

## Giurisprudenza

n. 7-2006 - © copyright

MICHELE PALLOTTINO

---

Di alcuni problemi in tema di concessioni, attribuzioni stato-regioni, autorità di vigilanza, opere a scomputo e tutela “ante causam”

---

### 1. Premesse.

L'Ing. Solustri e l'Avv. Orestano mi hanno chiesto di esaminare questi argomenti: le attribuzioni Stato-Regioni; l'Autorità di Vigilanza; il promotore e le c.d. opere a scomputo; e la tutela “ante causam”.

Argomenti da svolgere naturalmente in modo sintetico e solo per i problemi posti dal Codice.

Non mi è stato assegnato invece il tema delle concessioni; poiché nessun altro ne parlerà, ne farò oggetto subito di alcune brevi notazioni.

### 2. Le concessioni.

Non tratterò della concessione di lavori, peraltro compiutamente disciplinata dalla Dir. 04/18 e dal Codice, ma dirò di alcuni aspetti della concessione di servizi, della concessione di servizio pubblico e delle varie figure di concessionario.

Le due Direttive nn. 17 e 18 non hanno apportato in tema sostanziali modifiche rispetto alle precedenti Direttive. E così di conseguenza il Codice.

Uniche, ma significative novità per entrambi i corpi normativi, sono le definizioni di concessione di servizi e di concessione di servizio pubblico, la loro dichiarata esclusione dalla normativa (ma con il rispetto di alcune regole: art. 30 cod.), nonché la definizione, con i nuovi elementi indicatori, di “titolare di diritto speciale ed esclusivo”.

Sulla definizione di “concessione di servizi” non sorgono problemi, perché è conforme a quella delle due Direttive (art. 1, n. 4, Dir. 04/18; art. 1, n. 4, Dir. 04/17): si tratta dunque di un contratto simile all'appalto di servizi, con la controprestazione che è esclusivamente la gestione funzionale e lo sfruttamento economico del servizio (o anche un corrispettivo in denaro se vi sono prezzi al pubblico amministrati). Non convince in argomento la tesi di un autorevole commentatore (De Nictolis), secondo cui la concessione si distinguerebbe dall'appalto perché il servizio sarebbe prestato a favore della collettività e non dell'amministrazione. L'unico effettivo elemento differenziatore fra appalti e concessioni (di lavori e servizi) invece è il “rischio”, come più volte affermato dalla Commissione U.E. - Qualche problema pone invece la definizione di “concessione di servizio pubblico”, forse per un non completo coordinamento, almeno terminologico, fra le varie norme.

L'art. 30, co. 6, cod. effettivamente riprende la definizione della Dir. 04/18 (art. 3): “concessione da parte di una amministrazione aggiudicatrice di diritti speciali ed esclusivi di esercitare una attività di servizio pubblico”.

Ma questa definizione e la disciplina degli appalti del concessionario sono però inserite nell'art. 30 sulla concessione di servizi: e la concessione di servizio pubblico non è la concessione di servizi della normativa europea (è sufficiente confrontare nelle nuove Direttive le due definizioni).

L'impressione è che non si siano tenute in sufficiente conto le differenze rilevanti fra le due figure e fra i due tipi di concessionario.

Così, che i più importanti servizi pubblici in Italia sono la gestione delle attività dei settori speciali, con le regole dettate dalla Dir. 04/17 e dalle norme della parte III del Codice.

Così, che i "diritti speciali ed esclusivi" sono costituiti da un atto di natura autoritativa (si parla di "atto" e non di "contratto"), concernono attività riservate e incidono sulla capacità degli altri soggetti (v. art. 207, co. 2, cod.).

E così ancora, che i "titolari di diritti speciali ed esclusivi" (siano o meno gestori di un servizio pubblico) sono "soggetti aggiudicatori" nei settori speciali (art. 214) e anche eventualmente nei settori ordinari (art. 32, co. 1, lett. b/); sicché non si comprende la regola dettata nel co. 6 dell'art. 30 circa gli appalti di fornitura.

Nulla di specifico stabilisce invece il Codice per gli appalti del concessionario di servizi pubblici nei settori ordinari (oltre al caso dell'art. 214), salvo a non ritenere tale soggetto un concessionario di servizi (ma si tratta di un errore, come detto); ovvero, salvo a non ritenere, più correttamente e come comunque dovrebbe essere, che il concessionario non sia soggetto alla normativa sulle procedure perché "impresa", in quanto scelto su gara: ma questo varrebbe allora anche per il concessionario di servizi.

Il tutto poi con importanti ricadute in termini di tutela e di giurisdizione.

E in argomento non è di aiuto (ma anzi complica maggiormente il quadro) l'art. 2, co. 3, del cod., che appare una norma dagli effetti dirompenti: secondo tale disposizione le "procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici", "per quanto non espressamente previsto nel presente codice", devono rispettare la l. 241/90.

A parte l'indefinizione di "attività amministrative in materia di contratti" diverse dalle procedure di affidamenti e di "contratto pubblico", l'applicazione della l. 241 agli affidamenti non ricompresi nel codice dovrebbe comportare l'attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione del Giudice amministrativo (art. 6 l. 205/00 e art. 244 cod.). Salvo a non dare una interpretazione ristretta all'"attività amministrativa", intesa come attività svolta da una amministrazione, e al "pubblico" del contratto, inteso come contratto con una amministrazione.

### 3. Le attribuzioni Stato-Regioni.

Si tratta del tema più delicato, che presumibilmente sarà oggetto di notevoli controversie davanti alla Corte costituzionale. Ma la responsabilità di ciò non è del Codice, ma dell'infelice qualificazione e ripartizione delle singole materie nell'art. 117 Cost., che la legge costituzionale della passata legislatura, non confermata con il recente "referendum", non aveva minimamente provveduto a correggere.

A me pare perciò che il parere del Consiglio di Stato (n. 355/06) e il Codice (art. 4) correttamente e opportunamente abbiano individuato le singole parti della materia, incasellandole poi in uno dei tre regimi dell'art. 117 Cost.-

Se così non si fosse operato, la ricostruzione del sistema sarebbe stata opera della Corte costituzionale, nel contesto di un vasto contenzioso, così evitato, e sulla base della propria giurisprudenza, peraltro rispettata dal Codice.

L'art. 4 cod. può essere esaminato ripartendolo in cinque parti: norme generali (co. 1 e prima parte del co. 2); competenze esclusive statali per i settori relativi alla "concorrenza", "vigilanza", "ordinamento civile" (l'esecuzione del contratto) e "contenzioso" (art. 3); competenze concorrenti (seconda parte del co. 2); Regioni e Province a regime speciale (co. 5); e clausola di cedevolezza (co. 4). Vi è poi il problema dei regolamenti statali dell'art. 5.

Sull'argomento posso rinviare senz'altro sia al parere del Consiglio di Stato, sia al Convegno IGI dell'11 aprile scorso.

Comunque nel trattare del tema non può non tenersi conto della giurisprudenza della Corte costituzionale sul Titolo V Cost. e sugli artt. 117 e 118 in particolare.

Così, la sentenza 303/03 sulla flessibilità della distribuzione delle materie e delle competenze, con il principio sovraordinato dell'unità della Repubblica (art. 5 Cost.), e con la regola, anch'essa sovraordinata, e ricavabile dalla sussidiarietà dell'art. 118 Cost., dell'attribuzione allo Stato di tutte le funzioni che esigono un esercizio unitario; sulle intese Stato-Regioni in applicazione del principio di leale cooperazione; sulle norme di principio e di dettaglio e sulle clausole di cedevolezza; sulla trasversalità di alcune materie.

Così, la sentenza 233/04 sulla attribuzione legislativa statale in materia di opere pubbliche per esigenze di carattere unitario.

Così ancora, le sentenze 482/95 (sull'Autorità di vigilanza relativamente ai lavori pubblici di interesse regionale), 272/04 (sugli affidamenti di servizi) e 429/04, 232/05 e 336/05 (sulla "concorrenza" e sui contratti e "ordinamento civile").

L'art. 5, co. 1 e 2, cod. disciplina il potere regolamentare dello Stato e delle Regioni, in conformità con quanto stabilito nell'art. 117 Cost., secondo cui il potere regolamentare dello Stato può concernere soltanto le materie di propria competenza esclusiva.

Per cui è previsto giustamente che nelle materie di competenza esclusiva dello Stato il regolamento statale non si applichi ai lavori regionali.

Piuttosto non pare del tutto conforme ai principi costituzionali, nel co. 3, che sia il regolamento statale ad individuare le materie di competenza statale esclusiva la cui disciplina vada poi applicata alle Regioni e alle Province autonome.

Da ultimo, nel necessario riesame della legislazione regionale vigente vanno naturalmente salvaguardate quelle leggi che hanno già recepito le due nuove Direttive (Sardegna e Friuli Venezia Giulia, per prime).

#### 4. L'Autorità di Vigilanza.

Il Codice (artt. 6 e 8), oltre ad ampliare le funzioni dell'Autorità ai servizi e alle forniture, non introduce significative ulteriori novità rispetto al regime previgente, anche perché la legge delega non conteneva aperture particolari.

Così, è confermato che l'Autorità non è organo di regolazione del mercato, ma solo amministrazione di vigilanza e controllo (sentenza 482/95 della Corte cost.), che svolge funzioni amministrative e non giurisdizionali (Cons. St. V 6760/03 e VI 6335/03) e che è dotata di indipendenza funzionale e di autonomia organizzativa.

Vi sono tuttavia alcune novità, da sottolineare.

La prima è l'autofinanziamento, previsto dall'art. 1, co. 65, l. 266/05 (finanziaria 2006), sul quale rinvio alle osservazioni, che condivido, espresse da Fabio Lorenzoni in questa sala alcuni giorni fa.

La seconda concerne i poteri esercitabili nei confronti degli organismi di attestazione: qui il Codice recepisce l'insegnamento giurisprudenziale (v. Cons. St. VI 991/04).

La terza novità riguarda le modalità di esercizio dei poteri di accertamento e indagine, ai fini della eventuale applicazione di sanzioni, con la facoltà di avvalimento della Guardia di Finanza.

L'ultima, sulla quale si è espresso anche il parere del Consiglio di Stato, riguarda il potere dell'Autorità di emettere pareri sulle procedure di affidamento o sulla interpretazione delle norme (art. 69); si tratta tuttavia di pareri non vincolanti, sui quali peraltro il soggetto procedente deve comunque motivare, se vuole discostarsi, in applicazione della l. 241/90.

L'originaria (timida) proposta dalla Commissione De Lise, di attribuire alla Autorità funzioni precontenziose in materia di procedure di affidamento (ma, aggiungo io, anche in materia di contenzioso contrattuale, sostituendo i vari soggetti dell'accordo bonario) e poteri sanzionatori e cautelari, non va abbandonata, anche se la sede corretta sembra quella della legge (però, se quella proposta fosse stata accolta, si sarebbe trattato della attuazione del principio comunitario della "conciliazione", implicito nella legge delega).

In tema segnalo che è stato ripresentato alla Camera un p.d.l. su alcune modifiche della l. 109/94 (oggi

perciò del Codice), una delle quali (l'art. 3) concerne l'Autorità e la Camera arbitrale.

Si tratta di una norma in espressa attuazione del Trattato e delle Direttive "ricorsi", che si propone di rivitalizzare la Camera arbitrale, prevedendone la trasformazione in "Camera di conciliazione per gli appalti pubblici", mantenendone comunque i compiti attribuiti dalla normativa vigente.

La Camera di conciliazione, d'ufficio o su istanza di chi abbia interesse, adotterebbe, in contraddittorio con gli interessati, ogni soluzione appropriata per evitare o risolvere il contenzioso, anche relativamente alle procedure di affidamento dei lavori.

In caso di irregolarità, la Camera diffiderebbe i soggetti interessati e informerebbe l'Autorità di vigilanza per l'adozione di misure cautelari o di sanzioni.

I provvedimenti della Camera e dell'Autorità sarebbero impugnabili davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio in giurisdizione esclusiva.

A mio parere si tratta di una proposta interessante, da coltivare e portare avanti.

## 5. Il promotore e le opere di urbanizzazione a scomputo.

Con l'art. 32, co. 1, lett. g/, e con gli artt. 122, co. 8, e 253, co. 8, cod., si è opportunamente ridisciplinata (rispetto all'art. 5, co. 2, l. 109/94) l'ipotesi delle opere di urbanizzazione a scomputo dei contributi del permesso di costruire.

La normativa non presenta particolari problemi applicativi.

Così, in omaggio alla nota sentenza Corte Giust. U.E. 12.7.2001 (C-399/38) è confermata l'apertura alla concorrenza, con gare, della realizzazione delle opere urbanizzative.

Secondo l'indicazione della amministrazione che rilascia il permesso di costruire (e cioè il Comune), il titolare del permesso di costruire può essere chiamato ad avviare una formale procedura di gara, ovvero (e questa è la novità) ad assumere la funzione di promotore, presentando la progettazione preliminare e avviando una gara sulla base di questa; se previsto dal bando, il promotore ha la prelazione nei confronti dell'aggiudicatario, corrispondendo a questi il 3% del valore dell'appalto.

Tale regime, per le opere di urbanizzazione di importo inferiore alla soglia comunitaria, si applica solo alle opere secondarie (art. 122, co. 8), salvo che queste non siano già state affidate (art. 255, co. 8).

La normativa pone invece alcuni problemi interpretativi.

Il primo: si richiama il sistema delle convenzioni dei piani di lottizzazione (art. 28 l. 1150/42), ma non quello, più rilevante, degli altri strumenti urbanistici attuativi, e ciò a differenza di quanto faceva l'art. 5, co. 2, l. 109/94.

Il secondo: si richiama la convenzione di lottizzazione, ma si pone l'obbligo della gara non sul lottizzatore, bensì sul titolare del permesso di costruire, che in realtà realizza opere di urbanizzazione primaria del lotto, che sono opere private (art. 28, co. 7, l. 1150/42).

Ancora: si prevedono l'esenzione per le opere di urbanizzazione primaria "sotto soglia" e la "prelazione" del promotore, sulle quali però già pendevano procedure di infrazione delle normative comunitarie.

## 6. La tutela "ante causam".

L'art. 245 cod., co. 3-8, introduce opportunamente il sistema della tutela "ante causam" nel settore degli appalti pubblici, come richiamato (imposto) dalla Direttiva ricorsi 89/665 e delle decisioni della Corte Giust. U.E. C-214/00 del 2003 e ord. C-200-2003 del 29 aprile 2004.

Va ricordato come Dottrina attenta (Caranta, per primo), soprattutto dopo l'ordinanza del 2004, abbia ritenuto già introdotto da noi il sistema della tutela "ante causam".

La disciplina prevista nel Codice si ispira, con qualche differenza per la peculiarità del processo amministrativo, alla tutela "ante causam" del processo civile (artt. 619 ss. c.p.c.).

Le differenze più significative: la decisione non è reclamabile; e decade entro il termine della proposizione del ricorso.

Il Codice nulla dice del "fumus", mentre indica nella "situazione di eccezionale gravità ed urgenza" il presupposto della speciale misura. E' da ritenere tuttavia che nell'istanza al TAR debbano essere succintamente indicati i motivi di illegittimità del provvedimento impugnato.

Pare corretto che sia richiesta la previa notifica dell'istanza: deciderà poi il Giudice se aprire il contraddittorio o meno. Comunque l'amministrazione resistente o i controinteressati potranno sempre chiedere la modifica o revoca del provvedimento giudiziale.

Coerentemente con il carattere eccezionale, transitorio e "ante causam", la misura non è prevista per la fase d'appello, nella quale restano i normali rimedi della misura cautelare anticipata sul dispositivo o normale sulla sentenza.

Per il resto, non c'è che da rinviare alla lettura della norme e all'ottimo commento di Stefano Tarullo su uno dei siti della giustizia amministrativa.

