



Concessioni, in gara anche solo l'esecuzione Pf, confermata la prelazione

La novità principale del Codice in tema di concessioni è la possibilità di affidare anche soltanto l'esecuzione dell'opera e non più anche la progettazione.

La riforma della legge quadro in materia di lavori pubblici attuata con la legge 415/1998 (cosiddetta Merloni-ter), nel disciplinare le procedure per la «realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione», aveva introdotto la figura del promotore rinviando, comunque, all'istituto della concessione di costruzione e gestione per la disciplina dei contenuti sostanziali del rapporto pubblico-privato in un'operazione di project financing. In altri termini, il procedimento aveva comunque, come risultato ultimo, l'individuazione di un soggetto concessionario e la sottoscrizione di un contratto di costruzione e gestione. Per coerenza con questa impostazione, peraltro avvalorata anche in un recentissimo documento del Fondo monetario internazionale (si veda «Edilizia e Territorio» 12/2006), nel nostro ordinamento si può, a ragione, distinguere una concessione di lavori pubblici a iniziativa pubblica, fino a oggi disciplinata dall'articolo 19, comma 2, della Merloni, e una concessione di lavori pubblici a iniziativa privata, regolata finora dagli articoli 37-bis e seguenti della stessa legge quadro ormai abrogata. Da qui la scelta di trattare, anche nell'analisi delle novità del Codice, congiuntamente l'istituto della concessione e quello del promotore.

Natura e qualificazione giuridica

Per quanto riguarda le concessioni, le norme relative ai singoli istituti vanno, infat-

ti, rintracciate sia nella parte introduttiva del testo, relativamente alle definizioni che nel titolo III, capo II e III, per quanto riguarda la disciplina di dettaglio e procedurale.

Quanto alla natura giuridica e alla qualificazione della concessione, indipendentemente dal fatto che si tratti di lavori ovvero di servizi, l'articolo 3, al numero 3 del comma 1, stabilisce che i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori sono i «contratti» o, meglio i «contratti pubblici» che questo intende disciplinare. Il Codice, dunque, ribadisce, qualora ce ne fosse ancora la necessità e il bisogno, anche alla luce delle elaborazioni maturate sul tema in sede comunitaria, che la concessione ha natura contrattuale.

Non poteva, peraltro, essere diversamente dal momento che in sede comunitaria si è sempre più rafforzato, e a ragione, tale orientamento. Vale la pena ricordare in questa sede alcuni passi salienti e significativi di tale evoluzione. Muovendosi nell'ottica di assicurare la tutela della concorrenza an-

Nella procedura di project financing resta confermato il diritto di prelazione al promotore. Appare anche possibile applicare il nuovo istituto del dialogo competitivo.



I CONTRATTI ESCLUSI

La disciplina delle concessioni non trova applicazione nel caso di contratti segreti o che coinvolgono particolari misure di sicurezza (articolo 17), contratti aggiudicati in base a norme internazionali (articolo 18), contratti concernenti la messa a disposizione o gestione di rete pubbliche di telecomunicazioni (articolo 22), contratti di sponsorizzazione (articolo 26) e, infine, contratti nei settori speciali (articolo 31 - gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali e sfruttamento di area geografica). In quest'ultimo caso si applica, comunque, l'articolo 27 del Codice.

che nel settore delle concessioni, infatti, il legislatore comunitario ha, in un primo momento, escluso l'applicazione delle regole comunitarie ai contratti, qualificati come «concessioni», nei quali la controprestazione a favore dell'appaltante era rappresentata dal diritto di gestire l'opera eventualmente accompagnato da un prezzo (direttiva 71/305/Cee del 26 luglio 1971); successivamente, nella seconda direttiva lavori, lo stesso legislatore comunitario precisava meglio la nozione di contratto d'appalto, includendo come possibile oggetto di tale contratto anche l'esecuzione con qualsiasi mezzo di un'opera rispondente a bisogni specificati dall'amministrazione aggiudicatrice e imponendo il rispetto delle regole di pubblicità nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni di costruzione e gestione di opera pubblica (direttiva 89/440/Cee del 18 luglio 1989). Da quel momento in poi, il dibattito in sede comunitaria sulla natura e sugli elementi qualificanti una concessione si è progressivamente amplificato sino ad arrivare alla terza direttiva lavori (direttiva 93/37/Cee del 14 giugno 1993) che definisce la concessione di lavori pubblici come il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, a eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera ovvero in tale diritto accompagnato da un prezzo. L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/Ce riprende la definizione fornita dal legislatore del 1993 e conseguentemente anche il nuovo Codice conferma tale impostazione. Oggetto di tale contratto, dunque, seguendo una ricostruzione letterale delle norme, può essere l'esecuzione ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità fermo restando che il meccanismo di remunerazione di tale contratto deve essere correlato al diritto di cui gode il concessionario di sfruttare economicamente le opere realizzate ovvero, qualora ne sussistano i presupposti, a questo diritto accompagnato da un prezzo.

La circostanza di includere nell'ambito oggettivo di applicazione anche esclusivamente l'attività di esecuzione dell'opera pubblica o di pubblica utilità, attribuendo l'intera fase della progettazione alla pubblica amministrazione, si pone in linea con quanto contenuto nella direttiva 2004/18/Ce. Resta, infine, confermata la scelta di definire correttamente il contratto di concessione, e tenerlo quindi distinto da quello di appalto, sulla base dei due elementi qualificanti ormai noti: il meccanismo di remunerazione delle prestazioni contrattuali e l'allocatione del rischio economico connesso alla gestione delle opere realizzate.

La disciplina della concessione di lavori

La disciplina giuridica delle concessioni di lavori dettata dal Codice è molto più articolata e dettagliata di quella contenuta nella legge Merloni. Fatta eccezione per le concessioni relative alle infrastrutture cosiddette strategiche, regolate sulla base di quanto disposto dagli articoli 161 e ss. del Codice, le norme che disciplinano la concessione di lavori sono, infatti, contenute agli articoli da 142 a 151 del testo (■ vedi box a lato).

Passando all'esame puntuale della disciplina applicabile, l'articolo 143 definisce quali sono, di regola, le caratteristiche principali della concessione di lavori pubblici. La novità di rilievo rispetto al quadro normativo precedente è rappresentata dal fatto che oggetto della concessione può essere anche solo l'attività di esecuzione dell'opera pubblica. Viene, comunque, chiarito in modo esplicito che il concessionario può dedicarsi anche solo al completamento ovvero alla revisione della progettazione, definitiva e/o esecutiva, in possesso dell'amministrazione.

Anche per quanto riguarda la controprestazione, la norma afferma come regola il fatto che essa debba consistere unicamente nel «diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati» (comma 3). L'eccezione, di cui al successivo comma 4, è data dal fatto che il soggetto concedente può stabilire in sede di gara un prezzo da corrispondere al concessionario in caso questi sia obbligato a praticare nei confronti degli utenti finali «prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa». Viene, dunque, rein-



trodotta, rispetto a quanto contenuto nella legge Merloni, come modificata da ultimo nel 2002, la condizione relativa all'imposizione nella gestione dei cosiddetti «prezzi non di mercato». Altra caratteristica è la previsione secondo cui – nella determinazione del prezzo – si deve tener conto della eventuale prestazione di beni e servizi da parte del concessionario al soggetto concedente. Relativamente alla possibilità da parte del soggetto concedente di effettuare un pagamento al soggetto concessionario nella forma di *datio in solutum* vengono, in buona sostanza, riprodotte le previsioni della legge Merloni a riguardo, con l'aggiunta, peraltro, di una norma di coordinamento con la disciplina relativa alle procedure di dismissione del patrimonio immobiliare pubblico. Per quanto riguarda, poi, i contenuti del contratto di concessione, relativamente al piano economico-finanziario di copertura degli investimenti, viene riprodotto l'ultimo periodo dell'articolo 19, comma 2-bis, della legge Merloni coordinato con l'articolo 87, comma 2, del regolamento di cui al Dpr 554/1999.

Passando al tema della durata la concessione, viene nuovamente indicato un termine generale di trenta anni (comma 6), cui si può, peraltro, derogare, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario del concessionario, in caso di investimenti particolarmente rilevanti dal punto di vista economico, avendo riguardo al rendimento della concessione, alla percentuale del prezzo e ai rischi connessi alle modificazioni di mercato (comma 8).

La norma prosegue fornendo prescrizioni in direzione di una stretta coerenza tra piano economico-finanziario e clausole contrattuali della concessione, anche in relazione a interventi diretti a una revisione della stessa. Va osservato come il Codice prosegue l'opera di contrattualizzazione dell'istituto della concessione attribuendo al contratto stesso e non più alla legge il compito di stabilire gli elementi maggiormente significativi di una concessione.

Per quanto riguarda, poi, la partecipazione del concessionario alla conferenza di servizi, pur senza diritto di voto, viene sostanzialmente riprodotta la disciplina previgente. Non è più prevista, a tale riguardo e in maniera esplicita, la partecipazione alla conferenza della società di progetto in

quanto oramai assorbita nell'articolo 14-*quinquies* della legge 241/1990 nel testo modificato dalla legge 15/2005.

La scelta del concessionario e gli affidamenti

Sul fronte delle procedure richieste per l'aggiudicazione di una concessione di lavori pubblici, il nuovo Codice ha optato per una sostanziale liberalizzazione stabilendo che essa può avvenire, utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tramite procedura aperta, in cui ogni operatore economico è ammesso a presentare offerta, ovvero mediante procedura ristretta, in cui possono presentare offerta esclusivamente gli operatori economici invitati dal soggetto concedente. Va segnalata, comunque, la previsione dell'articolo 55, comma 2, del Codice secondo cui la procedura ristretta dovrebbe essere, in ogni caso, seguita in via preferenziale quando il contratto ha per oggetto oltre che l'esecuzione, anche la progettazione, o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Su questo tema, va, peraltro, osservato come il richiamo a tale articolo e all'articolo 54, comma 3 del Codice legittimerebbe, sebbene in via eccezionale e in presenza di circostanze specifiche, l'utilizzo della procedura del dialogo competitivo, che la direttiva europea riservava alla sola ipotesi di «appalti di particolare complessità», per l'aggiudicazione di una concessione di lavori pubblici. In proposito, occorre ricordare che già la relazione illustrativa alla norma sul dialogo competitivo prevedeva la necessità di un raccordo con la disciplina relativa alla finanza di progetto volta a consentire il ricorso a tale procedura nel caso in cui nessuna delle proposte presentate rispondesse all'interesse pubblico. La pubblicazione del bando di gara contenente gli elementi e le informazioni richieste deve avvenire secondo il formato dei modelli e formulari adottato dalla Commissione Ue con il regolamento (Ce) n. 1564/2005 del 7 settembre 2005. Anche in questo caso, a livello generale, deve essere garantito il rispetto della disciplina in tema di pubblicità. Viene di conseguenza abrogato l'articolo 20 della legge 109/1994 e l'articolo 84 del Dpr 554/1999. L'articolo 145 del Codice disciplina, poi, i termini per la presentazione delle candidature e delle offerte attraverso un richiamo a quanto contenuto nell'articolo 70 del Codice



stesso. Sul fronte degli obblighi e delle facoltà del concessionario in relazione all'affidamento a terzi di una parte dei lavori e per quanto attiene, infine, all'affidamento al concessionario di lavori complementari, le relative norme del Codice sono sostanzialmente riprodottrici delle analoghe previsioni della direttiva 2004/18/Ce. Non sono considerati soggetti terzi le imprese raggruppate, consorziate o collegate e i soci della società di progetto.

Sul tema degli affidamenti effettuati dal concessionario dei lavori, il Codice distingue a seconda che tali affidamenti vengano effettuati da concessionari qualificabili o meno come amministrazioni aggiudicatrici. Nel primo caso, viene richiesto il rispetto delle disposizioni ivi contenute in relazione ai lavori che sono eseguiti da soggetti terzi, mentre nell'altro caso trovano applicazione le regole richiamate dall'articolo 142, comma 4, del Codice.

Il promotore

Relativamente alla concessione di lavori pubblici a iniziativa privata, regolata precedentemente dagli articoli 37-*bis* e seguenti della legge Merloni, il nuovo Codice non introduce novità di rilievo fatta eccezione per tutti gli adeguamenti resi necessari dal recepimento delle direttive europee del 2004.

Le norme sul tema sono contenute nel capo III agli articoli da 152 a 160.

Di interesse sul tema, si segnala, in primo luogo, la conferma del diritto di prelazione a favore del promotore che decida di adeguare la propria proposta a quella giudicata più conveniente dall'amministrazione. Si ricorda che tale scelta era già stata oggetto di specifica censura da parte delle istituzioni comunitarie. Alla procedura di infrazione l'Italia aveva risposto modificando la norma con la legge 62/2005 e imponendo la pubblicità fin dal bando del diritto di prelazione. Un adempimento reso operativo per le procedure già avviate con un decreto del ministro delle Infrastrutture e dei trasporti dello scorso anno, le cui disposizioni sono state traslate all'interno del Codice stesso. In secondo luogo, pur non menzionando l'istituto dell'appalto concorso ormai eliminato, viene mantenuto l'obbligo a carico del promotore risultato aggiudicatario di versare ai soggetti che hanno partecipato alla procedura il rimborso delle spese sostenute e documentate nei limiti del 2,5% del valore dell'investimen-

to nel caso in cui la gara sia esperita mediante appalto avente a oggetto sia l'esecuzione dei lavori che la presentazione del progetto in sede di offerta. Vengono, infine, ricollegate con le disposizioni del codice civile come risultano alla luce del nuovo diritto societario, le previsioni in merito all'emissione di obbligazioni da parte della società di progetto.

Ma il tema di maggior interesse in proposito, analogamente a quanto avviene per l'aggiudicazione di una concessione di lavori a iniziativa pubblica, sembra essere quello relativo alla possibilità di avvalersi della procedura del dialogo competitivo anche per l'aggiudicazione di una concessione di lavori a iniziativa privata, con il procedimento del promotore.

Le argomentazioni a sostegno di questa tesi traggono spunto da un'attenta lettura del testo normativo approvato. La disposizione di cui all'articolo 152, quanto alla disciplina comune applicabile, ritiene, infatti, operative, in proposito, in quanto non incompatibili con le previsioni del capo in oggetto, le norme di cui al titolo I, ovvero del titolo II, della parte II. La soluzione, inoltre, non appare porsi in contrasto con il quadro di riferimento comunitario dal momento che un recente documento interpretativo della Commissione Ue del novembre scorso inserisce a pieno titolo la procedura del dialogo competitivo tra quelle utilizzabili in un'operazione di partenariato pubblico-privato (Ppp).

**Tommaso Paparo
Gabriele Pasquini**