

Non si può fare questione della legittimità di concessioni poste in essere in epoche anteriori alla direttiva 93/37/CEE nella parte in cui non assoggettano la scelta del concessionario alla procedura di evidenza pubblica, in quanto sia la citata direttiva 93/37/CEE, sia l'art. 20 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. riguardano, come d'altronde è ovvio, per quanto concerne il principio del rilascio di esse mediante gara, le nuove concessioni e non quelle già stipulate o prorogate in precedenza. Le concessioni de quibus, pertanto, mantengono tuttora inter partes il regime loro proprio e la loro attuazione, nella parte relativa all'affidamento diretto dei lavori, potrebbe essere contestata solo laddove le norme sopravvenute in materia (nazionali e comunitarie) avessero introdotto un diverso regime per le vecchie concessioni, ed in particolare l'obbligo della gara per tutti gli appalti di lavori (100%) previsti dalle concessioni, recependo il principio che ciò che non era stato fatto in sede di rilascio della concessione (l'affidamento con gara) debba essere fatto oggi in sede di aggiudicazione dei lavori. Senonchè nessuna delle disposizioni contenute nell'art. 3 della citata direttiva consente di affermare che tale principio o corollario sia stato introdotto. Un siffatto principio, peraltro, non appare desumibile nemmeno dalla sopra richiamata legge n. 109/1994 nelle sue continue trasformazioni e sino alla legge n. 166/2002. In particolare, la Merloni ter (legge n. 415/1998) ha fissato, per le nuove concessioni assentite con gara, il tetto del 60% dei lavori realizzabili attraverso imprese controllate ed ha esteso tali disposizioni alle concessioni assentite precedentemente ovvero prorogate. La Merloni quater (legge n. 166/2002) ha mantenuto l'equiparazione tra le due categorie di concessioni e ridotto al 30% del valore globale dei lavori la quota minima che il concessionario deve affidare a terzi, includendo tra i lavori eseguibili in proprio quelli realizzati dalle collegate. Ne consegue che il legislatore nazionale ha riconosciuto espressamente, e tuttora riconosce, anche ai vecchi concessionari, indipendentemente dall'improbabile evenienza che le preesistenti concessioni siano state assentite con gara, la possibilità, ed anzi il diritto, di eseguire in proprio una quota di lavori anche tramite imprese controllate, coincidente con quella prevista per le nuove concessioni approvate a regime. Il principio che risulta enunciato per l'affidamento c.d. "in house" sul punto relativo alla definizione del rapporto di controllo, che ha carattere eccezionale e derogatorio rispetto alle norme intese a garantire l'effettività dei diritti conferiti dal Trattato CEE nel settore degli appalti pubblici di servizi, non può valere tout court anche in relazione al diverso potere di esecuzione diretta o di affidamento ad "impresa collegata" disciplinato espressamente, e in percentuale predeterminata rispetto all'affidamento obbligatorio a terzi mediante gara, dalla direttiva 93/37/CEE, che evidentemente non lo configura come un potere speciale e derogatorio ma intrinsecamente proprio del regime della concessione di lavori e, soprattutto, perché è la stessa direttiva a definire espressamente il concetto di impresa collegata (art. 3, comma 4) qualificando tale "qualsiasi impresa su cui il concessionario può esercitare direttamente o indirettamente un'influenza dominante o qualsiasi impresa che può esercitare un'influenza dominante di un'altra impresa per motivi attinenti alla proprietà, alla partecipazione finanziaria o alle norme che disciplinano l'impresa stessa" dove "l'influenza dominante è presunta quando un'impresa direttamente o indirettamente nei confronti di un'altra impresa: detiene la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa, o dispone della maggioranza dei voti connessi alle partecipazioni al capitale dell'impresa, o può designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, direzione o di vigilanza dell'impresa".