

Contributo alla consultazione della UE
***"Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati
ed al diritto comunitario
degli appalti pubblici e delle concessioni"***

Presentato da:
Unioncamere
e
CCIAA di Roma

1. PREMESSA

Il presente documento rappresenta il contributo dell' Unioncamere - Unione Italiana delle Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura - alla consultazione promossa dalla Commissione Europea in materia di partenariato pubblico privato.

Attraverso il presente elaborato il sistema camerale italiano si prefigge l'obiettivo di portare all'attenzione della Commissione sia l'esperienza maturata nel ruolo di interprete delle esigenze del mondo produttivo nazionale in campo infrastrutturale, sia la posizione che si va delineando per le Camere di Commercio nazionali quali attori diretti di interventi di partenariato, riconosciuti come tali dalla normativa nazionale.

Inoltre il sistema camerale gestisce il monitoraggio ufficiale delle attività di collaborazione tra pubblica amministrazione e privati, volta alla realizzazione di infrastrutture o allo svolgimento di servizi di interesse pubblico. In particolare, in quest'ultima veste, Unioncamere e Camera di Commercio di Roma hanno promosso l'**Osservatorio Nazionale del Project Financing** (www.infopieffe.it), insieme al Ministero dell'Economia e delle Finanze e all'Unità Tecnica della Finanza di Progetto/Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE). Conseguentemente, tutti i dati riportati nel presente elaborato costituiscono altrettanti dati ufficiali ricavati dall'Osservatorio.

2. UNIONCAMERE, le CAMERE DI COMMERCIO INDUSTRIA, ARTIGIANATO e AGRICOLTURA ITALIANE

L'Unioncamere è una struttura nata come associazione volontaria delle Camere di Commercio il 9 maggio 1901. Il 31 marzo 1928 è stata sciolta. L'8 maggio 1946 è stata ricostituita.

Questa ha come capisaldi normativi (relativamente alla giurisprudenza italiana):

1. Il D.P.R. 30 giugno 1954, n. 709 con il quale è stata riconosciuta la personalità giuridica di diritto pubblico.
2. Il D.P.R. 31 dicembre 1985, n. 947 che ha approvato il nuovo statuto
3. La L. 11 luglio 1998, n. 266 che ha sottratto l'ente alla disciplina della contrattazione del pubblico impiego posta dalla legge quadro 11 luglio 1980
4. Il D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (art. 73, c. 5) per la disciplina del personale
5. La L.29 dicembre 1993, n. 580 che ridefinito, agli artt. 7 e 22 le funzioni statuarie e le forme di finanziamento dell'Unione
6. Il D.P.C.M. 5 gennaio 1995 che ha approvato il nuovo statuto modificato al fine di armonizzarne le norme alla L.580/1993 e al D.Lgs. 29/1993 con la separazione dei poteri di indirizzo e verifica - posti in capo agli organi collegiali - e quelli riservati alla dirigenza.

In particolare l'art. 7 della L. 580/1993 ha precisato che l'Unioncamere cura e rappresenta gli interessi generali delle Camere di Commercio; promuove, realizza e gestisce, direttamente o per il tramite di proprie aziende speciali, non ch  mediante la partecipazione ad organismi anche associativi, ad, enti, a consorzi e a societ  anche a prevalente capitale privato, servizi ed attivit  di interesse delle Camere di commercio e delle categorie economiche.

L'Unioncamere inoltre lavora in collaborazione con le organizzazioni imprenditoriali, con numerosi enti ed organismi nazionali ed internazionali attraverso la sede di Bruxelles cura i rapporti del sistema camerale con la Commissione dell'Unione europea e la partecipazione a Eurochambres. Presso l'Unioncamere sono stati costituiti ed operano vari comitati e commissioni per lo studio ed il coordinamento di procedure e di norme.

L'Unioncamere ha sede a Roma, piazza Sallustio, 21.

Attualmente la rete delle 103 Camere di Commercio partecipa con quasi 335 milioni di euro in oltre 600 societ  italiane che si occupano di infrastrutture, detenendone in media una quota partecipativa del 10%. Questa percentuale media sale al 44% se vengono considerate societ  riguardanti il sistema fieristico ed espositivo.

3. CONSIDERAZIONI SINTETICHE SUL LIBRO VERDE UE-COM (2004) 327

Prima di procedere alla risposta puntuale dei quesiti posti dalla Commissione sul Documento COM (2004) 327, si ritiene possa essere utile riportare sinteticamente le principali considerazioni svolte in tema di Partenariato Pubblico-Privato e di diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni dal sistema delle Camere di Commercio italiane.

1. La prima considerazione attiene alla definizione di "partenariato pubblico privato". Le riflessioni formulate al riguardo dalla Commissione UE nascono indubbiamente da una serie di constatazioni sul come "normalmente" si connota il fenomeno.

Ma   proprio il concetto di "normalit " che fa sollevare qualche perplessit  per la differente tradizione giuridica esistente tra Paesi che si riconoscono nella "common law" e Paesi che si rifanno ad un'impostazione "sistematica" del diritto.

In altri termini, si ritiene che sarebbe apprezzato uno sforzo per **definire pi  precisamente i confini del partenariato pubblico privato**, eliminando una serie di dubbi e perplessit  che nel dettaglio saranno pi  oltre evidenziati.

D'altro canto, solamente una volta definito quanto pi  esattamente possibile il fenomeno e, dunque, una volta definito "l'oggetto", si potr  passare a riflettere sulle possibili regole applicabili al medesimo, onde garantire uno sviluppo del fenomeno in condizioni di concorrenza effettiva e di chiarezza giuridica, come auspicato dalla Commissione UE.

2. In questo contesto, la seconda considerazione attiene alle "regole" da applicarsi ai PPP, regole che in taluni casi risultano già codificate in maniera rigida, in altri in maniera più blanda, in altri ancora sfuggono ad ogni inquadramento di diritto derivato e, da ultimo, vedono talune fattispecie assoggettate solamente alla base minima di principi derivanti dagli articoli da 43 a 49 del Trattato Cee, con la conseguenza di determinare un'ampia divergenza di approcci sul piano nazionale, come sottolineato dallo stesso Libro Verde.

Pare logico concludere nel senso che la divergenza di approcci non possa continuare a fare perno sulla differente applicazione dei principi del Trattato e che si renda, quindi, necessaria un'iniziativa che garantisca un approccio giuridicamente più certo ed economicamente più concorrenziale.

Ma, trattandosi di operazioni che dovranno essere attuate nell'ambito di un'Europa oramai allargata a Paesi tra loro con tradizioni giuridiche, amministrative ed economiche profondamente differenti, detta iniziativa regolamentatrice non potrà che concernere interventi da assumere sulla base di **dati conoscitivi assolutamente completi ed esaustivi dei fenomeni da trattare e delle modalità attuative finora utilizzate**, tenendo conto dei contesti in cui si va ad operare.

3. La terza considerazione di carattere generale è strettamente conseguente a quanto sinora osservato: se una volta conosciuto esattamente il quadro nel quale si va ad operare e definite puntualmente le esigenze da soddisfare si reputerà necessario codificare con un'iniziativa legislativa l'intero fenomeno dei partenariati pubblici privati, **le regole non potranno che essere scarse ed essenziali**. Ciò per poter sollecitare l'interesse dei privati ad agire e per poter essere efficacemente applicate da Paesi tra loro con tradizioni così profondamente diverse. Nel frattempo potrebbe essere oltremodo utile per una reciproca conoscenza e maggiore concorsualità di fatto, procedere alla pubblicazione, nelle lingue dei singoli Paesi, delle regole dirette e indirette che vengono utilizzate per i PPP nelle differenti realtà nazionali.

4. Una migliore apertura alla concorrenza passa per regole essenziali, ma anche per regole scarse, chiare e di facile applicazione.

Non tutte le norme già vigenti, però, sono di facile applicazione, a cominciare da quelle sul **dialogo competitivo**.

Del pari, non tutte le norme vigenti sono chiare, atteso che, ad esempio, il concetto di gestione - che differenzia la concessione dall'appalto - è stato collegato, dalla stessa Commissione Ue al **concetto di rischio**, i cui contorni però vengono individuati nel Libro Verde sia in taluni tipi di appalto sia nelle concessioni, con la conseguenza, denunciata dalla stessa Commissione, che procedure avviate come concessioni potrebbero dover essere poi tramutate in procedure di appalto e viceversa.

Infine, **non tutte le regole vigenti sono scarse**, atteso che sembrano permanere ingiustificate duplicazioni di livelli procedurali, come, ad esempio, nel caso delle **concessioni di lavori attribuite ad organismi**

di diritto pubblico, i quali, pur dopo una competizione per ottenere la concessione, sarebbero chiamati a valle a rispettare integralmente le regole sugli appalti fissate dalla direttiva in luogo delle regole ben più snelle spettanti a tutti gli altri concessionari per i rispettivi appalti.

5. Proprio quest'ultimo esempio evidenzia come si renda necessario indagare ulteriormente anche il fenomeno definito dal Libro Verde come "**partenariato istituzionalizzato**", specie quando a tale realtà si assommano le regole proprie delle concessioni di lavori pubblici riferite a soggetti qualificabili come organismi di diritto pubblico. Analogamente dicasi con riferimento all'esigenza di approfondire ulteriormente i risvolti della **fase "gestionale" dei PPP**, che danno vita ai profili più delicati ed ai contrasti più radicali, concernendo rapporti già consolidati e che dovrebbero ulteriormente durare nel tempo.
6. Altra esigenza fortemente sentita **a livello operativo è quella di un ausilio** per comprendere prima, e correttamente applicare poi, concetti elaborati, magari ripetutamente, dalla **giurisprudenza comunitaria**, taluni dei quali continuano però a restare di difficile traduzione pratica a fronte delle singole fattispecie concrete: si pensi all'elaborazione concettuale legata alla "sentenza Tekal" **sugli interventi c.d. "in house"**, ovvero al concetto di "**influenza certa**" riferita ai casi di assunzione di controllo da parte di un'entità pubblica ed oggetto di riflessioni nell'ambito dello stesso partenariato "istituzionalizzato" trattato dal Libro Verde. Senza trascurare l'importanza di chiarire concetti quali: "**modifica sostanziale dell'oggetto del contratto**", atteso che dalla differente valutazione della sostanzialità della modifica dipende l'avvio o meno di una nuova procedura concorsuale e, dunque, la legittimità o meno dell'agire del committente.
7. Da ultimo si riconosce che il Libro Verde sui PPP costituisce uno strumento per agevolare l'interpretazione delle norme vigenti. Si rende però necessario indagare ulteriormente i molteplici profili di "**diritto transitorio**" che si pongono specialmente in Paesi, come l'Italia, in cui la tradizione di ricorso alle concessioni è molto radicata e vi sono concessioni operative già da molti anni e che saranno tali ancora per molti anni a venire.

RISPOSTE AI QUESITI SPECIFICI POSTI DALLA COMMISSIONE UE

1. Quali tipi di operazioni di PPP puramente contrattuali conoscete? Tali operazioni sono oggetto di una regolamentazione specifica (legislativa o di altro tipo) nel vostro paese?

Nell'ambito della normativa italiana figura essenzialmente la concessione di lavori pubblici, la quale è disciplinata sia tramite la riproduzione delle regole comunitarie (artt. 2 e 19 della legge n.109/94 e s.m.i.), sia tramite le specifiche regole concernenti la figura del "promotore", di cui agli artt. 37 bis e seguenti della legge n. 109/94 e s.m.i.

A ciò si è recentemente aggiunta la previsione di cui all'art.19, comma 2 ter della legge n.109/94 e s.m.i. con la quale il legislatore si è limitato a prevedere che: *"Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate all'utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti al concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera"*.

Detta previsione non è stata finora accompagnata da norme di dettaglio e non ha trovato in concreto effettivo utilizzo.

2. Secondo la Commissione, il recepimento nel diritto nazionale della procedura del dialogo competitivo permetterà alle parti interessate di disporre di una procedura particolarmente adeguata all'aggiudicazione dei contratti qualificati come appalti pubblici in occasione dell'attuazione di un PPP di tipo puramente contrattuale, pur preservando i diritti fondamentali degli operatori economici. Condividete questo punto di vista? Se no, perché?

La normativa sul dialogo competitivo, di cui all'art. 29 della direttiva 2004/18/CE, è sicuramente importante, perché mira a trovare una soluzione per la realizzazione di interventi particolarmente complessi anche allorquando le amministrazioni interessate si trovino nell'impossibilità oggettiva di individuare preliminarmente i mezzi per soddisfare le proprie esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o giuridico-finanziarie.

A tal fine è stata introdotta una procedura specifica che unifica sia la fase di approfondimento, definizione e scelta dell'oggetto contrattuale da parte dell'amministrazione e sia la fase di aggiudicazione all'operatore economico che ha concorso alla definizione del progetto stesso. Si auspica che la struttura di detta procedura possa rivelarsi più efficace e snella di quanto finora perseguibile con un susseguirsi di procedure articolate per fasi, che procedevano dalla puntuale individuazione dei mezzi/soluzioni utilizzabili, alla definizione del progetto prescelto, fino all'individuazione dell'operatore in grado di realizzarlo, ma si conta anche che ciò possa avvenire nel rispetto pieno dei principi comunitari, in primis quello di trasparenza.

Propedeutico, peraltro, a tutto ciò risulta il fatto che sarebbe oltremodo utile che la Commissione provvedesse - anche solamente mediante una

comunicazione o altro strumento non normativo – a chiarire meglio i presupposti in presenza dei quali è possibile fare ricorso a detta nuova procedura, onde scongiurare la possibilità che eventuali dubbi sul campo di applicazione comportino l'avvio di ricorsi.

Analogamente dicasi in ordine alle modalità di svolgimento della procedura, laddove si ipotizza che essa *"...si svolga in fasi successive, in modo da ridurre il numero di soluzioni da discutere"*. Per Paesi come l'Italia l'applicazione di detta previsione sarebbe risultata, probabilmente, maggiormente chiara e proficua qualora la stessa domanda di invito da parte dei candidati fosse stata accompagnata dalla obbligatoria presentazione di ipotesi di soluzione, in modo da orientare subito l'amministrazione interessata circa i mezzi utilizzabili o le soluzioni possibili presenti sul mercato, da affinare, poi, unitamente ai partecipanti al dialogo stesso.

In tal modo, peraltro, si sarebbe pervenuti, a conclusione del dialogo competitivo, ad un'unica soluzione sulla quale i partecipanti sarebbero stati chiamati a presentare l'offerta finale. Il testo in vigore, invece, ipotizza come possibile risultato del dialogo competitivo anche una pluralità di proposte non omogenee tra loro, rispetto alle quali presentare le offerte finali dei partecipanti.

Proprio questa possibilità appena accennata non risulta in sé chiara nei meccanismi operativi e, ancor più, non sembra preservare i diritti fondamentali degli operatori economici, in primis quelli al riconoscimento dei c.d. "diritti d'ingegno", specie allorquando le amministrazioni interessate non prevedano nemmeno premi o pagamenti in favore dei partecipanti al dialogo competitivo che non dovessero risultare vincitori.

Nel complesso, peraltro, l'intera procedura potrebbe risultare di difficile attuazione pratica per la parte in cui – correttamente – si prevede che *"le amministrazioni non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte né altre informazioni riservate comunicate dal candidato partecipante al dialogo..."*.

Ma l'aspetto forse più delicato della fattispecie del dialogo competitivo, sulla quale occorrerebbe riflettere ulteriormente, in modo da contenere quanto più possibile questa procedura nell'ambito di casi ben definiti è la possibilità di mettere in gara sullo stesso piano idee diverse senza necessariamente creare competizione sulla realizzazione - più o meno efficiente - della soluzione finale prescelta. E' infatti di immediata evidenza che se a gareggiare sono operatori tra loro anche molto diversi, i quali propongono soluzioni difformi nel contenuto, tutto questo non assicura che il portatore della "migliore" soluzione sia anche il soggetto più affidabile ed efficiente per realizzarla.

In definitiva, dunque, o si riescono a definire condizioni obiettive chiare che consentono il dialogo competitivo, oppure si rischia di assecondare il ricorso ad una procedura "opaca", che, in ultima analisi potrebbe anche assecondare l'incapacità di programmazione e controllo sulla progettazione della PA, portando, al limite, operatori meno efficienti di altri

all'aggiudicazione di commesse, attraverso la proposta di soluzioni non specularmente confrontabili in termini di costi e qualità con quelle scartate.

Il tutto potrebbe spingere il PPP in un contesto di discrezionalità negativo per il pieno rispetto dei principi di trasparenza e pari opportunità.

3. Per quanto riguarda questi contratti esistono, secondo voi altri punti, oltre a quelli relativi alla scelta della procedura di aggiudicazione, che potrebbero causare problemi riguardo al diritto comunitario degli appalti pubblici? Se sì, quali e per quali ragioni?

Si ritiene opportuno segnalare che l'applicazione in Italia delle direttive previgenti alla n. 18 del 2004 non ha sostanzialmente comportato l'utilizzo della procedura negoziata prevista per i casi in cui il bando riguardi: *"..lavori la cui natura o i cui imprevisti non consentano una fissazione preliminare e globale dei prezzi"*.

Un chiarimento comunitario in proposito, ulteriore rispetto a quello già contenuto nel Libro Verde, potrebbe essere oltremodo utile per un maggior ricorso anche in Italia alla procedura negoziata, atteso che per il diritto nazionale e per la cultura giuridica italiana le incertezze che gravano sulla natura e sulla dimensione dei lavori da realizzare, per come illustrati sia pure a titolo di esempio nel Libro Verde stesso, non consentono certamente il ricorso alle procedure derogatorie, ma giustificano unicamente un compenso c.d. "a misura", ossia rapportato alla portata dei lavori realizzati nel concreto, misurati effettivamente al completamento e solo presuntivamente quantificati al momento del lancio della procedura.

D'altro canto, va ricordato che, in applicazione della normativa italiana, nessun appalto pubblico di lavori è stato sinora considerato come riconducibile ad alcuna forma di partenariato pubblico-privato e, pertanto, la ricostruzione operata dalla Commissione - in forza della quale sia le situazioni eccezionali appena sopra richiamate, sia le nuove procedure di appalto dette di "dialogo competitivo" sarebbero, invece, riconducibili ad un partenariato di tipo puramente contrattuale - rischiano di ingenerare incertezze tra gli operatori e paralisi da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Ciò non significa, tuttavia, che gli operatori italiani non abbiano un grande interesse a ricorrere alle forme di PPP per come delineate dalla Commissione. Basta considerare che le forme di partenariato riepilogate dalla Commissione sono tutte connotate dalla possibilità - ammessa a livello comunitario ma assolutamente negata a livello nazionale - del ricorso a procedure negoziate con bando o, comunque, a forme di affidamento meramente rispettose dei principi del Trattato di non discriminazione, trasparenza e pubblicità e, come tali, notevolmente più snelle e flessibili.

Peraltro, è la stessa portata del concetto di "rischio" - diffusamente utilizzato nell'ambito della Comunicazione interpretativa del 2000 sulle concessioni - che sembrerebbe assumere differente estensione in Italia, rispetto al resto dell'Europa e, comunque, non ben chiara.

Non a caso, peraltro, le nuove direttive comunitarie n. 17 e n. 18 del 2004 sugli affidamenti nei settori "tradizionali" e nei "settori speciali" non menzionano mai il concetto di rischio, nemmeno con riferimento alla fase della gestione.

Per contro, in Italia, il concetto di rischio è stato finora connesso strettamente ed unicamente al concetto di "gestione/sfruttamento" di un'opera. Ne è conseguito, ad esempio, che il "rischio della costruzione" è connaturato ad ogni appalto pubblico di lavori e persino quando esso è risultato accompagnato dall'assunzione da parte del soggetto privato del "rischio della disponibilità", non ha contribuito a classificare né l'intervento come un partenariato pubblico privato, e nemmeno a computare gli attivi legati all'intervento del privato come "attivi non pubblici" ai fini dell'impatto sul deficit/sull'eccedenza pubblica e sul debito pubblico.

E ciò proprio perché il concetto di rischio è stato considerato sempre come sommatoria tra "rischio di costruzione" e "rischio della domanda", senza tenere in alcun conto il "rischio della disponibilità", perché non chiaro e, come tale, non utilizzabile.

4. Avete già organizzato, o avete l'intenzione di organizzare o partecipare ad una procedura d'attribuzione di una concessione nell'Unione? Che esperienza ne avete ricavato?

Non sono state ancora sviluppate esperienze in tal senso.

5. Ritenete che l'attuale quadro giuridico comunitario sia sufficientemente preciso per garantire la partecipazione concreta ed effettiva di società o gruppi non nazionali alle procedure di aggiudicazione di concessioni? Secondo voi, in questo contesto è attualmente garantita una concorrenza reale?

Peraltro, l'esperienza italiana evidenzia anche una presenza del tutto marginale di imprese straniere alle procedure indette in Italia. L'unico caso rilevato sulla base dei dati dell'Osservatorio nazionale sul Partenariato Pubblico Privato riguarda l'aggiudicazione con il sistema del promotore alla società RAPT INTERNATIONAL per la progettazione costruzione e gestione di un sistema di tranvia integrato tra i comuni di Firenze e Scandicci per un valore di circa 252 milioni e mezzo di euro.

Dalle rilevazioni dell'Osservatorio, peraltro, risulta che l'effettuazione della pubblicazione per le aggiudicazioni, ancorché prevista per legge al di sopra di certi importi, avviene soltanto nel 30% dei casi; l'attività di indagine diretta svolta dall'Osservatorio sul campo, consente tuttavia di portare tale percentuale attorno al 60%, ma di alcuni casi aggiudicati non si viene a conoscenza in alcun modo.

6. Pensate che un'iniziativa legislativa comunitaria mirante a regolamentare la procedura d'aggiudicazione di concessioni sia auspicabile?

L'Italia ha regolamentato con legge la procedura di aggiudicazione delle concessioni di lavori pubblici e la figura del promotore, che su tale istituto si innesta. Ciò ha, per un verso indiscutibilmente irrigidito gli interventi delle amministrazioni, dato anche il contenuto specifico delle regole che sono state individuate dal legislatore nazionale, ma, per altro verso, ha altrettanto indiscutibilmente consentito di trattare in maniera uniforme un istituto che nel Paese ha storicamente avuto una diffusione considerevole e che da ultimo, ha registrato un marcato incremento di interventi promossi da "promotori".

Ciò ha consentito la realizzazione e la messa a disposizione dei cittadini di opere che, diversamente, non avrebbero potuto essere realizzate tempestivamente e - fatto da sottolineare molto positivamente - ha spinto i decisori a compiere scelte condivise, intorno ad esigenze concrete, in tempi compatibili con l'economia, laddove in passato venivano tenuti in conto i soli tempi della "politica".

Queste considerazioni, evidentemente, fanno propendere per l'utilità di un'iniziativa comunitaria in materia, non necessariamente a livello normativo, al fine di omogeneizzare nella sostanza gli interventi tra tutti i paesi dell'UE, traendo eventualmente anche insegnamento dai profili che hanno mostrato criticità nell'esperienza normativa italiana.

7. In maniera più generale, se ritenete che sia necessario che la Commissione proponga una nuova azione legislativa, esistono a vostro parere ragioni oggettive per regolamentare tramite un tale atto tutti i tipi di PPP di tipo contrattuale, siano essi qualificabili come appalti pubblici o come concessioni, per sottoporle a identici regimi di aggiudicazione?

Il quesito, nell'associare l'appalto al PPP ripropone essenzialmente l'esigenza, già segnalata precedentemente, di definire esattamente il significato di partenariato pubblico-privato. Ma prescindendo ora da tale aspetto, si è del parere che - sicuramente - pratiche e, ancor più, regole omogenee, utilizzate da parte di tutti gli operatori degli Stati membri garantirebbero una con-correnza maggiore di quanto non avvenga oggi con riferimento a una risorsa particolare e soprattutto scarsa, come il territorio. Lo conferma, d'altro canto l'esperienza maturata nell'Europa a "15", tra la fase di introduzione del diritto comunitario sugli appalti e la realtà attuale. Si ritiene, pertanto, che anche gli operatori italiani potrebbero essere maggiormente avvantaggiati da una realtà più omogenea in un mercato oramai allargato a 25.

Tuttavia, si deve osservare che un'azione legislativa che non fosse preceduta da una ricognizione dettagliata e completa delle realtà operative praticate nei vari Paesi potrebbe accrescere le difficoltà, anziché concorrere a ridurle.

Analogamente dicasi circa un quadro di pratiche/regole che non risultasse costruito in maniera armonica e sistematica o che non risultasse sufficientemente chiaro.

D'altro canto si conviene sul fatto che non sempre risulta facile la traduzione in norme di concetti che possono essere persino ben definiti - come ha dimostrato l'esperienza recente per l'introduzione a livello di direttive comunitarie di concetti oramai acquisiti dalla stessa giurisprudenza comunitaria - la cui utilizzazione può risultare ben precisa con riguardo al singolo caso, ma di difficile trasposizione nel diritto positivo comunitario.

Inoltre, va tenuto in grande conto il fatto che l'allargamento - intervenuto rispetto a Paesi con tradizioni molto differenti da quelle degli Stati membri che sinora hanno costituito l'Europa - sottolinea sia l'importanza dell'adozione di regole omogenee e condivise, sia la problematicità di pervenire ad una uniformità applicativa da parte degli operatori, in forza delle differenti esperienze, culture e strutture sulle quali poter contare.

Ne consegue una proposta di operare per "passi successivi", muovendo da un approfondimento e un confronto delle conoscenze, ad esempio rendendo disponibili in tutte le lingue i sistemi di regole dei vari Paesi in tema di PPP nonché dalla diffusione di una cultura della concorrenza sul territorio maggiormente sentita, con riferimento in particolare all'applicazione concreta e diffusa dei principi del Trattato, per passare quindi all'utilizzo di buone pratiche operative ed, eventualmente, in prospettiva pervenire al varo di nuove norme, le quali sicuramente servirebbero a ridurre i costi legati in particolar modo all'attuazione di operazioni a livello transnazionale.

8. In base alla vostra esperienza, l'accesso degli operatori non nazionali alle formule di PPP di iniziativa privata è garantito? In particolare, nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici invitano a presentare un'iniziativa, tale invito è generalmente oggetto di pubblicità adeguata ad assicurare l'informazione di tutti gli operatori interessati? Viene organizzata una procedura di selezione realmente concorrenziale per garantire l'attuazione del progetto stesso?

Le norme impongono la pubblicità a livello comunitario per gli appalti e le concessioni di importo superiori ai 5 milioni di euro. Per importi inferiori, ed è il caso della maggioranza degli avvisi, viene assicurata la pubblicità a livello nazionale: per quanto riguarda la procedura del "promotore" la Tabella 1 evidenzia l'incremento degli avvisi dovuto essenzialmente alle indicazioni inserite relativamente alla pubblicità per la selezione delle proposte nell'ambito delle modifiche e integrazioni, apportate nell'agosto 2002, alla L. 109/94.

9. Quale sarebbe secondo voi la migliore formula per assicurare lo sviluppo di PPP di iniziativa privata nell'Unione Europea pur garantendo il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento?

L'esperienza italiana sta prestando grande attenzione al fenomeno del PPP. L'introduzione accanto al sistema concessorio classico di una forma "originale" di promotore basata su due fasi: la prima delle quali costituita dall'invito pubblico a presentare progetti che verranno poi selezionati

dall'amministrazione committente, individuandone le imprese come promotori e una seconda fase, caratterizzata dalla messa in gara dei progetti selezionati con il diritto di prelazione del promotore. Detta normativa ha modificato il quadro previdente e accresciuto sensibilmente le possibilità di ricorrere allo strumento, che sta tuttora registrando un alto tasso di interesse, ancorché la sua applicazione sembri trovare ancora resistenze.

L'analisi dei dati raccolti dall'Osservatorio Nazionale sul PPP evidenzia, infatti, un trend crescente di avvisi per l'individuazione di soggetti promotori e una relativamente bassa percentuale di opere che vanno in gara. Di contro cresce anche il ricorso alla concessione di costruzione e gestione preferita spesso per la maggiore snellezza procedurale e la maggiore conoscenza già maturata dei relativi meccanismi operativi (vedi Tabella 3 relativa all'andamento dell'anno 2002 rispetto al 2003 e Tabella 4 con i dati più recenti di confronto tra primo semestre 2003 e primo semestre 2004).

In termini più generali, si ritiene che, analogamente a quanto avviene normalmente nei contesti privatistici, un'efficiente fase progettuale si dimostra spesso il miglior presupposto per un corretto processo decisionale e un'efficace fase realizzativa. Non solo: mantenere la fase progettuale e decisionale separata da quella realizzativa, favorisce, di norma, la possibilità di operare in trasparenza e in un contesto di pari opportunità per gli operatori.

Per questo motivo dovrebbe essere incentivata la possibilità per la PA di avvalersi di tutti i supporti esterni idonei ad assisterla nell'ambito dell'intera fase iniziale e di gestione di un PPP, come avviene in ambito privatistico in circostanze simili.

10. Che esperienza avete riguardo alla fase successiva alla selezione del partner privato nelle operazioni di PPP contrattuali?

Per quanto riguarda il "promotore" propriamente detto nel sistema italiano si evidenzia come la procedura di individuazione del promotore e il passaggio alla messa in gara del progetto approvato dall'amministrazione pubblica richieda, come risulta dai dati dell'Osservatorio nazionale sul PPP promosso dal sistema camerale, mediamente 11 mesi. Si riscontra altresì una percentuale intorno al 24% di rimessa in gara del progetto o di esperienze non andate a buon fine.

11. Siete a conoscenza di casi nei quali le condizioni di esecuzione – comprese le clausole d'aggiornamento – hanno potuto avere un'incidenza discriminatoria o hanno potuto costituire un ostacolo ingiustificato alla libera prestazione di servizi o alla libertà di stabilimento? Se sì, potete descrivere il tipo di problemi incontrati?

Non si hanno esperienze specifiche di condizioni di esecuzione discriminatorie.

Su un piano più generale, si ritiene che occorra, comunque, scongiurare la possibilità che - al contrario di quanto paventato dalla Commissione - si verifichino pratiche discriminatorie nei confronti dei vecchi sottoscrittori di contratti di concessione.

In Italia, infatti, esistono molte concessioni che sono state affidate molti anni fa, ossia in tempi in cui le regole oggi applicabili non erano certo così chiare e indiscusse.

Per tali concessioni non è fuori luogo paventare il pericolo che siano operate letture "retroattive" delle clausole contrattuali e delle condizioni a suo tempo pattuite e ciò alla luce di valutazioni, che solo recentemente sono divenute chiare e oggetto di specifico inserimento nei bandi.

12. Siete al corrente di pratiche o di meccanismi di valutazione delle offerte con conseguenze discriminatorie?

I dati dell'Osservatorio Nazionale evidenziano, dopo l'introduzione della normativa sulla prelazione, un'accelerazione delle iniziative sia per la ricerca del soggetto promotore, che, soprattutto, nel successivo passaggio di gara per l'aggiudicazione. Come emerge dai dati, le iniziative avviate sulla base della nuova formula sono aumentate, mentre il ricorso alla procedura della concessione di costruzione e gestione ha registrato un rallentamento. In particolare, dal settembre 2002 allorché le nuove norme sono entrate in vigore, infatti, il ricorso al promotore è cresciuto del 48% contro un calo del 10,6% della concessione (vedi Tabella 1).

La nuova normativa introdotta nel luglio del 2002, fortemente semplificata e affinata nel suo complesso rispetto all'architettura precedente ha, comunque, facilitato la conclusione delle gare sia del promotore che secondo la classica concessione di costruzione e gestione. Il confronto tra i periodi settembre - agosto settembre 2001-2002 e 2002 -2003 evidenziano, infatti, un'accelerazione delle aggiudicazioni di oltre il 200% per il promotore e di una percentuale leggermente al di sotto per le concessioni (vedi Tabella 2).

Tabella 1. - PPP: avvisi di gara per procedura.

	Settembre '01- Agosto '02				Settembre '02- Agosto '03				Variazioni %			
	Totale	di cui con importo segnalato			Totale	di cui con importo segnalato			Totale	di cui con importo segnalato		
	Numero	Numero	Importo	Importo medio	Numero	Numero	Importo	Importo medio	Numero	Numero	Importo	Importo medio
PF fase II - Licitazione privata	64	61	2.144.444.175	35.154.823	95	94	779.744.097	8.295.150	48,4	54,1	-63,6	-76,4
Concessione di costruzione e gestione	123	79	435.791.570	5.516.349	110	97	2.342.081.120	24.145.166	-10,6	22,8	437,4	337,7
TOTALE	187	140	2.580.235.745	18.430.255	205	191	3.121.825.217	16.344.635	9,6	36,4	21,0	-11,3

Fonte: Osservatorio Nazionale sul Project Financing (www.infopieffe.it) elaborazione Cresme per AeT - Ambiente e Territorio, Azienda speciale della Camera di Commercio di Roma
 * compresi gli avvisi con importo non segnalato

Tabella 2. - PPP: risultati di gara per procedura

	Settembre '01- Agosto '02				Settembre '02- Agosto '03				Variazioni %			
	Totale	di cui con importo segnalato			Totale	di cui con importo segnalato			Totale	di cui con importo segnalato		
	Numero	Numero	Importo	Importo medio	Numero	Numero	Importo	Importo medio	Numero	Numero	Importo	Importo medio
PF fase II - Licitazione privata	6	6	66.234.659	11.039.110	19	19	1.815.857.771	95.571.462	216,7	216,7	2.641,6	765,8
Concessione di costruzione e gestione	18	13	56.096.434	4.315.110	52	49	403.977.922	8.244.447	188,9	276,9	620,1	91,1
TOTALE	24	19	122.331.093	6.438.479	71	68	2.219.835.694	32.644.643	195,8	257,9	1.714,6	407,0

Fonte: Osservatorio Nazionale sul Project Financing (www.infopieffe.it) elaborazione Cresme per AeT - Ambiente e Territorio, Azienda speciale della Camera di Commercio di Roma
 * compresi gli avvisi con importo non segnalato

Tabella 3. - Partenariato Pubblico Privato : avvisi di gara per procedura

	Gennaio - Dicembre 2002		Gennaio - Dicembre 2003		Variazioni % 2003/2002	
	Numero*	Importo	Numero*	Importo	Numero	Importo
PF fase I - Selezione di proposte	225	1.617.823.479	543	3.411.301.086	141,3	110,9
PF fase II - Licitazione privata	77	893.997.954	99	1.189.896.665	28,6	33,1
Concessione di costruzione e gestione	127	527.263.527	147	3.115.872.744	15,7	491,0
Altre concessioni	105	227.202.603	218	122.169.062	107,6	-46,2
Altre procedure	54	21.244.232	103	556.941.489	90,7	2521,6
TOTALE	588	3.287.531.795	1.110	8.396.181.045	88,8	155,4

Fonte: Osservatorio Nazionale sul Project Financing (www.infopieffe.it) elaborazione Cresme per AeT - Ambiente e Territorio, un'Azienda speciale della Camera di Commercio di Roma
 * compresi gli avvisi con importo non segnalato

Tabella 4. - PPP: avvisi di gara per procedura

	Gennaio - Giugno 2003		Gennaio - Giugno 2004		Variazioni %		Giugno 2003		Giugno 2004		Variazioni %	
	Numero*	Importo	Numero*	Importo	Numero*	Importo	Numero*	Importo	Numero*	Importo	Numero	Importo
PF fase I - Selezione di proposte	358	2.003.707.415	517	3.815.092.857	44,4	90,4	60	156.682.110	160	607.487.262	166,7	287,7
PF fase II - Licitazione privata	41	208.835.825	64	345.688.524	56,1	65,5	8	19.060.313	12	58.863.291	50,0	208,8
Concessione di costruzione e gestione	50	201.926.219	164	697.915.371	228,0	245,6	9	36.610.849	21	72.684.143	133,3	98,5
Altre concessioni	93	76.120.932	113	1.385.814.177	21,5	1.720,5	22	20.363.497	19	7.080.274	- 13,6	- 65,2
Altre procedure	37	148.144.741	89	345.613.717	140,5	133,3	8	57.481.999	14	2.510.000	75,0	- 95,6
TOTALE	579	2.638.735.131	947	6.590.124.647	63,6	149,7	107	290.198.768	226	748.624.970	111,2	158,0

Fonte: Osservatorio Nazionale sul Project Financing (www.infopieffe.it) elaborazione Cresme per AeT - Ambiente e Territorio, Azienda speciale della Camera di Commercio di Roma
 * compresi gli avvisi con importo non segnalato

13 *Condividete la constatazione della Commissione secondo la quale alcune operazioni del tipo "step-in" possono porre problemi in termini di trasparenza e di parità di trattamento? Conoscete altre "clausole tipo" la cui attuazione potrebbe causare problemi simili" ?*

In linea astratta e generale non vi è dubbio che operazioni del tipo "step-in" possono porre problemi in termini di trasparenza e di parità di trattamento. Questo sicuramente accade tutte le volte in cui viene di fatto consentita la sostituzione del partner privato senza che vi sia un processo di selezione analogo a quello che aveva dato luogo alla designazione iniziale.

Peraltro, il rischio che la PA cerchi di sottrarsi in "corso d'opera" o di contratto agli obblighi che ha dovuto rispettare inizialmente potrebbe essere concreto ogni qual volta siffatte clausole lasciassero alla PA un ruolo decisivo in materia. Così come potrebbe diventare concreta, in circostanze di questo tipo, la tentazione di generare stati di "crisi" sull'andamento del contratto per cambiare discrezionalmente la controparte.

Non si può, tuttavia, tacere il fatto che clausole di step-in spesso sono poste a favore di soggetti privati, quali ad esempio, le istituzioni finanziarie che hanno accettato di assumere in proprio taluni rischi sostanziali, liberandone di conseguenza il soggetto pubblico. In queste circostanze, non consentire l'adozione di clausole di "step-in" potrebbe essere controproducente ai fini del ribaltamento dei rischi di mercato su operatori privati.

Saper distinguere diventa, quindi, fondamentale per l'efficacia della regolamentazione di settore e alcuni chiari principi generali dovrebbero essere condivisi.

In particolare:

- In forme di PPP di lungo periodo, la sostituzione della controparte privata anche da parte del soggetto pubblico non può mai essere esclusa del tutto;
- Tale sostituzione, però, non può essere totalmente discrezionale ma rimessa a: oggettive inadempienze contrattuali, conclamata incapacità di rispettare i termini e le condizioni sottoscritte, eventi imprevedibili e, naturalmente, cause di ordine pubblico, sicurezza e salute pubblica;
- Inoltre, qualora l'attribuzione dei rischi sostanziali del progetto, tuttavia, sia effettivamente trasferita su operatori privati, finanziari e non, e nella misura in cui questo avviene, la possibilità di sostituzione deve essere attribuita anche a tali soggetti ai quali, per contro, non si può chiedere che un'eventuale sostituzione del soggetto escluso avvenga secondo procedure e modalità tipiche della PA.

Più difficile da inquadrare è la fattispecie - che saremmo tentati di definire "insidiosa" - della sostituzione del soggetto privato unicamente per generali considerazioni di efficienza nell'eseguire le prestazioni di propria competenza o per l'oggettiva perdita di competitività della propria azione. Nei rapporti di medio-lungo periodo, infatti, non è detto che l'operatore inizialmente più efficiente in generale e/o rispetto allo specifico progetto sia

anche quello che costantemente mantiene nel tempo questo vantaggio competitivo rispetto agli altri operatori.

Inoltre, è sempre possibile che il progetto perda valore nelle priorità del partner privato iniziale, che, quindi porrà meno cura e determinazione nello svolgimento dei propri compiti, generando un danno per la PA, i beneficiari dell'opera/servizio e anche per i suoi diretti concorrenti, tenuti fuori da un potenziale progetto in virtù di una sorta di "rendita contrattuale".

Queste osservazioni hanno un risvolto importante: quello per cui ogni disciplina in materia di PPP, tanto più se ribalta costi e rischi di realizzazione di progetti di pubblico interesse su soggetti privati, non può impedire sempre e comunque clausole di step-in a beneficio di soggetti privati. Anzi, al contrario può e deve consentirlo, ma solo a fronte di un'effettiva assunzione di costi e di rischi.

Queste considerazioni richiamano, peraltro, la necessità di rispettare i principi di trasparenza e concorrenza non solo nel momento iniziale dell'aggiudicazione di un progetto, ma anche durante l'intera vita del PPP che lo riguarda. Al contempo, però, evidenziano la difficoltà di conseguire questo obiettivo senza principi chiari e coerenti, volti a limitare la discrezionalità "politica" del pubblico e a delimitare quella eventualmente concessa a soggetti privati, nell'ambito di specifiche fattispecie "di equilibrata convenienza".

Un'ipotesi da non sottovalutare quale possibile soluzione per il perseguimento di questo difficile equilibrio potrebbe essere quella di richiedere che l'esecuzione di un contratto di lungo periodo sia sempre accompagnata da chiari requisiti minimi da soddisfare a carico sia della componente pubblica che privata, sotto il controllo di soggetti pubblici tecnici (e non "politici"), che potrebbero assumere anche un ruolo di arbitratore del contratto (Authority di settore o altri soggetti).

Sul tema va ricordato, comunque, che in Italia la normativa vigente prevede già il c.d. "subentro" (art. 37. octies della legge n.109/94 e s.m.i.), ossia lo strumento grazie al quale viene impedita la risoluzione di un rapporto concessorio allorquando, su designazione dei finanziatori, una nuova società subentra nella concessione e fa cessare entro breve termine le cause di inadempimento, previo assenso da parte del concedente, condizionato al fatto che la società designata abbia caratteristiche tecniche e finanziarie sostanzialmente equivalenti all'originario concessionario.

Tuttavia, manca ancora il decreto ministeriale di fissazione dei criteri e delle modalità attuative delle previsioni della norma in parola, nel cui ambito potrebbe essere introdotto l'obbligo di specificare chiaramente l'eventuale utilizzo della norma da parte della amministrazione aggiudicatrice, qualora il rapporto concessorio venisse risolto.

Una norma di tenore simile, invece, è già operativa in Italia, limitatamente agli appalti di lavori pubblici (art. 10, comma 1-ter della legge n. 109/94 e s.m.i.), per i casi di fallimento o risoluzione del contratto. Ma essa si caratterizza per il fatto che l'amministrazione interpella il soggetto che si è classificato secondo in gara (ed eventualmente anche il

terzo), al fine di stipulare un possibile nuovo contratto alle medesime condizioni economiche già proposte dall'interessato in sede di offerta.

Si tratta di una norma sicuramente più trasparente di quella sopra citata - riferita alle concessioni e al promotore - ma il suo meccanismo operativo difficilmente potrebbe essere proficuamente traslato nell'ambito delle concessioni.

Pertanto, nel condividere l'auspicio della Commissione per una maggiore trasparenza e parità di trattamento, si deve richiamare l'attenzione sul fatto che il problema resta reale e la sua soluzione è necessaria, specie nell'ambito di operazioni complesse come le concessioni di costruzione e gestione.

14 Ritenete che sia necessario chiarire a livello comunitario alcuni aspetti attinenti al quadro contrattuale dei PPP ? Se sì, su quale(i) aspetto(i) dovrebbe incentrarsi tale chiarificazione?

La disciplina comunitaria del PPP è in larga parte ispirata alle forme di cooperazione più tradizionali, che sono l'appalto e la concessione.

Il primo affida al privato i rischi inerenti il proprio processo produttivo ma nella sostanza non libera completamente il soggetto pubblico dalle conseguenze economiche negative derivanti dal concretizzarsi di tali rischi.

La concessione ha modalità di applicazione notevolmente diverse e da questo punto di vista si è dimostrata spesso uno strumento valido e flessibile per regolare rapporti contrattuali di lungo periodo, diversi da quelli societari.

In quest'ottica, una disciplina meno articolata favorirebbe la flessibilità negoziale ma, in qualche caso, potrebbe incidere negativamente, ad esempio su principi importanti in un contesto di crescente coinvolgimento privato nei servizi pubblici.

In particolare, potrebbero meritare attenzione e maggiori chiarimenti gli aspetti relativi:

- alla durata del contratto e alle clausole di prolungamento, che dovrebbero essere giustificati in un'ottica di trasparenza iniziale e concorrenza per impedire forme di "rendita contrattuale" a favore dei privati;
- agli aspetti connessi con le posizioni di conflitto di interesse e alla ripartizione dei diversi rischi associati ad un progetto.

Sotto quest'ultimo profilo, un raccordo con i criteri adottati dall'Eurostat e un affinamento ulteriore di questi criteri sarebbe estremamente utile anche ad una più efficiente regolamentazione del PPP.

In particolare, potrebbe essere utile prevedere che il quadro contrattuale di un PPP chiarisca sempre in modo esatto la puntuale ripartizione dei rischi quale elemento economico rilevante ai fini di una corretta comparazione di

offerte diverse, facendo riferimento almeno ai principali rischi di un progetto quali il rischio di costruzione (completamento e rispondenza ai requisiti concordati); il rischio di disponibilità (o mancata disponibilità) dell'opera, il rischio di mercato, il rischio finanziario ecc.. Solo l'esatta identificazione e attribuzione di questi rischi consente, infatti, di equiparare offerte che, usualmente, quanto più si complicano nel contenuto, tanto meno sono confrontabili in termini di prezzo.

In ogni caso, si ritiene che sarebbe accolto con grande favore un intervento chiarificatore della Commissione anche in ordine a:

- la linea di demarcazione tra contributo pubblico ed "aiuto di Stato", in particolare con riferimento alle garanzie pubbliche offerte al privato;
- la rilevanza del finanziamento del progetto da parte dei privati nell'ambito del partenariato pubblico privato, considerato che in Italia esiste una figura specifica, quella del general contractor, il quale si connota e si distingue rispetto al normale appaltatore essenzialmente per il fatto che prefinanzia in parte l'opera da realizzare, ma fino a questo momento, in Italia, detta peculiarità non è valsa a connotare il general contractor come un operatore di partenariati pubblici-privati, al punto che esso risulta alternativo rispetto al "promotore" (rispettivamente artt. 9 e 8 del d.l.gvo n. 190/2002);
- l'esatta linea di demarcazione tra concessione di lavori e concessione di servizi, atteso che entrambe mutuano la propria definizione dall'appalto, ma la prima è totalmente regolamentata dal diritto comunitario, mentre la seconda è retta solamente dai principi del Trattato e ciò considerato altresì il fatto che esiste un'area grigia, rappresentata dalla presenza, nella normativa "base" sugli appalti, dell'obbligo di applicare le regole proprie degli appalti di servizi anche relativamente ai lavori "accessori" ad un appalto di servizi;
- la specificazione delle modalità applicative della norma di cui all'art. 61 della direttiva 2004/18, concernente l'aggiudicazione al concessionario di lavori complementari, le cui finalità, peraltro, risultano assolutamente manifeste, ancorché l'aver operato una pedissequa trasposizione dalla normativa sugli appalti a quella sulla concessione comporti la necessità di un'interpretazione che renda concretamente utilizzabile nei confronti del concessionario una previsione che, diversamente, perderebbe di positiva rilevanza;
- le situazioni che nel concreto consentono il legittimo ricorso alle previsioni derogatorie stabilite per i casi "in house", atteso che le elaborazioni giurisprudenziali non risultano di per sé sole sufficientemente chiare per gli stessi operatori del diritto comunitario e che ancora maggiori dubbi sorgono correlando dette disposizioni con quelle sul diritto societario;
- analogo riflessione vale per il caso di "modifica sostanziale dell'oggetto del contratto" che renderebbe obbligatorio il ricorso alla gara, laddove una modifica non rientrante nel concetto di "sostanziale" sarebbe estranea a detto onere.

15. Nel contesto delle operazioni di PPP, siete al corrente di problemi particolari incontrati in materia di subappalto? Quali?

Il maggior problema che, nel concreto, si pone sull'argomento scaturisce dalla difficoltà di comprendere, su un piano logico e sistematico, che cosa giustificerebbe un trattamento così diversificato, quale quello vigente, nei confronti del concessionario che risulti anche amministrazione aggiudicatrice rispetto a chi non può essere considerato tale.

Infatti, non solo la concessione di costruzione e gestione è oggi maggiormente regolamentata rispetto ad altre forme di intervento, ma, addirittura, nel caso di concessionario equiparato ad un organismo di diritto pubblico, la direttiva 2004/18 specifica che esso deve rimettere in gara la totalità delle proprie attività.

Ciò, con la conseguenza, sul piano giuridico e unicamente in questa ipotesi, che il diritto comunitario rende obbligatorio un doppio livello di concorsualità e con l'effetto, sul piano economico, di non consentire di comprendere come detto concessionario possa operare sul mercato al pari degli altri concessionari privati, se solamente lui risulta gravato da oneri ulteriori rispetto al rischio di gestione che grava su tutti, indistintamente, i concessionari.

Il tenore delle norme vigenti, peraltro, non sembrerebbe giustificare nemmeno l'eccezione cui fa riferimento il Libro Verde - ma non le Direttive vigenti, comprese quelle recentissimamente adottate dalla UE - laddove prevede che la società di progetto che abbia essa stessa lo status di organismo aggiudicatore "...è obbligata ad assegnare i propri contratti o le proprie concessioni nel quadro di un bando di gara, sia che i contratti siano conclusi con i propri azionisti, sia che non lo siano", salvo un solo caso, ossia : "... quello in cui le prestazioni affidate da una società di progetto ai propri azionisti sono già state oggetto di un bando da parte del partner pubblico, precedentemente alla costituzione della società di progetto".

16 Il fenomeno dei PPP di tipo contrattuale, che implica il trasferimento di un insieme di compiti ad un unico partner privato, giustifica l'introduzione, riguardo al fenomeno dei subappalti, di norme più dettagliate e dal campo di applicazione più vasto?

17. In maniera più generale, ritenere che si dovrebbe prendere un'iniziativa complementare a livello comunitario al fine di chiarire o sistemare, le norme relative ai subappalti?

Tutte le forme di partenariato, di tipo contrattuale o istituzionalizzato, sono tra loro accomunate da due elementi, vale a dire una rilevante complessità operativa e l'esigenza imprescindibile del rispetto almeno dei principi fondamentali del Trattato, vale a dire trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione.

In questo contesto, l'introduzione di eventuali norme più dettagliate e dal campo di applicazione più vasto, finalizzate a regolamentare maggiormente il fenomeno dei subappalti, sicuramente darebbe risposta positiva ad esigenze di maggior tutela e garanzia dei subappaltatori stessi, ma è dubbio che l'aggravio conseguente favorirebbe una maggiore diffusione dei PPP stessi. L'esperienza italiana testimonia proprio l'importanza di trovare il giusto punto di equilibrio tra interessi contrapposti.

18. Quale esperienza avete del lancio di operazioni di PPP di tipo istituzionalizzato? In particolare, la vostra esperienza vi porta a pensare che il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni sia rispettato in caso di operazioni PPP istituzionalizzato? Se no, perché?

Secondo l'Osservatorio Nazionale del PPP promosso dal sistema delle Camere di commercio, i bandi per la ricerca del socio privato di società miste sono stati 140 nel periodo gennaio 2002 - giugno 2004. Gli esiti rilevati soltanto 14, percentuale del 10%, spiegabile anche con la mancanza di importo nella maggior parte dei bandi di questo tipo. Il settore di maggiore interesse risulta quello dei servizi pubblici (40% sul totale) quali acqua, energia, gas, telecomunicazioni e igiene urbana.

19. Ritenete che debba essere presa un'iniziativa a livello comunitario per chiarire o precisare gli obblighi degli organismi aggiudicatori riguardo alle condizioni che devono regolamentare la concorrenza tra operatori potenzialmente interessati da un progetto di tipo istituzionalizzato? Se sì, su quali punti particolari e sotto quale forma? Se no, perché?

Si evidenzia, in primo luogo che sarebbe opportuno che la UE chiarisse specificatamente l'aspetto concernente il caso in cui l'assunzione di controllo da parte di un'entità pubblica ricade nella fattispecie della "influenza certa", per consentire di comprendere come agire a livello operativo correttamente.

Su un piano più generale, poi, va ricordato che, indubbiamente, il silenzio del diritto comunitario in merito alle forme di PPP istituzionalizzato non ha giovato ad un corretto utilizzo degli strumenti stessi.

E' certo, comunque, che le forme di PPP istituzionalizzato offrono spesso buone opportunità ma presentano sicuramente numerosi rischi.

La Joint Venture tra un operatore pubblico e un operatore privato, anche quando la scelta iniziale di quest'ultimo viene fatta attraverso trasparenti procedure di confronto competitivo, concretizza spesso non solo una forma di intervento privato in sfere tradizionalmente pubbliche, ma anche una forma di intervento pubblico in attività private. Molto spesso iniziative realizzate in questo modo denunciano la difficoltà da parte di soggetti pubblici di separare le funzioni di programmazione e controllo della PA da quelle di gestione del processo produttivo, proprie dei soggetti economici privati.

Mentre l'interesse da parte dei privati a queste forme di collaborazione è evidente - e risiede essenzialmente nell'averne al medesimo tavolo decisionale quel soggetto "controparte" che, sotto altri profili, può incidere notevolmente sia sul buon andamento dell'iniziativa e sia anche sul livello di profitto che da essa può derivare - molto spesso l'interesse pubblico non è altrettanto chiaro. In ultima analisi, può ritenersi che il PPP istituzionalizzato presenti il limite di non lasciare la PA in posizione di "terzietà" rispetto al soggetto privato selezionato per l'esecuzione e la gestione di un progetto.

Tutto ciò, senza considerare i molteplici profili di conflitto di interesse che il PPP istituzionalizzato pone:

- tra PA e privato;
- tra privato costruttore e privato gestore;
- tra imprenditori e finanziatori;
- tra PA e queste diverse categorie di protagonisti.

Peraltro, un progetto che può durare dai 15 ai 30 anni dovrebbe sempre mantenere la possibilità di adeguare il proprio generale livello di efficienza alle mutate circostanze, nel rispetto evidentemente dell'equilibrio economico generale concordato in sede di contratto iniziale.

Non di rado, proprio per consentire l'equilibrio tra queste contrapposte ma legittime esigenze, nei vari Paesi sono state istituite o utilizzate specifiche Authority tecniche, pubbliche ma non "politiche", terze rispetto alla PA affidataria del contratto, ma non rispetto agli interessi che la medesima PA aveva inteso soddisfare nell'ambito della realizzazione del progetto. Una soluzione, questa, che rischia però di perdere efficacia nelle forme di PPP istituzionalizzato.

Poiché, tuttavia, è evidente che in molti casi la strada di un PPP istituzionalizzato risulta, almeno nell'ottica della PA, l'unica via praticabile per la realizzazione di determinati progetti con il coinvolgimento dei privati, diventa di immediata evidenza la necessità di regolamentare questa fattispecie, alla stregua di quanto è stato fatto in passato con le figure dell'appalto e della concessione di costruzione e gestione.

In maniera generale, ed indipendentemente dai problemi sollevati in questo documento:

20 Quali sono le misure o le pratiche che ritenete di ostacolo alla creazione di PPP nell'Unione Europea?

L'esperienza italiana ha registrato una prima fase durante la quale il quadro normativo è stato caratterizzato da grande rigidità e vincolismo.

Successivamente, però, il legislatore ha dovuto registrare i limiti della propria posizione ed ha optato per una normativa con un maggior grado di flessibilità.

Pertanto, si ritiene di poter affermare che anche una legislazione non equilibrata costituisce un ostacolo concreto alla creazione di PPP.

21 Conoscete altre forme di PPP sviluppate nei Paesi al di fuori dell'Unione? Conoscete esempi di "buone pratiche" sviluppate in questo contesto, cui l'Unione potrebbe ispirarsi? Se sì, quali?

Data la complessità dei temi in discussione e la scarsa probabilità di arrivare, almeno in alcuni ambiti, a definire in tempi brevi una disciplina coordinata e coerente (si pensi ad es. alle problematiche legate alle forme di PPP istituzionalizzato) la strada della riflessione collettiva su tali questioni, che prosegua ad intervalli regolari tra attori interessati e che permetta uno scambio di "buone pratiche", appare l'unica possibile e dovrebbe, pertanto, essere certamente perseguita dalla Commissione.

A tale scopo l'Osservatorio italiano sul PF si candida quale punto di riferimento permanente per una valutazione e un'analisi dei dati relativi all'Italia e offre da ora la piena disponibilità a partecipare a riunioni, lavori preparatori, tavole rotonde, elaborazione di studi analitici e proposte di disciplina normativa, nei modi e nelle forme che saranno ritenuti maggiormente utili e appropriati dalla Commissione.

22 In termini più generali, e tenuto conto dei considerevoli investimenti necessari in alcuni Stati membri, al fine di realizzare uno sviluppo economico-sociale durevole, pensate che sia utile una riflessione collettiva su tali questioni che prosegua ad intervalli regolari tra gli attori interessati e che permetta uno scambio di "buone pratiche" ? Ritenete che la Commissione dovrebbe dare impulso ad una tale rete?

Per tutte le considerazioni sopra svolte la risposta al quesito della Commissione non può che essere positiva e lo scambio di "buone pratiche" largamente auspicato come strumento che, tra l'altro, consentirebbe di tener conto non solo dei profili problematici di tipo giuridico, ma anche di quelli di natura economica ed istituzionale che nel concreto si pongono per tutti gli operatori nella realtà della Comunità Europea allargata a 25 Paesi, con tradizioni, esperienze e substrati amministrativi e culturali spesso profondamente differenti tra loro.