Legge, a volte, è dettata dall'impossibilità tecnica di applicazione, altre volte dalla volontà del legislatore di rendere libero l'ente da adempimenti, vincoli o limiti che ne appesantirebbero ingiustificatamente l'azione in modo incoerente con la propria struttura e scopi. Al comma 3, dell'art. 2 della Legge, sono declinati in abbinamento agli enti aggiudicatori, gli articoli che non devono essere applicati, infatti: «Ai soggetti di cui al comma 2, lett. b), fatta eccezione per i concessionari di lavori pubblici si applicano le disposizioni della presente legge ad esclusione degli artt. 7, 14, 19, commi 2 e 2-bis, 27,

32 e 33. Ai concessionari di lavori pubblici ed ai soggetti di cui al comma 2, lett. c), si applicano le disposizioni della presente legge ad esclusione degli artt. 7, 14, 19, commi 2 e 2-bis, 27 e 33. Ai soggetti di cui al comma 2, lett. b) operanti nei settori di cui al D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158, non si applicano, le disposizioni del regolamento di cui all'art. 3, comma 2, relative all'esecuzione dei lavori, alla contabilità dei lavori e al collaudo dei lavori».

È stata riportata anche l'ultima parte del comma 3, perché evidenza con chiarezza, attraverso l'esenzione dall'applicazione delle norme restrittive del D.P.R. 554/99 (il «Regolamento») e particolarmente quelle sulla contabilità, come l'intenzione del legislatore sia stata quella di esentare alcuni soggetti da procedimenti e limiti ritenuti troppo restrittivi per il tipo di organismo o per lo speciale ambito di operatività (12).

In altre parole, l'esclusione dall'applicazione di alcune norme della Legge non è, appunto, un divieto al loro utilizzo, ma piuttosto un'esenzione facoltativa alla loro applicazione. Da ciò deriva che se, ad esempio, un organismo di diritto pubblico che opera nei settori esclusi redigesse un bando in cui indica espressamente che per l'esecuzione dei lavori si applicherà in toto il Regolamento per il quale è prevista, invece, una sua disapplicazione, il bando non può essere impugnato da concorrenti che volessero essere esentati. Il rinvio al Regolamento indicato nel bando è un'integrazione eteronoma dei diritti e obblighi reciproci.

Tuttavia, quello che qui preme evidenziare è che l'esenzione dall'applicazione di alcune norme della Legge ad alcune categorie di soggetti o per la particolare natura dell'ambito in cui questi soggetti operano, deve essere intesa in senso ampliativo delle loro facoltà ed operatività e non, invece, in senso restrittivo con la conseguente impossibilità di utilizzare degli strumenti contrattuali per il perseguimento dei propri scopi.

Note:

(segue nota 8)

società per azioni, Milano, 1997; Cfr. E. Freni, *Società miste: compiti di progettazione e principio della concorrenza* commento a T.A.R. Lazio, sez. II, 20 maggio 1998, n. 962, in *Giom. Dir. Amm.*, 1999, 1, 49; M. Dugato - A. Zioldi, *I concorsi per i partners di società di gestione di servizi pubblici locali* note a T.A.R. Catania, sez. II, 10 giugno 1999, n. 1137, *ivi*, 1999, 11, 1067; M. Dugato, *L'individuazione del socio di minoranza nelle società a partecipazione pubblica* commento a Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio, 1998, n. 192, *ibidem*, 1998, 5, 423.

(9) R. Garofoli, in *op. cit.*, 108; M. Zoppolato, in *op. cit.*, 30; A. Clarizia, in *op. cit.*, 127. Per una recente monografia, F. Calarco, *Appalti pubblici dei settori esclusi*, *Il Sole 24 Ore*, Milano, 2000.

(10) F. Calarco, *op. cit.*, 3.

(11) A. Clarizia, in *op. cit.*, 136; R. Garofoli, in *op. cit.*, 81 ss.; M. Zoppolato, in *op. cit.*, 12 ss.; B. Mameli, in *op. cit.*, 67; Cfr. V. Cerulli Irelli, *Atti amministrativi di soggetti privati e tutela giurisdizionale a proposito della legge Merloni* nota a Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 1999, n. 295, in *Giom. Dir. Amm.*, 1999, 11, 1057.

(12) F. Calarco, *op. cit.*, 113; R. Garofoli, in *op. cit.*, 114; M. Zoppolato, in *op. cit.*, 33.

Le conseguenze della nuova lettura

Come è stato evidenziato alle categorie degli enti aggiudicatori ex art. 2, comma 2, lett. b) della Legge si applicano le disposizioni della Legge medesima ad esclusione, tra gli altri, dell'art. 19, commi 2 e 2-bis. Questa esclusione dall'applicazione è stata considerata dalla dottrina, per la verità in modo indiretto e non esplicito (13), come un'impossibilità di uso dello strumento concessorio per gli enti aggiudicatori. A ben vedere, per fermarci ad un'interpretazione letterale e sistematica, l'esclusione dall'applicazione è limitata solo ai commi 2 e 2-bis dell'art. 19 della Legge.

Se il legislatore avesse voluto escludere per gli enti aggiudicatori l'uso della concessione di costruzione e gestione, avrebbe escluso dall'applicazione anche il comma 01 dell'art. 19, il comma 2 dell'art. 20 e il comma 2 dell'art. 21 della Legge. Viceversa tutti questi articoli, che fanno riferimento alla concessione di costruzione e gestione e alla relativa procedura di scelta del contraente, sono interamente e indiscutibilmente applicabili anche agli enti aggiudicatori che hanno a disposizione per la realizzazione di opere pubbliche sia i contratti di appalto che quelli di concessione.

Dirimente per questa interpretazione è la lettura dell'art. 31-bis della Legge sull'accordo bonario, che non poteva più chiaramente indicare che «Per i lavori pubblici affidati dai soggetti di cui all'art. 2, comma 2, lettere a) e b), in materia di appalti e concessioni ...», sostenendo, senza ombra di dubbio, che anche gli enti aggiudicatori possono avvalersi dei contratti di concessione oltre a quelli pacifici di appalto per la realizzazione di opere pubbliche e che, per entrambi i contratti, devono applicare la particolare procedura di composizione bonaria delle controversie. Infine, ancora più esplicito è il comma 5-bis, dell'art. 2 dove prescrive che «I soggetti di cui al comma 2 (includendo tutti i soggetti *sub* lett. a) e b)) provvedono all'esecuzione dei lavori di cui alla presente legge, esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici ...».

Alla luce di quanto detto, l'inapplicabilità agli enti aggiudicatori solo dei commi 2 e 2-bis dell'art. 19 della Legge, conduce ad escludere per loro la cogenza dei vincoli ivi sanciti, ovverosia il limite del 50% di contribuzione pubblica e di quello trentennale di gestione. Ciò permette agli enti aggiudicatori di avere un maggiore orizzonte di operatività per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblico interesse coerente con la propria struttura e le proprie finalità.

Come è stato visto per i soggetti operanti nei settori esclusi, ovvero con riguardo alla loro facoltà di applicare il Regolamento anche qualora ne siano esentati (14), parimenti gli enti aggiudicatori hanno la possibilità, comunque, di applicare i commi 2 e 3 dell'art. 19 della Legge, con i limiti del 50% di contribuzione pubblica e di durata trentennale, se questo fosse ritenuto opportuno. Quello che non si ritiene possibile fare per motivi

di interpretazione letterale, sistematica e logica, invece, è la preclusione all'utilizzo della concessione di costruzione e gestione per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblico interesse da parte degli enti aggiudicatori.

Le conferme dalla disciplina comunitaria

Dalla comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (la «Comunicazione»), pubblicata in GUCE il 29 aprile 2000, si possono trarre diversi spunti sul fatto che in ambito comunitario i predetti limiti di durata e di contribuzione pubblica non sono contemplati. La Comunicazione fa il punto di una riflessione condotta con il contributo di tutti gli Stati membri e precisa i principi cui è pervenuta la Corte Europea di Giustizia sull'argomento tenuto conto delle norme del Trattato istitutivo (15).

Il punto di partenza è la definizione di concessione di lavori contenuta nella direttiva 93/37/CEE, art. 1, lett. d), come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche degli appalti pubblici di lavori, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato dal prezzo». Come si legge non è imposto dalla direttiva alcun limite alla durata della concessione, né tantomeno alcun limite al prezzo che può essere corrisposto dal concedente. Su questo punto poi la Comunicazione si sofferma e chiarisce che «rientrano sempre nella nozione di concessione le ipotesi in cui lo Stato paghi un prezzo in contropartita dei lavori effettuati, purché esso non elimini il rischio inerente la gestione. Precisando che il diritto di gestire l'opera può essere accompagnato da un prezzo, la direttiva lavori indica che la remunerazione del concessionario deve provenire dalla gestione». Non poteva essere espresso più chiaramente che il prezzo, inteso come limite di contribuzione pubblica, che lo Stato è abilitato a corrispondere può coprire l'intero importo dei lavori, ciò che non può essere eliminato è il rischio di gestione legato ai capitali investiti dal priva-

Note:

(13) Vedi nota 3; M. Zoppoloto, in *op. cit.*, 49, l'autore si pone il problema dell'utilizzabilità del contratto di concessione da parte del concessionario di pubblico servizio e ne esclude l'uso poiché «non è ulteriormente sub concedibile senza incorrere in violazione della logica, prima ancora che delle disposizioni che precludono la cessione dei contratti pubblici»; smentisce questa impossibilità logica Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 1996 n. 561, in *Foro It.*, 1996, III, 375, Opere Pubbliche con nota di F. Fracchia, ammettendo la *sub* concedibilità almeno nei settori esclusi, sempre che sia rispettosa dei vincoli imposti dalla concessione primaria primo tra tutti quello di durata.

(14) V. paragrafo *Il dato normativo*, penultimo capoverso.

(15) Cfr. C. Guccione, *Il progetto di comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni* nota al progetto di comunicazione interpretativa Commissione europea 7 aprile 1999, GUCE 7 aprile 1999, C94/4, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1999, 8, 797; C. Guccione, *Gli organismi di diritto pubblico nella normativa comunitaria sugli appalti*, commento a Corte Giust. CEE, 15 gennaio 1998, n. C-44/96, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1998, 5, 437.

to. Se lo Stato garantisse il rimborso dei finanziamenti utili all'operatività della gestione, l'elemento rischio verrebbe a mancare e con esso la definizione del contratto di concessione, ricadendo, invece, in quella di appalto.

Una riflessione ulteriore è riservata dalla Comunicazione ai soggetti operanti nei settori speciali o *ex* esclusi che decidano di attribuire una concessione. La prima osservazione è che, a differenza della posizione interpretativa sin qui criticata, è previsto esplicitamente, per gli organismi operanti nei settori *ex* esclusi, la possibilità di attribuire una concessione. La seconda conseguenza evidente è che, per quanto riguarda la procedura di individuazione del concessionario, non debbano applicarsi né le norme della direttiva lavori, né le norme della direttiva servizi ma i principi e le norme del Trattato o sanciti dalla Corte (16). Queste riguardano, infatti, la parità di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità, il mutuo riconoscimento e la tutela dei diritti dei singoli. Discende da questa constatazione non solo che per i soggetti operanti nei settori esclusi è possibile fare un affidamento in concessione ma anche che questi sono svincolati dalle prescrizioni puntuali previsti dalle direttive lavori e servizi.

Infine, analoghe considerazioni devono farsi per le imprese pubbliche incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale che ricadono «in via di principio nell'ambito della comunicazione. È vero che, secondo una giurisprudenza costante della Corte, non c'è nulla nel Trattato che possa impedire agli Stati membri di sottrarre al gioco della concorrenza, per motivi di pubblico interesse di natura non economica taluni servizi d'interesse generale conferendo dei diritti esclusivi. La Corte aggiunge, tuttavia, che le modalità di organizzazione e l'esercizio di un monopolio così costituito non deve violare le disposizioni del Trattato Inoltre, anche le modalità di conferimento di tali diritti esclusivi sono sottoposte alle norme del Trattato e possono pertanto rientrare nel campo di applicazione della presente comunicazione». Anche in questo caso la Comunicazione fa riferimento a quei soggetti che fanno parte dello Stato (intesi nel senso ampio di Pubblica Amministrazione) ma dotati di propria personalità giuridica e organizzati in modo diverso (*ex* S.p.A.). Ebbene, per tutti questi soggetti si ritiene che anche ad essi si debba applicare l'interpretazione della Comunicazione e, conformemente a quanto sostenuto per i settori esclusi, i principi e le norme del Trattato.

Conclusioni

L'interpretazione dei principi comunitari evidenzia, di fatto con riferimento all'elenco dei soggetti di cui all'art. 2, comma 2, lett. b) della Legge, che questi possono utilizzare lo strumento della concessione di costruzione e gestione per la realizzazione delle opere pubbliche o di pubblica utilità. Inoltre, la loro particolare natura li esenta dall'applicare in modo puntuale le direttive appalti e servizi disciplinanti le

procedure di scelta del contraente, - (già queste non prevedono limiti di durata della concessione o un tetto di contribuzione pubblica) -, ma solamente le norme e i principi del Trattato.

La nuova lettura delle norme, prospettata nei paragrafi precedenti, secondo cui gli enti aggiudicatori possono utilizzare il contratto di concessione di costruzione e gestione per la realizzazione di opere e che tale strumento è esente dai limiti di durata e contribuzione pubblica a cui sono sottoposte le amministrazioni aggiudicatrici, è ulteriormente confermata.

I risvolti pratici di questa interpretazione sono notevoli. Infatti, le regole per l'erogazione dei fondi comunitari di sostegno per le infrastrutture generatrici di entrate nette consistenti (ad esempio un acquedotto) ammettono il finanziamento sino al 50% del loro costo totale (17), per cui qualora ci fossero altre fonti destinate al cofinanziamento statale o regionale per la stessa opera potrebbero essere utilizzate integralmente; o ancora, la legge 211/92 sul finanziamento nel settore dei trasporti rapidi di massa prevede all'art. 10 del D.L. 457/97, convertito con L. 30/98, contributi a carico dello Stato sino al 60% del costo di realizzazione degli interventi. Si aprirebbe la possibilità di sfruttare fino in fondo i finanziamenti pubblici per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità in zone del territorio appartenenti al «c.d. Obiettivo 1» localizzate prevalentemente nel Mezzogiorno d'Italia o in settori come quelli del trasporto rapido di massa che hanno un forte impatto sul livello di vivibilità delle metropoli. La conseguenza diretta della possibilità di sfruttamento oltre il limite del 50% del contributo pubblico o del superamento del limite trentennale è l'immediata appetibilità dei progetti e l'attrazione dei capitali privati per l'innalzamento degli indici di redditività, in altre parole tutte le opere in *project financing* avrebbero maggiori possibilità di essere realizzate con una forte concorrenza di pretendenti.

Note:

(16) Corte giust. 7 dicembre 2000, Causa C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH e Telekom Austria AG*, Giud. rel. Skouris, Avv. Gen. N. Fennelly, per la quale allo stato attuale del diritto comunitario, i contratti di concessione di servizi pubblici esulano dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38 ma sono soggetti ai principi fondamentali del Trattato, in *Foro It.*, 2001, 1, IV, 1; Cfr. F. Leggiadro, *Applicabilità delle direttive comunitarie alla concessione di servizi pubblici*, in questa *Rivista*, 2001, 5, 493.

(17) Art. 29, comma 4, sub a) i) del Regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui fondi strutturali, pubblicata in *GUCE* 26 giugno 1999.