

- Effettuazione e partecipazione a studi, ricerche e sperimentazioni in materia di viabilità, traffico e circolazione;
 - Svolgimento, mediante proprio personale, dei compiti di cui all'art. 12, comma 3, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 e dell'art. 23 del D.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495, e successive modificazioni ed integrazioni.
- Inoltre, l'ANAS S.p.A. esercita i compiti ed i poteri di cui all'art. 14 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 e successive modificazioni, fermo restando quanto stabilito dallo stesso Decreto Legislativo per le autostrade in concessione.

Art. 3

(esercizio delle attività oggetto della concessione)

L'ANAS S.p.A. esercita i compiti attribuitigli in concessione sulla rete viaria individuata dal decreto legislativo 29 ottobre 1999 n. 461 e successive modificazioni ed integrazioni, nonché sulle ulteriori strade statali e autostrade d'interesse nazionale realizzate in esecuzione della presente concessione.

Art. 4

(piani pluriennali di viabilità)

Il concessionario è tenuto a predisporre i piani pluriennali di viabilità, di durata decennale che individuano gli obiettivi strategici per l'attuazione dei compiti affidati in concessione, in coerenza al P.G.T.L.. I piani pluriennali di viabilità sono approvati dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti su conforme parere del C.I.P.E.

Art. 5

(contratto di programma)

Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, esclusivamente per quanto attiene gli aspetti finanziari, ed il concessionario stipulano un

Contratto di programma nel rispetto dei principi, anche in materia contabile, di cui all'art. 5 del D.P.R. 8 luglio 1998 n.277, in quanto applicabili.

Il Contratto di programma, di durata non inferiore a tre anni, è predisposto sulla base delle previsioni dei piani pluriennali di viabilità ed individua gli obiettivi perseguibili nel periodo per la gestione, il miglioramento, la manutenzione e l'incremento della rete stradale e autostradale di interesse nazionale, entro il limite costituito dalle risorse finanziarie stabilite con la legge finanziaria e di bilancio e da altre leggi di spesa e dalle entrate proprie, con le modalità di cui all'art.11.

Il contratto di programma è aggiornabile e rinnovabile anche annualmente, a seguito della sua verifica di attuazione su base annuale.

Sino alla stipula del primo Contratto di programma si fa riferimento, per quanto riguarda le opere da realizzare, al programma stradale ed autostradale dello Stato per gli anni 2002-2004, approvato con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti del 19 agosto 2002, nonché, in quanto applicabili, alle previsioni dell'Accordo di Programma Ministero-Ente ANAS del 10 ottobre 2002.

Art. 6

(obblighi del concessionario)

Nell'ambito dell'espletamento dei compiti affidati in concessione, il concessionario e' obbligato a:

- a) conformarsi a principi di trasparenza, economicità, efficacia della spesa, rispetto della normativa nazionale e comunitaria, efficienza nella realizzazione degli interventi;
- b) garantire la piena utilizzabilità e la costante manutenzione della infrastruttura viaria oggetto di concessione;
- c) mantenere adeguati livelli e standard di sicurezza, allineati e comparabili a quelli delle principali reti viarie europee;
- d) effettuare la valutazione ai sensi dell'art. 2426, n. 4 del codice civile, di ciascuna immobilizzazione consistente in partecipazioni in imprese controllate e collegate, ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, fornendo in apposito paragrafo della nota integrativa dei bilanci

di esercizio le informazioni sui costi, sui ricavi e sugli investimenti, ivi compresi quelli inerenti alla struttura organizzativa del concessionario stesso, concernenti le operazioni intercorse tra le società controllanti e le imprese controllate e collegate. Tali informazioni sono fornite secondo gli schemi propri della contabilità analitica, con particolare riferimento ai prezzi di regolamento delle operazioni infragruppo, questi ultimi confrontati con prezzi di mercato;

- e) inviare, trimestralmente, le informazioni sulle attività oggetto di concessione, sui loro costi e ricavi e sui rapporti di controllo e collegamento del concessionario medesimo con altri soggetti.

Resta inteso che il concessionario stesso risponde degli adempimenti degli obblighi derivanti dalla presente convenzione ed espressamente esonera il concedente da qualsiasi responsabilit  derivante dalla realizzazione, gestione delle opere e servizi, comunque connessi all'espletamento dei compiti affidati con la presente convenzione.

Art. 7

(poteri di vigilanza e di indirizzo del concedente)

Secondo la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 novembre 2002, il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti esercita le funzioni di indirizzo, controllo e vigilanza tecnica ed operativa sull'ANAS, sulla base delle norme legislative vigenti e procedure di settore applicabili.

In sede di stipula del contratto di programma potranno essere adeguate le modalit  di esercizio dei poteri di vigilanza e stabilite le informazioni, che saranno fornite dall'ANAS S.p.A., anche ai fini della verifica annuale del contratto medesimo.

Tali informazioni dovranno comunque comprendere:

- budget previsionale annuale delle attivit  della Societ ;
- schede trimestrali circa lo stato di avanzamento finanziario, procedurale e fisico dei singoli interventi;
- relazione annuale circa lo stato di avanzamento finanziario, procedurale e fisico del programma degli interventi;

- relazione annuale sullo stato di attuazione delle concessioni a terzi di cui al successivo art. 9;
- relazione al 30 giugno di ciascun anno circa l'andamento della gestione dei primi sei mesi, compresi dati di natura economico-patrimoniale;
- comunicazione tempestiva di eventuali disfunzioni, impedimenti o ritardi nell'attuazione degli interventi programmati;
- segnalazione degli interventi per i quali siano venute meno le condizioni di attualità e fattibilità, per l'assunzione di eventuali iniziative correttive, di riprogrammazione o di rimodulazione degli interventi stessi.

L'ANAS si impegna, inoltre, a:

- consentire un collegamento informatico diretto finalizzato all'accesso, attraverso modalità da concordare, alla propria banca dati con riferimento alle materie oggetto della presente concessione, nel rispetto della legge 31 dicembre 1996 n.675 e successive modificazioni;
- fornire entro la fine di ogni anno i dati relativi agli indici di qualità di cui al successivo art. 12;
- fornire entro la fine di ogni anno i dati relativi al pedaggio applicato per la valutazione dei parametri tariffari di cui al successivo articolo 9;
- inoltrare ai Ministeri delle infrastrutture e dei trasporti e dell'economia e delle finanze il bilancio d'esercizio entro un mese dall'approvazione dello stesso, precisando che i suddetti Ministeri si riservano la facoltà di chiedere tutti i chiarimenti necessari e di formulare eventuali osservazioni miranti ad accertare la rispondenza del bilancio agli obblighi derivanti dalla presente concessione e dalle norme in vigore nonché di verificare in qualsiasi momento l'inventario degli impianti e le scritture contabili obbligatorie a norma di legge;
- dichiarare di detenere, o meno, alla data di approvazione della convenzione, le partecipazioni societarie indicando società e misura percentuale della partecipazione;
- comunicare, insieme alla trasmissione del bilancio di esercizio, le variazioni delle partecipazioni.

Art. 8

(disciplina per la costruzione e gestione delle strade ed autostrade)

L'ANAS S.p.A. per la costruzione, la gestione, la manutenzione, il miglioramento e l'adeguamento della rete delle strade e delle autostrade di interesse nazionale opera quale concessionario del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le prerogative ed i poteri a suo tempo attribuiti all'Ente ANAS dal decreto legislativo 26 febbraio 1994, n. 143 e successive modifiche ed integrazioni, compresa l'approvazione dei progetti e l'esecuzione delle procedure espropriative, così come previsto dall'art. 7, comma 2, del decreto legge 8 luglio 2002, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 2002, n. 178. Per gli affidamenti a terzi dei lavori, servizi e forniture è tenuta all'applicazione della normativa comunitaria e nazionale vigente.

E' nella facoltà di ANAS S.p.A. procedere direttamente alla realizzazione di nuove strade e autostrade con il sistema della finanza di progetto. Il relativo piano finanziario è approvato dal concedente di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, ai sensi della normativa vigente, per quanto attiene le tariffe, cui si applica quanto previsto dalla delibera CIPE 20 dicembre 1996 e successive modificazioni ed integrazioni.

E', altresì, consentito ad ANAS S.p.A. applicare tariffe su strade ed autostrade di interesse nazionale, previa autorizzazione del concedente di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, da assumersi sulla base di un piano finanziario correlato alle attività oggetto di concessione.

Art. 9

(disciplina delle concessioni a terzi)

L'ANAS S.p.A. stipula le convenzioni con i terzi in conformità alla vigente normativa nazionale e comunitaria. L'approvazione delle concessioni di costruzione e di esercizio delle autostrade è

riservata al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Ai fini della predetta approvazione delle concessioni a terzi vengono forniti dall'ANAS gli elementi considerati per la convenienza economica dell'affidamento a terzi. Dette convenzioni regolano i rapporti fra l'ANAS S.p.A. e le proprie concessionarie di autostrade in base alla normativa vigente, anche tariffaria, ed, in particolare, alla delibera CIPE 20 dicembre 1996 e successive modifiche ed integrazioni. L'ANAS S.p.A. provvede, alla vigilanza ed al controllo dei soggetti concessionari, anche ai fini di quanto disposto dalla delibera CIPE 20 dicembre 1996 e successive modifiche ed integrazioni, verificando che i servizi resi dai concessionari si svolgano nel rispetto della disciplina delle convenzioni.

Art. 10

(archivio nazionale delle strade)

L'ANAS S.p.A. si impegna a fornire tutti i dati necessari per l'implementazione dell'Archivio delle autostrade e strade di interesse nazionale assumendo pro quota le spese di impianto e gestione del suddetto archivio di competenza del Ministero, entro i limiti fissati dal contratto di programma.

Art. 11

(risorse finanziarie)

ANAS impronta la propria attività ed organizzazione a criteri di economicità ed efficienza con l'obbligo di migliorare l'efficacia e la produttività. Inoltre ANAS deve porre in essere un sistema di contabilità analitica, certificata da una società di revisione, che consenta di rilevare separatamente le risultanze economiche delle attività svolte in regime di concessione.

Gli investimenti del concessionario per la manutenzione ordinaria e straordinaria, per il miglioramento e per la realizzazione di nuove strade ed autostrade di interesse nazionale

possono essere finanziati con apporti nella forma di aumento di capitale nella misura massima degli stanziamenti indicati dalla legge finanziaria e di bilancio e dalle altre leggi di spesa.

La gestione della rete stradale ed autostradale di interesse nazionale è compensata nella misura massima fissata annualmente dalla legge finanziaria e di bilancio

Per l'esercizio 2003, al fine di garantire la necessaria continuità nelle attività di ANAS, fermo restando il piano triennale 2002 - 2004 approvato dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti in data 19 agosto 2002, lo Stato eroga le risorse finanziarie occorrenti ad ANAS a copertura dei costi operativi - a titolo di rimborso degli oneri sostenuti per le attività di gestione - nonché le risorse occorrenti per gli investimenti e gli oneri di manutenzione ordinaria e straordinaria - nella forma di aumento di capitale sociale - nella misura massima degli stanziamenti indicati dalla legge finanziaria 2003 e dalle altre leggi di spesa ovvero delle risorse da destinare al rimborso degli oneri di gestione nell'ambito del riparto del fondo per i contratti di programma istituito nello stato di previsione del Ministero dell'Economia e delle Finanze per l'anno 2003.

I flussi finanziari alla società a carico del bilancio dello Stato sono erogati dal Ministero dell'economia e delle finanze sul conto corrente di Tesoreria centrale intestato ad ANAS S.p.A., mediante rate bimestrali anticipate nei limiti degli stanziamenti fissati dalla legge finanziaria e di bilancio nonché dalle altre leggi di spesa.

L'ammontare delle rate è determinato sulla base di una programmazione finanziaria annuale rimodulabile trimestralmente, su proposta della concessionaria.

Sono comunque assicurate ad ANAS S.p.A. per l'espletamento delle attività oggetto di concessione le risorse già assegnate all'Ente nazionale per le strade ANAS. A tal fine il Ministero dell'Economia e delle Finanze conferisce ad ANAS S.p.A. con proprio decreto in conto aumento del capitale sociale, in tutto o in parte, l'ammontare dei residui passivi dovuto all'Ente Nazionale per le strade ANAS e in essere al 31 dicembre 2002, nella misura e con le modalità stabilite nel medesimo decreto. L'ammontare dei residui passivi in essere al 31 dicembre 2002 non conferiti in conto aumento di capitale saranno comunque trasferiti ad ANAS con le modalità stabilite dallo stesso decreto. Per i mutui ed i prestiti già in capo all'Ente Nazionale per le strade ANAS si applica l'art. 7 comma 12 bis del D.L. n. 138/2002 convertito dalla legge n. 178 2002.

Art. 12

(qualità del servizio)

L'ANAS S.p.A. si impegna a redigere entro il 31.12.2003 la "CARTA DEI SERVIZI STRADALI ED AUTOSTRADALI", da aggiornare con cadenza annuale, contenente gli Standards minimi di qualità approvati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con riferimento soprattutto alla sicurezza e continuità del servizio. L'ANAS S.p.A. si impegna altresì ad impiantare un adeguato sistema di monitoraggio dei relativi indici.

Art. 13

(decadenza)

L'Amministrazione concedente può disporre la decadenza della concessione in caso di gravi e persistenti violazioni degli obblighi derivanti dalla concessione stessa.

Il concessionario, oltre a rispondere dei danni causati dall'inadempimento, e' tenuto a mettere a disposizione, per un congruo periodo di tempo, i beni necessari a garantire lo svolgimento del servizio.

Art. 14

(durata della concessione)

La presente convenzione ha durata trentennale, fatto salvo il caso di decadenza, di cui al precedente art. 13.

Art. 15

(clausola compromissoria)

Qualunque controversia dovesse insorgere circa l'applicazione e l'interpretazione della presente convenzione sarà rimessa ad un collegio di tre arbitri, di cui due nominati uno ciascuno dalle Parti, ed il terzo, con funzioni di Presidente, dagli arbitri nominati.

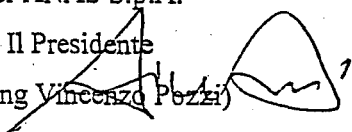
In caso di mancata nomina dell'arbitro di Parte, ovvero di mancato accordo della nomina del Presidente, la nomina stessa sarà rimessa al Presidente della Corte di Cassazione su istanza della Parte più diligente.

Il Collegio giudicherà secondo diritto con l'applicazione dagli artt. 806 e ss. c.p.c. ed avrà sede a Roma.

Per ANAS S.p.A.

Il Presidente

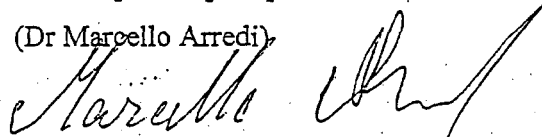
(Dr Ing Vincenzo Pozzi)



Per Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti

Il Capo del Dipartimento per le opere pubbliche e l'edilizia

(Dr Marcello Arredi)



*Avvocatura Generale dello Stato**Via dei Portoghesi, 12
00186 Roma**Roma,**Partenza N.**Tipo Affare* CS. 21763/04 Sez. VII*Avv. Claudio Linda**/al**Si prega di indicare nella successiva
corrispondenza i dati sopra riportati***ANAS S.p.A.**
Direzione Generale
Via Monzambano n. 10
ROMA

ANAS S.p.A.	
061053	22.LUG 2004
PROTOCOLLO GENERALE	

*Risposta a nota del 16.4.04 n. 2792***UFFICIO LEGALE**

Oggetto: Parere in merito alla posizione dell'ANAS quale concedente nei rapporti di concessione di costruzione e di esercizio delle autostrade, all'esito dell'avvenuta trasformazione dell'Ente Pubblico Economico in Società per Azioni.-

Fsaminato quanto prospettato con la nota cui si risponde, si osserva quanto segue.

Oggetto del quesito è il dubbio di compatibilità delle funzioni di controllo dell'ANAS sui soggetti concessionari con la qualità privatistica dell'Ente a seguito della sua trasformazione in società per azioni.

L'articolo 7, comma 2, del decreto legge 8.07.02, conv. in legge 8.08.02 n. 178, stabilisce che all'ANAS Spa sono attribuiti i compiti di cui all'art. 2, comma 1, lett. da a) a g) del Dlgs 26.2.94, n. 143 (istituzione dell'Ente Nazionale per le Strade).

Il richiamato art. 2, comma 1, lett. d) ha stabilito che l'Ente provvede a vigilare sull'esecuzione dei lavori di costruzione delle opere date in concessione e controllare la gestione delle Autostrade il cui esercizio sia stato dato in concessione.

La Corte dei Conti, nella relazione sulla gestione ANAS per l'esercizio 2002 rileva che l'avvenuta trasformazione dell'Ente in Spa suggerirebbe di ricollocare nell'ambito ministeriale le funzioni di regolazione e di controllo in ordine alle concessioni autostradali.

In particolare la Corte dei Conti:

Avvocatura Generale dello Stato

1) Ha osservato che l'ANAS continua ad essere soggetto finanziato dallo Stato che quindi non potrebbe da un lato operare per la realizzazione delle grandi infrastrutture e dall'altro controllare le concessionarie autostradali;

2) La partecipazione a società miste autostradali porrebbe l'ANAS nella posizione di controllore in quanto concedente e controllata in quanto partecipe della concessionaria.

Il suggerimento della Corte dei conti non si basa su motivi di legittimità, in quanto attualmente l'ANAS sta operando nel rispetto della legislazione vigente; piuttosto la Corte dei conti per motivi di opportunità auspica una modifica legislativa.

E' evidente che la scelta sull'attribuzione delle competenze in materia di vigilanza sulle concessioni autostradali, rientra esclusivamente nella sfera di discrezionalità del Legislatore a cui solo compete valutare quale sia l'assetto di competenze più opportuno ai fini della realizzazione dell'interesse pubblico.

Al riguardo non può sottacersi che altrettanto valide ragioni, specie sul piano operativo, possono essere prospettate per mantenere la legislazione vigente.

Non sembra possa rappresentarsi un conflitto di interessi tra ANAS (perché Spa e perciò soggetto privato) e lo Stato in quanto l'ANAS, qualunque sia la sua forma giuridica, costituisce ai sensi della normativa nazionale e comunitaria, organismo pubblico. La trasformazione in S.p.A., attiene ad esigenze di operatività ma non incide sulla sua natura di ente strumentale dello Stato come del resto è riconosciuto dalla stessa Corte dei Conti. Lo Stato per la realizzazione dei suoi fini di carattere generale ha ritenuto necessaria la costituzione di un soggetto operante nelle forme della S.p.A. ma a capitale essenzialmente statale, i cui organi sono designati dallo Stato o eletti su designazione dello Stato; controllata dallo Stato e operante in base alle direttive dello Stato.

Pertanto tutte le funzioni dell'ANAS sono ricollegabili al suo ruolo di braccio operativo del Ministero per tutto quanto attiene alle grandi infrastrutture viarie e autostradali.

Per quanto più nello specifico attiene alla presunta incompatibilità delle funzioni di controllo su società autostradale con la partecipazione dell'ANAS al capitale di detta società e quindi alla configurabilità di una situazione di controllore-controllato, il ricorso alla formula "controllore-controllato", è un modo sintetico di evidenziare un conflitto di interessi nella posizione di un soggetto che si trova a dovere verificare la legittimità e l'opportunità di atti ai quali il medesimo ha partecipato con conseguente violazione del principio di imparzialità.

Ma l'esistenza del conflitto parrebbe da escludersi quando la partecipazione del soggetto all'atto è in funzione del medesimo interesse e fine posti alla base del potere di controllo. In tal caso verrebbe a mancare un conflitto di interessi in quanto entrambe le posizioni realizzano i fini generali dell'Ente.

Sembra potersi escludere cioè contrapposizione fra il potere di controllo e la partecipazione a società mista autostradale in quanto quest'ultima ha per fine il diretto



Avvocatura Generale dello Stato

coinvolgimento nelle attività che realizzano il fine istituzionale dell'ANAS e quindi dello Stato. Ciò è ancor più evidente ove si consideri che se la partecipazione è maggioritaria costituisce lo strumento per una più diretta realizzazione del fine istituzionale; se minoritaria per un più diretto controllo dell'attività volta a tale fine. In ogni caso è dubbio che sussista quella diversità di fini fra il controllore e il controllato che solo può dare luogo a conflitto di interessi.

In conclusione, si ripete, la problematica posta dalla Corte dei Conti investe il campo della discrezionalità legislativa, nell'ambito della quale avrà ingresso ogni dibattito sulle finalità e funzioni dell'Ente nei confronti dello Stato che potrà essere risolto solo nella competente sede.

Carte rcse.

L'Avvocato Estensore
Claudio Linda

L'Avvocato Generale Aggiunto
Giuseppe Supo

COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA DELLA COMMISSIONE SULLE CONCESSIONI NEL DIRITTO COMUNITARIO

(2000/C 121/02)

In data 24 febbraio 1999, la Commissione ha adottato e pubblicato un progetto di comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici⁽¹⁾, sottoponendolo a una vasta consultazione. Tenendo conto dei numerosi contributi⁽²⁾ pervenuti in seguito alla pubblicazione del progetto originario nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, la Commissione ha adottato la presente comunicazione interpretativa.

1. INTRODUZIONE

1. Le concessioni sono uno strumento che alcuni Stati membri usano da tempo, soprattutto per realizzare e finanziare grandi lavori d'infrastruttura, come collegamenti ferroviari o una parte rilevante di quelli stradali. Il coinvolgimento del settore privato è diminuito a partire dal primo quarto del XX secolo, quando gli Stati hanno cominciato a privilegiare la realizzazione e la gestione diretta di impianti e servizi destinati al pubblico.
 2. Negli ultimi anni, taluni fattori, quali le restrizioni di bilancio e la volontà di limitare l'intervento dei poteri pubblici e di rendere partecipe il settore pubblico delle esperienze e dei modi di funzionamento di quello privato, hanno determinato il recupero di interesse per la concessione.
 3. È bene ricordare subito che la Commissione non privilegia alcuna modalità di organizzazione della proprietà, sia essa pubblica o privata; l'articolo 295 (ex 222) del trattato CE garantisce infatti la neutralità nei confronti dello statuto, pubblico o privato, delle imprese.
 4. Dato il ricorso sempre più frequente a questa forma di associazione con gli operatori, soprattutto per grandi lavori di infrastruttura e per taluni servizi, la Commissione, con la presente comunicazione interpretativa, ritiene necessario informare gli operatori interessati e i poteri pubblici sulle disposizioni che, allo stato attuale del diritto comunitario, ritiene applicabili alle concessioni. In effetti, la Commissione si trova spesso a dover trattare denunce per violazione del diritto comunitario in materia di concessioni, relative ad operazioni complesse in cui i poteri pubblici ricorrono alle competenze e ai capitali di operatori economici. Essa ha, perciò, circoscritto il concetto di «concessione», sviluppando orientamenti cui si è attenuta nell'istruzione di tali casi. La presente comunicazione interpretativa è, dunque, un atto di trasparenza necessario per chiarire l'attuale quadro giuridico alla luce dell'esperienza acquisita nei casi finora trattati.
 5. Nella versione provvisoria della comunicazione interpretativa⁽³⁾, la Commissione aveva manifestato l'intenzione di trattare anche le altre forme di cooperazione usate per ricorrere al finanziamento e alle competenze privati. La Commissione, confortata dai contributi pervenuti, favorevoli a un tale approccio, ha rinunciato a occuparsi di forme di cooperazione prive di caratteristiche analoghe a quelle delle concessioni nel senso della presente comunicazione interpretativa. Difatti, la varietà delle ipotesi e il loro continuo sviluppo, quali si evincono dalle risposte ricevute al progetto di comunicazione interpretativa, impongono un'approfondita riflessione sulle caratteristiche comuni di questi fenomeni. Il dibattito su questa questione, avviato dalla pubblicazione del progetto di comunicazione interpretativa, deve dunque proseguire.
 6. I contributi sulle concessioni hanno permesso alla Commissione di affinare l'analisi e di descrivere le caratteristiche proprie delle concessioni, distinguendole dagli appalti pubblici, soprattutto in ragione della delega di servizi d'interesse generale effettuata da questo tipo di cooperazione.
 7. La Commissione ricorda che il presente testo non è volto all'interpretazione dei regimi specifici derivanti dalle direttive adottate in taluni settori, come, per esempio, l'energia o i trasporti.
- La presente comunicazione interpretativa (nel prosieguo, la «comunicazione») preciserà, da un lato, le norme e principi del trattato che si applicano a tutte le forme di concessione e, dall'altro, le norme particolari previste dalla direttiva 93/37/CEE sugli appalti pubblici di lavori⁽⁴⁾ (nel prosieguo, «la direttiva lavori») per le concessioni di lavori pubblici.

2. DEFINIZIONE E PROBLEMATICHE GENERALI DELLE CONCESSIONI

Le concessioni non vengono definite dal trattato CE. L'unica definizione rinvenibile nel diritto comunitario derivato è quella della direttiva lavori, che prevede un regime specifico per la concessione di lavori⁽⁵⁾. Per contro, le altre forme di concessione non sono disciplinate dalle direttive relative agli appalti pubblici⁽⁶⁾.

29.4.2000

IT

Gazzetta ufficiale delle Comunità europee

C 121/3

Ciò non significa, comunque, che le concessioni sfuggano alle norme e ai principi del trattato. Infatti, nella misura in cui si configurano come atti dello Stato aventi per oggetto prestazioni di attività economiche o forniture di beni, le concessioni sono soggette alle norme conferenti del trattato CE e ai principi sanciti in materia della giurisprudenza della Corte.

Al fine di delimitare l'ambito di applicazione della presente comunicazione e prima di precisare il regime applicabile alle concessioni, occorre innanzitutto delinearne i tratti distintivi. A questo scopo, è opportuno ricordare la nozione di concessione di lavori quale risulta dalla direttiva lavori.

2.1 LA CONCESSIONE DI LAVORI

2.1.1 La definizione della direttiva 93/37/CEE

Il legislatore comunitario ha inteso definire la nozione di concessione di lavori partendo da quella di appalto pubblico di lavori.

Il testo della direttiva lavori prevede che gli appalti pubblici di lavori «sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice (...) aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera (...) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice» [articolo 1, lettera a)].

L'articolo 1, lettera d), della stessa direttiva definisce la concessione di lavori pubblici come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche degli appalti pubblici di lavori, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.»

Pertanto, come risulta da questa definizione, l'elemento distintivo determinante della nozione di concessione di lavori consiste nell'attribuzione del diritto di gestire l'opera come contropartita della sua costruzione; il diritto di gestione può anche essere accompagnato da un prezzo.

2.1.2 Delimitazione delle nozioni di «appalto pubblico di lavori» e di «concessione di lavori»

La Commissione ritiene che il criterio del diritto di gestione permetta di individuare alcuni elementi caratteristici per distinguere la concessione di lavori dall'appalto pubblico.

Anzitutto, il diritto di gestione consente al concessionario di percepire proventi dall'utente (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo. La durata della concessione rappresenta, pertanto, un elemento

importante della remunerazione del concessionario. Quest'ultimo non è quindi direttamente remunerato dall'autorità aggiudicatrice, ma ottiene da questa il diritto di percepire i proventi derivanti dall'uso dell'opera realizzata (7).

Il diritto di gestione implica anche il trasferimento della responsabilità di gestione. Tale responsabilità investe al tempo stesso gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera. Spetta pertanto al concessionario, ad esempio, effettuare gli investimenti necessari perché l'opera possa utilmente essere messa a disposizione degli utenti e sopportarne l'onere di ammortamento. Inoltre, il concessionario assume non soltanto i rischi inerenti ad una qualsiasi attività di costruzione, ma dovrà altresì sopportare quelli connessi alla gestione e all'uso abituale dell'impianto (8).

Da quanto precede si deduce che, in una concessione di lavori, l'alea relativa alla gestione viene trasferita al concessionario (9).

La Commissione constata l'esistenza di fattispecie sempre più numerose di appalti pubblici frutto di complesse operazioni giuridiche (10). Ecco perché il confine tra queste operazioni e la concessione di lavori pubblici può essere talvolta difficile da tracciare.

Secondo la Commissione, si è in presenza di appalti pubblici di lavori ai sensi del diritto comunitario quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti dell'opera.

La circostanza che la direttiva permetta che il diritto di gestione sia accompagnato da un prezzo non modifica questa conclusione. Si tratta di un'ipotesi che esiste nella pratica. Accade ad esempio che lo Stato sostenga parzialmente il costo di gestione della concessione affinché il prezzo delle prestazioni diminuisca per l'utente (pratica dei «prezzi sociali») (11). Tale intervento può avvenire secondo modalità diverse (somma forfettaria garantita, o somma fissa ma versata in funzione del numero di utenti, ecc.) e non conduce necessariamente alla modifica della natura del contratto, se il prezzo versato copre solo una parte del costo dell'opera e della sua gestione.

Infatti, rientrano sempre nella nozione di concessione le ipotesi in cui lo Stato paghi un prezzo in contropartita dei lavori effettuati, purché esso non elimini il rischio inerente alla gestione. Precisando che il diritto di gestire l'opera può essere accompagnato da un prezzo, la direttiva lavori indica che la remunerazione del concessionario deve provenire dalla gestione.

Anche se, in genere, l'origine del compenso — prelevato direttamente dall'utente dell'opera — è un elemento significativo, quello determinante è la presenza del rischio di gestione, legato all'investimento effettuato o ai capitali investiti, in particolare se l'autorità concedente paga un prezzo.

C 121/4

IT

Gazzetta ufficiale delle Comunità europee

29.4.2000

È vero che anche negli appalti pubblici accade che una parte dei rischi sia a carico del contraente ⁽¹²⁾. Tuttavia, l'alea legata all'aspetto finanziario dell'operazione, che si potrebbe definire «rischio economico», è propria del fenomeno delle concessioni. Questo tipo di rischio, infatti, che dipende strettamente dai proventi che il concessionario può trarre dalla fruizione ⁽¹³⁾, costituisce un importante elemento per distinguere le concessioni dagli appalti pubblici.

In conclusione, il diritto di gestione comporta il trasferimento al concessionario dell'alea derivante da tale gestione: la ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario avviene caso per caso in base alle rispettive capacità di gestire al meglio i rischi in questione.

Se i poteri pubblici sopportano la maggior parte dell'alea legata alla gestione dell'opera, garantendo, per esempio, il rimborso dei finanziamenti, l'elemento «rischio» viene a mancare. In tal caso la Commissione ritiene che si tratti di un appalto pubblico di lavori e non di una concessione ⁽¹⁴⁾.

2.2. LA CONCESSIONE DI SERVIZI

La direttiva 92/50/CEE sui pubblici appalti di servizi (nel prosieguo «la direttiva servizi») si applica, ai sensi del suo articolo 1, agli «appalti pubblici di servizi», definiti come «contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice, ad esclusione (...)».

Contrariamente alla direttiva lavori, la direttiva servizi non contiene alcuna definizione della nozione di concessione di servizi ⁽¹⁵⁾.

Al solo scopo di distinguere il fenomeno economico della concessione di servizi rispetto alla nozione di appalto pubblico di servizi — e di delimitare quindi il campo di applicazione della comunicazione — è importante identificare i tratti essenziali del fenomeno.

A tal fine, è opportuno fondarsi su elementi che si ispirino alla succitata nozione di concessione di lavori e che tengano conto tanto della giurisprudenza della Corte ⁽¹⁶⁾ in materia quanto dell'opinione ⁽¹⁷⁾.

L'oggetto delle concessioni di lavori è per definizione diverso da quello delle concessioni di servizi. Ciò può condurre a differenze, in termini di investimenti e di durata, tra i due tipi di concessioni. Tuttavia, tenuto conto dei suddetti criteri, un contratto di concessione ha, in genere, le stesse caratteristiche, indipendentemente dal suo oggetto.

Infatti, come per le concessioni di lavori, il criterio della gestione è una caratteristica essenziale per stabilire se si è in

presenza di una concessione di servizi ⁽¹⁸⁾. Applicando tale criterio, si ha concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio (sua istituzione e gestione) rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone. La modalità di remunerazione dell'operatore è, come nel caso della concessione di lavori, un elemento che permette di stabilire l'assunzione del rischio di gestione.

Come la concessione di lavori, anche la concessione di servizi è caratterizzata da un trasferimento della responsabilità di gestione.

Infine, la concessione di servizi riguarda di solito attività che, per la loro natura, l'oggetto e le norme che le disciplinano, possono rientrare nella sfera di responsabilità dello Stato ed essere oggetto di diritti esclusivi o speciali ⁽¹⁹⁾.

È anche opportuno rammentare che, nella precitata sentenza Lottomatica, la Corte ha distinto tra un trasferimento di responsabilità al concessionario in merito alle operazioni di lotto — qualificabili come attività appartenenti alla sfera di responsabilità dello Stato nel senso indicato — e la semplice fornitura all'amministrazione di sistemi informatici. Nel caso specifico, essa ha concluso che, mancando un tale trasferimento, si era in presenza di un appalto pubblico.

2.3. LA DELIMITAZIONE TRA CONCESSIONI DI LAVORI E DI SERVIZI

Dato che solo la direttiva 93/37/CEE prevede un regime particolare per le procedure da seguire nell'attribuzione di una concessione di lavori, è utile stabilire in che ipotesi ci si trovi in presenza di una concessione di tale tipo, soprattutto se si tratta di un contratto misto che comporti anche un aspetto «prestazione di servizi». In pratica, tale ipotesi si verifica nella quasi totalità dei casi, poiché il concessionario di lavori pubblici presta spesso un servizio all'utente nell'ambito dell'opera realizzata.

Riguardo alla delimitazione del campo d'applicazione delle norme delle direttive lavori e servizi, il considerando 16 di quest'ultima precisa che se i lavori sono accessori e non sono oggetto del contratto, essi non possono giustificare la classificazione del contratto come appalto pubblico di lavori. Tali disposizioni sono state interpretate dalla Corte di Giustizia nella causa *Gestión Hotelera Internacional* in cui la Corte ha dichiarato che «qualora i lavori da effettuare abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dell'aggiudicazione, l'aggiudicazione nel suo insieme non può essere qualificata come appalto di lavori pubblici» ⁽²⁰⁾. Il problema dei contratti misti è stato affrontato dalla Corte di giustizia in un'altra causa ⁽²¹⁾, dalla quale risulta che se un contratto ha due oggetti distinti (come forniture e servizi) è opportuno applicare a ciascuno di essi le rispettive norme specifiche.

29.4.2000

II

Gazzetta ufficiale delle Comunità europee

C 121/5

Benché tali principi siano stati sviluppati in materia di appalti pubblici, la Commissione ritiene opportuno un approccio analogo per stabilire se una concessione sia disciplinata o no dalla direttiva lavori. Il campo di applicazione *ratione materiae* di quest'ultima è in effetti lo stesso, sia in caso di appalto di lavori che di concessione di lavori ⁽²²⁾.

Pertanto, secondo la Commissione, occorre innanzitutto stabilire se l'oggetto principale del contratto di concessione riguardi la costruzione di un'opera o l'esecuzione e realizzazione di lavori per conto del concedente oppure se, al contrario, tali lavori o la costruzione di tale opera siano meramente accessori rispetto all'oggetto principale del contratto.

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 (5 000 000 di EUR), va applicato il regime previsto dalla direttiva lavori, anche se esistono aspetti legati ai servizi. La circostanza che i lavori o le opere siano di fatto realizzate da terzi non influisce sulla natura del contratto di base. L'oggetto del contratto rimane identico.

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.

Del resto, è anche possibile che talune operazioni contemplino sia la realizzazione di un'opera o la realizzazione di lavori che la prestazione di servizi. Per cui, a margine di una concessione di lavori, possono essere concluse delle concessioni di servizi per attività complementari ma indipendenti dalla gestione della concessione dell'opera. Ad esempio, i servizi di ristoro di un'autostrada possono essere oggetto di una concessione di servizi diversa dalla concessione di costruzione o di gestione dell'autostrada. Secondo la Commissione, quando gli oggetti dei contratti sono dissociabili, a ciascun tipo di contratto si applicano le norme ad esso relative.

2.4. IL CAMPO DI APPLICAZIONE DELLA PRESENTE COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA

Come sopra indicato, benché le concessioni non siano contemplate dalle direttive sugli appalti pubblici, esse sono soggette alle norme e ai principi del trattato, nella misura in cui siano riconducibili ad atti dello Stato e abbiano per oggetto la prestazione di attività economiche.

Infatti, ogni atto dello Stato ⁽²³⁾, contrattuale o unilaterale, che stabilisca le condizioni alle quali è soggetta una prestazione di attività economiche, va valutato alla luce delle disposizioni del

trattato e, in particolare, di quelle degli articoli da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) ⁽²⁴⁾.

Sono perciò oggetto della presente Comunicazione gli atti riconducibili allo Stato per mezzo dei quali un'autorità pubblica affida a un soggetto — vuoi con un atto contrattuale, vuoi con un atto unilaterale che abbia ricevuto il consenso di tale soggetto — la gestione totale o parziale di servizi che di norma ricadono nell'ambito di prerogative dello Stato, e per i quali il soggetto in questione assume il rischio di gestione. Siffatti servizi rientrano nell'ambito della presente comunicazione se configurabili quali prestazioni di attività economiche ai sensi degli articoli da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del trattato.

Gli atti dello Stato così definiti saranno designati nel prosieguo della presente comunicazione con il termine «concessioni», indipendentemente dalla qualifica giuridica che essi ricevono negli ordinamenti giuridici nazionali.

Tenuto conto di quanto precede, e fatte salve le norme del diritto comunitario che potrebbero essere applicabili, la presente comunicazione non riguarda:

- gli atti mediante i quali un'autorità pubblica conferisca un'abilitazione o conceda un'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica, e ciò anche qualora simili atti fossero considerati come concessioni in alcuni Stati membri ⁽²⁵⁾;
- gli atti relativi ad attività a carattere non economico, come la scuola dell'obbligo o la sicurezza sociale.

Va, invece, sottolineato che quando una concessione giunge a scadenza, il suo rinnovo è assimilabile a una nuova concessione e, pertanto, rientra nell'oggetto della Comunicazione.

Un problema particolare si pone invece se, tra concessionario e concedente, esiste una forma di delega interorganica che non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice ⁽²⁶⁾. La questione dell'applicazione del diritto comunitario a simili relazioni è stata affrontata dalla Corte ⁽²⁷⁾. Tuttavia, le ulteriori cause attualmente pendenti davanti alla Corte potranno apportare elementi di novità a riguardo ⁽²⁸⁾.

Al contrario, le relazioni tra autorità pubbliche e imprese pubbliche incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, ricadono, in via di principio, nell'ambito della comunicazione ⁽²⁹⁾. È vero che, secondo una giurisprudenza costante della Corte ⁽³⁰⁾, non c'è nulla del trattato che possa impedire agli Stati membri di sottrarre al gioco della concorrenza, per motivi di pubblico interesse di natura non economica, taluni servizi d'interesse generale conferendo dei diritti esclusivi ⁽³¹⁾. La Corte aggiunge, tuttavia, che le modalità di organizzazione e l'esercizio di un monopolio così istituito non devono violare le disposizioni del trattato in materia di libera circolazione delle merci e dei servizi o le norme di concorrenza ⁽³²⁾. Inoltre, anche le modalità di conferimento di tali diritti esclusivi sono sottoposte alle norme del trattato e possono, pertanto, rientrare nel campo di applicazione della presente comunicazione.