

Relazione del Dr. Claudio Rangone

1. ART.3,c.15 ter DEL 3^DECRETO CORRETTIVO AL CODICE DEGLI APPALTI

PUBBLICI

La disposizione in oggetto presenta un prevalente carattere di norma descrittiva anche se ha una chiara finalità prescrittiva, espressa nell'ultimo capoverso con il richiamo alle decisioni Eurostat.

La parte descrittiva avrebbe potuto essere più chiara e precisa: infatti, il comma in esame presenta i caratteri della "norma omnibus" che, sotto una denominazione quadro – appunto PPP –, tende a ricomprendere istituti molto diversi regolati da discipline estremamente differenti. A giustificazione di tale scarsa precisione si potrebbe addurre il fatto che anche la sovrastante politica comunitaria presenta analoghe carenze, ma queste ultime (come vedremo nel prosieguo), appaiono più giustificate da ragioni sostanziali di oggettiva disomogeneità delle formule contrattuali degli ordinamenti degli Stati membri; inoltre, la norma introdotta dal 3° Decreto correttivo appare addirittura meno articolata di quella comunitaria, dato che elenca (anche se a titolo esemplificativo) sotto un'unica generale categoria, tutti i PPP che la politica comunitaria si premura di catalogare distintamente in PPP contrattuali (appalti e concessioni) e PPP istituzionalizzati (società miste).

Infatti, l'elenco esemplificativo dei vari istituti giuridici contenuto nella norma del 3° Decreto correttivo è lungo e variegato, spaziando dalla concessione di lavori a quella di servizi, dalla locazione finanziaria alla società mista fino all'appalto a contraente generale: istituti molto diversi tra loro e che trovano (quasi tutti) nel Codice una specifica disciplina cogente senza diretta connessione con la norma in esame.

In una definizione così ampia da ricomprendere praticamente tutti gli istituti riferibili al mondo della contrattualistica pubblica, occorre ricercare i punti fermi che li accomunano: il legislatore ne indica due e, a mio giudizio, ne scorda uno.

Gli elementi indicati come comuni ai vari istituti sono : “il finanziamento totale o parziale a carico del privato” e “l’allocazione dei rischi” conformemente alle norme comunitarie.

L’aspetto dell’allocazione del rischio è elemento di netta differenziazione degli istituti tipici del settore – appalto e concessione – che sta alla base della disciplina del diritto comunitario e che esamineremo più in dettaglio parlando delle decisioni Eurostat: l’altro elemento, invece, quello del finanziamento (totale o parziale) privato “in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell’opera per il committente o per utenti terzi” non trova un riscontro testuale nel diritto comunitario vigente bensì soltanto in documenti di politica comunitaria di settore, quali sono appunto le Comunicazioni interpretative della Commissione, che, come è noto, non hanno valore cogente, anche se normalmente fondate sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

È ben vero che l’aspetto della partecipazione finanziaria privata (anche se solo in forma di anticipo o di pagamento posticipato nel lungo termine) è elemento sempre più diffuso che ha trovato riscontro anche nella legislazione nazionale del general contractor: tuttavia, resta l’interrogativo di fondo circa la congruità di poter far entrare l’appalto (ancorché a pagamento pubblico differito) nella categoria del PPP, essendo l’aspetto del rischio difficilmente coniugabile (ce lo insegna la definizione testuale di appalto e di concessione contenuto nelle direttive) con le caratteristiche di questo istituto.

Un elemento comune a tutti i PPP e che non è stato evidenziato dal legislatore nazionale è la lunga durata contrattuale, carenza parzialmente presente, per la verità, anche nelle Comunicazioni interpretative della Commissione, ma non nelle decisioni Eurostat.

E, con questo richiamo comunitario, veniamo alla parte prescrittiva della norma in esame: infatti, l’ultimo capoverso del comma 15 ter, stabilisce che “alle operazioni di partenariato pubblico-privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat”.

Come è noto, Eurostat è organo della Commissione UE incaricato di compiti statistici anche a fini contabili: in particolare, la norma fa riferimento alle decisioni che hanno definito i criteri atti

ad individuare le operazioni riconducibili alla finanza pubblica e che hanno rilevanza al fine della determinazione del deficit e del debito pubblico dello Stato membro.

In particolare, ci si riferisce alla decisione dell'11 febbraio 2004, n. 18/2004 dal titolo *Traitement des partenariats public-privée*, dove Eurostat indica i requisiti necessari per esentare gli interventi PPP dall'inserimento nella contabilità pubblica nazionale.

Innanzitutto si rileva che nel testo della decisione indicata, Eurostat fa riferimento, nell'individuare i PPP implicati dalla disposizione, “ai contratti a lungo termine”, anche se l'elemento centrale resta la specificazione dei tipi di rischio e della loro rilevanza nel caso concreto.

A questo proposito, è noto che dei 3 rischi classificati da Eurostat (di costruzione, di disponibilità e di domanda) almeno 2-normalmente quelli di costruzione e di domanda negli interventi di opere- devono pienamente sussistere a carico del privato per potersi avere l'esenzione del PPP dall'inserimento nella contabilità nazionale quale intervento incidente sui c.d. parametri di Maastricht.

Forse, però, meno noto è che il testo della decisione di Eurostat richiama l'amministrazione aggiudicatrice (e, per essa, lo Stato membro) ad un esame sostanziale e non solo formale del rischio, da effettuarsi caso per caso: in questa logica, quindi, “sopportare un rischio” (e, globalmente, due rischi su tre devono sempre sussistere), significa, quale criterio generale, sopportare come privato “la maggior parte del rischio”.

Faccio un esempio concreto per capire la precisione e la severità delle indicazioni di Eurostat, sempre più spesso criticate come eccessivamente restrittive, soprattutto in epoca di grave crisi economico-finanziaria mondiale: il rischio di costruzione sussiste se l'obbligazione di pagamento del soggetto pubblico è legata allo stato effettivo della costruzione, senza alcun automatismo. Ma è soprattutto con riferimento al rischio di domanda, cioè di variazione della domanda rispetto al contratto, che le cose si complicano: questa, infatti, deve essere non imputabile al privato contraente, ma derivante da fattori esterni, quali l'andamento economico e/o la concorrenza e/o l'obsolescenza tecnica, ecc., escluse le decisioni attribuibili all'autorità pubblica.

2. IL PPP NEL DIRITTO COMUNITARIO

Come è noto, la base definitoria e la fonte disciplinare del PPP sono costituiti dalle Comunicazioni interpretative del 2005 [COM (2005) 569] sul PPP e del 2008 sul PPPI (2008/C91/02) e da provvedimenti a carattere applicativo (le questions) o consultivo (il Libro Verde del 2004): ciò vuol dire che il PPP non ha né definizione né regolamentazione cogente nel diritto comunitario.

La definizione ed i contenuti del PPP di cui alle citate Comunicazioni interpretative ed ai provvedimenti correlati sono dunque espressione della “politica” del settore, anche se definite in aderenza alle norme vigenti ed alla giurisprudenza della Corte.

Il fatto, dunque, che il PPP non abbia una solida base normativa/definitoria nel diritto comunitario aiuta (paradossalmente) a capire come mai anche la sola definizione “politica” sia così generica, confusa e in sé carente.

La ragione sostanziale di ciò risiede nel carattere del PPP quale fenomeno relativamente disomogeneo a scala UE, che non può quindi essere definito se non in modo ampio ed onnicomprensivo, appunto per poter ricomprendere tutte le diverse esperienze nazionali e quindi, meno che mai, regolamentato in modo specifico.

D'altra parte, l'evoluzione delle formule contrattuali complesse che vanno sotto il nome di partenariato pubblico-privato è emblematica della caduta di ruolo degli ultimi anni della Commissione a scapito del Consiglio e del Parlamento europeo: infatti, mentre l'esperienza del PPP cresceva in modo esponenziale in tutti gli Stati membri rappresentando la punta di diamante della

modernizzazione del processo di affidamento dei contratti pubblici, l'organo esecutivo comunitario ha come abdicato al proprio ruolo di soggetto regolatore, ritagliandosi quello di mero interprete politico delle norme esistenti e della giurisprudenza della Corte. Una debolezza politico-istituzionale grave della Commissione che l'ha vista relegata a mero interprete del diritto codificato con le nuove Direttive 17 e 18 nel 2004. Va infatti ricordato che nella bozza iniziale delle Direttive il tema del PPP era ben presente ma il Consiglio ed il P.E. (cioè, in ultima istanza, gli interessi nazionali) hanno prevalso con lo stralcio del PPP, nel presupposto che, una volta concluso l'iter approvativo delle nuove norme, si sarebbe affrontato con apposita direttiva la disciplina della concessione (di lavori e di servizi) e delle altre forme di contratti complessi riconducibili al PPP.

La Commissione Barroso ha in effetti avanzato la nota proposta di direttiva sulle concessioni, che, però, è stata accantonata (certamente fino alla prossima legislatura) per la chiara opposizione del P.E. (tacitamente appoggiato dal Consiglio) che non vuole un'estensione ulteriore del diritto comunitario (ed, anzi, vorrebbe – soprattutto lo vuole la Germania! – una sostanziale sottrazione alle regole del Trattato sia dell'in house che della delega tra amministrazioni pubbliche).

In questo contesto di debolezza, la Commissione, con riferimento al PPP, ha sposato un approccio pragmatico con esiti abbastanza confusi: due le grandi categorie di PPP (PPP contrattuale e PPP istituzionalizzato), per potervi meglio ricomprendere i vari modelli nazionali (modello privatistico nel Regno Unito con il PFI/PPP; modello pubblicistico – contratto amministrativo – in Francia; modello concessorio in Spagna e modello misto – concessione/general contractor – in Germania).

Se guardiamo nel suo insieme al risultato finale, si può convenire con il giudizio secondo cui il PPP si configura, nella impostazione comunitaria, come “un contratto complesso che pare coniugarsi abbastanza strettamente con la disciplina appaltistica dei lavori” [Velia Maria Leone, *Appalti pubblici e concorrenza*, Università di Trento].

Ma il vero, irrisolto dilemma (l'essere o non essere!) del PPP comunitario è riconducibile all'alternativa disciplinare appalto / concessione propria del diritto comunitario, che si basa

sull'elemento distintivo del rischio: ora, non si vede come il rischio, elemento proprio della concessione ma non dell'appalto nella disciplina cogente comunitaria, possa caratterizzare il PPP contrattuale in forma di appalto.

3. LE ESPERIENZE PIÙ SIGNIFICATIVE DEL PPP IN EUROPA:

Regno Unito, Francia, Germania

a) REGNO UNITO

È il paese leader assoluto in Europa nel PPP.

Dalla metà degli anni '90 ha applicato tale formula a circa un migliaio di contratti – lavori, servizi e forniture – denominati PFI/PPP, per un importo complessivo superiore a 100 md di euro, comprensivo anche di importanti contratti nel settore della Difesa.

La maggior parte dei contratti PFI/PPP riguarda interventi di edilizia (dalle prigioni agli ospedali, alle scuole fino agli interventi di edilizia popolare); solo un numero minore di contratti è stata invece applicata alle infrastrutture, soprattutto di trasporto, come le concessioni autostradali o per singole opere – tunnels e ponti – normalmente a pedaggio virtuale. Anche il nuovo piano stradale/autostradale del Governo – 2007/2011 – ,che prevede interventi per un importo di 30 md di euro, rilancia appunto tramite contratti PFI/PPP il pedaggio virtuale, prevedendolo sul 25% delle nuove realizzazioni.

Attualmente il PFI/PPP copre circa il 20% della spesa globale per appalti pubblici dello Stato e degli Enti locali, livello che è considerato dalle autorità soddisfacente ed appropriato per un tipo complesso di contratti, che presuppone elevate competenze da parte pubblica e da parte privata, alti costi di preparazione e tempi lunghi – da 1 a 2 anni – per l'aggiudicazione.

Aspetto saliente dell'evoluzione recente del PPP anglosassone é il sempre più frequente ricorso all'aggregazione della domanda – centrali di committenza –, all'utilizzo di specifici programmi di intervento in chiave di standardizzazione progettuale e contrattuale – accordi quadro per ospedali, scuole ecc. – e l'allungamento progressivo dei tempi di gestione – dai 10 anni iniziali ai 30 e più degli ultimi contratti –.

Di norma il rimborso da parte pubblica dell'investimento anticipato dal privato contraente inizia a partire dalla consegna dell'opera funzionante e si articola in annualità per tutto il periodo contrattuale – mentre il rimborso del solo costo dell'opera può essere concentrato nelle prime 10 annualità: sul piano strettamente finanziario, i contratti PFI/PPP hanno spesso utilizzato il ricorso alla c.d. formula di réfinancing, in base a cui la parte pubblica e quella privata si ripartiscono, secondo percentuali predefinite in sede di contratto, i proventi e/o le perdite derivanti dalle migliori/peggiori condizioni finanziarie ottenute sul credito.

La formula del partenariato pubblico privato con anticipazione finanziaria da parte del privato contraente – oltre ad un'eventuale quota di capitale di rischio – rimborsata in annualità dal committente pubblico, tipica del PFI/PPP, è diventata ormai la più diffusa in Europa e riguarda sia appalti di progettazione, costruzione, finanziamento, manutenzione e/o gestione del servizio connesso per un lungo periodo – da 10 a 30 anni – sia concessioni – soprattutto autostradali e stradali – a pedaggio reale, ma più spesso, virtuale (e va evidenziato che i contratti inglesi PFI/PPP sono spesso l'uno e l'altro insieme, cioè contratti misti appalto-concessione, usualmente non denominati).

L'elemento caratterizzante tale formula in tutte le sue variabili è dato dalla remunerazione del contraente da parte pubblica – e solo marginalmente, quando c'è, da parte dell'utente privato – attraverso versamento di un canone prefissato per annualità sia del costo dell'opera sia della quota di remunerazione del servizio (manutenzione semplice ovvero gestione complessiva del servizio)

Quanto agli aspetti procedurali, la formula oggi generalmente applicata alla quasi totalità degli interventi complessi è il Design & Build-D&B-, vale a dire l'appalto integrato, aggiudicato

mediante gara a procedura ristretta- molto simile, per la verità, alla procedura negoziata preceduta da pubblicità-, mentre il dialogo competitivo è considerato procedura troppo formalizzata per tali interventi.

Il D & B è anche la formula applicata al 90% dei contratti della Highway Agency: nella sua versione più avanzata, l'ECI-Early involvement contract-, è applicata ormai nel 100% dei maggiori contratti autostradali.

La formula dell'ECI (molto sostenuta ed insieme molto criticata) si sviluppa sulla falsariga del D & B con una concorrenza basata essenzialmente sulla sola qualità/innovazione e marginalmente sul prezzo, secondo le seguenti fasi:

- 1) definizione del progetto preliminare, anche con indicazioni solo prestazionali;
- 2) pubblicazione del bando e formazione della lista ristretta di contractors + consultants invitati: per i grandi appalti, non più di 5/7;
- 3) nella fase successiva, anche attraverso incontri ed interviste mirate ai tecnici indicati per l'esecuzione in caso di aggiudicazione, si attua un'ulteriore cernita delle imprese sulla base dei soli requisiti e delle proposte tecniche innovative esposte, riducendo a 3/4 gli invitati alla fase successiva;
- 4) esame approfondito delle idee e delle proposte progettuali tese alla miglior esecuzione (progettuale ed operativa) dell'intervento: scelta di 2 concorrenti per la formulazione della proposta progettuale e offerta del c.d. prezzo obiettivo (target price), secondo criteri valutativi tipo offerta economicamente più vantaggiosa, con peso dell'80% alla qualità e 20% al prezzo. Tra l'altro, l'attività di intensa elaborazione progettuale operata dagli invitati può essere remunerata come attività professionale, acquisita dall'Ente ed incorporata alla soluzione finale;
- 5) scelta del c.d. offerente preferito (preferred bidder), con cui l'Ente continua l'affinamento progettuale e la negoziazione economica fino alla definizione del progetto esecutivo;
- 6) offerta finale con criteri di valutazione relativa a qualità (70:80%) e prezzo (30/20%).

b) FRANCIA

Nonostante una lunga tradizione di interventi concessori, solo nel giugno del 2004 è stata approvata l'Ordonnance istitutiva dei contratti PPP, fortemente osteggiata fino all'ultimo da una pubblica amministrazione centrale gelosa delle proprie prerogative e poco incline a forme di partenariato con i privati.

Con tale Ordonnance (17 giugno 2004, n° 2004-559) il PPP assume connotati normativi specifici, di natura pubblicistica e con carattere di contratto amministrativo: sul piano dei contenuti, il contrat de partenariat riguarda contratti a prestazioni complesse (in genere comprensivo di progettazione, costruzione, manutenzione, gestione e prestazioni accessorie) e pare, nel centinaio di esperienze concrete già attuate o in fase di realizzazione, rispondere particolarmente bene alle esigenze degli enti locali per interventi medio-piccoli.

Il modello di contratto è contraddistinto dalla lunga durata (20/30 anni), definita in rapporto alle previste capacità di ammortamento del progetto e di reperibilità delle risorse sul mercato: la remunerazione è quasi interamente legata alla qualità del servizio erogato ed è "spalmata" nell'arco di durata del contratto. Ciò fa propendere sul piano della qualificazione giuridica non per l'assimilazione alla concessione bensì all'appalto, nella forma del terzo tipo ("il realizzare con qualunque mezzo").

Ora, la nuova legge sul PPP-loi 28 juillet 2008, n. 735- voluta personalmente da Sarkozy, viene ad integrare l'Ordonnance 2004 senza mutarne la sostanza: il contratto di partenariat resta una categoria di contratto "del terzo tipo"(ni un marché ni une délégation de service public) mentre la legge ne precisa e ne completa, ampliandoli, sia la definizione che gli obiettivi. In particolare, subordina il ricorso al PPP alla obbligatoria, preliminare valutazione di costi/benefici, tesa ad accertare l'esistenza di un bilancio positivo circa vantaggi e svantaggi del ricorso a tale formula rispetto ad altre.

In sostanza, la legge tende ad ampliare il ricorso al PPP sia sul lato soggettivo-tutti gli enti centrali e periferici- che su quello oggettivo-non solo per ragioni di complessità ed urgenza ma, in generale, di constata convenienza- legandolo, però, ad accertati obiettivi di efficienza-performances- da raggiungere.

Infine, anche la procedura di aggiudicazione prevista dall'Ordonnance unicamente nel dialogo competitivo, è estesa all'appel d'offres ed entro certi limiti pure alla procedura negoziata.

Sul piano numerico/quantitativo, gli interventi in PPP sono in forte crescita (circa 150 nuovi interventi previsti quest'anno) con un pressing continuo del Governo, ma con un'incidenza ancora limitata sul piano del valore-circa 1 md di euro complessivo- rispetto al comparto dei contratti pubblici nel loro insieme.

c) GERMANIA

Largamente refrattaria al PPP, solo recentemente si è convertita al partenariato ed ora ne vede una significativa espansione (100 interventi attuati, per un valore globale di circa 3,5 md di euro) soprattutto in ambito infrastrutturale-3 interventi autostradale (competenza federale)- ed edilizio- scolastico, impianti sportivi, tribunali ecc- (competenza prevalente dei Länder).

Il Governo ha più volte dichiarato di voler promuovere un'ulteriore espansione del PPP con l'obiettivo di portarlo a medio termine dall'attuale 4% a circa il 15% del valore complessivo del mercato pubblico. Sul piano normativo, il PPP tedesco ha carattere solo in qualche caso concessorio (autostrade e ponti, sia con pedaggio reale che, più spesso, fittizio) che, soprattutto, di appalto a general contractor (ambito scolastico ed edilizio in genere).

Da notare che la nuova legge sul partenariato pubblico-privato del 7 settembre 2005 ("Legge sugli appalti per la creazione del partenariato pubblico-privato e per favorire le disposizioni legislative di base per il partenariato pubblico-privato") non è una legge organica sul PPP, ma integrativa di leggi esistenti, riferita solo agli interventi federali che ruota attorno a tre serie di norme abbastanza diverse: il primo gruppo – artt. 1 e 2 – riguarda nuove disposizioni ovvero

modifiche di norme procedurali esistenti contenute nel VOB/A – norme di base per l’aggiudicazione degli appalti di lavori – e nel VOL/A – norme di base per l’aggiudicazione degli appalti di forniture e servizi; il secondo gruppo – artt. 3 e 4, par. 1 – attiene alle nuove norme sul finanziamento privato per la realizzazione delle strade di grande comunicazione; infine, il terzo gruppo – artt. da 4, par. 2 a 8 – riguarda modifiche alla legislazione fiscale ed alle regole relative agli investimenti delle persone giuridiche pubbliche.

La novità maggiore riguarda l’introduzione con tale legge nell’ordinamento legislativo federale della procedura del Dialogo Competitivo per gli appalti particolarmente complessi, con la conseguente modifica delle norme sulle procedure, utilizzabili rispettivamente per l’aggiudicazione degli appalti di lavori (VOB/A) e di forniture (VOL/A).

La disciplina del Dialogo Competitivo (art. 2, par. 6 e seguenti) prevista per i soli interventi federali, non si discosta per nulla dal testo dell’art. 29 della Direttiva 2004/18/CE, salvo l’obbligo di ricompensare adeguatamente tutti gli offerenti partecipanti al dialogo che hanno redatto valide proposte, piani, calcoli e simili.

In sostanza, il legislatore tedesco considera il Dialogo Competitivo la procedura di riferimento per gli interventi PPP contrattuali di livello federale, aventi natura di appalto: a livello dei Länder, l’indirizzo generale è analogo ma ogni Lander principale ha previsto una propria legislazione, non sempre omogenea.

CONCLUSIONI

Il fenomeno del PPP è in forte espansione in tutti gli Stati membri: anche in Italia il ruolo del partenariato è ormai centrale nei contratti pubblici complessi. Tuttavia, il PPP in sé continua ad avere sia a livello nazionale che europeo, una base normativa minimale (per non dire inesistente), pur avendo una crescente posizione e visibilità nelle politiche di settore.

Anche a livello della semplice definizione della disciplina nazionale si rinvergono elementi di scarsa chiarezza e precisione (definizione jolly) e perfino dubbi circa la congruità della

definizione del PPP rispetto alle discipline cogenti dei vari istituti in esso ricompresi: in particolare, resta l'interrogativo su come si possa parlare del PPP contrattuale in forma di appalto-al momento la formula di gran lunga più praticata in Europa- quando uno degli elementi distintivi del PPP è appunto l'allocazione del rischio sostanziale di domanda in capo al privato.

Il vero rischio in questo caso appare quello della possibile confusione sia terminologica che concettuale ed è un rischio troppo grande per un fenomeno che, sul piano sostanziale, rappresenta una delle formule di punta per la sempre più necessaria, attiva partecipazione privata nella contrattualistica pubblica.