

MARIA AGOSTINA CABIDDU (ORDINARIO DI ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO)
SCUOLA AUIC (ARCHITETTURA, URBANISTICA E INGEGNERIA DELLE COSTRUZIONI)
POLITECNICO DI MILANO

Nota per l'audizione innanzi alle Commissioni riunite VIII e X - (C. 2022 -Concorrenza)

Giovedì 10 ottobre 2024 – h. 14:00

Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023

Grazie dell'invito, particolarmente gradito perché riguardante materie nelle quali il mio gruppo di ricerca e didattica del Politecnico di Milano è particolarmente impegnato.

Le osservazioni sono il frutto della riflessione comune con colleghi ed esperti che con me collaborano in particolare ai corsi di perfezionamento e Master per l'innovazione della PA, protezione dati e transizione digitale, gli appalti e i contratti pubblici.

CONCESSIONI AUTOSTRADALI, TRASPORTI, DEHORS e START UP INNOVATIVE

In sintesi, secondo la relazione di accompagnamento, il ddl mira a rafforzare la concorrenza in vari settori, migliorare i servizi per i consumatori e creare condizioni più favorevoli per le imprese.

Si evidenziano qui di seguito alcuni profili di criticità emersi a prima lettura sia rispetto alla prima parte che regola le concessioni autostradali sia sulle norme dedicate ai trasporti e de hors nonché a quelle riguardanti le start up e gli incubatori "certificati".

• Concessioni autostradali: viene regolata l'assegnazione delle concessioni, la gestione dei pedaggi e la pianificazione degli investimenti.

In generale sulle concessioni autostradali (art. 3): non sono previsti richiami al D.lgs. 201/2022 e loro fanno sorgere dell'incertezza che a lungo ha interessato la materia. Per questo, recependo la giurisprudenza, forse sarebbe

il caso di precisare nel testo che la concessione autostradale deve intendersi come concessione di opera pubblica qualora si tratti di realizzare nuove tratte mentre è concessione di pubblico servizio o concessione-contratto quando si tratta di gestire l'esistente

- **L'affidamento diretto (art. 3, comma 2):** l'art. 3, c. 2 parla di "affidamento diretto". La terminologia è equivoca, dal momento che, secondo il Codice dei contratti pubblici per affidamento diretto deve intendersi la possibilità per le stazioni appaltanti di procedere, per i contratti sotto-soglia alla scelta del contraente *"anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali"* mentre qui il riferimento è agli affidamenti in house, altra cosa rispetto all'affidamento diretto propriamente detto.

- **Il Project financing (art. 3, comma 3)** *"L'ente concedente non può procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'articolo 193 del codice dei contratti pubblici"*, ovvero alle procedure del project financing. Secondo la Relazione illustrativa, tale previsione persegue una ratio antielusiva del divieto di proroga delle concessioni autostradali contenuto nell'articolo 178, comma 5, del codice dei contratti pubblici, in quanto è finalizzata ad evitare che, in sede di primo riaffidamento delle concessioni autostradali, i concessionari autostradali uscenti possano avere una posizione di vantaggio di fatto, quali proponenti nel project financing, giovandosi del diritto di prelazione previsto dall'articolo 193, commi 4 e 8, del citato codice. Attenzione però: la finanza di progetto (speciale forma di partenariato pubblico-privato, disciplinata negli art. 193 ss Codice) non comporta un affidamento diretto né automatico, né il diritto di prelazione deve intendersi come una sorta di pre-aggiudicazione. In realtà, la procedura si divide in due distinte fasi: la prima sulla valutazione del progetto presentato dal proponente, caratterizzata da un'ampia discrezionalità in capo all'amministrazione, chiamata a verificare la rispondenza del progetto all'interesse pubblico, la seconda, di evidenza pubblica per l'aggiudicazione, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del progetto di fattibilità approvato e posto a base della gara. Certo, la scelta del progetto, come evidenziato dalla giurisprudenza, attribuisce al promotore, a condizioni predeterminate, un diritto di prelazione nella realizzazione del progetto ma, tecnicamente, l'istituto del project non può, per il solo fatto che il progetto sia stato presentato dal concessionario uscente, configurarsi come una proroga della concessione scaduta.

- Né, in tal senso, vale richiamare la pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha dichiarato la compatibilità con l'ordinamento UE della disciplina interna contenuta nel precedente Codice

dei contratti pubblici (art. 178, comma 8-bis, del precedente d. lgs. n. 50 del 2016) che vietava l'affidamento delle concessioni autostradali scadute o in scadenza mediante il sistema della finanza di progetto, (CGUE, Sez. IX, 26/11/2020, C-835/19). Con essa, infatti, la Corte ha, da un lato, certamente condiviso la scelta del legislatore nazionale (previsione della gara pubblica) coerente con l'apertura alla massima concorrenza in tale settore, dall'altra si è limitata a confermare la garanzia della libertà degli Stati membri di privilegiare un modo di gestione a scapito degli altri (nei limiti del rispetto delle regole fondamentali stabilite dal Trattato).

Il che è quanto dire che non vi sarebbe, su un piano strettamente giuridico, un problema di rinnovo automatico in termini di carattere generale, tale da poter giustificare una norma come quella dell'art. 3, comma 3, tanto più che, ai sensi dell'art.193, c. 4 e c. 8 del Codice, il promotore "può" e non "deve" esercitare il diritto di prelazione.

La durata delle concessioni (art. 10): l'art. 10 prevede che la durata non sia superiore a 15 anni, a meno che non ci siano "*lavori di durata superiore a quindici anni*". Non viene considerato che l'art. 178 del Codice dei contratti pubblici, con previsione generale e attuativa di regole economiche, prevede che la concessione abbia durata da determinare sulla base del recupero degli investimenti effettuati e un ritorno sul capitale. Anzi, stabilire una durata massima a prescindere significa porsi in contrasto e non in linea, come invece sostiene il dossier, con l'art. 178 del Codice. Si tratta, all'evidenza, di questione legata alla disciplina della revisione del contratto di concessione e dell'eventuale proroga, sicché sarebbe piuttosto utile, intervenire sull'art. 192 del Codice dei Contratti, secondo cui, al verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, il concessionario può chiedere la revisione del contratto, senza prevedere - allo stato - un'evoluzione della gestione che tenga conto delle esigenze pubbliche cui non corrisponda un vantaggio anche per il privato.

L'estinzione del contratto di concessione (art. 11): pare improprio parlare di estinzione del contratto anziché del rapporto. Ci si può inoltre chiedere perché non è prevista la possibilità che il soggetto finanziatore eviti la risoluzione del contratto in caso di inadempimento proponendo un nuovo gestore, come avviene per tutte le concessioni? O meglio, in assenza di un'espressa previsione, si può applicare comunque l'art. 190, comma 3?

Art. 11 c. 3. Quando l'estinzione della concessione deriva da inadempimento del concessionario, si applica l'articolo 190, comma 4, lettera a), del codice dei contratti pubblici. La proposta sembra equiparare due situazioni assolutamente diverse, ovvero il recesso dell'ente concedente per motivi di pubblico interesse e l'estinzione per inadempimento del concessionario.

L'articolo 190, comma 4, lettera a), del codice dei contratti pubblici stabilisce che: "Se l'ente concedente **recede** dal contratto di concessione **per motivi di pubblico interesse** spettano al concessionario: a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, oppure, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario".

Oggi, l'estensione del pagamento del valore delle opere, stabilito per il caso di recesso, alla risoluzione per inadempimento del concessionario pare contrastare con il contenuto dell'art. 190 e con la logica del sistema.

Criticità del sistema, anche per quel che riguarda i controlli del concedente

è possibile notare un "sovraffollamento" analogo a quello relativo alla pluralità di soggetti cui sono riconosciuti poteri di controllo (e sanzionatori). In questa sede, oltre a ripresentarsi il problema della delimitazione delle competenze delle varie autorità coinvolte (lo si è in particolare evidenziato per quel che concerne i controlli di sicurezza, ripartiti tra Ministero e l'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali - ANSFISA), è apparsa evidente la moltiplicazione delle disposizioni (normative e convenzionali) conferenti plurimi poteri di verifica sull'operato del gestore autostradale.

Questa ricchezza di previsioni in materia di controlli e vigilanza, d'altra parte, non è garanzia di un pieno e corretto esercizio degli strumenti ivi riconosciuti. Infatti, a fare da contraltare al citato "sovraffollamento" c'è un apparato amministrativo sottorganico e a cui sono conferite limitate risorse economiche; circostanze tali da avere cagionato non solo una riduzione quantitativa dei controlli, ma anche un loro impoverimento qualitativo, stante l'impossibilità per il Ministero di mantenere nella Direzione generale per le autostrade professionalità e competenze indispensabili per garantire l'esercizio efficace di tale funzione

a) Dehors (art. 23):

Si prevede una delega al Governo per adottare un decreto legislativo per il riordino e il coordinamento delle disposizioni concernenti la **concessione di spazi e aree pubbliche di interesse culturale o paesaggistico alle imprese di pubblico esercizio per l'installazione di strutture amovibili funzionali all'attività esercitata**. La relazione illustrativa al DDL fa più volte riferimento ai *dehors* ma al termine, che non compare nel testo dell'art. 23, non corrisponde una definizione. Le sue caratteristiche vanno quindi rinvenute nella giurisprudenza (che ne valuta gli impatti a seconda delle concrete caratteristiche), mentre una disciplina specifica ad essi relativa è stata introdotta per la prima volta in sede di disciplina emergenziale per il COVID-19.

Particolarmente critica la previsione secondo cui, nella predisposizione del Decreto Legislativo del Governo, **dovranno essere seguiti principi di semplificazione mediante procedure che prevedano il silenzio-assenso, con esclusione delle autorizzazioni paesaggistiche in determinati luoghi e la sottrazione** alla tutela paesistica dell'uso di beni espressamente definiti di interesse culturale o paesaggistico, al di là di quanto già previsto dall'all. A del D.P.R. n. 31/2017.

La norma crea una sottosezione nella disciplina delle strutture amovibili utilizzate dalle imprese di pubblico esercizio in quanto **si applica solo alla concessione di spazi ed aree pubbliche di interesse culturale o paesaggistico**. Si tratta quindi di un regime derogatorio e non di semplificazione normativa. Al riguardo, la giurisprudenza (Consiglio di Stato sez. II n. 6666 del 23 luglio 2024) ha affermato che “Costituisce principio di correttezza tra le parti e leale collaborazione, da ultimo consacrato anche nell'art. 1, comma 2-bis, della l. n. 241 del 1990, quello che impone di rapportarsi alla istanza di un cittadino in maniera unitaria, non frammentandone le interlocuzioni in ragione di un anacronistico quanto illegittimo riparto di competenze addirittura all'interno della stessa amministrazione pubblica”.

Solo la creazione di un procedimento unificato o quantomeno un coordinamento con la disciplina delle concessioni di suolo pubblico potrebbe trasformarsi in una vera e propria semplificazione normativa.

In merito ai profili di necessario coordinamento delle discipline, la giurisprudenza (Consiglio di Stato sez. II n. 6666 del 23 luglio 2024) ha auspicato un coordinamento tra i caratteri di temporaneità e di asservimento alle esigenze stagionali declinata dal legislatore nazionale nell'art. 6 del d.P.R. n. 380 del 2001, nella versione più volte novellata, e d.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31, concernente i casi di esonero dall'autorizzazione paesaggistica. Inoltre, ha evidenziato il “difetto di coordinamento fra norme statali conseguito alla rimarcata preoccupazione del legislatore di mantenere possibilità di intervento che evitino

che la tutela indiscriminata della concorrenza si risolva in un generalizzato decadimento del tessuto urbano di pregio, ovvero della sua vivibilità” che una nuova disciplina di settore difficilmente potrà risolvere.

Resta fuori dalla disciplina l’uso degli elementi di arredo urbano che spesso accompagnano le strutture amovibili utilizzate dalle imprese di pubblico esercizio, con la conseguenza che l’effetto non sarà quello di una migliore disciplina delle aree pubbliche di interesse storico e paesaggistico frequentate dai turisti.

Al c. 4 si prevede che le autorizzazioni e concessioni temporanee attualmente in vigore per l’uso del suolo pubblico, rilasciate in forza della disciplina emergenziale introdotta durante la pandemia, vengano prorogate fino all’entrata in vigore del decreto legislativo delegato, e comunque non oltre il 31 dicembre 2025: cosa giustifica oggi tale proroga? Come si concilia con l’interesse pubblico e, in particolare, con l’interesse dei cittadini a godere di piazze, strade, marciapiedi, insomma spazi pubblici, liberi dall’ingombro di chioschi, tavolini e arredi? L’interesse delle imprese non può essere esclusivo, sicché sarebbe quantomeno necessario escludere che l’eventuale proroga si estenda alla disciplina speciale per la concessione di spazi e aree di interesse culturale o paesaggistico.

DISPOSIZIONI IN MATERIA DI *START-UP*

Molto ci sarebbe da dire sul tema del sostegno alle start up innovative e al sistema degli incubatori.

Credo tuttavia che occorra chiedersi, innanzitutto, che cosa serve realmente al settore... solo il finanziamento o anche un sistema che sia realmente in grado di valutare e sostenere lungo il percorso l’idea progettuale? Sarebbe necessaria la creazione di una rete, che coinvolga anche il sistema universitario, affinché gli stessi incubatori possano disporre di un sostegno tecnico-scientifico in grado di meglio valutare le proposte, che rischiano altrimenti di finanziare a pioggia anche proposte non meritevoli o, viceversa, di respingere progetti che non si è in grado di adeguatamente valutare per mancanza delle competenze necessarie in capo ai valutatori.

Sulla disposizione di cui all’art. 27 (*Contributo sotto forma di credito d’imposta in favore degli incubatori certificati*)

Agli incubatori ... è concesso, nel limite di spesa complessivo di cui al comma 2 del presente articolo, un contributo, sotto forma di credito d’imposta, pari all’8 per cento della somma investita nel capitale sociale di una o più *start-up* innovative

Siamo sicuri che questa particolare forma di aiuto di stato non comporti – specie nel caso di una partecipazione maggioritaria dell'incubatore nel capitale della start up - un'erosione del tetto di finanziamenti pubblici che le imprese innovative possono ottenere?