

Come nei settori speciali non scatta l'articolo 37-bis della 109

Pf, anche la concessione di servizi è fuori dal modello della Merloni

di Massimo Ricchi^(*)

Continua il dibattito sulla normativa da applicare alle iniziative di finanza di progetto che vadano oltre la semplice realizzazione di un'opera pubblica, in senso tradizionale a cura di amministrazioni «tradizionali». Dopo gli interventi di Mangani e Titomanlio sull'applicazione della Merloni nei settori speciali, è la volta di un esperto dell'Unità tecnica finanza di progetto che analizza invece un'altra tipologia: la concessione di servizi dove l'aspetto lavori svolge un ruolo secondario. Ebbene anche in questo caso l'applicazione della Merloni non è obbligatoria.

Il dibattito in corso nelle pagine di questa rivista (si veda «Edilizia e Territorio» n. 48/2003 e 3/2004) a firma di Roberto Mangani e Federico Titomanlio, tra i vari meriti ha quello di evidenziare la necessità di una continua indagine giuridica sul tema della finanza di progetto per rispondere a una forte domanda esistente tra i vari operatori del mercato (Pa, concessionari, banche ecc.), che si trovano a fare i conti con una disciplina parziale a maglie larghe e multilivello (comunitaria, nazionale, regionale e di settore).

I dati gratuitamente consultabili sul sito www.infopieffe.it dell'Osservatorio sulla finanza di progetto sono fin troppo eloquenti nell'evidenziare un'impressionante crescita nell'utilizzazione della finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche. La prassi corre veloce, non solo nei campi dove ci sono certezze nell'applicazione dei percorsi indicati dalla legge 109/1994, ma anche in quei settori (tra cui quelli esclusi) dove c'è una incertezza su quale sia il diritto applicabile.

In questa sede ritengo sia utile, prendendo spunto dalle riflessioni che mi hanno preceduto, indicare quali siano, a mio avviso, i principi per dare coerenza al sistema quando si voglia utilizzare il Pf al di fuori del campo di applicazione della legge Merloni. La risposta ha un forte risvolto pratico: evitare ricorsi giurisdizionali o rilievi del giudice contabile.

Premetto un glossario minimo: quando un soggetto concedente vuole fare ricorso alla finanza di progetto la legge 109/1994 mette a disposizione due procedimenti amministrativi: il primo «ad iniziativa pubblica» previsto nell'articolo 20, comma 2, il secondo «ad iniziativa privata» previsto negli articoli 37-bis e seguenti. La finalità di questi due procedimenti è quella di individuare l'affidatario di un contratto di concessione di costruzione e gestione, disciplinato dall'articolo 19, comma 2, della 109/1994.

Il tema dell'assoggettamento obbligatorio delle amministrazioni aggiudicatrici ai procedimenti previsti

dalla Merloni per realizzare opere pubbliche o di pubblico interesse nei settori speciali e al contratto di concessione ivi delineato per far uso della finanza di progetto, si dovrebbe risolvere in senso negativo. Infatti, la *vis attractiva* della specialità dei settori speciali, tradizionalmente dotati di procedimenti di aggiudicazione meno vincolanti, è prevalente e, quindi, qualifica la Pa come soggetto sottoposto al Dlgs 158/1995 (articolo 2, comma 2 lettera b della 109), esonerandola dall'applicazione obbligatoria della Merloni. Come evidenzia Titomanlio, l'argomento definitorio è divenuto forte solo con la legge 166/2002, ma purtuttavia è il testo vigente oggi e si ritiene che la modifica sia intervenuta proprio per mettere a tacere un possibile equivoco interpretativo. Il possibile esonero per la Pa dall'applicazione del regolamento di attuazione dei lavori pubblici (il Dpr 554/1999) è la normale conseguenza del *favor* del legislatore per quei settori dove ci sono minori vincoli realizzativi.

Prima di porci la domanda di quale sia la legge applicabile dalla Pa, che voglia non solo realizzare un'opera nei settori esclusi ma realizzarla in finanza di progetto, è utile analizzare un altro ambito d'intervento che presenta notevoli analogie e che investe situazioni ricorrenti nella prassi: la realizzazione di opere mediante la concessione di servizi.

Le situazioni menzionate riguardano la realizzazione di opere da parte della Pa in finanza di progetto mediante contratti misti in cui sia prevalente la componente servizi e gli esempi sono numerosi: discariche per lo smaltimento rifiuti e tutti i casi in cui si parla di *revamping* (es. ristrutturazioni con adeguamento agli standard di sicurezza nei più svariati campi: sanità, beni culturali, uffici pubblici, turismo ecc.) di un immobile (appartenente al demanio o di proprietà degli enti territoriali ecc.) e di una sua eventuale modifica funzionale (es. uffici pubblici da trasformare in centri polifunzionali per la collettività), con la finalità di consegnare a un concessionario privato la sua gestione globale per un certo numero di anni.

La concessione di servizi è un contratto misto di lavori, per la realizzazione di un *opus*, e servizi, per la gestione dell'opera stessa e per l'erogazione di eventuali servizi alla collettività. Nella concessione di servizi, così delineata, l'elemento gestionale (sia esso manutentivo dell'opera o dei servizi erogati mediante l'opera) è compresente con l'elemento di ristrutturazione funzionale dell'immobile.

È importante domandarci se alla concessione di servizi sia applicabile obbligatoriamente la legge 109/1994, per identificare i procedimenti di aggiudicazione e la disciplina del contratto di concessione, cuore del sistema realizzativo in finanza di progetto. Nel nostro ordinamento nazionale la concessione di servizi non è disciplinata (salvo l'eccezione che dirò), tuttavia giova percorrere l'itinerario giuridico per

la ricostruzione dell'istituto e l'identificazione delle norme a esso applicabili. La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (Comunicazione) rileva che la concessione di servizi è un contratto misto e che il 16° considerando della direttiva servizi (92/50/Cee) indica che «gli appalti pubblici di servizi... possono in certi casi includere i lavori; che tali lavori non possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui sono accessori e non costituiscono l'oggetto dell'appalto». La Comunicazione, prendendo le mosse da questa ripartizione tra appalti di lavori e appalti di servizi e ritenendo traslabile il criterio di demarcazione nel campo delle concessioni, precisa: «se il contratto riguarda principalmente la costruzione di un'opera per conto del concedente, si tratta, secondo la Commissione, di una concessione di lavori. In tal caso, purché la soglia di applicazione della direttiva sia raggiunta (cinque milioni di euro), va applicato il regime previsto dalla direttiva lavori, anche se esistono aspetti legati ai servizi». E ancora: «Al contrario, un contratto di concessione che contempli la realizzazione di lavori solo a titolo accessorio o riguardi unicamente la gestione di un'opera esistente, va trattato come una concessione di servizi».

Il criterio della prevalenza dell'oggetto, focalizzando la scelta in base all'oggetto principale del contratto, permette di stabilire quale sia la disciplina applicabile. La normativa nazionale risolve il criterio della prevalenza dell'oggetto in quello della prevalenza economica. Infatti, la 109 nell'articolo 1, comma 1, precisa che «nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendano lavori accessori, si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento». Lo stesso concetto specularmente è contenuto nel decreto servi-

zi (Dlgs 157/1995) all'articolo 3, comma 3, dove «nei contratti misti di lavori e servizi e nei contratti di servizi quando comprendono lavori accessori, si applicano le norme della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50%».

Il risultato raggiunto in questa breve indagine è che la concessione di servizi, qualificabile anche come contratto misto in cui sia prevalente la componente servizi o, comunque, dove i lavori siano ancillari rispetto alla gestione, è fuori campo di applicazione della Merloni, come lo sono, anche se per altro itinerario delineato da Mangani nell'articolo menzionato, la realizzazione di opere pubbliche da parte della Pa in finanza di progetto nei settori speciali.

La domanda da porsi è quale sia la legge da applicare per il procedimento di aggiudicazione della concessione di servizi e per disciplinare il contratto di servizi quando si voglia coinvolgere il capitale privato e, dunque, in finanza di progetto?

Perché si possa parlare di finanza di progetto (e di coinvolgimento di risorse private) il contratto di concessione di servizi, con le caratteristiche miste di lavori e servizi supposte in questa analisi, deve avere dei contenuti minimi:

a) la Comunicazione in ragione dell'importanza economica assunta dal fenomeno della concessione di servizi, ne ha dato una definizione ritenendo che «si ha concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio (sua istituzione e gestione) rifacendosi sull'utente». Vengono escluse tutte le situazioni in cui il rischio gestionale sia annullato, ad esempio attraverso la corresponsione a piè di lista dei costi di gestione dal concedente al concessionario;

b) il bene gestito e attraverso cui viene erogato il servizio alla collettività deve rientrare in possesso dell'amministrazione al termine della concessione.

Inoltre, sempre in relazione al contratto di concessione di servizi, la normativa nazionale in una «criptonorma» l'ha nominato espressamente. Infatti, l'articolo 8, comma 8 della legge n. 415 del 1998, ha assoggettato esplicitamente le concessioni di servizi pubblici «ove compatibili, (al)le disposizioni di cui all'art. 19, comma 2-bis della legge n. 109».

Per cui, la legge 109/1994 troverà applicazione obbligatoria con riguardo al contratto di concessione di servizi per la disciplina della durata della concessione, per le modifiche ai presupposti di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario della gestione e per i meccanismi del suo riequilibrio. In proposito, si rileva come nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi), in attesa di pubblicazione sulla Gazzetta europea, venga finalmente inserita all'articolo 1, comma 4, una definizione di «concessione di servizi». In particolare, essa viene indicata come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

La ricostruzione del contratto di concessione di servizi attraverso i suoi contenuti minimi, rispettosi delle indicazioni della Commissione, e obbligatori, imposti dalla disciplina nazionale, deve essere condotta dalla stazione concedente con un certosino lavoro di ingegneria giuridica in modo da essere adattato al suo caso specifico. È evidente che l'amministrazione concedente abbia la possibilità di richiamare nella redazione del contratto di concessione di servizi anche le altre disposizioni della Merloni riferite alla concessione di lavori, in particolare i commi 2 e 2-ter dell'articolo 19, con la differenza che questi contenuti sarebbero autodeterminati e non imposti dalla legge.

Una volta stabilito il contenuto della concessione di servizi, che permette di realizzare in finanza di progetto opere e un servizio, qualificabile come contratto misto, è necessario identificare il procedimento applicabile per l'individuazione del contraente concessionario.

Le osservazioni di Mangani fatte nell'articolo menzionato con riferimento alle opere da realizzare nei settori speciali sono estremamente pertinenti. Infatti, anche in questa circostanza si può parlare di procedimenti di aggiudicazione «sartoriali», costruiti *ad hoc* dalle amministrazioni che si autovincolano mediante la pubblicazione di un bando e la predisposizione di un contratto di concessione.

La Comunicazione interpretativa della Commissione su questo tema sottolinea come, nonostante la concessione di servizi non sia stata esplicitamente disciplinata dalla direttiva servizi, per il suo affidamento devono essere, comunque, rispettati i principi del trattato Ce (articoli da 28 a 30 e da 43 a 55 del trattato) o sanciti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, quali la trasparenza (vedi Corte europea di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH e Telekom Austria AG; Consiglio di Stato, sezione IV, 17 gennaio 2002, n. 253), la proporzionalità, la parità di trattamento e il mutuo riconoscimento. In sintesi, l'amministrazione concedente italiana potrà applicare, per l'individuazione del concessionario, anche i procedimenti contemplati nella disciplina degli appalti senza esserne, però, vincolata *ab initio*, ma solo quando fisserà le regole procedurali nel bando di gara. Il bando di gara, riferendosi alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti servizi e lavori, richiamerà forme competitive di aggiudicazione tra i diversi aspiranti concessionari, forme adeguate di pubblicità delle gare e di trasparenza e non discriminazione dell'azio-

ne amministrativa, coerenti con le indicazioni della Comunicazione. Qualora ci sia la volontà di utilizzare il procedimento ex 37-bis e seguenti della Merloni questo potrà essere fatto, così come nel caso si volesse utilizzare il procedimento della licitazione privata delineato nei decreti 157/1995 o 158/1995, ma sempre attraverso un'autoimposizione da inserire in bando.

Come esempio di bando «sartoriale» si può citare quello per l'attribuzione della concessione della gestione della rete autostradale A24 e A25. La concessione prevede anche l'obbligo di costruzione di una bretella autostradale di circa sei km, per un valore stimato di 72 meuro.

Un'avvertenza con riguardo al procedimento di cui agli articoli 37-bis e seguenti, nel caso lo si volesse utilizzare come procedimento eteronomo di aggiudicazione per la concessione di servizi. Infatti, la Commissione, attivando una procedura di infrazione, ha puntato l'indice contro il diritto di prelazione che, così com'è formulato, violerebbe i principi del trattato. Si ritiene, pertanto, che il diritto di prelazione non debba essere inserito nel modello procedimentale di aggiudicazione della concessione di servizi sino a quando diverrà legge l'emananda modifica normativa, che dovrebbe chiudere il procedimento di infrazione, e ciò per evitare possibili ricorsi giurisdizionali.

Un'ultima considerazione, l'estensione della realizzazione di opere in finanza di progetto al di fuori dei campi tradizionalmente disciplinati dalla legge Merloni, come quello delle concessioni di servizi e la realizzazione di lavori nei settori speciali richiede alla Pa uno sforzo di acquisizione di competenza per la predisposizione del contratto e nella definizione del procedimento di aggiudicazione, ancora più spiccato di quanto non sia per l'applicazione obbligatoria degli strumenti canonici offerti dalla Merloni.

(*) *Componente esperto legale presso l'unità Tecnica finanza di progetto (Cipe)*