



Audizione Pubblica al Parlamento Europeo Sessione 1

Implementazione delle regole sugli appalti pubblici e cooperazione intercomunale: problemi e prospettive

L'implementazione delle regole sugli appalti pubblici, previste nella *direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali*, e nella *direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, GUCE n. L 134 del 30/04/2004, sta avvenendo in Italia per mezzo del Testo Unico contenente il Codice dei Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture. Tale procedura, che già si configura come particolarmente complessa a seguito dell'intento di contenere in unico testo il recepimento delle nuove disposizioni comunitarie, risulta ulteriormente appesantita dalla volontà – fatta propria dal legislatore nazionale – di procedere ad un contestuale riordino in unico *corpus* normativo di una serie di provvedimenti relativi ad attività strettamente connesse a quelle oggetto delle direttive. Rientrano tra queste, a titolo esemplificativo, le regole relative alla vigilanza sui lavori pubblici, ed alla istituzione della relativa *Authority*, e la disciplina sulla finanza di progetto.

Confservizi condivide l'impostazione assunta dal legislatore nazionale, ne apprezza il lavoro sin qui svolto, ma non può esimersi dal riportare le difficoltà in cui si sono trovati gli operatori, dovute sia ai differimenti del recepimento definitivo rispetto alle scadenze previste nelle direttive stesse, sia alla introduzione di rilevanti novità rispetto alle quali sarebbe stata sicuramente opportuna, e particolarmente apprezzata, una attività di supporto tesa a diffondere informazioni sulle *Best Practices*.

In riferimento al merito dell'applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, non essendo certo questa la sede per approfondimenti ed analisi di dettaglio, ci limiteremo solo a menzionare alcuni degli aspetti di maggior rilievo.

Le direttive ripropongono la nozione di concessione di lavori contenuta nella precedente direttiva 93/37/CEE del 14 giugno 1993 (di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori) e definita come <<un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di lavori, ad eccezione del fatto che il

corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo>>, nonché, per la prima volta, di concessione di servizi, delineata in maniera parallela alla prima, ovvero come <<un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo>>. Questa impostazione appare in linea con la posizione assunta dalla Commissione europea nella *comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario (GUCE n. C 121 del 29/04/2000, 2000/C 121/02)* recante l'analisi dei criteri distintivi e caratterizzanti gli appalti pubblici e le concessioni. In questo documento, la Commissione ha ricordato come <<il criterio del diritto di gestione permetta di individuare alcuni elementi caratteristici per distinguere la concessione di lavori dall'appalto pubblico>>. Per poi chiarire che <<il diritto di gestione implica anche il trasferimento della responsabilità di gestione. Tale responsabilità investe al tempo stesso gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera. Spetta pertanto al concessionario, ad esempio, effettuare gli investimenti necessari perché l'opera possa utilmente essere messa a disposizione degli utenti e sopportarne l'onere di ammortamento. Inoltre, il concessionario assume non soltanto i rischi inerenti ad una qualsiasi attività di costruzione, ma dovrà altresì sopportare quelli connessi alla gestione e all'uso abituale dell'impianto. Da quanto precede si deduce che, in una concessione di lavori, l'alea relativa alla gestione viene trasferita al concessionario. (...) In conclusione, il diritto di gestione comporta il trasferimento al concessionario dell'alea derivante da tale gestione; la ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario avviene caso per caso in base alle rispettive capacità di gestire al meglio i rischi in questione. Se i poteri pubblici sopportano la maggior parte dell'alea legata alla gestione dell'opera, garantendo, per esempio, il rimborso dei finanziamenti, l'elemento "rischio" viene a mancare. In tal caso la Commissione ritiene che si tratti di un appalto pubblico di lavori e non di una concessione>> [paragrafo 2.1.2].

Emerge con evidenza che le regole e l'*opinio iuris* comunitarie riconoscono una distinzione profonda tra appalti pubblici e concessioni sia nella natura, sia nella definizione. Da questo punto di vista, pretendere di derivare la disciplina delle seconde sulla base delle regole definite per i primi, appare sicuramente una soluzione insoddisfacente, in quanto priva di tutti quei necessari approfondimenti *ad hoc* che sono imprescindibilmente richiesti dalla complessità del tema. Una utile esemplificazione al riguardo può essere data dall'accostamento di due figure tra loro estremamente diverse, come la concessione di un servizio di interesse generale, quale il servizio idrico, da un lato, e l'appalto di servizi informatici dall'altro; l'applicazione di una identica disciplina ad entrambi i casi citati non condurrebbe sicuramente, nella realtà, a risultati apprezzabili.

Peraltro, le differenze a cui si è accennato non possono avere, quale unica conseguenza, l'introduzione di regole differenziate tra appalti pubblici e concessioni. Infatti, pur non rientrando tra le finalità specifiche della presente comunicazione, si deve comunque segnalare come uno degli aspetti fondamentali in riferimento ai profili organizzativi dei servizi di interesse economico generale consista nell'assetto della regolazione di settore e nell'insieme delle regole di *governance* delle relazioni industriali. Ciò richiede la presenza, da parte del lato pubblico, di appropriati assetti istituzionali in grado di svolgere quelle attività di amministrazione che garantiscono soluzioni immediate ai diversi problemi che si possono presentare. In definitiva, la

gestione di contratti complessi ed incompleti come quelli concernenti l'affidamento in concessione, per una durata pluriennale, della gestione di un servizio di interesse generale richiede la costituzione di organismi di regolazione pubblica dotati di grande *Know How* settoriale, reputazione e capacità di aggiornare continuamente le disposizioni necessarie a completare il quadro di regole.

Lo sviluppo di simili soluzioni organizzative, nonché la necessità di promuovere nuove formule di partenariato pubblico privato, cui si accennerà di seguito, è parzialmente motivata dalle significative difficoltà derivanti dalla implementazione di procedure di gara per l'assegnazione di concessioni per la gestione di servizi di interesse generale. Recentemente tali difficoltà sono state individuate ed analizzate anche dalla Banca Mondiale, come emerge dallo studio *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right*, curato da Guasch, J. L., ed edito nel 2004, nel quale si riportano le seguenti evidenze statistiche in riferimento all'area dell'America Latina e dei Caraibi: il 46% delle concessioni assegnate attraverso procedure competitive sono state rinegoziate (il 54,7% di quelle relative al settore del trasporto, ed addirittura il 74,4% dei contratti inerenti l'acquedotto e la raccolta delle acque reflue); la rinegoziazione avviene in media dopo 2,2 anni dall'affidamento; le conseguenze della revisione delle clausole contrattuali sono principalmente rappresentate da dilazioni nelle obbligazioni legate agli obiettivi di investimento (69%), incrementi tariffari (62%), riduzione degli investimenti futuri (62%); l'esistenza di adeguati organismi di regolazione funziona da deterrente rispetto alla rinegoziazione *post* affidamento, che si registra nel 17% dei casi, rispetto al 61% delle situazioni senza regolatore. Tra le principali raccomandazioni si trovano le seguenti: "appropriate *Regulatory Framework and Agency* devono essere istituite prima di procedere alla assegnazione delle concessioni", unitamente "ad adeguati metodi contabili per la registrazione di tutte le attività e passività afferenti la gestione" (pag. 21).

L'insieme delle considerazioni che precede suggerisce anche la necessità di considerare adeguatamente le specificità settoriali, cercando di coniugarle con il quadro giuridico di riferimento in materia di appalti pubblici e di concessioni. Infatti, ad esempio in Italia, esistono legislazioni settoriali in materia di gestione dei rifiuti urbani e del servizio idrico integrato che qualificano come parti di un servizio di interesse generale alcune attività che negli allegati delle direttive compaiono come appalti pubblici. Ciò genera quella incertezza normativa richiede, per essere superata, un coordinamento tra le definizioni adottate. Trascurare le specificità settoriali, quando si tratta di servizi di interesse generale, significherebbe negare a questi adeguate opportunità di sviluppo, che data la natura del servizio offerto e gli specifici rischi ricadenti sui soggetti erogatori, dato il mercato di riferimento e le modalità di finanziamento dello stesso, richiedono senz'altro appropriate soluzioni in termini di *Public Policy & Regulation*.

Le regole comunitarie relative agli appalti manifestano limiti analoghi a quelli appena decritti rispetto ai richiami e rimandi alle stesse nella disciplina delle varie forme di partenariato. L'approccio fin qui seguito dalla Commissione europea è passato, infatti, dall'esprimere un giudizio genericamente positivo sul tema (ci si riferisce in particolare ai contenuti delle *Guidelines for successful public - private partnerships*, del marzo 2003 e del *Resource Book on PPP case studies*, del giugno 2004) alla contestualizzazione dello stesso nell'ottica dello sviluppo e della coesione del mercato interno. In tal senso assume particolare rilevanza il *Libro verde relativo ai*

partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, COM(2004) 327, 30.4.2004. Detto provvedimento ha tentato di delineare un primo approccio complessivo alla materia – ricomprendendovi anche la parte relativa ai partenariati istituzionali (IPPP) – senza, tuttavia, avere la portata attesa dagli operatori. L'ultimo intervento comunitario nelle materie fin qui trattate è la recente *comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, COM(2005) 569 final, 15.11.2005.

Al riguardo, Confservizi ritiene che l'obbligo di adottare procedure di selezione del partner privato che siano trasparenti e non discriminatorie, in modo da garantire il pieno rispetto dei principi del Trattato, rappresenta un elemento imprescindibile per una definizione coerente di IPPP. Allo stesso tempo, una amministrazione aggiudicatrice interessata a reiterare detta formula organizzativa, deve effettuare la selezione del partner mediante procedure trasparenti e non discriminatorie alla scadenza del periodo di affidamento. Questo meccanismo ha dimostrato, nella evidenza comunitaria, di poter coniugare le rilevanti necessità finanziarie proprie dei servizi di interesse generale, con il rispetto dei principi del Trattato in materia di mercato interno e con le soluzioni che emergono in materia di ripartizione dei rischi tra soci pubblici e partner privati. Allo stesso, in autorevoli consessi internazionali, la suddetta modalità è emersa come la più indicata per promuovere il coinvolgimento del capitale privato nella erogazione di servizi di interesse generale, soprattutto in riferimento alle attività igienico-ambientali.

Ci sono anche altri aspetti che devono essere considerati in questo ambito, di cui si fa solo menzione, come la promozione di forme di raccordo tra diritto societario, e forme di *governance* ivi previste, ed attribuzioni amministrative assegnate alle amministrazioni partecipanti alla compagine azionaria, nonché la definizione di funzioni amministrative che devono trovare, nei diversi casi, una appropriata distinzione (ad esempio: regolazione, controllo, gestione, programmazione).

Un altro tema che merita attenzione è quello del campo di applicazione delle direttive appalti. Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva 2004/17/CE, la stessa si applicherebbe agli enti aggiudicatori intesi come amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche. A questo proposito sembra suscitare perplessità l'inclusione tra la definizione di amministrazioni aggiudicatrici di determinati soggetti. In particolare, la nozione di "impresa pubblica", ovvero di <<impresa su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione>>, risulta pleonastica. La stessa, infatti, appare affiancata alle figure di "organismo di diritto pubblico" e a quella delle imprese che, non avendo le caratteristiche dell'impresa pubblica, operano in virtù di "diritti speciali o esclusivi". Pertanto, dovendosi ritenere che l'impresa pubblica non goda di diritti speciali né esclusivi e che non partecipi alla natura dell'organismo di diritto pubblico e che, quindi, possa operare anche in mercati potenzialmente concorrenziali, non se ne comprende l'assimilazione alle figure appena citate. Sarebbe, al contrario, più appropriata l'inclusione nell'ambito applicativo della direttiva l'affidamento di attività avente le caratteristiche *dell'in house providing*. Si ritiene, infatti, che, qualora un soggetto assuma detta veste, nell'affidare, *rectius* appaltare, all'esterno lavori o servizi debba rivestire la qualifica di

amministrazione aggiudicatrice e, quindi, sottostare alle norme comunitarie sugli appalti.

Un ulteriore richiamo deve, infine, essere rivolto alla necessità di avere adeguate Autorità nazionali di vigilanza e garanzia della corretta applicazione delle normative appalti. L'istituzione di detti soggetti rappresenta, senz'altro, un fattore positivo e di salvaguardia delle regole concorrenziali, del tutto corrispondente alle politiche di *Better Regulation* portate avanti in più sedi dalle istituzioni comunitarie. Tuttavia, non ci si può esimere dall'evidenziare che, laddove vi siano fenomeni di duplicazioni di autorità o di sovrapposizione di ruoli e funzioni tra soggetti diversi, come accade nel caso italiano – dove, ad esempio, le competenze in materia di vigilanza sugli affidamenti di servizi di interesse generale di natura ambientale sono assegnate all'Autorità garante della concorrenza, all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e all'Autorità per la vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti – il rischio che concretamente potrebbe derivarne sarebbe quello di una *Over Regulation* con esiti del tutto negativi sugli operatori del mercato.

Il quadro giuridico di riferimento in materia di appalti pubblici e di concessioni deve poi opportunamente essere esaminato alla luce delle prospettive che offre in termini di semplificazione dell'attività amministrativa o di implementazione del cosiddetto principio di sussidiarietà orizzontale. Da questo punto di vista, la discussione che si è sin qui sviluppata in riferimento al tema del Partenariato Pubblico non ha ancora adeguatamente approfondito i necessari strumenti da assegnare agli operatori pubblici nel perseguimento di finalità di interesse generale. Sarebbe viceversa auspicabile lo sviluppo di una idonea flessibilità organizzativa e, conseguentemente operativa, avente come destinatari le amministrazioni, che oltre ad essere soggetti che manifestano fabbisogni, possono esprimere anche elevati livelli di *know how* a beneficio di altri organismi pubblici. Allo stesso tempo, la promozione di partenariati pubblici orizzontali è originata dalla necessità di rendere più efficiente la prestazione di servizi alla cittadinanza, razionalizzando l'uso delle risorse pubbliche. In questo contesto, assumono particolare rilievo le realtà delle cooperazioni inter-comunali. Queste ultime sono state riconosciute dalle istituzioni comunitarie come forme di collaborazione volte alla promozione e all'assolvimento di compiti di interesse generale. Le realtà locali, infatti, svolgono un ruolo fondamentale in termini di crescita della competitività e dello sviluppo territoriale, e rappresentano contesti nei quali risulta possibile il coinvolgimento dei molteplici *Stakeholder*, dalla comunità locale alle ONG. Prioritaria diventa, pertanto, la ricerca di un necessario punto di bilanciamento tra le regole e principi sottesi alla creazione ed implementazione di un mercato interno concorrenziale e quelli di sussidiarietà e autonomia, negli ambiti riconosciuti dalla stessa Comunità europea, degli Stati e delle realtà locali. Posizione centrale in questo dibattito è assunta dalle regole comunitarie sugli appalti pubblici.