

Affidamenti “*in house*” dei concessionari “senza gara” e profili di compatibilità con la normativa comunitaria

1. L’OBBLIGO DI GARA PER I CONCESSIONARI DI LAVORI

a) Le regole in vigore con le direttive 1993/37/CEE e 2004/18/CE

Le concessioni di costruzione e gestione trovano disciplina specifica nell’ordinamento comunitario già a partire dalla direttiva 1993/37 CEE.

In particolare, le regole introdotte¹ chiariscono che l’affidamento della generalità delle concessioni di costruzione e gestione di lavori debba avvenire con procedure ad evidenza pubblica. E’ questo, infatti, l’assunto che legittima l’affidamento dei lavori “*a valle*” alle proprie controllate da parte dei concessionari di lavori pubblici. In caso contrario, **ne consegue che i lavori devono essere affidati al 100% a terzi.**

Su tale imprescindibile presupposto, infatti, le direttive appalti distinguono tra i concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici e concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici².

Relativamente ai primi, per gli appalti di lavori a terzi, si impone categoricamente il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica. Relativamente ai secondi si ammette l’affidamento alle imprese collegate, ma nel presupposto che il concessionario sia stato scelto con gara.

In altri termini, l’affidamento diretto alle controllate è consentito soltanto a condizione che il concessionario di costruzione e gestione sia stato scelto con gara; in tal caso, infatti, trova fondamento logico la tesi di considerare le imprese collegate come un unicum rispetto alla concessionaria, consentendo a quest’ultima gli affidamenti diretti.

b) La Procedura di infrazione contro l’Italia

Adducendo la non conformità ai precetti comunitari della normativa interna sugli affidamenti di lavori diretti da parte dei concessionari, la Commissione Europea, nel 2006 ha dato l’avvio al procedimento di costituzione in mora della Repubblica Italiana, ai sensi dell’art. 226 del Trattato CE (ora articolo 258 TFUE)³.

A seguito della riforma introdotta dalla C.d. Riforma Di Pietro, la Commissione UE, tuttavia, archiviava la procedura avviata nei confronti dell’Italia⁴, ritenendo che la normativa “*de qua*”, **avendo introdotto il divieto di lavori “*in house*” per le società concessionarie - e dunque, per converso, l’obbligo di affidare a terzi il 100% dei lavori di loro competenza - avesse definitivamente superato le obiezioni di compatibilità con la normativa comunitaria.**

L’Italia, infatti, con la cennata riforma⁵, aveva riconosciuto ai concessionari la natura di “*amministrazioni aggiudicatrici*”, **da cui conseguiva l’obbligo di esternalizzazione del 100% dei lavori afferenti alle concessioni, da effettuare** nel rispetto delle procedure di gara disciplinate dal Codice dei contratti pubblici all’epoca vigente.

¹ Cfr. Art. 11 dir 37/93/CEE e art. 62 Dir. n. 2004/18/CE.

² Cfr. Art. 11 dir 37/93/CEE e art. 58 Dir. n. 2004/18/CE

³ Come deciso nella riunione n. 1740 del 4 aprile 2006

⁴ Come deliberato nella riunione n. 1794 del 27 giugno 2007

⁵ Cfr Art. 2, comma 85, del D.L. n. 262/2006, convertito nella Legge n. 286/2006.

Tale situazione, tuttavia, è stata successivamente ribaltata.

In particolare, il D.L. 30 dicembre 2008, n. 207⁶ ha introdotto importanti modificazioni circa il regime giuridico al quale i concessionari (nel caso specifico i concessionari autostradali) devono attenersi nell'affidamento dei lavori oggetto di concessione.

Infatti, il comma 1-quinquies dell'art. 29, ha eliminato la previsione contenente l'equiparazione dei concessionari alle amministrazioni aggiudicatrici.

Inoltre, il comma 1-sexies dell'art. 29 ha riscritto il comma 25 dell'art. 253 del Codice "De Lise", precisando che i titolari di concessioni già assentite alla data del 30 giugno 2002, comprese quelle rinnovate o prorogate ai sensi della successiva legislazione, sono tenuti ad appaltare a terzi una percentuale minima pari al 40% dei lavori, agendo come amministrazioni aggiudicatrici esclusivamente per tale quota.

Tale percentuale, a partire dal 1° gennaio 2014, è stata elevata al 60%, così come disposto all'articolo 4 del .DI 22 06 2012, convertito con modificazioni dalla Legge 7 agosto 2012 n. 34.

In tale quadro, quindi, veniva nuovamente meno il presupposto, consistente nell'aver acquisito la concessione previa effettuazione di procedure ad evidenza pubblica, richiesto dalle direttive comunitarie per consentire gli affidamenti *in house* da parte delle concessionarie.

c) Le direttive appalti e concessioni del 2014 ed il Codice 50/2016

Anche la nuova direttiva UE in materia di concessioni (2014/23/UE) stabilisce, in conformità alle previgenti regole, che, laddove l'amministrazione intenda affidare una concessione a terzi, l'affidamento deve avvenire tramite gara.

A differenza dal passato, tuttavia, la nuova normativa trova applicazione, oltre che per le concessioni di lavori, anche alle concessioni di servizi.

In tale quadro, quindi, si conferma il principio secondo il quale solo laddove il concessionario sia stato scelto con gara, lo stesso potrà liberamente affidare a proprie controllate le prestazioni oggetto della concessione.

Per sanare, quindi, il vulnus concorrenziale costituito dagli affidamenti "in house" delle concessionarie "senza gara", il nuovo Codice dei Contratti pubblici (D.lgs. n. 50/2016) - che ha recepito le direttive UE in materia di appalti e concessioni del 2014⁷ - ha introdotto, all'articolo 177, l'obbligo, per i titolari di concessioni, affidate senza gara - ovvero non affidate con la formula della finanza di progetto - di affidare a terzi l'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture di loro competenza, di importo superiore a 150.000 euro, potendo eseguire *in house* il restante 20%.

Anche il rapporto 80/20, in realtà, non sarebbe in linea con quanto previsto dalle regole comunitarie poste a presidio della libera concorrenza, che, come detto, laddove la concessione sia stata assentita senza gara a monte, obbligherebbero ad esternalizzare a terzi con gara il 100% dei lavori oggetto della concessione.

Infatti, l'affidamento diretto alle controllate sarebbe consentito soltanto a condizione che il concessionario di costruzione e gestione sia stato scelto con gara; di conseguenza, l'affidamento diretto dei lavori alle collegate da parte dei concessionari autostradali, sia pure limitato al 20%, finisce per essere in contrasto con tutti i principi comunitari sulla concorrenza, con elusione di tutte le regole sull'evidenza pubblica.

Tuttavia, l'adeguamento degli atti convenzionali alla percentuale dell'80%, può rappresentare una misura di compromesso che, unitamente all'introduzione della clausola sociale, consente di avvicinarsi maggiormente alle prescrizioni comunitarie (che, come detto, imporrebbero il 100%), senza ledere i livelli occupazionali.

⁶ DL convertito, con modifiche, nella L. 27 febbraio 2009, n. 14

⁷ Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE

Ciò nonostante, per soli i concessionari autostradali, la Legge di Bilancio 2018 (art. 1, comma 568, legge n. 205 del 2017) ha ridotto da 80 a 60 tale percentuale, creando uno scostamento ancora maggiore rispetto a quanto disposto dai principi eurounitari.

Scostamento ancor più grave laddove si consideri che la maggior parte delle concessioni autostradali assentite non è stata affidata con gara. E molte concessioni sono state successivamente rinnovate o prorogate, sempre senza gara.

2. AFFIDAMENTI IN HOUSE E TUTELA DELLA CONCORRENZA

L'affidamento di lavori *in house* da parte di un concessionario che abbia visto assentirsi la concessione in via diretta, senza quindi l'espletamento di una gara, costituisce indubbiamente un comportamento anticoncorrenziale.

Come è stato più volte segnalato dall'AGCM⁸, infatti, laddove le concessioni di lavori pubblici sono state affidate a trattativa privata o assentite direttamente a mezzo di apposite leggi, il lavoro viene realizzato in assenza di qualsiasi procedura a evidenza pubblica, sia a monte sia a valle.

In queste circostanze, *“le imprese controllate si trovano effettivamente in una situazione di privilegio rispetto alle altre sul mercato e tale fenomeno assume particolare rilevanza in relazione all'elevato valore degli importi dei lavori eseguiti nel settore delle concessioni autostradali”*.

Inoltre, in virtù della necessità di dare piena attuazione al principio di massima concorrenza, il Consiglio di Stato (**Parere n. 001582/2018, del 20 giugno 2018**), ha evidenziato che l'articolo 177 c.c.p. deve essere considerato quale espressione normativa del perseguimento *“dell'interesse della realizzazione di un vero libero mercato concorrenziale, principio elevato a dignità costituzionale mediante la norma interposta del Trattato di Roma”*, e che *“proprio tale aggancio costituzionale consente, quindi, misure di regolazione del mercato altrimenti invadenti la libertà dell'imprenditore.”*

Tale visione è stata successivamente confermata dallo stesso Consiglio di Stato (**CdS, Parere n. 00692/2018, Adunanza di Sezione del 27 giugno 2018**) il quale ha ribadito che la ratio della norma risiede nella volontà del legislatore di restituire, a valle, parte della concorrenza “per il mercato” mancata a monte.

3. UN ESEMPIO DI TUTELA DELLA CONCORRENZA: IL CASO DELLE MINI-PROROGHE IN FRANCIA

In tale quadro, l'importanza, nel contesto comunitario, di garantire le esigenze di tutela della concorrenza nell'affidamento a terzi dei lavori afferenti le concessioni è senz'altro testimoniata dall'esperienza francese di mini proroga di alcune delle concessioni autostradali esistenti ([Vedi figura 1](#)).

Come infatti più volte stabilito dalle istituzioni comunitarie⁹ il rinnovo e la proroga di una concessione equivale, in genere all'affidamento diretto di un nuovo contratto non preceduto da procedure d'appalto, e ciò si pone in contrasto con la normativa UE in materia di appalti pubblici e concessioni.

Pertanto, in quanto, come visto, equiparabili ad un nuovo affidamento “senza gara”, le Mini-proroghe francesi, pur se afferenti a concessioni acquisite con gara, sono state autorizzate da Bruxelles unicamente a

⁸ Da ultimo, audizione del Cons. Enrico Quaranta Capo di Gabinetto dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sulle concessioni autostradali (2020).

⁹ Risposta della Commissione UE all'interrogazione parlamentare presentata dall'On.le Gargani sulla legittimità della proroga della concessione dell'autostrada del Brennero (Interrogazione n. 2576/2013)

condizione che venisse **garantito ad imprese terze l'accesso al mercato dei nuovi lavori derivanti dall'allungamento delle concessioni.**

Non solo, altro fattore qualificante dell'autorizzazione concessa alla Francia da parte dell'Unione Europea, risiede nell'accordo firmato tra la Federazione Nazionale delle imprese che realizzano Lavori Pubblici (FNTP) e l'Associazione delle Società Francesi concessionarie di Autostrade (ASFA) al fine di contemperare le esigenze delle concessionarie in scadenza con quelle di rispetto dei principi di concorrenza ed apertura dei mercati.

Ciò, in un contesto che, a differenza della situazione Italiana, è caratterizzato dalla messa in concorrenza "a monte", delle concessioni autostradali in Francia.

Fig 1

SINTESI DELLE PROROGHE DELLE CONCESSIONI AUTOSTRADALI IN FRANCIA AUTORIZZATE DALL'UNIONE EUROPEA			
Società concessionaria	Importo lavori ulteriori previsti (M€)	Fine concessione attuale	Durata della proroga autorizzata
ESCOTA	600-650	2027	4 anni e 2 mesi
SANEF	300-350	2029	2 anni
SAPN	250-300	2029	3 anni e 8 mesi
COFIROUTE	550-600	2031	2 anni e 6 mesi
APRR	400-450	2032	2 anni e 1 mese
AREA	300-350	2032	3 anni e 9 mesi
ASF	800-850	2033	2 anni e 4 mesi
TOTALE	3.200		2 anni e 11 mesi
Nota bene: Il contesto francese è caratterizzato, diversamente da quello italiano, dalla messa in concorrenza delle attuali concessioni, che è già avvenuta "a monte"			
<i>Fonte: Decisione Commissione Europea - C(2014) 7850 final del 28 ottobre 2014</i>			