

Concessione di lavori o Concessione di servizi?

La questione è la distinzione tra concessione di servizi e concessione di lavori. In questa sede è trascurata la ben diversa questione della distinzione tra “appalto di lavori” e “appalto di servizi”, in ordine alla quale sarebbero necessarie altre considerazioni solo in parte sovrapponibili, rispettivamente, alla “concessione di lavori” e alla “concessione di servizi”. In disparte la diversità ontologica tra “appalto” e “concessione”, non è di molto aiuto nemmeno l’articolo 29 del Codice.

1.

Ci si sofferma qui brevemente e limitatamente alla distinzione tra concessione di servizi (articolo 30 del Codice) e concessione di lavori (articoli 142 e seguenti del Codice), dove quest’ultima è chiamata più correttamente e non a caso “concessione di costruzione e gestione”.

Alle due fattispecie corrispondono procedure radicalmente diverse nella fase di scelta del contraente:

- la prima esperibile mediante procedura negoziata, nel rispetto dei principi del Trattato, ma senza particolari vincoli ¹ (almeno fino all’entrata in vigore delle norme di recepimento della Direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014), con un numero autolimitato di concorrenti, senza limiti di importo e senza pubblicità legale, addirittura con quantificazioni aleatorie (se giustificate) ² e non procedimentalizzata dalle norme regolamentari (se non limitatamente all’articolo 278 del d.P.R. n. 207 del 2010);
- la seconda soggetta all’intera disciplina del Codice.

La diversa disciplina porta inevitabilmente, in caso equivoci o presunti tali, a privilegiare l’una o l’altra delle fattispecie, con la tendenza a preferire la concessione di servizi per la libertà procedimentale e di scelta dei requisiti, dei tempi, della gestione della gara.

L’argomento portato a sostegno della scelta della concessione di servizi, per prassi, è la prevalenza economica di questi (ovviamente in funzione della loro durata pluriennale o pluridecennale, opportunamente cumulata) rispetto all’importo dei lavori (in realtà dovremmo parlare dell’importo dell’investimento in lavori). Ovvero si invoca la discriminante “aritmetica” dell’articolo 14 del Codice.

Ma se fosse questa la discriminante, almeno in materia di concessioni, si finirebbe per provare troppo, fino al punto da espellere dall’ordinamento (e dalla logica) la concessione di lavori. E’ infatti facilmente verificabile come in tutte le concessioni di lavori (anche quella più *hard*) la somma del flusso di cassa pluriennale ³ è (deve essere) superiore all’importo dell’investimento.

¹ Consiglio di Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2249.

² TAR Toscana, Firenze, sez. II, 24 settembre 2015, n. 1282.

³ Il cash flow, a prescindere che derivi dall’erogazione di servizi a terzi, di servizi all’amministrazione concedente, di canoni di disponibilità di shadow toll.

Se non fosse così la concessione sarebbe fallimentare in partenza o, meglio, sarebbe impraticabile (a meno di pulsioni suicide dell'operatore).

2.

Ma volendo ben ponderare la questione, la giustificazione invocata per qualificare una concessione come "di servizi" in luogo di concessione "di lavori", non è corretta nemmeno sul piano meramente aritmetico.

Innanzitutto il flusso pluriennale in entrata andrebbe attualizzato, almeno al tasso WACC ⁴ (se attualizzato al tasso IRR ⁵ ne deriverebbe l'assoluta parità tra investimento in lavori e flusso di cassa pluriennale, con i due fattori a somma zero).

In secondo luogo, quello che abbiamo chiamato flusso pluriennale in entrata (in senso lato "l'importo cumulato dei servizi") solo in misura limitata e spesso non prevalente remunera i servizi, mentre per una buona parte remunera l'investimento (in parole semplici ne "copre" l'ammortamento, gli interessi passivi sul capitale di debito e il ritorno sul capitale di rischio) e, di fatto, aldilà della terminologia usata, costituisce il corrispettivo dilazionato dei lavori.

Questa condizione è cosa nota e naturale: se il flusso di cassa si limitasse a remunerare il servizio (compreso il giusto profitto dell'attività imprenditoriale), non si avrebbero risorse per ripagare l'investimento; se il flusso di cassa invece comprende anche l'ammortamento (quello che abbiamo chiamato corrispettivo differito o rateizzato per i lavori) la logica vuole che le due componenti siano considerate separatamente (almeno ai fini formali dell'individuazione del valore dei lavori e del valore dei servizi).

Se è così, allora una concessione di lavori con investimento iniziale di 10.000.000 e un flusso di cassa di 1.000.000 all'anno per 30 anni, con l'erogazione di servizi per quel periodo di tempo, sarà così composta:

- lavori (flusso in uscita): euro 10.000.000;
- flusso in entrata: 1.000.000 annuo; cumulato per 30 anni: euro 30.000.000, di cui:
 - 400.000 annui, cumulato per 30 anni: 12.000.000, per l'erogazione dei servizi;
 - 600.000 annui, cumulati per 30 anni: 18.000.000, per interessi e rimborso capitale.

Trascurando, per semplicità, sia l'attualizzazione sia il servizio del debito incorporato nell'ultimo importo in elenco, è facile rilevare che l'affermazione «*l'importo dei servizi pari a 30.000.000 prevale sull'importo dei lavori pari a 10.000.000*» non regge alla logica, in quanto comporta una indebita attribuzione all'ambito dei servizi quello che invece, di fatto, è il corrispettivo per l'esecuzione dei lavori. Ebbene, nel semplicissimo (e grossolano) esempio fatto sopra, i servizi soccombono anche sotto il profilo puramente quantitativo.

⁴ Costo medio ponderato del capitale.

⁵ Tasso interno di rendimento del progetto.

Diversamente opinando bisognerebbe spiegare perché un contratto di lavori da 10.000.000 è ricondotto al perimetro appunto di 10.000.000 e non di 20.000.000, costituito dalla somma arbitraria tra l'importo dei lavori e dal corrispettivo.

3.

Il principio che deriva da quanto argomentato potrebbe essere così riassunto: la qualificazione di concessione di servizi piuttosto che di concessione di lavori è incardinata sull'obiettivo perseguito, ben prima della mera entità economica dei due settori, che può costituire un "indizio" ma non può essere decisiva. Detto in modo diverso:

- se l'obiettivo perseguito è l'opera, ma per la realizzazione della quale, in assenza di risorse, si concedono a terzi servizi remunerati in modo da ripagarne l'investimento, allora siamo nell'ambito dei lavori; non a caso è definita più correttamente "concessione di costruzione e gestione", dal momento che il lavoro (costruzione) e i servizi (gestione) in questo caso sono due ambiti intrinsecamente inseparabili (l'uno non può esistere senza l'altro);
- se l'obiettivo perseguito è la gestione del servizio, ma per questa non ci sono le capacità e i mezzi per la gestione in proprio, per questo è concesso a terzi, e per esigenze di gestione è necessario effettuare lavori strumentali o propedeutici, anche se rilevanti, allora siamo nell'ambito dei servizi; non a caso è presente solo la parola "servizi" nella propria definizione, in questo caso i servizi possono sussistere senza lavori i quali assumono appunto carattere accessorio.

2015