

## Commissioni riunite VIII e IX della Camera dei deputati

Conversione in legge del decreto legge 31 marzo 2023, n. 35 - *Disposizioni urgenti per la realizzazione del collegamento stabile tra la Sicilia e la Calabria*

Audizione del 13 aprile 2023 del prof. Fabio Cintioli

- Rivolgo il mio saluto agli Onorevoli Presidenti delle Commissioni ed agli Onorevoli componenti. Ritengo opportuno soffermarmi sui profili che sono collegati alla mia competenza ed esperienza personale, essendo evidentemente questa la ragione della mia convocazione. In particolare, svolgerò alcune brevi osservazioni sul rapporto tra il DL e la disciplina sugli affidamenti di concessioni ed appalti, osservazioni che sfociano sia sulla legittimità costituzionale del DL sia sulla sua conformità all'ordinamento dell'UE.
- La reviviscenza del rapporto di concessione con SdM è effetto della legge, benché differito alla revoca dello stato di liquidazione. Si tratta dunque di una legge-provvedimento, come ben sappiamo sempre possibile e inclusa tra i possibili sbocchi del potere legislativo, pur se assoggettabile ad uno scrutinio "stretto" di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale.
- Si potrebbe discutere sul se si tratti dell'affidamento di una concessione nuova e diversa dalla precedente, a causa delle inevitabili modifiche ed adattamenti – quand'anche marginali – al progetto e ai contenuti del PEF. Così come si potrebbe discutere, dal punto di vista della teoria generale del diritto, sul se si tratti comunque dell'affidamento di una concessione nuova per il fatto che la precedente si era comunque estinta ed aveva cessato di esistere ovvero, più semplicemente, della reviviscenza del medesimo rapporto giuridico per volontà di legge, secondo lo schema della risoluzione del mutuo dissenso *ex* art. 1372 cod. civ. (risolvere l'effetto risolutivo precedente equivale ad eliminarlo e quindi a far tornare pieno l'effetto giuridico originario). Si tratta di questioni, appunto, di teoria generale e di rilievo prevalentemente formale. Resta il fatto che la legge ha inteso ri-costituire quel medesimo rapporto giuridico preesistente ed è ovviamente anche la legge che ne regge oggi l'effetto giuridico.
- Detto ciò, mi sembra che un tale effetto risponda ai criteri di ragionevolezza, pur se condotti secondo uno scrutinio stretto, anzitutto perché il sindacato di ragionevolezza si svolge secondo parametri sostanziali e, proprio dal punto di vista sostanziale, è innegabile la piena continuità tra il rapporto caducato nel 2012 e quello oggi ripristinato. Questo effetto si modella sul rapporto già preesistente, che viene così "recuperato" e si spiega con l'esigenza di non disperdere il complesso lavoro già svolto e l'esperienza acquisita. L'oggetto del

contratto è il medesimo, il corrispettivo sarà determinato applicando le clausole di aggiornamento del prezzo contenute nei contratti a suo tempo stipulati e persino la durata rispecchia quella originaria.

- Insomma, vi sono elementi di sostanza che sembrano più che giustificare questa legge provvedimento. Il sindacato di ragionevolezza, infatti, assume come base l'art. 3 Cost. e dunque è ragionevole quella scelta del legislatore che non produce diseguglianze rispetto alle altre norme dell'ordinamento che siano comparabili (c.d. *tertium comparationis*). Qui il *tertium comparationis* da tenere in conto dovrebbe essere, appunto, quello di un rapporto inizialmente risolto e/o congelato che viene a produrre di nuovo effetti per il venir meno dell'ostacolo che lo aveva paralizzato, secondo il citato meccanismo dell'art. 1372. Non sembra vi siano irragionevoli diseguglianze. Ben diverso dal nostro caso, quale *tertium comparationis*, sarebbe stato quello dell'affidamento di una concessione nuova nei contenuti, eventualmente a soggetto differente, rilasciata in luogo di quella precedente senza alcuna gara pubblica. Inoltre, vi sono i precedenti che hanno riguardato la TAV e che si sono mossi secondo una logica analoga, di interruzioni legislative ed altrettante riprese (art. 11 d.l. n. 166 del 2002, art. 12 d.l. n. 112 del 2008).
- Piuttosto, *ad abundantiam* dovrebbe forse esser ricordato a proposito dell'art. 3 Cost. e delle indicazioni che provengono dall'ordinamento vigente che il nuovo Codice dei contratti pubblici (d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36) all'art. 1 ospita, in posizione di centralità, il principio del "risultato", che, applicato al nostro caso, certamente predilige una soluzione di continuità come quella individuata nel DL in quanto recupera le fasi procedurali precedenti e il lavoro già svolto.
- Quanto alla conformità al diritto UE e, segnatamente, alla direttiva 23 del 2014 dedicata, appunto, alle concessioni, se, per un verso, l'esistenza di un "nuovo" affidamento potrebbe teoricamente richiedere lo svolgimento di una nuova gara, per altro verso la scelta del DL potrebbe ben giustificarsi a mio parere perché, dal punto di vista sostanziale (quello al quale tradizionalmente guarda il diritto comunitario e dell'UE, da sempre attento al c.d. "effetto utile") si esaurisce nella reviviscenza di quel medesimo rapporto caducato nel 2012. Persino la durata resta la medesima. Le gare sono state già espletate nella fase precedente. Non si deve poi dimenticare che l'opera si inserisce in un disegno sul trasporto intermodale di livello europeo (il sistema TEN) che sta a cuore della Commissione, né va trascurata la sua eccezionalità, per complessità e per portata, che probabilmente spiega l'esigenza di non disperdere il lavoro già fatto, in relazione ad un progetto definitivo che a suo tempo era stato già vicino all'approvazione definitiva. Potrebbe essere altresì ricordato che già la

Commissione UE aveva ritenuto di acconsentire a dei sistemi speciali di affidamento di concessioni per la realizzazione di grandi e straordinarie opere, come accaduto nel caso del MOSE nel 2002, prescrizioni della Commissione, queste, che sono valide a tutt'oggi. Nel caso del MOSE la Commissione acconsentì addirittura ad una deroga al principio di obbligatorietà della gara, lasciando che il Consorzio Venezia Nuova operasse direttamente per quanto attiene ai lavori e trasformandosi in stazione appaltante solo per quanto riguarda le opere impiantistiche.

- A proposito della conformità al diritto UE possono aggiungersi due notazioni: (i) viene adeguata la *governance* di SdM ai caratteri della società *in house providing* che, già solo per la sua natura, può ricevere persino affidamenti diretti, oltre a rassicurare su un controllo pubblico “analogo” e che potrebbe persino tradursi nell'insediamento di un Commissario governativo in caso di emergenza (e questo è un argomento che, in verità, per quanto attiene alla concessione potrebbe assorbire tutti quelli che si sono testé spesi); (ii) non risulta che a livello UE siano mai state sollevate obiezioni circa la necessità di celebrare una nuova gara nella citata vicenda della TAV.
- La reviviscenza riguarda anche i rapporti a valle tra SdM ed imprese private e questo ripropone le questioni che sono prima esaminate e, se vogliamo, in maniera più delicata perché, mentre SdM è appunto una società *in house* – tale confermata e assestata proprio nel DL – che può ricevere un affidamento diretto, la questione è differente quando l'affidamento dei contratti a valle concerne dei privati. Tuttavia, mi sembra che entrambi i fili del ragionamento svolto ai punti precedenti possano esser ripresi per fondare la legittimità costituzionale e la conformità al diritto UE del DL, lì dove prevede la reviviscenza di tali contratti. Il dato sostanziale già illustrato alimenta infatti sia il giudizio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.* sia il vaglio dell'*effetto utile* delle direttive UE: si tratta solo di ripristinare rapporti regolarmente instaurati prima che intervenisse la caducazione disposta nel 2012.
- Vi è, a proposito dei privati, un ulteriore aspetto da sottolineare: il DL prevede che la reviviscenza dei contratti a valle presuppone che i privati abbiano prima rinunciato alle domande spiegate in giudizio contro i Ministeri e contro SdM e ad ogni altra pretesa riguardante il passato, con un effetto “tombale”. Non si dimentichi infatti che vi sono delle controversie ancor oggi pendenti. Questo aspetto inserisce nel rapporto una causa di tipo transattivo (prevenire controversie che potrebbero insorgere e/o porre fine a quelle pendenti, art. 1965 cod. civ.) la quale può riguardare non soltanto i contratti tra privati, ma anche gli accordi di diritto pubblico *ex art. 11, legge n. 241 del 1990*. Ebbene, nel caso di specie questa finalità transattiva è direttamente assorbita nella legge-

provvedimento e ben può concorrere a corroborare – anziché indebolire – il vaglio di ragionevolezza da svolgere sulla scelta del DL. Che possa esservi un interesse dello Stato ad ottenere una soluzione transattiva ponendo fine al contenzioso in essere e prevenendo contenziosi futuri mi sembra fuori discussione. E' vero che talvolta la giurisprudenza amministrativa ha espresso dei dubbi circa la possibilità di affidare in via diretta degli appalti nel contesto di una transazione eludendo gli obblighi di gara (Cons. Stato, sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5365), ma qui non si tratta di affidare un contratto “nuovo” appunto, ma solo di dare reviviscenza a quello già in essere. Inoltre, non si dimentichi che verosimilmente è l'esperienza concreta fatta nella fase precedente che il DL intende comprensibilmente non disperdere.

- Infine, il DL prevede un limite alla facoltà di SdM e dei privati di dar vita nuovamente ai loro rapporti, perché esige che siano rispettati i limiti alle modifiche (*recte*: varianti) imposti dallo stesso diritto UE (art. 72 della relativa direttiva) agli appalti in corso al fine di evitare trasformazioni del contratto che avrebbero richiesto la celebrazione di una nuova gara. Questo rafforza il legame e l'identità sostanziale tra il rapporto precedente regolarmente affidato e poi caducato dal DL del 2012 e quello che viene così a rivivere.
- Il progetto definitivo sarà sottoposto ad un percorso che prevede tre passaggi fondamentali: adeguamento e aggiornamento tecnico ad eventuali sopravvenienze di fatto e di strumenti e/o conoscenze tecniche; esame in conferenza di servizi e VIA; approvazione in CIPE.
- A quest'ultimo proposito formulo solo due osservazioni: (i) l'art. 3, comma 6, lì dove prevede che la VIA debba essere concentrata sugli elementi di novità del progetto deve essere comunque interpretato nel senso che, pur ragionevolmente volendosi (e potendosi) conservare le valutazioni e gli studi già effettuati in passato, nondimeno dev'essere anche assicurata quella considerazione finale d'insieme che è propria di questo tipo di strumento e che deve, appunto sfociare, in un giudizio complessivo ed unitario, inclusivo sia dell'impianto originario sia delle prescrizioni nuove e aggiornate; (ii) l'effetto autorizzativo *omnibus* previsto dall'art. 3 comma 8 dovrebbe essere ben coordinato col carattere solo istruttorio della conferenza di servizi, dato che, per poter avere una portata sostitutiva di tutte le autorizzazioni e provvedimenti necessari per provvedere, l'approvazione finale dovrebbe comunque presupporre un momento nel quale la volontà dei vari enti competenti si sia potuta pronunciare in via definitiva. Potrebbe al riguardo esser sufficiente una breve precisazione.