

# MISURE DI REVISIONE E SOSTITUZIONE DI CONCESSIONI AMMINISTRATIVE

Roma, 28 ottobre 1998

Presidente del Senato della Repubblica  
On.le Nicola MANCINO

Presidente della Camera dei Deputati  
On.le Luciano VIOLANTE

Presidente del Consiglio dei Ministri  
On.le Massimo D'ALEMA

Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio  
Sen. Prof. Franco BASSANINI

Ministro per le Riforme Istituzionali  
Prof. Giuliano AMATO

Presidente della Commissione Affari Costituzionali del Senato  
Sen. Prof. Massimo VILLONE

## 1. Premessa

L'Autorità è più volte intervenuta, con riferimento a settori e mercati specifici, per sottolineare che le concessioni amministrative, ampiamente utilizzate nel nostro ordinamento, possono causare distorsioni gravi della concorrenza non sempre giustificate da esigenze di interesse generale.

Le concessioni sono, infatti, sovente impiegate come strumenti di regolazione attraverso i quali viene discrezionalmente limitato l'accesso al mercato ad un numero circoscritto di imprese e sono riconosciuti diritti speciali o esclusivi che pongono le imprese concessionarie in posizione privilegiata rispetto agli altri operatori economici. Le concessioni, inoltre, attribuiscono all'amministrazione concedente una serie di poteri idonei ad incidere in modo consistente sull'attività di impresa del concessionario.

Le limitazioni concorrenziali che ne derivano, sia nei mercati di dimensione nazionale sia in quelli di dimensione locale, impongono considerevoli costi agli operatori e svantaggi ai consumatori ed appaiono spesso in contrasto con i principi comunitari di liberalizzazione dei mercati e con quelli ricavabili dalla legge n. 287 del 1990.

## 2. La riforma amministrativa in atto

La legge 15 marzo 1997, n. 59, "*Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa*", predisponendo una serie di strumenti finalizzati, fra l'altro, a semplificare i procedimenti amministrativi, può contribuire a ridurre vincoli non giustificati da ragioni di interesse generale che ostacolano le attività economiche e, in particolare, a rimuovere le distorsioni provocate dalle concessioni amministrative, nel rispetto delle norme comunitarie.

Infatti, la legge n. 59 introduce uno strumento "normale" di semplificazione costituito dalla legge annuale di delegificazione di norme concernenti procedimenti amministrativi (è attualmente dinanzi al

Parlamento il primo disegno di legge relativo all'anno 1998: Atto Senato n. 3506) e, tra i criteri stabiliti per i regolamenti delegificanti, prevede l'"*adeguamento della disciplina sostanziale e procedimentale dell'attività e degli atti amministrativi ai principi della normativa comunitaria, anche sostituendo al regime concessorio quello autorizzatorio*" (articolo 20, comma 5, lettera *g-quater*, aggiunta dalla legge 16 giugno 1998, n. 191, articolo 1, comma 17). Questo fondamentale strumento consente un intervento sistematico di natura generale, idoneo ad evitare le distorsioni della concorrenza che possono derivare dall'impiego delle concessioni con riferimento a tutti i settori economici ed a predisporre le soluzioni più adeguate.

L'Autorità intende contribuire a questo processo di riforma e di superamento delle restrizioni normative e amministrative all'esercizio del diritto di iniziativa economica, evidenziando, in via generale, i casi in cui le concessioni amministrative non appaiono più giustificate, alla luce della normativa comunitaria, e vanno dunque sostituite con altri strumenti, e i casi in cui le concessioni, pur essendo giustificate, richiedono revisioni e semplificazioni.

### **3. Le proposte dell'Autorità in materia di concessioni**

#### ***3.1. Concessioni giustificate e ingiustificate***

Le principali concessioni amministrative hanno ad oggetto la fruizione di beni pubblici, l'erogazione di pubblici servizi o la realizzazione e gestione di opere pubbliche. Negli ultimi due casi la concessione disciplina direttamente un'attività d'impresa (rispettivamente, ad esempio, l'erogazione di servizi di trasporto di linea, o la costruzione e gestione di autostrade). Nel primo caso, la concessione di beni pubblici regola direttamente l'uso del bene, ma disciplina anche aspetti dell'attività d'impresa svolta su quel bene (ad esempio, i servizi resi dal concessionario sui sedimi aeroportuali).

La scelta dell'unico concessionario o del limitato numero di concessionari è il più delle volte adottata in via discrezionale dall'amministrazione concedente. Il concessionario, operando sul mercato da solo o con poche altre imprese, gode spesso di una posizione dominante o di privilegio. L'amministrazione concedente conserva comunque la titolarità di poteri estesi verso il concessionario, che ricomprendono potestà di direzione, sostituzione, revoca.

In definitiva, dalle concessioni derivano almeno due rilevanti distorsioni della concorrenza: la restrizione discrezionale dell'accesso al mercato come regola e la posizione privilegiata delle imprese concessionarie.

Alla luce dei principi in materia di concorrenza, le concessioni possono trovare giustificazione soltanto in presenza di leggi che riservano allo Stato o ai pubblici poteri la titolarità esclusiva di funzioni pubbliche, di proprietà, o di attività economiche. Queste previsioni non devono, peraltro, risultare in contrasto con la disciplina comunitaria.

La riserva di funzioni pubbliche ha un ambito ristretto, perché, anche in base al diritto comunitario, tali funzioni includono le sole attività che esprimono al massimo grado la sovranità e l'autoritatività dello Stato (ad esempio, la riscossione delle entrate); andrebbe però valutata, sul piano dell'opportunità, la possibile eliminazione di forme di affidamento di poteri autoritativi così intensi ai concessionari.

La riserva di proprietà a pubblici poteri, basata sull'articolo 42 della Costituzione, riguarda i beni del demanio e del patrimonio indisponibile; ma le concessioni su tali beni non dovrebbero spingersi a regolare le attività d'impresa esercitate sui beni medesimi (come l'esercizio di attività commerciali nell'ambito dei sedimi aeroportuali).

Infine, la riserva d'impresa a pubblici poteri, fondata sull'articolo 43 della Costituzione, va gradualmente scomparendo, a seguito degli interventi comunitari e nazionali di liberalizzazione dei mercati: rimane, parzialmente, in pochi casi, come per la gestione delle infrastrutture di alcuni servizi a rete.

Nei numerosi settori non più riservati, ma liberalizzati, le concessioni non sono più giustificate, perché negatrici della libera iniziativa economica garantita dall'ordinamento comunitario, dall'articolo 41 della Costituzione e dalla legge n. 287 del 1990.

In tali settori non c'è spazio, dunque, per posizioni privilegiate degli operatori simili a quelle dei concessionari e si ammettono esclusivamente poteri pubblici di indirizzo e coordinamento, non di direzione come è nelle concessioni. D'altra parte, l'utilizzo delle concessioni in mercati liberalizzati non potrebbe giustificarsi facendo valere argomenti come le esigenze di universalità del servizio o la necessaria predisposizione di controlli pubblici a fini sociali, secondo quanto stabilito dall'articolo 41 della Costituzione. Da un lato, infatti, l'universalità delle prestazioni può essere sufficientemente garantita dal ricorso a meccanismi regolativi volti a disciplinare le condizioni di svolgimento del servizio, di definizione del prodotto e di determinazione delle tariffe, condizioni che vanno soddisfatte da chiunque intenda operare. In tale prospettiva, i controlli pubblici debbono limitarsi all'indirizzo ed al coordinamento, non tollerando i tratti propri delle concessioni amministrative, che si spingono fino a garantire alla pubblica amministrazione potestà di direzione e di sostituzione.

L'Autorità intende evidenziare nel dettaglio i settori nei quali la riserva a favore dei pubblici poteri non è mai esistita o è venuta a cadere completamente, i settori nei quali la riserva si è ridotta, e quelli in cui essa permane. Se ne fanno discendere proposte specifiche in materia di concessioni.

### **3.2. Il superamento dello strumento concessorio nelle ipotesi in cui la riserva non è mai esistita o è venuta a cadere completamente**

In alcuni settori la riserva non è mai esistita o è caduta completamente: in essi le concessioni andrebbero del tutto eliminate.

Questo dovrebbe avvenire almeno per:

1. le *autolinee*, per larga parte delle quali manca, nel diritto interno, una formalizzazione chiara ed esplicita della riserva ai sensi dell'articolo 43 della Costituzione;

2. il *trasporto marittimo di linea*, per il quale valgono semmai alcune forme di assunzione parziale in mano pubblica;

3. la prestazione dei servizi e la gestione di reti di *telecomunicazioni*, completamente liberalizzate a partire dal 1° marzo 1998 (le concessioni esistenti devono essere adeguate entro il 1° gennaio 1999, come previsto dal D.P.R. n. 318 del 1997).

4. la *radiotelevisione*, ove a seguito della legge n. 223 del 1990 l'originario regime della riserva si è trasformato in un'assunzione parziale dell'attività radiotelevisiva nazionale da parte dello Stato;

5. la gestione, la manutenzione e lo sviluppo dei *servizi informativi automatizzati* nelle pubbliche amministrazioni, per i quali non vi è mai stata una chiara previsione di riserva;

6. le *opere pubbliche* (con l'eccezione della concessione di costruzione e gestione), dal momento che la normativa comunitaria ha espressamente equiparato alla disciplina dell'appalto le concessioni di sola costruzione non accompagnate dalla gestione di opere.

Va comunque rilevato che nelle ipotesi in cui persistano profili di esercizio di funzioni pubbliche autoritative o di fruizione di beni pubblici in settori non riservati, l'utilizzo delle concessioni deve essere strettamente limitato ai profili medesimi.

### **3.3. La limitazione dell'utilizzo delle concessioni nei settori in cui la riserva si è ridotta**

In altri settori la riserva ai pubblici poteri è caduta solo in parte. In queste ipotesi le concessioni dovrebbero avere un oggetto più ristretto e riguardare esclusivamente la parte che rimane riservata e non anche la parte liberalizzata.

In particolare:

1. le concessioni in materia di *ferrovie* non potrebbero avere un oggetto che si estenda oltre l'installazione e la gestione dell'infrastruttura e comunque non dovrebbero riguardare i servizi di trasporto (conformemente a quanto previsto dalla direttiva n. 91/440/CE, recepita con legge n. 146 del 1994 e D.P.R. n. 277 del 1998);

2. le concessioni in materia di *energia elettrica e di gas naturale* non potrebbero estendersi al di là della gestione delle reti di trasporto e distribuzione (direttiva n. 96/92/CE, recepita con legge n. 128 del 1998, e direttiva n. 98/30/CE);

3. le concessioni di *servizi portuali* (legge n. 84 del 1994) ed *aeroportuali* (direttiva n. 96/67/CE, recepita con legge n. 128 del 1998) non potrebbero superare l'ambito relativo all'utilizzo dei sedimi demaniali e non dovrebbero in ogni caso disciplinare i servizi resi al pubblico e le attività commerciali (salva l'eventuale regolazione dettata da appositi strumenti contrattuali).

### **3.4. Gli strumenti sostitutivi delle concessioni**

Nei settori economici nei quali le concessioni sono destinate a cadere in tutto o in parte per il venir meno o per il ridursi della "riserva" (si vedano i precedenti punti 3.2. e 3.3.), andrebbero individuate, ove necessario, misure sostitutive di disciplina delle attività economiche "non riservate" o "libere", fondate su criteri di regolazione oggettivi, trasparenti e non discriminatori.

In alcune aree potrebbero utilizzarsi strumenti contrattuali, come gli *appalti di forniture e servizi* (ad esempio, per la gestione dei servizi informativi automatizzati nelle pubbliche amministrazioni, come previsto dalla direttiva 92/50/CEE, relativa agli appalti pubblici di servizi).

In altre aree potrebbero essere impiegate - come è già previsto, ad esempio, per le telecomunicazioni e come stabilisce la citata legge n. 59 del 1997 - le *autorizzazioni amministrative*, rilasciate in base a criteri tecnicamente rigorosi e non discriminatori, fondate su di un livello minimo di discrezionalità e costitutive di poteri di sorveglianza e non di direzione delle amministrazioni pubbliche nei confronti delle imprese. Le autorizzazioni andrebbero affiancate alle concessioni nei casi in cui vi è riduzione parziale della "riserva", e potrebbero disciplinare l'intera materia nei casi in cui vi è inesistenza o caduta totale della "riserva".

*Autorizzazioni amministrative semplici* potrebbero essere sufficienti a regolare attività "non riservate" aventi natura di mera impresa, che non comportano prestazione di pubblici servizi (ad esempio, trasporti di gran turismo su strada, trasporti di alta velocità ferroviaria, servizi supplementari di posta e telecomunicazione). *Autorizzazioni amministrative congiunte a contratti di servizio* potrebbero adottarsi per disciplinare attività "non riservate" che si concretano in servizi pubblici, resi a tutti gli utenti e a prezzi ragionevoli (si pensi, fra l'altro, ai servizi di base nei settori delle ferrovie, delle funivie e funicolari, dei telefoni, della radio e della televisione).

### **3.5. Le revisioni necessarie nell'area delle concessioni**

La riserva a favore di pubblici poteri permane in materia di funzioni autoritative e di beni demaniali e patrimoniali indisponibili, e può sussistere per le attività d'impresa non rientranti nei settori menzionati ai precedenti punti 3.2. e 3.3.

Nelle aree ancora oggetto di riserva, le concessioni restano giustificate. Andrebbero però attenuati alcuni tratti della loro disciplina che provocano eccessive alterazioni del mercato. Si tratta di profili concernenti sia il rilascio di nuove concessioni sia l'eventuale rinnovo di quelle esistenti.

In particolare:

1. sarebbe da ridurre la *discrezionalità* amministrativa nella scelta dei concessionari e dovrebbero, comunque, essere rispettati i principi comunitari della parità di trattamento e della non discriminazione (come evidenziato dalla comunicazione della Commissione, "Gli appalti pubblici nell'Unione europea", COM (98)143). In ogni caso, la selezione del concessionario dovrebbe essere informata a criteri oggettivi, trasparenti, non discriminatori e concludersi con un provvedimento adeguatamente motivato. In particolare, dovrebbero assolutamente evitarsi i casi di "*leggi-fotografia*", nei quali il legislatore stesso identifica, direttamente o indirettamente, il concessionario;

2. le procedure di *gara* o di evidenza pubblica ("concorrenza per il mercato" o concorrenza amministrata) per l'affidamento di concessioni dovrebbero costituire la regola, almeno per le concessioni contrattuali;

3. il *disegno di tali procedure concorsuali* dovrebbe tenere adeguato conto delle caratteristiche specifiche della domanda e dell'offerta.

In generale, rilevanza cruciale assumono elementi quali la durata delle concessioni, gli obblighi di investimento, il numero dei soggetti destinatari della concessione e l'eventuale previsione di criteri di preferenza nell'individuazione del concessionario.

A tal riguardo l'Autorità è dell'avviso che:

a) la *cadenza temporale delle procedure concorsuali*, e quindi la *durata* delle concessioni, andrebbe di regola giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie. Non è, tuttavia, indispensabile che tale durata sia parametrata al periodo di recupero degli investimenti necessari per lo svolgimento dell'attività, in quanto il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario può essere posto a base d'asta. In tal modo, l'esigenza di rimborsare i costi non recuperati sopportati dalle società concessionarie risulterebbe compatibile con procedure di affidamento coerenti sia con i principi della concorrenza, sia con gli incentivi ad effettuare gli investimenti. L'ente concedente potrebbe dare, inoltre, indicazioni in sede di gara in merito al tipo e all'entità degli investimenti che i nuovi concessionari saranno chiamati ad effettuare. In questa ottica, ovviamente, andrebbero eliminati i casi di *rinnovo automatico* delle concessioni;

b) andrebbero ridotti al minimo possibile i casi di concessione *esclusiva*. Al meccanismo di gara potrebbe essere demandata non solo la selezione delle offerte più vantaggiose, ma anche la determinazione del numero degli operatori presenti sui singoli mercati. In tal modo sarebbe la stessa procedura concorsuale a disegnare la struttura del mercato, favorendo il raggiungimento di configurazioni di mercato efficienti;

c) andrebbero eliminati i casi di *preferenza* per il conferimento o per il rinnovo di concessioni (realizzata anche tramite l'indicazione del requisito dell'esperienza come criterio preferenziale) in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato;

4. quanto alla *competenza* a conferire le concessioni amministrative, in attuazione delle nuove normative sulla dirigenza pubblica (decreto legislativo n. 29 del 1993 e successive integrazioni) dovrebbe consolidarsi la tendenza a rafforzare, a scapito delle attribuzioni degli organi politici, il ruolo decisionale dei *dirigenti amministrativi*. Andrebbero anche potenziate le competenze dirette delle *autorità di regolazione* che intervengono in settori in cui siano utilizzate concessioni amministrative, anche attraverso una revisione delle competenze dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (previste dalla legge n. 481 del 1995);

5. andrebbero evitate le concessioni "soggettivamente" improprie, come quelle conferite da *enti pubblici economici* o da *società per azioni con partecipazione pubblica*. La *sub-concessione* è, comunque, da considerarsi strumento del tutto eccezionale.

## **4. Conclusioni**

La legge n. 59 del 1997, come si è visto, prevede la possibilità di sostituire le concessioni amministrative con autorizzazioni (articolo 20, comma 5, come modificato dalla legge n. 191 del 1998). La via maestra per la sostituzione è costituita dalla legge annuale di delegificazione e dai relativi regolamenti di attuazione.

L'Autorità ritiene che nei casi sopra menzionati in cui manchi o si sia ridotta la "riserva" a favore dei pubblici poteri, la concessione dovrebbe essere sostituita, in tutto o in parte. A tal fine, andrebbero anzitutto evidenziati i procedimenti concessori attualmente previsti, rispettivamente, in settori nei quali la riserva manca del tutto (si vedano, ad esempio, quelli menzionati al precedente punto 3.2.), e in settori in cui l'ambito della riserva si è ristretto (si vedano, ad esempio, quelli indicati al precedente punto 3.3.). Per tali tipi di procedimenti, si potrebbe prevedere che la concessione sia sostituita, completamente nel primo caso, o per la sola parte non più riservata nel secondo, con un'autorizzazione amministrativa, rilasciata in base a criteri oggettivi e trasparenti ed adeguatamente motivata (per le telecomunicazioni la via della sostituzione integrale è già indicata dalla normativa di settore). Si potrebbe inoltre disporre che la limitazione del numero delle autorizzazioni conferite sia giustificabile esclusivamente per l'offerta di servizi che richiedano l'uso di risorse scarse (nel rispetto dei principi di proporzionalità, obiettività, non discriminazione e trasparenza).

Andrebbe anche valutata la possibilità di individuare i casi concreti di sostituzione delle concessioni con contratti privatistici (ad esempio, nella suindicata ipotesi dei sistemi informativi automatizzati).

Sarebbero, infine, da disciplinare i tempi e le modalità di sostituzione delle concessioni, nonché i criteri relativi ai contenuti del rapporto fra la pubblica amministrazione e l'impresa.

Le concessioni "giustificate" potrebbero essere assoggettate a mera revisione. Quest'ultima dovrebbe certamente riguardare le procedure di scelta del concessionario, riducendo la discrezionalità e l'individuazione normativa diretta ed ampliando l'ambito dell'evidenza pubblica, nonché le competenze al conferimento delle concessioni. La revisione potrebbe anche incidere su taluni profili della disciplina sostanziale delle concessioni per adeguarla ai principi della normativa comunitaria (come previsto nella citata lettera *g-quater* dell'articolo 20, comma 5, della legge n. 59 del 1997, aggiunta dalla legge n. 191 del 1998), modificando, ad esempio, il regime giuridico dell'esclusiva a favore del concessionario, della durata e dei rinnovi.

L'Autorità confida che le osservazioni qui rappresentate possano contribuire al processo di riforma avviato dalla legge n. 59 del 1997 ed in particolare alla modifica e alla sostituzione dei regimi concessori in armonia con i principi comunitari di liberalizzazione dei mercati e con le normative antitrust.

Ciò nell'auspicio che in tutti i Paesi dell'Unione Europea si consolidi il processo di riduzione e di eliminazione delle misure amministrative che limitano la concorrenza e che le nostre istituzioni si facciano protagoniste di tale processo.

IL PRESIDENTE  
*Giuseppe Tesauro*

\* \* \*