

## **Segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (AS 336)**

### **MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DI LAVORI NELL'AMBITO DI CONCESSIONI PUBBLICHE**

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito, "AGCM") e l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ("AVLP" e, congiuntamente all'AGCM, "le Autorità"), rispettivamente ai sensi dell'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 e dell'articolo 4 della Legge 11 febbraio 1994, n. 109, a mezzo della presente segnalazione intendono formulare in maniera comune alcune osservazioni in merito alle concessioni di lavori pubblici, con particolare riferimento alla misura dei lavori realizzati al di fuori del ricorso a procedure di gara a evidenza pubblica.

In via preliminare, si fa presente che le Autorità, a seguito di una segnalazione fatta pervenire a entrambe dall'Associazione Nazionale Costruttori Edili - A.N.C.E. nel mese di marzo 2005, hanno avviato una verifica generale volta a considerare gli effetti di alcune previsioni normative di cui alla precitata legge n. 109/1994 (*Legge quadro in materia di lavori pubblici*), nonché il loro rispetto da parte dei soggetti interessati. Tenuto conto della necessità di definire in primo luogo un quadro di riferimento, si procederà qui di seguito a una ricostruzione sommaria di alcuni indici normativi rilevanti, passando poi alla rassegna dei riscontri raccolti dalle Autorità a mezzo delle verifiche effettuate per poter infine formulare alcune indicazioni volte a sostenere uno sviluppo effettivamente concorrenziale del settore.

#### **I. Legge n. 109/1994 e concessioni di lavori pubblici: cenni**

Compreso tra i principi fondamentali della legge n. 109/1994, e in particolare all'articolo 1, comma 1, il dovuto "*rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori*" nell'ambito dell'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici (articolo 1, comma 1), trova concreta espressione nel combinato disposto dei successivi articoli 19 e 20, per cui "*i lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici*" e "*gli appalti di cui all'articolo 19 sono affidati mediante pubblico incanto o licitazione privata*".

Salva tale opportuna indicazione generale, la medesima legge ha tra l'altro stabilito, all'articolo 2, comma 3, che "[...] *le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre ai concessionari di lavori pubblici, con espressa previsione del contratto di concessione, di affidare a terzi appalti corrispondenti a una percentuale minima del 30 per cento del valore globale dei lavori oggetto della concessione oppure possono invitare i candidati concessionari a dichiarare nelle loro offerte la percentuale, ove sussista, del valore globale dei lavori oggetto della concessione che essi intendono affidare a terzi. Per la realizzazione delle opere previste nelle convenzioni già assentite alla data del 30 giugno 2002, ovvero rinnovate e prorogate ai sensi della legislazione vigente, i concessionari sono tenuti ad appaltare a terzi una percentuale minima del 40 per cento dei lavori, applicando le disposizioni della presente*

*legge [...]*". Le medesime indicazioni percentuali sono state da ultimo indicate anche nello *Schema di decreto legislativo recante il nuovo Codice degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, approvato il 13 gennaio 2006 dal Consiglio dei Ministri, in particolare agli articoli 146 e 253, comma 25.

Posto che la realizzazione di un'opera in concessione richiede di norma cospicui investimenti, attuabili da soggetti qualificati per importi relativamente rilevanti ai sensi del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 (*Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni*), la disposizione appena citata, nella parte in cui stabilisce che le pubbliche amministrazioni possano imporre ai concessionari di affidare a terzi a mezzo di gare d'appalto una percentuale minima del 30% del valore globale dei lavori in concessione, appare volta non solo a consentire alle piccole e medie imprese dell'area in cui vengono realizzati i lavori di poter partecipare al processo costruttivo dell'opera, ma soprattutto, e più in generale, a garantire che vi sia un livello minimo di lavori aggiudicati a seguito di un confronto concorrenziale tra le imprese. Quest'ultima preoccupazione da parte del Legislatore è alla base, nel caso specifico di concessioni assentite prima del 30 giugno 2002, della previsione di una soglia percentuale pari ad almeno il 40% di lavori oggetto della concessione da affidare a terzi a mezzo di gare d'appalto.

La fissazione inderogabile di una percentuale minima ha tenuto conto del fatto che la stragrande maggioranza di tali concessioni - per lo più relative al settore autostradale e risalenti alla metà del secolo scorso - non è stata assentita a mezzo di procedure ad evidenza pubblica ma mediante trattativa privata, e la loro scadenza è stata procrastinata con apposite leggi successive: dunque non si è mai avuto un effettivo confronto concorrenziale per la loro assegnazione.

Con specifico riferimento al settore autostradale appena richiamato, peraltro, occorre ricordare come, a seguito delle modifiche apportate nel 1999 alla legge 28 aprile 1971, n. 287 (*Modifiche ed integrazioni all'attuale legislazione autostradale*), sia stata riconosciuta la facoltà alle società concessionarie di svolgere attività d'impresa diverse da quella principale (ovvero la costruzione e l'esercizio delle tratte autostradali assentite in concessione) attraverso l'assunzione diretta o indiretta di partecipazioni di collegamento o controllo in altre società. A seguito di tale novella, si riscontra come diverse società concessionarie abbiano effettivamente acquisito società attive nella realizzazione di lavori, nell'ambito di gruppi societari controllati da importanti operatori nel settore dell'edilizia e delle costruzioni in genere, ricorrendo a tali imprese partecipate per la realizzazione dei lavori attinenti alle proprie concessioni.

## **II. I soggetti rilevanti e le informazioni raccolte dalle Autorità**

La realizzazione dei lavori pubblici è attuata dai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2 della legge n. 109/1994. Rientrano tra tali soggetti i concessionari di lavori e servizi pubblici di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158 (*Attuazione delle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi*), le aziende speciali e i consorzi di cui all'articolo 114

del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (*Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, c.d. "T.U.E.L."), nonché le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del citato T.U.E.L. e le società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente, che abbiano ad oggetto la produzione di beni e servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza. Si ricorda al proposito come il T.U.E.L. stabilisca diverse modalità di gestione dei servizi pubblici che prevedono la produzione di beni e servizi ed attività rivolte a realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali: tra le diverse forme di gestione vi è anche la concessione a terzi e quella a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria o a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale. Anche questi soggetti, nell'ambito della gestione dei servizi, realizzano lavori pubblici per le finalità del servizio stesso (costruzione di acquedotti per la gestione del servizio idrico per esempio).

Tenuto conto di tutto ciò, le Autorità hanno proceduto a effettuare una verifica di mercato, richiedendo informazioni a un campione significativo di soggetti presenti nella banca dati degli appalti che la AVLP cura sin dal 2000, comprensivo di concessionari di lavori pubblici, società aeroportuali, società portuali, consorzi acquedottistici e società comunali di maggiori dimensioni. La richiesta di informazioni ha riguardato, tra gli altri dati, *(i)* il numero e l'ammontare totale degli appalti di lavori di importo superiore a € 1.000.000, esperiti a partire dall'anno 1999, al fine di poter definire la rilevanza complessiva della realizzazione di lavori nell'ambito delle concessioni di tali soggetti, nonché *(ii)* la percentuale (rispetto al totale) di tali appalti non affidata ad imprese terze.

### **III. Considerazioni**

Dal complesso dei dati acquisiti emergono alcuni fenomeni di specifico interesse, in particolare per quel che riguarda *(i)* le modalità di scelta dei concessionari dei lavori pubblici, *(ii)* l'incidenza dei lavori riferibili a concessioni assentite senza ricorrere a procedura a evidenza pubblica, *(iii)* gli affidamenti a imprese controllate per importi superiori ai limiti previsti dalla legge per le concessioni assentite alla data del 30 giugno 2002, e *(iv)* l'affidamento a imprese controllate nel rispetto della norma ma pur sempre a scapito della libera concorrenza.

Con riferimento al primo punto, un importante risultato emerso dai dati raccolti è che, nella quasi totalità dei casi, la scelta dei concessionari dei lavori pubblici è stata affidata a trattativa privata, per una percentuale pari all'80%, mentre la licitazione privata ha interessato solo il restante 20%. Lo scarso ricorso al confronto concorrenziale assume carattere di particolare evidenza nel settore autostradale, dove si riscontra che tutte le concessioni sono state affidate a trattativa privata, pur ricordando che detti affidamenti sono stati effettuati prima dell'entrata in vigore della legge n. 109/1994. Si segnala peraltro al riguardo come, anche in tempi più recenti e ben successivi all'entrata in vigore del testo normativo appena richiamato, secondo quanto da ultimo rilevato anche dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, non sia stata dovutamente considerata la necessità di procedere a mezzo di gara

per assentire concessioni prevedenti lavori volti a completare e sviluppare la rete autostradale esistente (Corte di Giustizia, sez. II, sentenza del 27 ottobre 2005, cause riunite C187/04 e C188/04, *Commissione CE c. Repubblica Italiana*). In tal modo non solo non si è colta l'occasione per rivedere la rigidità anticoncorrenziale dell'impianto concessorio esistente, ma anzi la si è aggravata ulteriormente.

In secondo luogo, le elaborazioni effettuate sulla base delle informazioni ricevute dal campione di imprese considerato fanno emergere che, nell'ambito della loro attività, i soggetti di cui sopra hanno espletato lavori per un importo complessivo nell'arco di tempo considerato pari a oltre € 11 miliardi. I lavori riferibili ai concessionari di cui alla legge n. 109/1994 rappresentano il 78% del totale, ammontando a circa € 8,6 miliardi (a tale proposito, va considerato che nel campione esaminato il valore complessivo degli appalti realizzati dai concessionari di lavori pubblici si riferisce alla quasi totalità dei concessionari medesimi mentre quello degli appalti degli altri soggetti quali concessionari di servizi pubblici, società comunali ecc. si riferisce ad una percentuale di circa il 3% -30 soggetti- della totalità delle stazioni appaltanti analoghe).

Con riferimento a tale ultimo dato, va sottolineato che l'importo dei lavori riferibili a concessioni assentite senza ricorrere a procedura a evidenza pubblica ammonta a ben € 8,4 miliardi, pari quindi al 98% del totale dei lavori riferibili ai concessionari di cui alla legge n. 109/1994, residuando soli € 185 milioni di lavori effettuati da concessionari scelti a mezzo di gara. Tale risultato appare tanto più significativo se si considera che il campione considerato comprendeva praticamente tutti i soggetti concessionari di lavori pubblici, i quali, pur rappresentando soltanto il 5% del numero totale dei soggetti di cui al comma 2, lett. b) dell'articolo 2 della legge n. 109/1994, hanno effettuato lavori di importo superiore a € 1 milione per una percentuale di circa il 30% dell'importo complessivo dei lavori, di ogni dimensione, eseguiti dalla totalità dei soggetti in questione.

Con riferimento agli affidamenti a imprese controllate per importi superiori ai limiti previsti dalla legge per le concessioni assentite alla data del 30 giugno 2002, sono stati accertati numerosi casi in cui è risultata una violazione della misura massima di affidamento diretto stabilita dalla legge n. 109/1994, con concessionari che sono arrivati ad affidare anche la totalità dei lavori a società controllate, e ciò anche in caso di lavori dall'importo complessivo particolarmente rilevante, superiore a decine di milioni di euro.

Infine, in relazione all'ultimo punto, si reputa che anche la prevista possibilità di affidamenti a imprese proprie o controllate pone una seria questione di rispetto dei principi della libera concorrenza nel settore degli appalti pubblici. Se, infatti, in un contesto in cui la concessione è stata affidata mediante procedura ad evidenza pubblica, la circostanza dell'esecuzione in proprio o tramite controllate non può essere particolarmente stigmatizzata, in quanto i principi della concorrenza sono stati quantomeno presi in considerazione a monte (cioè al momento della scelta del concessionario), ben diverso è il caso degli affidamenti effettuati a trattativa privata (o direttamente a mezzo di apposite leggi) di concessioni di lavori pubblici, dove il lavoro viene realizzato in assenza di qualsiasi procedura ad evidenza pubblica, sia a monte sia a valle. In queste circostanze, le imprese controllate dal concessionario si trovano effettivamente in una situazione di privilegio rispetto alle altre

presenti nel mercato e tale fenomeno assume particolare rilevanza in relazione all'elevato valore degli importi dei lavori eseguiti in questo contesto. Secondo quanto risulta dalle informazioni acquisite, dei citati € 8,4 miliardi di lavori riferibili alle concessioni assentite senza gara, i lavori affidati ad imprese proprie o controllate ammontano a € 2,6 miliardi, per una percentuale media pari a circa il 31%. Tenuto conto che tali lavori sono realizzati da un numero limitato di imprese (14), poche imprese hanno dunque il privilegio di realizzare lavori pubblici per un ammontare considerevole, in assenza di libera concorrenza.

Il fenomeno diventa ancor più rilevante con riferimento alle concessioni autostradali, dove, a fronte di un importo totale dei lavori corrispondente a € 7,5 miliardi, il 34% (pari a € 2,6 miliardi) risulta affidato a imprese proprie o controllate. In relazione al settore autostradale occorre per di più considerare il caso specifico del gruppo facente capo alla società Autostrade per l'Italia S.p.A., di gran lunga il principale operatore a livello nazionale, che ha realizzato lavori di importo superiore a € 1 milione per complessivi € 4 miliardi (54% della somma complessiva dei lavori attribuibili al settore), affidando direttamente a società controllate e/o partecipate lavori per ben € 1,5 miliardi, pari al 37% del totale. Più in generale nell'ambito del citato settore autostradale, si riscontra come le soglie percentuali definite dall'articolo 2, comma 3 della legge n. 109/1994, siano risultate ampiamente superate in diversi casi di affidamenti di lavori specifici da parte di società concessionarie.

#### **IV. Conclusioni**

Sulla base di quanto sin qui considerato, le Autorità rilevano che - salva la specifica rilevanza dei casi in cui sussista una diretta violazione della legge n. 109/1994 in relazione al superamento dei livelli massimi di attribuzione di lavori a imprese controllate e/o partecipate - anche quando gli affidamenti di lavori avvengano in conformità ai limiti normativamente stabiliti (vd. *supra*, para. I), gli effetti verificabili sul mercato corrispondono a un'oggettiva limitazione del numero e dell'importo dei lavori messi a gara, con conseguenti restrizioni alla libera concorrenza.

Tali restrizioni risultano aggravate dal fatto che, tenuto conto del numero assai limitato di imprese regolarmente coinvolte nella realizzazione di tali lavori, si registrano obiettivi squilibri sul piano concorrenziale, non immediatamente stigmatizzabili dalle competenti autorità, ma ai quali si ritiene che il legislatore debba porre opportuno rimedio, eventualmente modificando la precitata disposizione dell'articolo 2, comma 3, della legge n. 109/1994. Tale opportuna revisione del dato normativo dovrebbe avvenire quantomeno nel senso di imporre per qualsiasi fattispecie (ovvero tanto in relazione a concessioni assentite prima che dopo il 30 giugno 2002, con particolare rilievo al primo caso) una percentuale minima di lavori da affidare a terzi a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, ben più alta di quelle attuali. Indipendentemente da tale auspicata modifica normativa, le Autorità raccomandano in ogni caso e sin d'ora ai soggetti concessionari di ricorrere nella più alta misura possibile a procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, al fine di garantire un più ampio confronto concorrenziale.

In conclusione, le Autorità auspicano che il Parlamento ed il Governo, nel riesaminare la normativa vigente in materia di appalti pubblici e procedere agli adeguamenti resi necessari dalla produzione normativa comunitaria, tengano in adeguata considerazione le suesposte osservazioni, al fine di tutelare e promuovere nella maniera più efficace e opportuna la concorrenza in un settore, quale quello in discussione, di primaria rilevanza per l'economia nazionale.