

LIBRO VERDE

RELATIVO AL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO ED AL DIRITTO COMUNITARIO DEGLI APPALTI PUBBLICI E DELLE CONCESSIONI

FISE – Federazione Imprese di Servizi, è l'Associazione che rappresenta, in ambito Confindustria, una serie di comparti di servizi nei quali le imprese operano in base a contratti pubblici di appalto o di concessione (dai servizi di pulizia/servizi integrati ai servizi postali, anche di trasporto, dalle varie fasi della gestione rifiuti al noleggio autovetture)

FISE non può non apprezzare l'iniziativa assunta dalla Commissione Ue di presentare un Libro Verde sui Partenariati Pubblico - Privati, trattandosi di materia in cui si riscontrano importanti opportunità di sviluppo ma, nel contempo, situazioni che, anche perché innovative, possono determinare conseguenze anomale sotto il profilo della trasparenza e della concorrenza nel mercato interno comunitario.

Il tema, peraltro, è articolato e complesso, vista l'eterogeneità degli istituti giuridici che possono rientrare, secondo la stessa Commissione Ue, nell'ambito dei PPP. Alcuni aspetti trattati, inoltre, appaiono riconducibili a istituti già disciplinati dalle norme comunitarie e nazionali sugli appalti pubblici o dalle normative nazionali in materia di gestione di servizi di interesse generale. Si auspica che tale complessità non sia di per sé ragione precluda gli interventi che dovessero apparire necessari per assicurare le migliori condizioni di trasparenza nel mercato interno.

Da parte FISE si intende puntualizzare principalmente solo gli aspetti di più diretto interesse associativo, sulla base delle esperienze concrete e/o delle analisi effettuate.

IL MERCATO

Nel capitolo 1.1, paragrafo 3, del Libro Verde viene rilevato che l'aumento del ricorso a operazioni di PPP è riconducibile a vari fattori, tra cui **le restrizioni di bilancio** cui gli Stati membri devono far fronte, che determinerebbero l'opportunità di assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico. Nello stesso paragrafo si valorizza l'idea che i PPP si stiano sviluppando anche per effetto di una evoluzione dello Stato, che passa da un ruolo di operatore diretto ad un ruolo d'organizzatore, di regolatore e di controllore.

Si tratta di una visione condivisa sotto il profilo teorico, ma parziale sotto il profilo pratico, non tenendosi conto di come, soprattutto a livello territoriale, le restrizioni di bilancio inducono anche gli enti pubblici (Comuni, ma anche Province e Regioni) a svolgere direttamente o tramite società allo scopo costituite, attività economiche per realizzare utili o limitare le perdite di altre attività collegate¹.

¹ Un esempio chiaro, per i settori rappresentati, è costituito dalla "assimilazione" ai rifiuti domestici o urbani dei rifiuti prodotti dalle utenze commerciali e industriali, che di per sé, secondo costante giurisprudenza, anche della Corte di Giustizia, non rientrano nel "servizio pubblico", e, in quanto merci anche suscettibili di valorizzazione, e comunque ai fini dello smaltimento più appropriato, possono liberamente circolare sul territorio, non solo nazionale. Attraverso

Queste attività economiche alcune volte rientrano, o vengono considerate, nell'ambito dei **servizi pubblici**, in altri casi si caratterizzano comunque per una posizione "speciale" dell'ente pubblico (ad esempio in quanto proprietario di immobili o terreni che vengono utilizzati nell'attività economica).

I partenariati con il privato cui spesso si ricorre, di tipo istituzionale, sono giustificati e determinati dalla necessità di partecipare dell'esperienza e del know-how produttivo delle imprese private. Gli esempi sono numerosi, e spaziano dalla gestione di musei e mostre – custodia, biglietteria, ristorazione e vendita di souvenir, libri, ecc. - alla gestione di centri sportivi; dai servizi di pulizia e manutenzione di immobili di proprietà o a gestione pubblica (come le scuole di ogni ordine e grado) alla gestione dei parcheggi auto a pagamento, fino alla gestione di servizi ambientali, anche nel libero mercato e in concorrenza con le imprese private che vi operano².

La ampia discrezionalità con cui determinate attività possono essere considerate di "interesse generale" favorisce in particolare la possibilità di interventi in regime di esclusiva (monopolio) da parte degli enti locali. Si tratta di monopoli che hanno ricadute negative sui costi sostenuti dal sistema industriale e che incidono sulla competitività produttiva dell'area³, sia nell'ambito del territorio nazionale che nell'ottica della competitività di sistema dell'Unione europea nei confronti delle altre aree dello scenario mondiale.

In questi casi, per lo più, **non** si ha una evoluzione dell'ente pubblico da un ruolo di operatore diretto ad un ruolo d'organizzatore, di regolatore e di controllore, ma **esattamente l'opposto**. Si precisa peraltro che quanto asserito non deve essere letto solo come valutazione negativa: in alcuni casi si individuano effettivamente **nuove aree** di mercato, che vengono gestite in PPP; in altri casi, invece, il soggetto misto nato dal partenariato sostituisce o entra in competizione con gli operatori privati.

Tanto premesso, si articola il documento assumendo a riferimento la interessante e stimolante distinzione operata nel Libro Verde tra PPP di tipo contrattuale e PPP di tipo istituzionalizzato.

A) IL PARTENARIATO CONTRATTUALE

l) Nel Libro Verde vengono fatte rientrare nell'ambito dei partenariati di tipo contrattuale diverse forme di collaborazione tra soggetto pubblico e operatore privato per lo più riconducibili all'istituto della **concessione**.

Alcuni dei servizi rappresentati da FISE, e segnatamente quelli di gestione dei rifiuti domestici o urbani da parte di imprese private, sono tradizionalmente svolti in base a concessioni che, per effetto dell'entrata in vigore nel nostro ordinamento della direttiva n. 92/50 sugli appalti pubblici di servizi e successive modifiche e integrazioni, si sono conformate, nelle diverse fasi procedurali, agli "appalti". Anche le concessioni di costruzione e gestione relative agli impianti di trattamento intermedio o finale dei rifiuti sono di regola affidate nel rispetto delle relative norme comunitarie e nazionali.

l'assimilazione, invece, le attività di raccolta e smaltimento dei rifiuti prodotti in ambito industriale e commerciale vengono ricondotte al servizio pubblico in monopolio e, essendo più remunerative - anche per effetto delle maggiori capacità economiche dei soggetti passivi della tassa/tariffa rifiuti - consentono di ridurre i costi per le utenze domestiche, e quindi del servizio pubblico in senso proprio.

² Il recupero e del riciclaggio, ad esempio, per costante giurisprudenza comunitaria sono affidati al libero mercato; peraltro frequentemente vengono costruiti con denaro pubblico e/o in PPP con operatori del settore - pubblici o privati - impianti pubblici che operano in concorrenza con imprese private.

³ Cfr. **Repubblica**, mercoledì 7 luglio 2004, "Le bollette più care d'Europa - L'Authority: prezzi gas e luce superiori anche del 50%".

Problemi rilevanti si determinano peraltro nel mercato per effetto di contratti o atti amministrativi di affidamento a imprese, anche costituite nella forma della Società per azioni o a responsabilità limitata, a prevalente o totale capitale pubblico, senza alcuna procedura concorrenziale, **ma attraverso l'ingresso nel capitale societario** dell'ente locale che procede all'affidamento, richiamando la nozione di *in-house* per motivare la mancanza di procedura ad evidenza pubblica⁴. Si evidenzia che si tratta di un processo diverso dalla costituzione di una società mista o dalla privatizzazione di una società pubblica. Si fa infatti riferimento a processi in cui la società – per lo più a prevalente capitale pubblico – già esiste ed è operativa; l'ente locale, anziché indire una gara, entra nel capitale sociale con una quota variamente proporzionate e affida il servizio alla società partecipata.

E' un problema ben conosciuto a livello comunitario, che corrisponde a quegli aspetti segnalati in premessa di una crescita dell'intervento diretto degli enti locali in attività economiche, oggetto allo stato anche di alcune cause pendenti presso la Corte di Giustizia, richiamate nello stesso Libro Verde.

II) Vista la domanda n. 1 posta nel Libro Verde sulle operazioni di PPP puramente contrattuali conosciute, si segnala come accanto al partenariato contrattuale che si sostanzia in "concessioni", si sono verificate, sia a livello centrale (gare c.d. di global service indette da Consip S.p.a per la pulizia e manutenzione degli immobili di amministrazioni centrali e periferiche) sia a livello territoriale (soprattutto nel settore sanità), gare di appalto basate non sulla prestazione di mezzi, ma con obbligazione di risultato, e con la richiesta da parte dell'ente pubblico committente di una pluralità di servizi (dalle pulizie alle manutenzioni, dalla ristorazione ai servizi di portierato o di lavaggio biancheria, ecc.) **da parte di un unico fornitore**, cui vengono richieste soprattutto capacità organizzative e finanziarie, piuttosto che requisiti operativi riferiti ai servizi da svolgere (gare c.d. di *facility management* o di *global service*).

Accanto a queste ipotesi, si segnalano le procedure di **compravendite di cose future**⁵ o le gare di appalto di **locazione finanziaria, riservate a istituti di credito**, sul modello PFI inglese, aventi però come oggetto sostanziale – ma non dal punto di vista formale e giuridico – la realizzazione e successiva gestione di opere e infrastrutture come, per esempio, si è verificato per alcuni istituti penitenziari⁶.

Si tratta di affidamenti che presentano contenuti innovativi e importanti, con significative ricadute sulle quali occorre riflettere, in particolare sotto il profilo **concorrenziale**, cioè dei soggetti partecipanti e **dei requisiti richiesti** che discendono dalla scelta (con contenuti anche discrezionali) dell'oggetto e dello strumento contrattuale da parte dell'amministrazione committente.

⁴ Cfr. anche le direttive Ce nn. 80/723 e 2000/52 sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e loro imprese pubbliche; si tratta peraltro di direttive poco "conosciute" e comunque di fatto non sufficienti a evitare che soggetti industriali che operano in monopolio esercitino anche attività in concorrenza sostenendo le attività con le posizioni di vantaggio derivanti dalla posizione di monopolista.

⁵ Cfr. **Delibera Autorità di vigilanza LL.PP. n. 105/2003** sulle "compravendite di cosa futura" utilizzate in luogo del ricorso alle procedure concorsuali di appalto/concessione da parte dell'INAIL, aventi come oggetto sostanziale la costruzione e gestione di strutture ospedaliere.

⁶ Si vedano le recenti gare indette dal **Ministero della Giustizia**, ai sensi della legge n. 14/11/2002, n. 259, art. 6, di conversione del D.L. 201/2002, nelle quali con la formula **della locazione finanziaria** si intende dare in appalto a banche (la gara è riservata agli istituti finanziari) la **costruzione ex novo dei carceri** di Varese e Pordenone; il vincitore finanzia in toto le opere, **scegliendo direttamente** (cioè, in quanto privato, senza procedura ad evidenza pubblica) **l'impresa di costruzioni** che eseguirà l'opera ricevendo a consegna lavori e a remunerazione degli stessi un canone per l'utilizzo della struttura da parte dell'amministrazione penitenziaria per un certo numero di anni.

In queste fattispecie si incide in effetti alla radice sui contenuti primari della procedura, cioè sul mercato e sugli attori cui si riferisce, con rischi rilevanti di distorsioni o di limitazioni concorrenziali (per esempio privilegiando le dimensioni e le capacità finanziarie a scapito delle capacità operative di tipo industriale e produttivo).

Sempre nelle fattispecie sopra accennate, si pongono anche problemi in merito alle modalità di individuazione dei gestori del processo scelti operativo (di costruzione, di manutenzione e gestione servizi), che non vengono individuati in sede di gara, ma sono liberamente – e, nel quadro attuale, legittimamente - dall'affidatario o dal venditore sulla base di scelte fiduciarie.

Chiaramente l'istituto del **sub-appalto**, rispetto al quale la recente direttiva unificata sugli appalti pubblici contiene disposizioni volte ad assicurare trasparenza, **non è idoneo a "interpretare"** e disciplinare le fattispecie, ben più complesse, qui accennate. Il sub appalto di regola ricorre infatti tra imprese che operano nel medesimo campo di attività, costituendo una modalità organizzativa di esecuzione.

B) IL PARTENARIATO ISTITUZIONALIZZATO

E' noto alla Commissione Ue (cfr. il punto 3, par. 53, del Libro Verde) che nella gestione dei rifiuti si ha frequente ricorso a PPP istituzionalizzati, cioè alla costituzione di **società miste**, secondo i modelli puntualmente illustrati nel Libro Verde (paragrafo 55).

Si tratta di questioni ben conosciute da **FISE**, che annovera **fra i propri associati** numerose e importanti società a capitale misto pubblico/privato che operano nel settore della gestione dei rifiuti; si segnala anche di avere aziende associate a capitale misto operanti nel settore delle pulizie e servizi integrati.

Sono noti e ben illustrati nel Libro Verde i molti aspetti problematici che la costituzione e la operatività delle società miste pone sotto il profilo giuridico/formale ai fini del rispetto delle norme europee e nazionali in materia di appalti e concessioni.

Si tratta di problematiche ben note e ampiamente esaminate anche a livello nazionale: a parte la giurisprudenza, si ricordano i diversi importanti e stimolanti interventi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁷ e dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici⁸.

Certamente alcuni nodi meritano soluzione a livello europeo in un quadro di reciprocità tra Paesi membri e di certezza di principi. Si tratta peraltro, in buona parte, di problematiche

⁷ L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in una prima fase, si era posta il problema della concorsualità nella scelta del socio privato, con riferimento alle società a prevalente capitale pubblico, non mettendo in discussione l'affidamento diretto alla società mista (Parere del 20 febbraio 1997); in successivo Parere del 12 novembre 1997 si era posto in luce come l'affidamento diretto è giustificato da un rapporto di strumentalità della società con l'ente beneficiario del servizio e come pertanto appaia opportuno, per evitare che qualunque partecipazione, anche di infimo valore, possa consentire l'affidamento diretto, "far definitivamente e interamente transitare la disciplina delle società miste in quella applicabile a tutte le imprese non legate da rapporti di strumentalità con l'ente locale, prevedendo perciò che la gara avvenga per l'assunzione della gestione del servizio e non per l'individuazione del socio privato". Con Parere del 21 ottobre 1999 vengono mossi ulteriori rilievi critici al modello dalla mista, sottolineandosi come l'oggetto sociale delle società miste titolari dell'affidamento non consenta a queste ultime di svolgere, per conto dell'affidante, attività estranee al nucleo essenziale del servizio pubblico in assenza di meccanismi di gara e come debba essere prevista la revoca dell'affidamento diretto ove l'ente locale non abbia più il controllo della società mista stessa, essendo questa divenuta a prevalente capitale privato o comunque controllata da soci privati.

⁸ Si veda per esempio Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, Determinazione del 14 gennaio 2004, n. 1, in materia di promozione della costituzione di una società per azioni per la progettazione e gestione a tariffa o a pedaggio della rete autostradale e di infrastrutture di viabilità a pedaggio nel Lazio, ove si critica la possibilità per il socio privato scelto ad evidenza pubblica di poter eseguire direttamente i lavori, in ragione della natura di organismo di diritto pubblico della stessa società mista.

da ricondurre alla più ampia tematica dei “servizi pubblici” o “servizi di interesse generale”, oggetto tra l’altro di recentissimo **Libro Bianco** da parte della stessa Commissione Ue, non sempre essendo questioni che possono essere confinate al solo tema dei partenariati.

In altri termini molti degli aspetti problematici derivano dalle deroghe al regime ordinario che si consentono nel caso di attività che vengono qualificate come servizi di interesse generale⁹.

Peraltro nel caso di processi di “privatizzazione”, con eventuale collocazione in borsa, di quote azionarie di società in precedenza interamente pubbliche si pone il problema se tali società possano essere esaminate nell’ambito della problematica dei PPP oppure debbano essere semplicemente ricondotte nell’ambito del diritto civile e societario comune. I noti principi comunitari della **irrilevanza della proprietà, pubblica o privata**, ai fini della applicazione delle regole di mercato alle società, richiamati anche dal Libro verde, dovrebbero far ritenere che società quotate in borsa non siano mai da ricondurre all’interno della problematica dei PPP, essendo normali società di diritto comune a tutti gli effetti.

In tali sintetiche premesse preme sottolineare come, sia pure in un quadro normativo incerto, il modello della società mista per la gestione di servizi di gestione rifiuti urbani e di igiene ambientale **abbia avuto un importante sviluppo** nel Paese, creando di fatto soggetti operativi con un livello dimensionale più adeguato alle esigenze del mercato e del servizio e consentendo, in molte realtà territoriali, il superamento della frammentazione della gestione da parte degli enti locali.

Si tratta di un fenomeno significativo, con una diversa rilevanza a seconda della regione, ma da valutare nel complesso positivamente, soprattutto dove si è proceduto a creare nuove società miste con partner industriali per la gestione integrata dei servizi per ambiti territoriali ottimali.

Volendo fornire dei dati, da Indagine condotta dall’Associazione sulle Forme di Gestione dei servizi di igiene urbana¹⁰, effettuata intervistando tutti i comuni italiani con popolazione superiore ai 5.000 abitanti e il 10% di quelli con popolazione inferiore, le società miste nel 2002 servivano il 12% degli 8.100 comuni italiani nella raccolta e trasporto, contro il 2,6% del 1998; nelle raccolte differenziate lo sviluppo era ancora più significativo: 12,8% dei comuni italiani nel 2002 contro il 2,3% del 1998.

Sempre da tale Indagine risulta che le società miste crescono nel periodo considerato (1998 – 2002) anche nella proprietà delle discariche (da 1,4 al 5% dei comuni serviti), nella gestione delle discariche (da 2,2, a 7,6%) e nella proprietà e gestione degli inceneritori (da poco sopra il 3% a sopra l’8%).

Una successiva Indagine, condotta nel 2004, sullo stato di attuazione degli Ambiti Territoriali Ottimali nel settore¹¹, ha confermato tale analisi, consentendo di verificare come in alcune realtà la società mista vada a costituire un soggetto-impresa nuovo, che si sostituisce a forme di gestione non industriale, costituendo una delle modalità con cui si cerca, a livello territoriale, di realizzare economie di scala in un contesto di sviluppo.

⁹ Se è vero che il “carattere misto di una impresa che partecipa ad una procedura di appalto non implica alcuna deroga alle norme applicabili nel quadro di una aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione” e che “solo qualora l’impresa *in oggetto* (sic !!) abbia le caratteristiche di un’impresa in house... l’amministrazione aggiudicatrice può tralasciare l’applicazione delle norme abituali (nota a piè pagina n. 51 del Libro Verde) è anche vero che occorre verificare, senza eludere il problema, le condizioni per cui lo stesso soggetto-impresa ha contemporaneamente, eventualmente avvalendosi anche di società di scopo che vantano i requisiti della casa madre, la gestione a titolo di “in-house” e la gestione a seguito di procedura concorrenziale.

¹⁰ “Le Forme di Gestione”, 2002, Secondo Rapporto., scaricabile da < [www. Fise.org](http://www.fise.org) >.

¹¹ Rapporto “Ambito Territoriale Ottimale – analisi attuazione e prospettive”, 2004., scaricabile da < [www. Fise.org](http://www.fise.org) > .

In altri termini, pur in presenza di condizioni giuridiche connotate da incertezze, e non sempre nella massima trasparenza, la costituzione di società miste ha spesso costituito, nel settore rifiuti urbani, uno strumento di crescita industriale, sia per le imprese private che per gli enti locali e le popolazioni interessate.

Situazioni da tenere distinte dalle denunciate situazioni in cui l'ingresso di un ente locale nel capitale di una società già esistente giustifica l'affidamento diretto da parte dello stesso ente locale, ovvero dal persistere di affidamenti diretti per società di capitale, anche quotate in borsa, grazie alla presenza di soci pubblici (nazionali) nel capitale sociale.

Segnalando come i due Rapporti sopra citati siano scaricabili dal nostro sito (www.fise.org), si unisce comunque sintesi del Rapporto sugli Ambiti territoriali ottimali e la parte relativa alle regioni Emilia – Romagna e Calabria, ritenute indicative di quanto sopra rilevato.

Roma 28 luglio 2004 - *Prot.n. p48668GH*