

Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito al Libro verde sui partenariati pubblico/privato e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni

COM(2004) 327 def.

(2005/C 120/18)

La Commissione europea, in data 30 aprile 2004, ha deciso, conformemente al disposto dell'articolo 262 del Trattato che istituisce la Comunità europea, di consultare il Comitato economico e sociale europeo in merito al Libro verde sui partenariati pubblico/privato e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

La sezione specializzata Mercato unico, produzione e consumo, incaricata di preparare i lavori del Comitato in materia, ha formulato il proprio parere in data 8 settembre 2004, sulla base del progetto predisposto dal relatore LEVAUX.

Il Comitato economico e sociale europeo, in data 27 ottobre 2004, nel corso della 412a sessione plenaria, ha adottato il seguente parere con 96 voti favorevoli, 2 voti contrari e 2 astensioni.

1. Introduzione

1.1 La Commissione, in data 30 aprile 2004, ha pubblicato un *Libro verde sui partenariati pubblico/privato* (PPP) che punta ad avviare un dibattito sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni al fenomeno dei PPP.

1.2 Nel suo parere d'iniziativa dell'ottobre 2000 ⁽¹⁾, il CESE aveva formulato raccomandazioni che rimangono ancora attuali. Le dimensioni del fenomeno dei PPP si sono accresciute e le questioni che esso pone rimangono di importanza strategica per un'Europa ormai allargata e dopo l'adozione delle nuove direttive del 30 aprile scorso ⁽²⁾.

1.3 Nel frattempo in una serie di paesi sono stati sperimentati progetti di PPP. I risultati sono molto differenziati. Sarebbe pertanto opportuno procedere ad una valutazione sistematica delle esperienze sulla scorta di criteri diversi, come ad esempio i costi, l'accesso alle prestazioni, la qualità delle prestazioni, le ricadute sull'occupazione, ecc. Si dovrebbe in particolare studiare se e in qual modo i PPP possano contribuire al mantenimento della competitività europea rispetto ai paesi terzi e quali vantaggi o svantaggi presentino rispetto alle modalità tradizionali di prestazione dei servizi.

2. I diritti nazionali e le realizzazioni in PPP hanno conosciuto in Europa un notevole sviluppo

2.1 Tutti i paesi europei hanno utilizzato o utilizzano attualmente il sistema dei PPP e delle concessioni. Finora, tuttavia, la Commissione non ha potuto stilare un inventario. La BEI dispone di alcune statistiche parziali riguardanti un centinaio di progetti. Non si può dimenticare che la «prima Europa», cioè quella dei Romani, utilizzava già duemila anni fa il sistema delle concessioni. Nel corso del secolo XIX la rete ferroviaria europea

è stata realizzata grazie allo strumento giuridico costituito dalle concessioni. Queste ultime erano estremamente sviluppate non solo nel campo del trasporto ferroviario, ma anche in quello dei servizi pubblici municipalizzati, come l'erogazione di acqua, gas ed energia elettrica, la raccolta dei rifiuti domestici e la fornitura del servizio telefonico.

2.2 Da molto tempo, in tutto il mondo, contratti globali consentono di finanziare, progettare, realizzare e gestire nel tempo non solo autostrade e parcheggi, ma anche reti idriche, musei, aeroporti, linee tranviarie e della metropolitana, piani urbanistici, ristrutturazioni totali di scuole e ospedali, ecc.

2.3 Paesi che hanno recentemente legiferato in tema di PPP: *qui di seguito ci si limita a descrivere le situazioni registrate in un numero circoscritto di paesi: Italia, Spagna, Regno Unito e Francia.*

2.3.1 In Italia

2.3.1.1 La Legge quadro del 1994 (Legge Merloni) definisce **la concessione di lavori pubblici**. Tale forma di concessione è caratterizzata dal fatto che il concessionario realizza l'opera con i propri mezzi, reintegrando il capitale investito grazie allo sfruttamento economico dell'opera così realizzata (art. 19, comma 2, della Legge 109/94) ⁽³⁾.

Il programma di recupero del ritardo nello sviluppo delle infrastrutture punta alla realizzazione di 220 opere considerate strategiche:

- dal 2002 al 2011, l'investimento previsto è di 125 miliardi di euro,
- metà di tale somma proviene dallo Stato e l'altra metà da finanziamenti privati.

⁽¹⁾ GU C 14 del 16.1.2001.

⁽²⁾ GU L 134 del 30.4.2004.

⁽³⁾ Legge quadro (L 109/94) (GURI 41 del 9.2.1994) modificata dalla Legge del 2 giugno 1995 n. 216 (GURI 127 del 2.6.1995).

La Legge ha introdotto alcune figure giuridiche che tengono conto delle peculiarità della materia: il contraente generale, il concessionario, l'affidatario della gestione ed il promotore.

Per evitare ritardi nella consegna delle opere e migliorare l'efficienza nella loro realizzazione, una nuova legge del 2001 ha introdotto la figura del «**contraente generale**». Questi consegna l'opera «chiavi in mano» e ne cura la manutenzione; inoltre, egli deve assumersi l'onere del prefinanziamento dell'opera stessa.

2.3.1.2 La concessione di costruzione e gestione

La concessione di costruzione e gestione costituisce l'alternativa all'affidamento a contraente generale: la scarsità di risorse finanziarie induce generalmente a ricorrere a tale schema contrattuale, basato sul pagamento totale o parziale da parte dell'utente, dato che, in caso di affidamento ad un «contraente generale», l'amministrazione deve scaglionare i pagamenti.

2.3.1.3 L'affidamento o presa in gestione

Le concessioni sono utilizzate altresì per l'affidamento in gestione delle opere esistenti: ospedali, scuole, carceri. Un provvedimento dell'autorità competente in materia deve consentire all'amministrazione di concentrarsi sui propri compiti essenziali e di beneficiare delle innovazioni del settore privato.

2.3.1.4 Il contratto di concessione con il promotore

Si tratta della possibilità, per qualsiasi privato, di presentare una proposta relativa alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nel programma triennale degli investimenti dell'ente pubblico interessato o in altri strumenti di programmazione approvati da quest'ultimo. L'amministrazione aggiudicatrice, che è libera di accogliere o meno tale proposta, procede quindi, se del caso, a indire una gara al fine di aggiudicare la relativa concessione. Al promotore, il quale predispone il relativo contratto, è attribuito un diritto di prelazione nell'aggiudicazione del contratto stesso.

In Italia si registra un'ampia diffusione della figura del promotore; infatti, su:

- 1163 iniziative presentate nell'arco di tre anni e mezzo (gennaio 2000 — giugno 2003),
- 660 provengono da promotori (concessioni ad iniziativa privata, di cui 302 nel 2003!), mentre
- 503 sono concessioni ad iniziativa pubblica.

2.3.2 In Spagna

2.3.2.1 In Spagna, il contratto di concessione di lavori pubblici è disciplinato dalla Legge 13/2003 del 23 maggio 2003, che ha modificato la legge sugli appalti delle pubbliche amministrazioni, il cui testo consolidato è stato approvato con

il Regio decreto legislativo 2/2000 del 16 giugno 2000. La legge ha aggiunto un nuovo titolo «Del contratto di concessione di lavori pubblici» alla disciplina dei diversi tipi di contratti amministrativi. Il nuovo titolo definisce il regime giuridico di questo tipo di contratto, ormai usuale, tenendo conto delle sue caratteristiche peculiari e della tradizione giuridica spagnola.

2.3.2.2 La nuova definizione del contratto di concessione comporta quattro elementi fondamentali: «lavori pubblici», «rischio legato alla concessione», «equilibrio economico della concessione» e «diversificazione del finanziamento».

2.3.3 Nel Regno Unito

2.3.3.1 Negli anni 1993-1994 il governo britannico ha varato un'ampia politica di delega di lavori e servizi pubblici, denominata *Private Finance Initiative* (PFI). Tale sistema prevede l'affidamento ad un'impresa privata, per una data opera pubblica, di un incarico globale comprendente «progettazione — finanziamento — costruzione — gestione e manutenzione» dell'opera stessa. Dalla sua introduzione ad oggi, alla PFI si possono ascrivere:

- oltre 650 progetti (di cui 45 relativi a ospedali e oltre 200 a scuole) avviati mediante PPP,
- 400 progetti in corso di realizzazione,
- impegni finanziari per 48 miliardi di sterline (60 miliardi di euro),
- un programma in preparazione,
- circa il 12 % del bilancio annuale nazionale per gli investimenti in patrimonio.

2.3.3.2 Per il Tesoro britannico vi sono due elementi decisivi che giustificano l'interesse a ricorrere alla PFI: «è il settore privato che deve realmente assumersi il rischio economico della realizzazione dell'opera e della gestione del servizio» e «il settore pubblico deve ottenere servizi al miglior prezzo possibile, in applicazione del principio *Best Value for Money*, che mira all'ottimizzazione dei costi di esercizio delle opere realizzate: poiché, infatti, ad essere incaricato dello sfruttamento economico dell'opera è lo stesso soggetto che l'ha realizzata, questi avrà tutto l'interesse a progettare e realizzare un'opera di qualità, che comporti meno spese di gestione e sia più duratura».

2.3.3.3 I contratti in corso sono utilizzati in ogni campo: reti idriche, interventi di bonifica, trasporti pubblici, installazioni e servizi militari, ospedali, scuole, edifici pubblici, strade e autostrade, ...

2.3.3.4 Anche nel Regno Unito, dato il gran numero di progetti di PPP, è disponibile un ampio ventaglio di esperienze, peraltro assai diverse, con esiti piuttosto modesti. Esse dovrebbero formare oggetto di un'analisi e di una valutazione sistematica in vista di ulteriori sviluppi.

2.3.4 In Francia

2.3.4.1 Il diritto di stipulare contratti di concessione finanziati dall'utenza era già disciplinato dalla Legge 29 gennaio 1993 (c.d. Legge Sapin); nella prassi, siffatti contratti sono estremamente diffusi nei seguenti settori:

- servizi idrici e ambientali urbani, trasporti pubblici urbani, ecc.,
- grandi infrastrutture: autostrade, ponti, grandi stadi, gallerie, ecc.

2.3.4.2 In Francia i contratti di PPP con pagamento pubblico sono in pieno sviluppo.

2.3.4.2.1 Con la Legge 5 gennaio 1988 sono stati introdotti nell'ordinamento francese contratti chiamati *Baux Emphytéotiques Administratifs de longue durée à paiement public* (enfiteusi amministrative a lungo termine con pagamento pubblico). Tali contratti sono utilizzati, come alternativa al *leasing* (anch'esso largamente impiegato dallo Stato francese), per l'edilizia pubblica, soprattutto scolastica⁽¹⁾. Inoltre, nel campo dell'edilizia e delle infrastrutture statali, si è diffuso il contratto di locazione con opzione d'acquisto (Leggi del 29 agosto 2002 e dell'inizio del 2003, rispettivamente per «la polizia» e per «l'esercito»).

2.3.4.2.2 Infine, una Legge del 2 luglio 2003 ha previsto l'emanazione di provvedimenti (*ordonnances*) volti a disciplinare i contratti di lunga durata aventi per oggetto «la progettazione, la realizzazione, il finanziamento e la gestione a carico dell'utenza». Un primo provvedimento relativo al settore ospedaliero è stato pubblicato nel settembre 2003, mentre un altro è stato emanato per lo Stato francese e gli enti locali (si tratta dell'*ordonnance* del 17 giugno 2004 sui contratti di partenariato⁽²⁾).

2.3.5 In Germania

2.3.5.1 Come altri Stati membri, la Germania dispone di una normativa dettagliata in materia di aggiudicazione di appalti pubblici (appalti per opere pubbliche), che sono aperti senza discriminazioni alle imprese pubbliche, alle imprese private e ai PPP.

2.3.5.2 Va fatta una distinzione di fondo tra questa normativa e la procedura volta a garantire l'erogazione dei servizi di interesse generale. In molti casi, gli enti locali tedeschi scelgono i partenariati pubblico/privato (PPP) per l'erogazione di questo tipo di servizi di interesse economico generale, per esempio nel settore dell'approvvigionamento o dello smaltimento, vale a dire nei settori dell'energia, dell'approvvigionamento idrico e della gestione delle acque reflue, e dello smaltimento dei rifiuti, utilizzando a tal fine tutte le tipologie contrattuali possibili. Negli enti locali, oltre alle concessioni di servizi, ampiamente diffuse, si registrano contratti basati su appalti pubblici, per esempio per la fornitura di energia elettrica, e PPP istituziona-

lizzati. Questi PPP danno un contributo alla salvaguardia di posti di lavoro nella regione e all'economia locale.

2.3.5.3 Tali PPP si basano sulle competenze attribuite dalla costituzione ai comuni di decidere autonomamente quale tipo di servizi di interesse economico generale fornire e come organizzare tale erogazione sul loro territorio nel quadro di concessioni. Essi sono liberi di scegliere se creare imprese proprie, costituire PPP con partner idonei oppure se affidare il servizio di interesse economico generale a privati. Questi PPP non sono soggetti alla legislazione in materia di aggiudicazione di appalti.

2.4 Osservazioni sui contratti conclusi con promotori

2.4.1 Il sistema attuale affonda le sue radici nella tradizione europea delle concessioni. Esso è in pieno sviluppo in Europa, tanto da porre la questione dell'armonizzazione o meno delle normative nazionali sul tema e del loro coordinamento con il diritto comunitario.

2.4.2 La Francia e la Spagna hanno adottato il sistema del contratto con il promotore sulla scorta dell'Italia, dove la normativa in materia è molto sofisticata. In questi paesi l'ente pubblico interessato indice una gara per l'aggiudicazione del contratto sulla base del progetto preliminare presentato dal promotore (ed eventualmente modificato dall'amministrazione stessa) nonché del suo piano di finanziamento (durata proposta, tariffa richiesta, ...).

2.4.3 Dopo l'espletamento di una procedura negoziata, l'amministrazione aggiudica la concessione al promotore oppure al soggetto che, nel corso della gara, ha presentato una delle due migliori offerte. Il promotore e gli offerenti devono fornire una garanzia di importo pari al 2,5 % del valore dell'investimento totale.

2.4.4 Se l'amministrazione non aggiudica il contratto al promotore, questi riceve dall'offerente aggiudicatario del contratto un importo corrispondente a quello della predetta garanzia a compensazione delle spese sostenute nonché dei diritti di proprietà intellettuale. Se, invece, il promotore si aggiudica il contratto, la garanzia del 2,5 % da lui versata è corrisposta ai due altri offerenti (per il 60 % al migliore offerente e per il restante 40 % al secondo).

2.4.5 Come nell'art. 19 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, si prevede la possibilità di riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici a laboratori protetti, quando la maggioranza dei lavoratori interessati sia composta di disabili, così il CESE ritiene che certe considerazioni di carattere sociale debbano giocare in favore del promotore, o di uno degli aggiudicatari del contratto, quando sia attuata questa forma di partenariato pubblico/privato.

⁽¹⁾ La costruzione dell'edificio sede del ministero delle Finanze a Bercy (Parigi) è stata in parte realizzata con tale modalità di finanziamento.

⁽²⁾ *Ordonnance* sui contratti di partenariato n. 2004/559, pubblicata sulla GURF del 19.6.2004.

2.5 Paesi in cui i PPP e la concessione sono poco diffusi. Qui di seguito ci si limita a descrivere le situazioni registrate in un numero circoscritto di paesi

2.5.1 In Belgio

2.5.1.1 La concessione è definita negli artt. 24 e 25 della Legge 24 dicembre 1993 e negli artt. 123 segg. del Regio decreto 8 gennaio 1996 ⁽¹⁾. Oltre all'esecuzione e all'eventuale progettazione delle opere, tali norme prevedono lo sfruttamento economico di queste da parte del concessionario. **Per contro, il contratto con il promotore non sembra molto sviluppato nel diritto belga.**

2.5.1.2 Il contratto con il promotore ⁽²⁾ è caratterizzato dall'associazione del finanziamento, della realizzazione e talora della progettazione di un'opera destinata ad essere utilizzata dall'amministrazione aggiudicatrice contro un corrispettivo costituito da un canone di locazione ⁽³⁾.

2.5.2 In Portogallo

2.5.2.1 Al fine di migliorare la rete stradale del paese, il governo portoghese ha utilizzato il contratto c.d. SCUT, un regime di delega che consente ad un costruttore privato di ricevere un canone pubblico. Lo SCUT è ispirato al sistema *shadow toll* o «pedaggio ombra», impiegato sulle strade del Regno Unito. Le gare d'appalto relative a tali contratti SCUT si sono svolte nel 1997; attualmente, essi sembrano invece essere meno utilizzati.

2.5.3 In Ungheria

2.5.3.1 Non vi è alcuna legge specifica che disciplini i progetti realizzati mediante PPP; tuttavia, i termini degli impegni finanziari assunti dallo Stato sono enunciati nel decreto n. 2098/9003 (V29).

2.5.3.2 Nel 1997 il governo ungherese ha preso l'iniziativa di varare un programma di partenariato con soggetti privati relativo allo sviluppo di parchi industriali, il cui numero ha raggiunto quota 165 all'inizio del 2004.

3. Come definire la concessione ed il PPP?

3.1 Il diritto comunitario non è stato in grado di fornire definizioni dei PPP e delle concessioni che fossero realistiche ed utili. In tale ordinamento giuridico, infatti, le nozioni di PPP e

di concessione di lavori pubblici e di servizio pubblico non esistono o, laddove esistenti, sono alquanto criticabili. In particolare, la critica delle nozioni attualmente disponibili si appunta sui seguenti elementi:

- l'assimilazione delle concessioni alla nozione di appalto di lavori (punto 3.1.1),
- l'assenza di una distinzione, quella tra i contratti di lunga durata e quelli a breve termine, che di fatto costituisce lo spartiacque per il finanziamento esterno all'amministrazione e dunque il fondamento economico della delega (punto 3.1.2),
- la mancata considerazione delle proposte autonome di concessioni da parte del settore privato (punto 3.1.3).

3.1.1 L'assimilazione delle concessioni e dei PPP alla nozione di appalto di lavori

3.1.1.1 Le fonti della disciplina comunitaria delle concessioni sono, da un canto, i principi e le norme del Trattato e, d'altro canto, le direttive che applicano tali principi.

3.1.1.2 L'obiettivo delle direttive elaborate dall'Unione europea è quello di assicurare la trasparenza nelle procedure di aggiudicazione nell'intero settore degli appalti pubblici; **talvolta** il loro ambito di applicazione è confuso, quando si tratti di contratti complessi di concessione o di partenariato pubblico-privato.

3.1.1.3 Solo la direttiva 93/37/CEE ⁽⁴⁾, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, definiva il contratto di concessione di lavori pubblici, dandone appunto una definizione all'art. 1, lettera d). Si trattava però di una definizione infelice, che assumeva come riferimento i semplici contratti di appalto di lavori pubblici ⁽⁵⁾. **La direttiva 92/50/CEE** ⁽⁶⁾, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non forniva alcuna definizione della concessione. Infine, **la direttiva 93/38/CEE** ⁽⁷⁾ non si occupava della definizione delle concessioni né del loro modo di aggiudicazione, ma disciplinava le procedure di aggiudicazione di tutti i contratti di appalto conclusi da concessionari nei settori cosiddetti speciali, sostituendosi così alle altre direttive. Il CESE deplora questo approccio sommario e irrealistico, purtroppo mantenuto nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE ⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ Legge 24 dicembre 1993 - appalti - Moniteur Belge del 22 gennaio 1994. Regi decreti dell'8 e del 10 gennaio 1996 - Moniteur Belge del 26 gennaio 1996 Regio decreto relativo agli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi ed alle concessioni di LL.PP.

⁽²⁾ Idem.

⁽³⁾ Legge 24 dicembre 1993 (art. 9) - Regio decreto 8 gennaio 1996 (art. 21) - Regio decreto 26 settembre 1999. Maurice-André Flamme, «La Legge 24 dicembre 1993», in «Journal des Tribunaux, 1994». Disciplina dell'edilizia.

⁽⁴⁾ GU L 199 del 9.8.1993.

⁽⁵⁾ La «concessione di lavori pubblici» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di cui alla lettera a), ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

⁽⁶⁾ GU L 209 del 24.7.1992.

⁽⁷⁾ GU L 199 del 9.8.1993.

⁽⁸⁾ GU L 134 del 30.4.2004.

3.1.1.4 La Commissione, consapevole del crescente ricorso al PPP, ha pubblicato nell'aprile 2000 **una comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici** ⁽¹⁾. L'obiettivo di tale comunicazione era quello di uscire dall'ambiguità giuridica fondamentale legata all'assenza di una definizione corretta di concessioni e PPP nelle direttive sugli appalti pubblici. Occorre inoltre ricordare come attualmente i diritti nazionali disciplinano le concessioni ed i PPP in modo estremamente diversificato.

3.1.1.5 Il CESE ritiene che manchi una definizione della concessione e dei contratti di PPP o di delega che ne stabilisca con chiarezza il rispettivo contenuto e la rispettiva portata. Infatti, la concessione e, più ampiamente, la delega non si riassumono in un solo criterio — il rischio o il finanziamento — come considerato dalla direttiva 93/37/CEE e poi dalla comunicazione interpretativa, ma sono definite da tutta una serie di elementi.

3.1.1.6 Per una migliore definizione della concessione e del PPP

3.1.1.6.1 Il contratto o l'atto unilaterale con cui un'autorità pubblica conferisce determinati diritti a un organismo esterno ad essa, delegandogli il compito di concepire, realizzare, finanziare, mantenere e gestire un'infrastruttura o un servizio per un periodo lungo e determinato:

- configura una concessione, se l'impresa è remunerata mediante un prezzo pagato principalmente dagli utenti,
- configura un contratto di partenariato pubblico-privato, se la remunerazione è corrisposta principalmente dall'autorità pubblica.

3.1.1.6.2 Da tali definizioni è possibile ricavare due elementi propri di questi tipi di contratto:

- la necessità di un **trasferimento di responsabilità** dall'autorità pubblica al titolare del contratto,
- la nozione di **globalità del contratto**, il quale prevede una lunga serie di obblighi (realizzazione, finanziamento, sfruttamento economico, manutenzione, ecc.) il cui adempimento ha luogo in un lungo periodo di tempo (forchetta media da 10 a 75 anni).

3.1.1.6.3 Il CESE ritiene che non sia il caso di limitarsi, come fa invece la comunicazione interpretativa dell'aprile 2000, a ritenere che il contratto (di concessione) si riduca alla mera assunzione del rischio della gestione: una siffatta concessione di tale tipo contrattuale sarebbe infatti eccessivamente limitata e riduttiva.

⁽¹⁾ GU C 121 del 29.4.2000.

3.1.2 La necessità di distinguere tra contratti di breve e di lunga durata

3.1.2.1 In merito al Libro verde pubblicato nel novembre 1996 dalla Commissione europea ⁽²⁾, il 28 maggio 1997 il CESE aveva adottato un parere ⁽³⁾ in cui chiedeva alla Commissione di rivedere il suo approccio con riguardo alla concessione, al fine di rendere la definizione di quest'ultima più autonoma nei confronti di quella del contratto di appalto di lavori: *La questione delle concessioni dovrebbe essere esaminata attentamente, fermo restando che la loro attribuzione dovrebbe essere oggetto di trasparenza e criteri obiettivi. Tra una concessione e un contratto d'appalto esistono differenze sostanziali attinenti l'oggetto, la durata, le condizioni di finanziamento, le modalità di gestione ai fini della portata della responsabilità. Per favorire lo sviluppo di tali contratti, specie ai fini delle reti transeuropee, la Commissione europea potrebbe studiare un adeguato strumento giuridico concernente il loro regime di esecuzione* ⁽⁴⁾.

3.1.2.2 Il CESE ritiene necessario, avuto riguardo alla natura dei contratti e alla loro classificazione, riconoscere a ciascuno di essi la funzionalità che gli è propria.

3.1.2.3 D'altra parte, però, un contratto di concessione o di PPP non può ridursi, senza menzionarne la durata, ad un mero trasferimento del rischio inerente alla gestione, quando si tratta innanzitutto di delegare all'aggiudicatario del contratto i compiti relativi alla concessione, alla realizzazione, al finanziamento e alla gestione-manutenzione di un'opera o di un servizio.

3.1.3 **Per quanto riguarda i summenzionati contratti conclusi con promotori**, numerosi paesi hanno emanato una normativa specifica che riconosce la possibilità per gli operatori privati di proporre un progetto alle autorità pubbliche competenti. Tale prassi, ormai corrente in Italia, dovrebbe potersi estendere agli altri Stati membri, dove attualmente non sono previste procedure analoghe.

3.2 Applicazioni diverse del diritto comunitario producono differenze sul piano giuridico

3.2.1 Non esiste una nozione dei contratti pubblici comune ai diritti nazionali dei singoli paesi europei, cosicché uno stesso contratto sarà ritenuto un appalto in un paese e considerato una concessione in un altro. Quello stesso contratto, dunque, sarà assoggettato a due diversi regimi di aggiudicazione a seconda del paese in cui ci si trova. Il Regno Unito, meno sensibile alla classificazione dei tipi contrattuali rispetto ai paesi di tradizione giuridica latina e di diritto amministrativo, ha sempre considerato i PPP come semplici contratti di appalto pubblico, benché avrebbe potuto ritenersi che si trattasse invece di concessioni di lavori pubblici.

⁽²⁾ COM(96) 583 def.

⁽³⁾ GU C 287 del 22.9.1997.

⁽⁴⁾ Alcuni altri punti del parere meritano di essere citati:

«In numerosi paesi si praticano metodi di finanziamento privato delle opere pubbliche. Si tratta di contratti a lunga durata che comportano un contributo finanziario di privati, cosa che li distingue totalmente dagli appalti pubblici».

«Il CES auspica che il settore delle concessioni sia disciplinato da un regime specifico, specie per quanto concerne le reti transeuropee».

«Il CES propone che la Commissione europea favorisca la promozione dei nuovi metodi contrattuali basati sul finanziamento privato delle pubbliche infrastrutture».

3.2.2 L'adozione in numerosi paesi di un'apposita disciplina dei PPP dimostra la peculiarità di tali tipi contrattuali, situati al confine tra gestione amministrativa e contratto vero e proprio: una collocazione, questa, che rende difficile ogni regolamentazione aprioristica di tali strumenti giuridici.

3.3 *Il diritto comunitario può accontentarsi di classificare i contratti solo dal punto di vista del loro modo di aggiudicazione, tralasciando di considerare la delega di funzioni di servizio pubblico in senso istituzionale? Il regime di aggiudicazione del contratto di per sé riveste una tale importanza?*

3.3.1 La portata delle direttive va ben oltre l'armonizzazione dei regimi di aggiudicazione dei contratti pubblici. Le definizioni adottate dalle direttive sono infatti state riprodotte integralmente in una serie di norme di diritto interno, determinando così un trapianto di nozioni contrattuali comuni negli ordinamenti giuridici di numerosi paesi d'Europa.

3.3.2 Le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE lasciano peraltro che a stabilire il regime giuridico dei contratti nazionali siano le normative interne che ne disciplinano le modalità di esecuzione. Si pone dunque la questione dello status accordato ai privati nella gestione pubblica.

3.4 *La gerarchia delle norme attribuisce particolare valore, sulla base dei principi dell'economia di mercato, alle esigenze del servizio pubblico e al rispetto della dimensione sociale*

3.4.1 Il CESE ribadisce:

- che, conformemente alla futura Costituzione adottata dal Consiglio, tali obiettivi comprendono lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e un elevato livello di tutela ambientale e il miglioramento della qualità dell'ambiente,
- che i PPP, una volta istituiti, devono contribuire al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione,
- che la strategia adottata al vertice di Lisbona ha confermato il rispetto del principio di un'economia aperta di mercato, che va completata con il perseguimento di una crescita forte che tenga conto della dimensione sociale dell'Europa (istruzione, formazione, occupazione, ecc.).

3.4.2 I poteri pubblici per raggiungere questo obiettivo di economia di mercato aperta, sempre nel rispetto del principio di sussidiarietà, devono tener conto delle possibilità di concorrenza e scegliere la soluzione più idonea.

3.4.3 Ogni soluzione contrattuale con la quale si affidi una missione di gestione pubblica si fonda sull'applicazione delle norme sociali del paese interessato e sul rispetto delle prestazioni previste nel contratto. Nel caso di mancato adempimento di tali norme sociali o delle prestazioni previste, dovranno applicarsi clausole di rescissione del contratto.

4. **Proposte intese a migliorare e unificare il diritto dei PPP e delle concessioni**

4.1 Per dar vita ad un quadro giuridico armonizzato a livello europeo, il CESE ritiene opportuno far accompagnare lo sviluppo di questi contratti da una o più comunicazioni interpretative, che tengano conto della diversità e della complessità del fenomeno e ne seguano l'evolversi nel tempo, anziché procedere immediatamente all'adozione di una direttiva, che potrebbe rapidamente rivelarsi inadeguata e obsoleta.

4.2 D'altra parte, il CESE invita la Commissione ad adottare un approccio globale nel trattare il tema dei PPP e, nel quadro delle sue comunicazioni, a compilare (previa indagine presso gli Stati membri) un elenco di criteri che i poteri pubblici potrebbero prendere in considerazione per gli aspetti sociali ed ambientali. Così, i poteri pubblici, completando la legislazione esistente con tali criteri, potrebbero farne delle condizioni di esecuzione dei contratti.

4.3 Il CESE considera il PPP:

- uno strumento economico dinamico e flessibile, in grado di fungere da catalizzatore per la presa in considerazione di determinati obiettivi economici, sociali ed ambientali come lo sviluppo sostenibile, l'occupazione e l'integrazione sociale,
- uno strumento in grado di determinare un miglioramento reciproco delle culture dei partner pubblici e privati.

4.4 La direttiva 2004/18/CE disciplina numerosi aspetti di particolare rilievo riguardanti l'aggiudicazione dei contratti pubblici che possono applicarsi ai PPP ed alle concessioni: i criteri di selezione, la procedura di dialogo competitivo e la riservatezza delle offerte. Il Comitato ritiene utile precisare i seguenti punti:

4.4.1 **Mantenimento di un approccio aperto in materia di concessioni**

4.4.1.1 L'approccio aperto della redazione della direttiva 2004/18/CE deve tanto più essere mantenuto in quanto non tutti gli Stati membri ricorrono alle procedure di concessione.

4.4.2 Una definizione giuridica armonizzata delle concessioni e dei PPP in Europa

4.4.2.1 È necessario procedere a unificare la definizione di questi due tipi contrattuali negli Stati membri. Quella proposta d'anzì dal CESE (vedi sopra, al punto 3.1.1.6) può consentire di precisare il particolare statuto di questi contratti, che si colloca in posizione intermedia tra il mercato e la pubblica amministrazione.

4.4.3 Rispetto dell'innovazione

4.4.3.1 La disciplina comunitaria relativa alle concessioni di lavori pubblici non pone a carico del concedente l'obbligo di precisare, nella proposta contrattuale relativa a tali concessioni, se si accettano varianti innovative.

4.4.3.2 Il CESE ritiene opportuno che, nella fase delle consultazioni per l'affidamento di contratti di questo tipo, siano ammesse varianti di qualsiasi natura, favorendo così l'innovazione.

4.4.3.3 La risposta di un candidato interpellato per una concessione può infatti rivestire carattere originale e comportare delle innovazioni rilevanti ed essenziali per tutti gli aspetti tecnici, finanziari o commerciali, le quali possono essere utilizzate per migliorare, sotto il profilo sociale ed economico, le condizioni di vita e di lavoro dei consumatori e dei lavoratori interessati.

4.4.3.4 Incentivare i candidati ad accettare, nella fase di consultazione, un costoso investimento intellettuale che renda possibili tali innovazioni significa agire nello spirito della strategia di Lisbona. Occorre inoltre evitare che la proprietà intellettuale delle idee originali di un candidato possa essere messa a disposizione di altri concorrenti, e ciò per una questione di etica e di incentivo all'innovazione. Ciò sarà possibile grazie al recepimento della nuova procedura, ossia il cosiddetto «dialogo competitivo» in materia di PPP, nelle legislazioni degli Stati membri.

4.4.4 Procedura negoziata

4.4.4.1 Una proposta di contratto di concessione deve rispondere all'obiettivo di servizio che deve essere definito dal concedente, ma il concessionario deve godere di tutte le libertà nel modo di raggiungere tale obiettivo: concezione dell'opera, fasi dei lavori, assunzione dei rischi tecnici, ecc. Il CESE auspica che, dopo la presentazione delle proposte da parte di uno o più candidati, si instauri un dialogo tra il concedente e i concessionari potenziali al fine di mettere a punto definitivamente il contratto di concessione o di PPP in funzione delle soluzioni proposte rispetto alle esigenze dell'amministrazione. La vecchia direttiva 93/37/CEE riservava l'ipotesi della procedura negoziata a casi eccezionali. D'ora in avanti, invece, con la procedura di dialogo competitivo, si è adottato il principio della trattativa per i contratti particolarmente complessi.

4.4.4.2 Una disciplina appropriata della procedura di dialogo competitivo adottata dovrebbe dunque:

- indicare con sufficiente chiarezza che i presupposti del ricorso a tale procedura (difficoltà per l'organismo aggiudicatore di valutare le soluzioni proposte dal privato oppure di stabilire con precisione la natura delle proprie esigenze o le operazioni finanziarie richieste) devono intendersi in senso molto ampio ed elastico,
- stabilire che ogni impresa può fare la sua proposta, essendo garantita la proprietà intellettuale di ciascun concorrente.

4.4.4.3 Infine, occorre ricordare come il contratto concluso tra l'autorità pubblica concedente e l'aggiudicatario della concessione debba determinare con esattezza le responsabilità di ciascuna delle parti, sulla scorta di quanto previsto dalla normativa interna dei paesi interessati.

4.4.5 Enunciazione di principi di massima

4.4.5.1 In particolare, la realizzazione — di cui si è già avuto occasione di sottolineare l'importanza — di un quadro giuridico ben appropriato alle concessioni ed ai PPP deve in concreto tradursi nell'enunciazione di principi che regolino l'esecuzione dei relativi contratti.

4.4.5.2 La possibilità di concludere contratti di partenariato dipende sostanzialmente dalla possibilità di stabilire un regolamento contrattuale che assicuri un assetto degli interessi equilibrato ed il suo mantenimento nel tempo.

4.4.5.3 Il CESE raccomanda che, in una comunicazione interpretativa, la Commissione promuova un'equa ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario, lasciando a ciascuno Stato la scelta di determinarne i mezzi, che possono evolversi nel tempo. A tal fine, tra i principi da enunciarsi in tale comunicazione dovrebbero figurare una serie di idee guida:

- i rischi di una concessione di infrastrutture o di un PPP devono essere identificati, quantificati e chiaramente addossati alla parte che è meglio in grado di assumerli,
- la conclusione preliminare fra il concedente e il concessionario di accordi contrattuali sulla ripartizione dei rischi in caso di rischi eccezionali, per esempio eventi imponderabili che facciano aumentare il costo del contratto (modifica inattesa dei vincoli pubblici, requisiti tecnici, non prevedibili in anticipo, all'atto della realizzazione delle opere, modifiche repentine dei comportamenti dei consumatori, ecc.),
- la necessità che il concessionario garantisca al concedente un'indennità in caso di mancato rispetto delle clausole del contratto,
- la garanzia per il concessionario che effettuerà il finanziamento che, come avviene in tutti i contratti di diritto privato, le modifiche di carattere giuridico e fiscale introdotte dal legislatore non incideranno sui contratti già in vigore,

- la necessità di prevedere l'immediata corresponsione di un'indennità in favore dell'aggiudicatario del contratto, nel caso in cui sopravvenga una modifica del contratto stesso in esito al manifestarsi di una nuova esigenza del concedente, senza che si abbia una modifica delle condizioni iniziali del contratto,
- la garanzia per il concessionario di beneficiare di una flessibilità sufficiente per assolvere il compito che gli è stato delegato dal concedente, al quale è riservato l'insieme delle questioni di sovranità o di ordine pubblico.

4.4.5.4 L'istituzione del sistema delle concessioni, come forma di collaborazione efficace tra, da una parte, la gestione e i finanziamenti privati e, dall'altra, gli investimenti pubblici nella prestazione di servizi di interesse generale esige, per aver successo, un adeguato quadro giuridico e contabile che si adatti alla struttura particolare del contratto di concessione. L'elevato livello di investimenti e di costi che le imprese private dovranno sostenere nei primi anni per realizzare le infrastrutture e dare inizio alla prestazione del servizio, debbono poter essere ripartiti contabilmente su tutta la durata della concessione. Il progetto di armonizzazione contabile a livello europeo, nei termini in cui è impostato, rende impraticabile l'iter della concessione. L'esperienza spagnola in materia di contabilità, con il trattamento che viene attualmente applicato alle nuove concessioni, potrebbe rappresentare un esempio da prendere in considerazione se si vuole ricorrere a forme di collaborazione pubblico/privato in progetti di realizzazione di opere e/o di fornitura di servizi su scala comunitaria.

5. Chiarire bene le regole della concorrenza tra enti pubblici o parapubblici e soggetti privati

5.1 Ad aggiudicarsi direttamente concessioni oppure diritti speciali ed esclusivi sono spesso società miste, le quali in alcuni casi possono, grazie alla semplice modifica dei loro statuti, estendere la propria sfera di attività al di là dall'oggetto sociale originario. Ne consegue che la concorrenza, quando c'è, risulta talora distorta. In tali casi, esse devono tenere una contabilità separata affinché sia possibile verificare che non effettuino sovvenzioni incrociate che falserebbero la concorrenza.

5.2 *Per chiarire tali regole, il CESE suggerisce di procedere come segue*

5.2.1 Prima di costituire un organismo misto, l'autorità competente deve tener conto delle possibilità di concorrenza del mercato e decidere quale sia la soluzione più appropriata.

5.2.2 Nell'interesse della trasparenza e dell'efficacia le procedure di costituzione di enti misti devono essere annunciate in anticipo rispetto ai bandi di gara e invitare chiaramente i concorrenti privati a partecipare eventualmente alla creazione di società parapubbliche. In ultima analisi quando un potere

pubblico concede una nuova prestazione a un ente misto locale deve rispettare le seguenti condizioni:

- obbligare tale ente misto, quando esso operi al di fuori del suo territorio di competenza, a tenere una contabilità separata affinché sia possibile verificare che non effettui sovvenzioni incrociate che falserebbero la concorrenza,
- rispettare le procedure comunitarie, comprese quelle legate agli aiuti di Stato,
- garantire condizioni di concorrenza leale rispetto al settore privato (trattamento fiscale e costi di gestione dell'impresa mista).

6. Conclusioni

Il Comitato constata come in numerosi Stati stia emergendo un diritto specifico in materia di PPP e, alla luce delle esperienze attualmente in corso, ritiene opportuno:

- consentire che i PPP si evolvano sotto varie forme ancora per un certo numero di anni,
- far sì che gli Stati membri forniscano sistematicamente informazioni sulle diverse tipologie di PPP e sulle relative difficoltà riscontrate (vantaggi e inconvenienti rispetto alle forme contrattuali tradizionali),
- istituire un osservatorio sull'evoluzione dei PPP composto da rappresentanti degli Stati membri, della Commissione e della società civile, ivi compreso il CESE (onde procedere a una valutazione di tali esperienze sulla base di vari criteri, quali i costi, l'accesso alle prestazioni, i riflessi sull'occupazione, la competitività, l'impatto ambientale, ecc.),
- sottolineare come le soglie comunitarie in tema di appalti di lavori e servizi debbano applicarsi ai PPP e alle concessioni; al di sotto di tali soglie, onde evitare un inutile sovraccarico di lavoro amministrativo, ogni Stato membro applicherà le proprie regole,
- pubblicare entro il 2007 una comunicazione interpretativa che chiarisca:
 - la definizione delle concessioni e di PPP,
 - la posizione degli enti misti o parapubblici rispetto alle regole di concorrenza,
 - la procedura da osservarsi nella fase di dialogo competitivo e quella da seguire per adempiere agli obblighi di pubblicità,
 - la procedura volta alla conclusione di contratti con un «promotore» in modo da favorire l'innovazione,
 - la pertinenza degli aiuti di Stato per gli enti misti o parapubblici.

Bruxelles, 27 ottobre 2004.

La presidente
del Comitato economico e sociale europeo
Anne-Marie SIGMUND