

Sede comune di Bruxelles Regioni del Centro Italia
Abruzzo, Lazio, Marche, Toscana, Umbria



Atti del seminario

***“Le nuove direttive europee degli appalti
pubblici ed i partenariati pubblico – privati”***

(a cura di Paolo De Caterini e Dover Scalera)

Bruxelles 16 – 17 febbraio 2006

INDICE

Programma Seminario	pag. 4
1. “Le Nuove Direttive n. 17 e 18 2004: una migliore apertura alla concorrenza” Bertrand CARSIN	pag. 8
2. “La partecipazione delle Regioni alla fase ascendente del processo decisionale comunitario alla luce del nuovo impianto normativo nazionale: il Comitato interministeriale per gli affari comunitari europei (CIACE), i tavoli di coordinamento e i rapporti con la Rappresentanza permanente in Italia” - Maria Enrica PUOTI	pag. 12
3. “Il ruolo e le prerogative delle Regioni nel recepimento delle norme comunitarie- la tutela della concorrenza in diritto interno; competenze Stato – Regioni” - Paolo DE CATERINI	pag. 14
4. “Criticità a livello regionale nel recepimento delle nuove direttive appalti” - Dover SCALERA	pag. 30
5. Disciplina internazionale sugli appalti. La partecipazione di imprese extracomunitarie alle gare. - Diane DE MARLIAVE	pag. 42
6. “Le principali novità del pacchetto legislativo comunitario: le nuove soglie di valore, l’accordo quadro, le centrali di committenza, il dialogo competitivo” - Raffaella ASSETTA	pag. 46
7. Le principali novità del pacchetto legislativo comunitario: l’e – procurement, l’asta elettronica ed i sistemi dinamici di acquisto - Paola ZANETTI	pag. 49
8. Le considerazioni sociali e ambientali negli appalti pubblici. Le possibilità offerte dalla nuova normativa comunitaria - Petr WAGNER	pag. 53
9. La Direttiva settori speciali. Principali novità - Claudio ROMANICI	pag. 56
10. Libro Verde sui partenariati pubblico – privati ed il diritto comunitario degli appalti e delle concessioni. - Florian ERMACORA	pag. 62
11. Le società miste nel settore degli appalti e delle concessioni. Gli appalti “in house”. - Klaus WIEDNER	pag. 65
12. Project financing e dialogo competitivo - Daniele SPINELLI	pag. 66
CONCLUSIONI: - Agostino FRAGAI, Regione Toscana, Assessore alle Riforme	

Istituzionali e al rapporto con gli Enti locali, federalismo, attuazione dello Statuto.

pag. 104

- Ugo Bassi, Commissione europea, Capo Unità “Concezione e applicazione del diritto degli appalti pubblici II”

pag. 107

PROGRAMMA SEMINARIO

Le nuove direttive europee degli appalti pubblici ed i partenariati pubblico - privati

Sede Regioni Centro Italia - Rond-Point Schuman, 14 – Bruxelles

16-17 febbraio 2006

Programma dei lavori

Finalità dell'iniziativa:

Procedere ad un approfondimento delle problematiche legate agli appalti, con particolare riferimento agli ambiti di competenza delle Regioni e degli Enti locali. Approfondire e illustrare le linee di tendenza in merito alla normativa comunitaria, al fine di favorire una più aderente legislazione regionale in materia. Fornire l'occasione per una riflessione sull'applicazione delle norme comunitarie che introducono nuovi istituti, i cui effetti sono ancora scarsamente noti e prevedibili.

Approfondimento tecnico giuridico e procedurale dei responsabili delle cinque Regioni del centro Italia con:

- **Commissione Europea**, DG Mercato interno, Direzione “Politica degli appalti pubblici, Unità: “Dimensione economica e internazionale della politica degli appalti pubblici”, “Concezione e applicazione del diritto degli appalti pubblici I”, “Concezione e applicazione del diritto degli appalti pubblici II”;
- **Parlamento Europeo**, Commissione “Mercato interno e protezione consumatori”;
- **Presidenza del Consiglio dei Ministri**, Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie.

Coordinamento scientifico:

Paolo DE CATERINI

Professore di diritto comunitario all'Università “LUISS – G. Carli” di Roma e membro del Comitato consultivo per l'apertura dei mercati pubblici presso la Commissione Europea

Daniele SPINELLI

Membro tecnico della commissione “Appalti e infrastrutture” di Confindustria, coordinatore scientifico del master sugli appalti pubblici organizzato dalla Associazione per lo studio sugli appalti pubblici europei “Verso l'Europa

Dover Maria Teresa SCALERA

Responsabile dell'Osservatorio Appalti Pubblici dell'Università “LUISS-G. Carli” di Roma

Organizzazione: Uffici di Bruxelles delle Regioni Abruzzo, Lazio, Marche, Toscana, Umbria

Giovedì 16 febbraio 2006

Moderatore: Paolo DE CATERINI, Professore di Diritto Comunitario all'Università "LUISS-G. Carli" di Roma e membro del Comitato consultivo per l'apertura dei mercati pubblici presso la Commissione Europea

Ore 8.30 Registrazione partecipanti

Ore 8.45 Saluto autorità regionali

Ore 9.15 **Evoluzione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici**

Le nuove Direttive n. 17 e 18 2004: una migliore apertura alla concorrenza

Bertrand **CARSIN**, Commissione europea. Direttore Direzione "Politica degli appalti pubblici"

Ore 10.00 **La partecipazione delle Regioni alla fase ascendente del processo decisionale comunitario alla luce del nuovo impianto normativo nazionale: il Comitato interministeriale per gli affari comunitari europei (CIACE), i tavoli di coordinamento e i rapporti con la Rappresentanza permanente d'Italia.**

Maria Enrica **PUOTI**, Consigliere giuridico del Ministro per le Politiche comunitarie, Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie e Antonio **CENINI**, Rappresentanza Permanente d'Italia presso l'Unione Europea

Ore 10.45 *Pausa caffè*

Ore 11.00 **Il ruolo e le prerogative delle Regioni nel recepimento delle norme comunitarie**

La tutela della concorrenza in diritto interno; competenze Stato – Regioni

Paolo **DE CATERINI**, Professore di Diritto Comunitario all'Università "LUISS-G. Carli" di Roma e membro del Comitato consultivo per l'apertura dei mercati pubblici presso la Commissione Europea

Ore 11.45 **Criticità a livello regionale nel recepimento delle nuove direttive appalti**

Dover Maria Teresa **SCALERA**, Responsabile dell'Osservatorio Appalti Pubblici dell'Università "LUISS-G. Carli" di Roma

Ore 12.15 **Disciplina internazionale sugli appalti. La partecipazione di imprese extracomunitarie alle gare.**

Diane **DE MARLIAVE**, Commissione europea, Unità "Dimensione economica e internazionale della politica degli appalti pubblici"

Ore 13.00 **La posizione del Parlamento europeo nel processo legislativo sulla normativa degli appalti**

Robert **BRAY**, Commissione "Mercato interno e protezione consumatori" del Parlamento europeo

Ore 13.30 *Pausa pranzo*

Ore 15.00 **Le principali novità del pacchetto legislativo comunitario**

- *Le nuove soglie di valore*
- *L'accordo quadro*
- *Le centrali di committenza*
- *Il dialogo competitivo*

Raffaella **ASSETTA**, Commissione europea, Unità "Concezione e applicazione del diritto degli appalti pubblici II"

- *L'E-procurement*
- *L'asta elettronica*
- *I sistemi dinamici di acquisto*

Paola **ZANETTI**, Commissione europea, Unità "Dimensione economica e internazionale della politica degli appalti pubblici"

Ore 16.30 *Pausa caffè*

Ore 17.00 **Le considerazioni sociali e ambientali negli appalti pubblici. Le possibilità offerte dalla nuova normativa comunitaria**

Petr **WAGNER**, Commissione europea, Unità "Concezione e applicazione del diritto degli appalti pubblici II"

Venerdì 17 febbraio 2006

Moderatore: Daniele SPINELLI, membro tecnico della commissione "*Appalti e infrastrutture*" di Confindustria, coordinatore scientifico del master sugli appalti pubblici organizzato dalla Associazione per lo studio sugli appalti pubblici europei "*Verso l'Europa*".

Ore 9.30 **La Direttiva settori speciali. Principali novità**

Claudio **ROMANINI**, Commissione europea, Unità "Concezione e applicazione del diritto degli appalti pubblici II"

Ore 10.15 **Libro verde sui partenariati pubblico-privati ed il diritto comunitario degli appalti e delle concessioni.**

Florian **ERMACORA**, Commissione europea, Unità "Concezione e applicazione del diritto degli appalti pubblici I"

Ore 11.00 *Pausa caffè*

Ore 11.30 **Le società miste nel settore degli appalti e delle concessioni. Gli appalti "in house"**

Klaus **WIEDNER**, Commissione europea, Capo Unità Aggiunto "Concezione e applicazione del diritto degli appalti pubblici II"

Ore 12.30 *Pausa pranzo*

Ore 14.30 **Project financing e dialogo competitivo**

Daniele **SPINELLI**, membro tecnico della commissione “*Appalti e infrastrutture*” di Confindustria, coordinatore scientifico del corso di master sugli appalti pubblici organizzato dalla Associazione “*Verso l’Europa*”

Ore 16.00 **Conclusioni.**

Indicazioni tecnico-giuridiche e di prospettiva politica.

Ugo **BASSI**, Commissione europea, Capo Unità “Concezione e applicazione del diritto degli appalti pubblici II”

Paolo **DE CATERINI**, Professore di Diritto Comunitario all’Università “LUISS-G. Carli” di Roma e membro del Comitato consultivo per l’apertura dei mercati pubblici presso la Commissione Europea

Daniele **SPINELLI**, membro tecnico della commissione “*Appalti e infrastrutture*” di Confindustria, coordinatore scientifico del master sugli appalti pubblici organizzato dalla Associazione per lo studio sugli appalti pubblici europei “*Verso l’Europa*”.

Agostino **FRAGAI**, Regione Toscana, Assessore alle Riforme Istituzionali e al rapporto con gli Enti locali, federalismo, attuazione dello Statuto. Rapporti con gli Enti locali, con le aree e le città metropolitane. Rapporti con i cittadini e promozione della partecipazione. Rapporti con le professioni.

Ore 17.00 Fine dei lavori

1. “Le Nuove Direttive n. 17 e 18 2004: una migliore apertura alla concorrenza” *Bertrand CARSIN*, Direttore per la “*Politica degli appalti pubblici*” nella Direzione Generale “*Mercato Interno*” della Commissione Europea.

Le nuove Direttive costituiscono uno strumento di concreta apertura alla concorrenza. Il ruolo degli appalti pubblici, infatti, è decisivo per la realizzazione delle libertà fondamentali sottese al completamento del mercato interno; in particolare le regole degli appalti risultano particolarmente importanti con riferimento alla libera circolazione di beni e servizi. Preso atto del ruolo della politica degli appalti pubblici in un contesto volto alla realizzazione del mercato interno, ci si è resi conto che, tuttavia, le pur valide regole del Trattato, da sole non erano sufficienti a disciplinare un settore specifico come quello degli appalti pubblici; di qui le direttive di prima generazione risalenti agli anni '70, seguite negli anni '90 dalle direttive di seconda generazione adottate allo scopo di conformare la disciplina comunitaria agli accordi presi dalla Comunità europea agli accordi internazionali.

Tuttavia nonostante lo sforzo di voler dotare il sistema di un quadro normativo completo, già dalla metà degli anni novanta, rispetto ad un apparato normativo basato quasi esclusivamente su considerazioni di natura economica, si è avvertita l'esigenza di dotare la normativa esistente di maggiore flessibilità ed adattabilità alla realtà degli Stati Membri.

Interprete di queste esigenze è il Libro Verde del 1996 (la cui paternità risale all'allora Direttore della DG Appalti prof. Mattera) in cui le basi per un miglioramento della disciplina sugli appalti pubblici vengono individuate sotto tre profili:

- 1) semplificazione;
- 2) maggiore flessibilità;
- 3) adattamento alle innovazioni tecnologiche.

La riforma avviata con il Libro Verde è stata particolarmente lunga e complessa e l'obiettivo ottenuto non è stato esattamente quello atteso in virtù di alcune scelte di compromesso a volte non pienamente soddisfacenti.

In ogni modo, le nuove direttive rappresentano il frutto di tali scelte e la pratica attuazione della volontà di una semplificazione delle regole, attraverso la predisposizione di testi più chiari, la sistemazione del testo attraverso disposizioni in modo logico alla stregua di un vademecum destinato a guidare gli operatori economici attraverso le varie tappe della procedura; la fissazione delle soglie in euro con introduzione di un meccanismo di adeguamento biennale.

Insieme con la semplificazione si è proceduto ad una chiarificazione delle norme e dei vari istituti anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia: si pensi ad es. al principio di netta separazione tra la fase di verifica dei requisiti di partecipazione e di valutazione delle offerte affermato dalla sentenza Bentjes.

Altro aspetto importante attiene alla valorizzazione di principi del Trattato in ogni fase della procedura di gara; ci si riferisce in particolare, ai principi di proporzionalità, trasparenza e par condicio alla cui applicazione gli Stati Membri sono tenuti anche per le procedure sottosoglia.

Quanto agli strumenti introdotti al fine di dotare il sistema di una maggiore flessibilità, di particolare rilievo sono gli istituti dell'accordo quadro, del dialogo competitivo e le centrali di committenza.

L'**Accordo quadro** è uno strumento utile per tutti quei settori in continua evoluzione e rappresenta una tipologia di contratto attraverso il quale le stazioni appaltanti possono definire in modo più o meno dettagliato le condizioni ed i prezzi degli appalti. L'accordo quadro può essere concluso, alla luce delle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice, con uno o più operatori economici.

A seconda del livello di definizione dell'accordo, le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento diretto degli appalti attuativi dell'accordo quadro, in tal modo realizzando una ipotesi di procedura semplificata concorrenziale, oppure possono invitare gli operatori economici parti dell'accordo quadro a migliorare le proprie offerte.

Le centrali di committenza:

Tra le nuove procedure, richiede un cenno particolare il **Dialogo competitivo** introdotto per portare avanti le procedure in cui le stazioni appaltanti

devono procedere all'affidamento di appalti complessi con riferimento ai quali non c'è esatta cognizione di ciò di cui la pubblica amministrazione necessita.

La caratteristica di questa procedura sta nel coniugare l'esigenza di superare l'ostacolo derivante dalla oggettiva impossibilità di definire i propri bisogni, con una adeguata tutela della concorrenza.

Sotto il profilo dell'adattamento alle innovazioni tecnologiche e, in particolare, alle nuove tecnologie dell'informazione, va rilevato che nelle precedenti direttive il ricorso agli strumenti elettronici non era impedito ma non neppure regolamentato. Le Direttive del 2004 danno un impulso all'utilizzo di nuove tecnologie attraverso due diversi strumenti mediante i quali gli Stati membri hanno la possibilità di trarre il massimo profitto dalle soluzioni e dalle tecnologie informatiche: parliamo del "*sistema dinamico di acquisizione*" e le "*aste elettroniche*".

Quanto al primo, la stazione appaltante pubblica un bando nel quale rende noto che si intende procedere ad un sistema dinamico di acquisizione, ammettendo al sistema tutti gli operatori economici che soddisfano i criteri di selezione e che hanno presentato una offerta indicativa conforme al capitolato d'onori. Viene in questo modo creata una lista di operatori economici, con possibilità di ammissione al sistema di tutti i soggetti in possesso dei requisiti e che presentino una offerta indicativa conforme. L'istituzione del sistema dinamico avviene utilizzando esclusivamente mezzi elettronici

Le aste elettroniche, consentono, invece, di aggiudicare gli appalti mediante una riclassificazione delle offerte attraverso strumenti informatici.

Altro profilo di novità delle direttive attiene alla valorizzazione di aspetti sociali ed ambientali; rispetto agli anni settanta si è assistito ad una evoluzione e maggiore sensibilizzazione degli Stati membri rispetto a questi temi, con la dovuta cautela al fine di evitare che divenissero strumenti per non procedere in materia concorrenziale.

Alla luce delle nuove direttive, invece, è ora possibile riservare determinati appalti a determinate categorie di operatori, ovvero di prevedere specifiche tecniche di prodotti che rispettino l'ambiente. In questa direzione si attesta

l'inserimento di cause di esclusione obbligatorie per il mancato rispetto di normativa sociale.

Per finire, va poi considerato che nella direzione di una maggiore semplificazione si è voluto evitare un eccesso di legislazione, sottraendo dall'ambito di applicazione delle direttive tutti quei settori in cui si registra già una grande concorrenza, come ad es. nel settore delle telecomunicazioni. Gli appalti pubblici sono dunque uno strumento chiave per la realizzazione del mercato interno e per gli obiettivi di Lisbona, per migliorare la competitività e realizzare una collaborazione tra tutti gli operatori economici, tra di essi e le amministrazioni aggiudicatrici.

2. “La partecipazione delle Regioni alla fase ascendente del processo decisionale comunitario alla luce del nuovo impianto normativo nazionale: il Comitato interministeriale per gli affari comunitari europei (CIACE), i tavoli di coordinamento e i rapporti con la Rappresentanza permanente in Italia”.

Maria Enrica PUOTI, Consigliere giuridico del Ministro per le Politiche Comunitarie Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie e Antonio Cenini Rappresentanza Permanente presso l’Unione Europea.

Il primo obiettivo del Ministro è stato quello del superamento del ruolo tradizionale di spettatore assunto dall’Italia nel corso di questi ultimi anni. Di qui il ruolo attivo delle Regioni in questo processo con maggiore facilità di attrazione soprattutto in materie come gli appalti che pongono seri problemi di applicazione.

La legge n. 11 del 2005 assicura la partecipazione attiva alle questioni comunitarie attraverso la istituzione all’art.2 del *Comitato interministeriale per gli affari comunitari europei (CIACE)* sorto al fine di concordare le linee politiche del governo nel processo normativo, cioè:

- 1)assicurare la partecipazione
- 2)verificare il puntuale adempimento degli obblighi previsti dalla legge anche in fase discendente.

Il Comitato interministeriale ha una composizione di tipo politico misto (Ministero degli esteri e degli affari regionali) con una previsione che ha dato luogo ad un dibattito comprensibile, considerata la preoccupazione che attraverso il CIACE venisse eliminato il ruolo della Conferenza Stato - Regioni; in vero una preoccupazione siffatta non ha motivo di esistere poiché l’art. 5, comma 7 della legge 11/2005 prevede sempre che vi sia una intesa attraverso la istituzione di tavoli di coordinamento con le Regioni per le materie di competenza regionale.

Al contrario, considerate la natura governativa del CIACE, la presenza di un rappresentante delle Regioni ne avrebbe snaturato la funzione; infatti, non è attraverso il CIACE che si realizza il ruolo di partecipazione delle Regioni alla attuazione della politica comunitaria.

Il giorno 10 febbraio 2006 c’è stato l’insediamento del CIACE cui ha partecipato l’Assessore della Regione Lazio, dott. Ranucci.

Il CIACE per svolgere la propria attività aveva bisogno di un regolamento di funzioni: di qui la emanazione del DPCM del 09 gennaio 2006 (G.U. del 03 febbraio 2006) che detta concrete regole di funzionamento dell'Organo punto di riferimento per ogni questione comunitaria.

Il Regolamento detta le regole per l'esercizio delle ulteriori competenze con facoltà per il CIACE di determinare in modo indiretto il meccanismo dell'intesa, nonché il ruolo di impulso per la discussione di questioni comunitarie anche ai fini di una rapida soluzione.

Viene altresì istituito un Comitato tecnico permanente per l'esame dei singoli progetti comunitari. Il Comitato propone la posizione da sostenere in sede comunitaria, operando in maniera integrata quando si discute di questioni (non di competenze) regionali, mediante partecipazione di uno o più assessori regionali.

Quando invece si tratta di discutere di materie di competenza regionale esse vengono invitate a partecipare ai tavoli di coordinamento (art. 5, comma 7). Già in questa fase le Regioni dovrebbero verificare la compatibilità della propria normativa con quella comunitaria.

Al fine di consentire una attiva partecipazione delle Regioni ai tavoli di coordinamento è importante individuare delle aree tematiche in modo da ripartire le attività dei tavoli di coordinamento in gruppi in cui partecipano rappresentanti regionali nominati in funzione della materia.

Nel contesto illustrato sarebbe importante assicurare uno spazio di discussione delle linee guida della Commissione negli ambiti in cui sono più frequenti le infrazioni in modo da poter individuare le persone interessate; altrettanto importante è che le Regioni individuino un coordinatore delle infrazioni con il ruolo di dare impulso ai procedimenti in fase critica.

3. “Il ruolo e le prerogative delle Regioni nel recepimento delle norme comunitarie- la tutela della concorrenza in diritto interno; competenze Stato – Regioni” - *Paolo DE CATERINI, Professore di Diritto delle C.E. all’Università “LUISS Guido Carli” di Roma e membro del Comitato consultivo per l’apertura degli appalti pubblici presso la Commissione Europea.*

a.- Sulla problematica relativa ai rapporti tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario si è subito innestata la delicata questione del ruolo delle autonomie regionali in ordine all’attuazione degli obblighi comunitari: questione non rilevante per l’ordinamento comunitario – per il quale lo Stato è l’unico soggetto responsabile dell’adempimento (e dell’inadempimento!) degli obblighi comunitari – ma per quello interno, in quanto investe la ripartizione delle competenze costituzionalmente stabilite e incide sulla stessa autonomia delle Regioni, per effetto dell’incidenza sempre più penetrante delle competenze comunitarie in settori rientranti nella loro autonomia normativa ed amministrativa.

Di conseguenza si è imposta, a seguito dell’attuazione del decentramento regionale, l’esigenza di una chiarificazione e precisazione del riparto delle competenze tra organi centrali e organi regionali in ordine sia alla partecipazione di questi ultimi all’elaborazione delle scelte governative a livello comunitario per le materie di competenza regionale (fase “*ascendente*”), sia, soprattutto, alla competenza all’attuazione degli atti comunitari derivati (fase “*discendente*”): si trattava cioè di sapere se questa permanga sempre agli organi centrali o debba essere riconosciuta alle Regioni quando siano interessate materie rientranti nella loro sfera di attribuzioni.

In linea di principio, non vi era (e non vi è) alcun valido motivo, nè alcun principio di ordine costituzionale, per ritenere che si operi in proposito una deviazione rispetto alla struttura costituzionale dell’ordinamento italiano (che si articola in un sistema decentrato delle competenze) e che l’attuazione delle norme comunitarie venga in via generale ed assoluta sottratta alle Regioni nelle materie ad esse attribuite; purchè naturalmente esse operino nel rispetto degli obblighi comunitari che si impongono allo Stato unitariamente considerato e quindi tanto ai suoi organi che ai suoi enti decentrati, competenti per funzioni o per materia nell’applicazione del diritto comunitario. Nè avrebbe potuto ragionarsi (come invece è accaduto), per giustificare in via preventiva

l'avocazione allo Stato della competenza all'esecuzione del diritto comunitario, sulla base di una presunta "vocazione alla violazione" da parte delle Regioni, che invece non è certo maggiore di quella ipotizzabile per gli organi centrali (come del resto l'esperienza non ha mancato successivamente di dimostrare ...).

In realtà, a rendere più tesi i rapporti (all'epoca solo indiretti) fra Regioni e Comunità europee era, da un lato, il naturale disappunto nel vedersi sottrarre la gestione politica di alcune delle competenze loro attribuite dalla Costituzione. Conseguenza questa ineluttabile del parallelo trasferimento di competenze, verso "l'alto" questa volta, derivante dall'adesione dell'Italia alle Comunità, ma non per questo meno dolorosa soprattutto nei confronti dell'agricoltura, il settore considerato all'epoca di maggiore importanza fra quelli trasferiti, e sul quale, proprio all'inizio degli anni '70, cominciava ed essere effettiva la gestione comunitaria.

D'altro lato però, ciò che senza dubbio più contribuì a rendere quasi incandescente il rapporto Stato/Regioni e ad aprire un confronto all'inizio molto aspro fra le neonate Regioni e le autorità centrali (male arbitrato da una Corte Costituzionale scopertamente antiregionalista), fu il tentativo di queste ultime di prendere a pretesto l'esistenza di obblighi internazionali e soprattutto comunitari (il c.d. "potere estero") per escludere completamente le Regioni da ogni competenza nelle materie interessate, foss'anche di mera attuazione amministrativa.

Tentativo sostanzialmente riuscito in occasione del primo trasferimento alle Regioni ordinarie delle funzioni amministrative (e, di riflesso, legislative) attuato con gli undici decreti legislativi delegati del 1972. Alla (relativa) genericità dei principi direttivi contenuti nell'art. 17 della legge finanziaria regionale (legge n. 281/1970), che si limitavano a riservare allo Stato *"la funzione di indirizzo e coordinamento delle attività delle Regioni che attengono ad esigenze di carattere unitario, anche con riferimento ... agli impegni derivanti dagli obblighi internazionali"*, faceva da contrappunto la netta e totale chiusura operata dai singoli decreti, unicamente preoccupati di impedire ogni contatto fra amministrazioni regionali ed istituzioni comunitarie. Significativo in proposito – proprio perchè relativo ad una materia come "agricoltura e foreste" – l'art. 4 lett. b del D.P.R. n. 11/1972 che riservava la competenza degli organi statali in ordine *"all'applicazione di regolamenti, direttive ed altri atti della CEE concernenti la politica dei prezzi e dei mercati, il commercio di*

prodotti agricoli e gli interventi sulle strutture agricole”, vale a dire all’intera “politica agricola comune”.

b.- Da questa situazione di netta (e indebita) “chiusura” nei confronti delle aspettative regionali non ha tardato però a prendere corpo un lungo processo di recupero delle prerogative regionali, ricondotte progressivamente nell’alveo dello schema ordinario di ripetizione di competenze previsto dalla Costituzione. Un percorso che ha interessato sia la fase “ascendente” che quella “discendente” e che si è sviluppato – fino alla riforma costituzionale del 2001 – attraverso la legislazione statale, ratificato di volta in volta, pur senza molto entusiasmo, dalla Corte Costituzionale.

L’arroganza delle autorità centrali, l’evidente pretestuosità di alcune delle giustificazioni addotte a sostegno del mancato decentramento, avevano infatti suscitato forte indignazione e vive resistenze.

La stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 142/72, nell’ammonire che *“ogni distribuzione dei poteri di applicazione delle norme comunitarie che si effettui a favore di enti minori diversi dallo Stato contraente (che assume la responsabilità del buon adempimento di fronte alla Comunità) presuppone il possesso da parte del medesimo degli strumenti idonei a realizzare tale adempimento anche di fronte all’inerzia della Regione”*, lasciava chiaramente intendere che, ove le autorità centrali fossero state dotate di tali strumenti **sostitutivi**, non vi sarebbero stati più ostacoli alla possibilità di riconoscere alle Regioni il potere di dare attuazione ai regolamenti comunitari.

L’indicazione veniva accolta dalla legge n. 153 del 9 maggio 1975, relativa al recepimento nel nostro ordinamento di alcune direttive in materia di politica delle strutture agricole (le c.d. *“Direttive Mansholt”*), riconoscendo una competenza regionale alla loro attuazione e prevedendo al tempo stesso la possibilità di un intervento sostitutivo da parte degli organi centrali in caso di inerzia delle Regioni. Veniva così posto fine ad un durissimo braccio di ferro fra istanze regionaliste e tendenze accentratrici, che aveva paralizzato, fra l’altro, l’applicazione di un importante pacchetto legislativo predisposto a livello comunitario allo scopo soprattutto di incentivare lo sviluppo delle strutture aziendali italiane. Il “pacchetto Mansholt” – senza dubbio una delle più importanti ed ambiziose iniziative della Commissione europea – si era infatti trovato ad interferire sul rapporto Stato/Regioni in un momento quanto mai

delicato ed era diventato subito un banco di prova della volontà di dar vita ad un vero decentramento nazionale, divenendo così l'epicentro di tutte le tensioni esistenti.

Lo schema adottato dalla legge n. 153/1975 veniva quasi contemporaneamente ripreso dalla legge n. 382/1975 e dal successivo D.P.R. n. 616 del 1977, con i quali veniva realizzato il secondo trasferimento di funzioni amministrative alle Regioni a statuto ordinario, di cui si riconosceva la competenza ad applicare in via amministrativa le norme comunitarie per le materie rientranti nell'autonomia regionale e si disciplinava in pari tempo il potere di intervento dello Stato: sul *piano legislativo* mediante l'emanazione di una normativa statale a carattere dispositivo destinata ad essere applicata in caso di inerzia degli organi regionali; sul *piano amministrativo* introducendo il potere sostitutivo degli organi centrali nel caso di omissioni regionali nell'attuazione delle direttive. L'art.6 del D.P.R. n. 616 prevedeva, infatti, la competenza delle Regioni ad "applicare" i regolamenti nonché ad "attuare" le direttive fatte proprie dallo Stato con legge che indicasse espressamente le norme di principio cui avrebbero dovuto uniformarsi gli organi regionali e che avrebbero costituito i limiti entro cui avrebbe dovuto svolgersi e mantenersi l'autonomia regionale. Solo le norme di principio avrebbero avuto valore vincolante per le Regioni: l'eventuale normativa di dettaglio contenuta nella legge statale avrebbe avuto solo carattere dispositivo, perciò derogabile da parte delle regioni.

c.- Nessun dubbio poteva ragionevolmente sussistere ormai – come ha finito successivamente per riconoscere, pur con qualche riserva, la stessa Corte Costituzionale – sulla competenza delle Regioni a porre in essere tutta l'eventuale attività applicativa o integrativa, anche in via normativa, che si rendesse necessaria per dare esecuzione ai *regolamenti* comunitari, i quali, come si sa, sono direttamente e immediatamente applicabili negli ordinamenti nazionali, anche se spesso non autosufficienti e bisognosi di successivi interventi di integrazione o di organizzazione per diventare operativi.

Il problema si presentava invece più complesso in ordine alle *direttive* comunitarie che – com'è altrettanto noto – hanno come diretti destinatari i singoli Stati membri, ai quali esse pongono obblighi di risultato in termini di normativa interna e quindi richiedono una stretta e leale collaborazione fra autorità nazionali e comunitarie.

Due livelli normativi nazionali, in un susseguirsi e accavallarsi di norme di principio, non sembravano davvero la soluzione ideale per assicurare una trasposizione tempestiva e fedele. Il ritardo cronico con cui il legislatore centrale era solito affrontare i problemi del recepimento non faceva inoltre che dilatare i tempi di attesa ed aggravare ulteriormente la situazione italiana di fronte alle attese di Bruxelles. E ciò senza contare il malumore sempre più evidente delle Regioni e Province a statuto speciale che si vedevano poste sullo stesso piano di quelle ordinarie.

Un primo rimedio lo si deve alla legge n. 86 del 1989, nota come “legge La Pergola” (dal Ministro proponente) e soprattutto per aver tentato (con parziale successo) di rendere tempestivo il recepimento delle direttive comunitarie organizzandolo e procedimentalizzandolo nel quadro di una legge a cadenza annuale (la “legge comunitaria”) appositamente predisposta per far fronte agli obblighi ed alle scadenze da osservare ogni anno per assicurare una sollecita attuazione del diritto comunitario nel nostro Paese.

Secondo la “legge La Pergola”, nelle materie di competenza esclusiva, *le Regioni a statuto speciale* avrebbero potuto dare immediata attuazione alle direttive comunitarie a partire dalla data della loro entrata in vigore, senza dover attendere la legge statale di recezione; quanto alle *Regioni a statuto ordinario*, rimaneva invece valido il precedente regime, secondo cui, in via generale, l’adeguamento alle direttive doveva avvenire successivamente alla normativa statale di recepimento.

Tuttavia, qualora lo Stato non avesse provveduto entro il termine fissato dalla direttiva, anche queste regioni avrebbero potuto darvi attuazione, ma solo dopo un anno, nel chiaro intento di consentire alle Regioni, per quanto di loro competenza, di rimediare all’inerzia degli organi centrali e adeguarsi all’obbligo comunitario. Qualora successivamente fosse intervenuto il legislatore statale, esso avrebbe potuto dettare le norme di principio (destinate comunque a prevalere sulle norme regionali eventualmente già emanate) oltre ad una normativa di dettaglio applicabile solo in difetto di quella regionale.

d.- Sul finire degli anni '90 l’attuazione del diritto comunitario nelle materie di competenza regionale sembrava così essere stata riportata nell’ambito dello schema ordinario dei rapporti fra legge statale e legge regionale.

Alle Regioni la facoltà di attuare direttamente il diritto comunitario, sia in via amministrativa (nei confronti delle disposizioni direttamente applicabili) che legislativa (nei confronti delle direttive), col solo limite, in questo caso, del rispetto dei principi fondamentali deducibili dalla legislazione italiana vigente nel settore considerato o posti espressamente da una legge cornice o dalla stessa “legge comunitaria”.

Allo Stato la funzione di “*indirizzo e coordinamento*”, ogni qualvolta l’adempimento in via amministrativa da parte delle regioni attenga ad esigenze di carattere unitario su tutto il territorio nazionale (art. 9, 5° co. della legge n. 86/1989), accompagnata da un generale potere d’intervento repressivo o suppletivo ex post in caso di violazioni o carenze nell’esecuzione delle norme comunitarie. R iguardo alla potestà legislativa, il potere invece di intervenire in via suppletiva e preventiva (ma cedevole di fronte all’attivazione dei poteri regionali istituzionalmente competenti) nel quadro, di norma, delle “legge comunitaria” annuale e degli strumenti normativi ivi previsti (decreti legislativi delegati ed anche regolamenti dell’esecutivo), oltre – s’intende – la possibilità di impugnare in via diretta (e quindi anche qui preventiva) dinanzi alla Corte Costituzionale le leggi regionali ritenute in contrasti col diritto comunitario e quindi sospette di violazione indiretta dell’art. 11 della Costituzione.

Una soluzione tutto sommato soddisfacente, sufficientemente rispettosa del riparto di competenze previsto dalla Costituzione e in grado, nello stesso tempo, di assicurare, almeno sulla carta, un adeguato livello di risposta alle sollecitazioni di Bruxelles.

e.- Lo scenario costituzionale era però destinato a subire profonde trasformazioni.

Gli anni '90 – cui si devono, come abbiamo visto, gli ultimi assestamenti nel rapporto Stato/Regioni – erano stati infatti percorsi da ripetuti impulsi in favore di una più compiuta articolazione autonomistica dell’ordinamento italiano, a beneficio soprattutto degli enti locali minori, Comuni e Province, che già avevano dato prova di insospettata vitalità negli anno precedenti.

Ma è stata soprattutto a partire alla seconda metà del decennio che ha cominciato a porsi seriamente il problema della *trasformazione della Repubblica italiana in uno Stato federale* e il tema di una radicale riforma del titolo V della Costituzione si è trovato così al centro del dibattito politico.

Dopo alcuni tentativi infruttuosi, Senato e Camera dei deputati sono riusciti ad approvare l'8 marzo 2001, appena pochi giorni prima delle fine dell'ultima legislatura, il nuovo testo del titolo V della Costituzione, che - approvato con un referendum popolare segnalatosi per la scarsa affluenza alle urne - è divenuto la legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001.

Non si tratta in realtà di una semplice riforma delle autonomie territoriali, ma di un completo riposizionamento in senso "federale" degli enti esponenziali delle collettività stanziati nel territorio nazionale, che vede ormai quasi sullo stesso piano nell'ambito della Repubblica - "*una e indivisibile*" - lo Stato, che rimane in ogni caso titolare della sovranità, e gli enti territoriali, che godono di autonomia costituzionalmente riconosciuta, con statuti, poteri e funzioni modulati secondo i principi fissati dalla Costituzione stessa, e *con una posizione preminente riconosciuta al Comune* - investito (in quanto ente più vicino ai cittadini) di una titolarità generale delle funzioni amministrative, salvo che non siano attribuite agli altri enti "*per assicurarne l'esercizio unitario*" - ed alla Regione, titolare di una potestà legislativa ormai equiordinata a quella dello Stato, in quanto ugualmente sottoposta ai soli vincoli derivanti dalla Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Anche se numerose e tutte significative le novità introdotte in favore delle Regioni dalla l. cost. n. 3/2001 (si pensi, a tacer d'altro, all'ampliamento della potestà statutaria, all'attribuzione di una piena autonomia finanziaria, all'abolizione del controllo preventivo di legittimità costituzionale delle leggi regionali, all'eliminazione di ogni controllo sugli atti amministrativi regionali, all'attribuzione alle Regioni della potestà regolamentare per tutte le materie non attribuite alla potestà legislativa esclusiva dello Stato), è il punto riguardante la potestà legislativa che ha giustamente attirato l'attenzione dei commentatori ed ha fatto parlare di riforma in senso federale, e ciò non solo e non tanto per il profilo della equiparazione, di cui abbiamo appena detto, quanto piuttosto per il rovesciamento e l'inversione delle materie oggetto della potestà, per cui lo Stato è diventato il legislatore per eccezione, mentre la fonte generale è diventata quella regionale: rovesciamento che è senz'altro uno dei tratti caratteristici di un ordinamento federale.

Dalla nuova formulazione dell'art. 117 della Costituzione si evince infatti che lo Stato può ormai legiferare soltanto su un elenco di 17 materie tassativamente determinante, mentre le Regioni ordinarie rimangono titolari della potestà legislativa concorrente (sulla base dei principi fondamentali posti dal legislatore statale) in ordine ad un altro elenco di materie, anch'esso tassativamente determinato. *Per tutte le altre materie*, che non rientrano fra quelle incluse in questi due elenchi, *saranno le Regioni ad avere competenza esclusiva*.

f.- Per quel che qui interessa – quanto cioè alla “fase discendente” del rapporto regioni/Comunità europee – si può dire che tutto questo terremoto costituzionale non ha portato conseguenze di rilievo.

Affermazione a prima vista sorprendente ove si pensi che è con la legge cost. n. 3/2001 che viene consacrata per la prima volta a livello di costituzione formale (sia pure in via indiretta) l'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea. L'art. 117, 1° co. della Costituzione, nella versione oggi vigente, subordinando l'esercizio della potestà legislativa sia dello Stato che delle Regioni al “rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”, pone la normativa comunitaria (e anche i trattati internazionali) come limite costituzionale sia per il Parlamento che per il legislatore regionale sancendo nello stesso tempo la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno.

I rapporti dello Stato e delle Regioni con l'U.E. figurano inoltre rispettivamente fra le materie di competenza esclusiva dello Stato e fra quelle di competenza concorrente (artt. 117, 2° e 3° co.). Lo stesso art. 117, al 5° co., nella nuova formulazione, prevede espressamente che le Regioni “partecipano alle decisioni dirette alla formulazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione ed all'esecuzione ... degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilita dalla legge dello Stato”, cui spetta la disciplina delle modalità d'esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza. L'art. 120, 2° co., nel prevedere un potere sostitutivo generale in capo al Governo, da esercitarsi secondo procedure definite dalla legge, individua infine tra le cause legittimanti proprio il “mancato rispetto della normativa comunitaria”.

Se la partecipazione delle Regioni alla formazione degli atti normativi comunitari rappresenta un'autentica novità (nonchè il coronamento di una lunga e tenace aspettativa), per quanto riguarda il recepimento delle norme comunitarie il nuovo testo costituzionale non fa altro quindi che ratificare e consacrare la soluzione di equilibrato compromesso faticosamente raggiunta nel corso dei due decenni precedenti.

Dal contesto generale della riforma emergono tuttavia alcune novità di cui è opportuno dar conto.

Lo strumento principale a disposizione dello Stato per scongiurare la sua "responsabilità comunitaria" resta pur sempre il **potere sostitutivo**. Sono infatti scomparsi o fortemente attenuati i poteri "repressivi" su cui esso poteva ancora contare:

- è venuto meno il controllo preventivo di legittimità delle leggi regionali previsto dal testo originario dell'art. 127 della Costituzione, ora sostituito dalla possibilità di una impugnativa diretta, ma successiva, dinanzi alla Corte costituzionale. Pur nel silenzio del nuovo dettato costituzionale, la legge n. 131/2003 (c.d. "legge La Loggia", emanata per un primo adeguamento della legislazione ordinaria alle novità introdotte dalla riforma del Titolo V), nell'aggiornare la legge n. 87/1953 sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale, ha introdotto la possibilità di misure cautelari da parte della Corte ove si configuri il rischio di pregiudizi gravi e irreparabili (cfr. art. 35, nuova versione della legge l. 87/1953).
- con la soppressione degli artt. 125, 1° co. e 130 della Costituzione è venuta anche meno la possibilità di controllo preventivo degli atti amministrativi sia delle Regioni che degli enti locali minori;
- sembra anche venuta meno, in quanto incompatibile col nuovo assetto istituzionale, la funzione statale di indirizzo e coordinamento (anche se i pareri non sono concordi in proposito, mentre la tentazione di reintrodurla, più o meno surrettiziamente, si farà senz'altro sentire ...).

Ma torniamo al potere sostitutivo, che ha fatto molto discutere in questi ultimi anni e che effettivamente appare come la chiave di volta dei rapporti Stato/Regioni, in particolare nei confronti degli obblighi comunitari.

Previsto – come abbiamo detto – dal 5° co. dell’art. 117 Cost. per i casi di “inadempienza” nell’esercizio della potestà normativa regionale in attuazione ed esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell’ U.E. e riaffermato dal 2° co. dell’art. 120 come potere generale del Governo di sostituirsi alle Regioni ed agli enti locali minori per far fronte ad una serie di ipotesi (tra cui il “*mancato rispetto della normativa comunitaria*”) tutte legate all’esigenza di tutelare gli interessi unitari del Paese, ci si è a lungo richiesti se trattasi di esplicazioni di un unico potere conferito al Governo ovvero di due fattispecie distinte: l’uno riferito genericamente allo Stato e volto a rimediare alle ipotesi di inerzia legislativa regionale, limitatamente all’attuazione dell’ordinamento comunitario, l’altro conferito invece all’Esecutivo per tutti i casi di inerzia o illegittimità nell’attività amministrativa delle Regioni e degli enti locali suscettibili di compromettere gli interessi essenziali della collettività nazionale.

Questa seconda interpretazione sembra essere prevalente e trovare conferma sia nella legge La Loggia (che, nel precisare all’art. 8 le modalità d’applicazione dell’art. 120, parla sempre di provvedimenti sostitutivi adottati dal Consiglio dei Ministri), che nella recente legge 4 febbraio 2005, n. 11 (c.d. “legge Buttiglione”, anche qui dal Ministro proponente), destinata a sostituire la “legge La Pergola” per tener conto della riforma del Titolo V. Quest’ultima legge infatti, in riferimento al potere sostitutivo di cui all’art. 117, 5° co. Cost., parla esplicitamente di disposizioni “legislative” o “regolamentari” (quando l’Esecutivo sia a ciò autorizzato dalla legge comunitaria annuale) adottate per porre rimedio all’inerzia regionale (cfr. artt. 11, 8° co e 16, 3° co.).

La “legge Buttiglione” prevede inoltre altre due fattispecie di esercizio del potere sostitutivo:

- in forma legislativa ovvero amministrativa, a seconda dei casi, quando atti normativi o sentenze comunitarie comportino obblighi di adeguamento urgente in materia di competenza regionale e manchi una risposta tempestiva da parte della regione interessata (cfr. art. 10);
- con semplici decreti ministeriali in caso di inerzia regionale di fronte a norme comunitarie che introducano “*adeguamenti tecnici*” a direttive già recepite nell’ordinamento nazionale (cfr. art. 13).

Non di un potere sostitutivo, ma di una vera e propria espropriazione di competenze (pertanto di dubbia legittimità ...), tratta invece l'art. 14 di fronte a decisioni adottate dal Consiglio o dalla Commissione delle C.E. e destinate alla Repubblica italiana, “*che rivestono particolare importanza per gli interessi nazionali o comportano rilevanti oneri di esecuzione*”. In questi casi è unicamente il Governo a dover provvedere e, nelle materie di competenza regionale, la regione interessata può solo intervenire col suo presidente alla riunione del Consiglio dei ministri (con semplice voto consultivo) per ivi formulare “*eventuali osservazioni*”.

Quanto alla “legge comunitaria annuale” – rivelatasi negli anni uno strumento indispensabile per assicurare un minimo di funzionalità e di continuità nell’attuazione del diritto comunitario (anche se il più delle volte essa non fa che dilazionare il momento dell’adempimento effettivo, affidato alle cure ed alla solerzia dell’Esecutivo) – essa sopravvive alla “legge La Pergola” e trova conferma e puntuale disciplina nella “legge Buttiglione”.

Alla luce del nuovo riparto di competenze fra Stato e Regioni, la legge comunitaria dovrebbe limitarsi ad assicurare l’attuazione dei soli atti comunitari incidenti su materie di competenza esclusiva dello Stato, ovvero concorrente al solo fine però di porre i principi fondamentali.

Per le restanti materie (di esclusiva competenza regionale) dovrebbero essere le regioni ad occuparsene direttamente ed è infatti espressamente previsto (art. 8, 5° co.) che al disegno di legge comunitaria debba essere ogni anno allegato l’elenco degli atti normativi con i quali le regioni abbiano già provveduto ad attuare le direttive in attesa di recepimento.

Con una notevole “forzatura” la “legge Buttiglione” ha previsto però che nella legge comunitaria figurino anche gli atti normativi adottati dal parlamento o dal Governo al fine di porre *preventivamente* rimedio – nelle materie di competenza regionale esclusiva o concorrente – “*all’eventuale inerzia dei suddetti enti*”. Gli atti normativi statali così adottati si applicheranno ovviamente solo alla scadenza del termine stabilito a livello CE e nelle sole Regioni che non abbiano ancora provveduto a dotarsi di proprie disposizioni.

Il che vale a dire che il potere sostitutivo preventivo, cacciato dalla porta in forza dell’art. 117, 5° co. Cost. (che lo legittima solo “in caso di inadempienza”) è riuscito a

rientare dalla finestra, pur con tutte le cautele e le “cedevolezza” del caso, grazie alla “legge Buttiglione”.

g.- Posto che non è più in discussione il potere – dovere delle Regioni e delle Province autonome di dare attuazione agli atti normativi comunitari nelle materie di loro competenza, salvo il limite dei principi fondamentali nonché il rischio di un intervento sostitutivo in caso d’inerzia, sembrerebbe che la fase c.d. “discendente” non debba riservare problemi particolari.

Purtroppo non è così.

Il guaio è che paradossalmente stiamo vivendo una fase che con quella dell’introduzione dell’istituto regionale nel nostro ordinamento nei primi anni ’70 presenta forti analogie. Naturalmente la situazione è diversa: all’epoca le resistenze al nuovo corso tentavano di impedire, o almeno ostacolare, il decollo dei nuovi enti; oggi le resistenze hanno forse una motivazione più forte: esse mirano a difendere (e possibilmente allargare) l’ultimo spazio rimasto agli apparati centrali dopo quella che può essere considerata la vittoria definitiva delle autonomie locali. La posta è quindi anche in questo caso molto alta e ciò spiega la durezza del confronto, anche se condotto con toni molto più pacati, conseguenza anche del peso politico crescente degli enti locali nel nostro Paese.

Il risultato è comunque lo stesso: le istanze centraliste cercano di salvare il salvabile suggerendo un’interpretazione il più possibile riduttiva e minimalista delle nuove norme. E ancora una volta la Corte Costituzionale – visibilmente preoccupata di assicurare comunque l’unità del sistema- si trova ad arbitrare il contrasto.

Più ambiguo, nella sostanza, l’atteggiamento delle Regioni, consapevoli ormai del proprio ruolo e, per alcune, della loro capacità di dialogare direttamente con Bruxelles, perplesse, d’altra parte, di fronte alla difficoltà (anche pratica) di concepire e gestire la frammentazione normativa che conseguirebbe all’esercizio effettivo da parte di ciascuna regione della propria potestà legislativa (la prospettiva di 21 leggi regionali di recepimento per ciascuna direttiva CE è tale infatti da impensierire anche il più inguaribile “federalista” ...).

Esemplare in proposito è il caso della normativa comunitaria oggetto del nostro seminario.

Ancora una volta, come nel 1972, un importante “pacchetto” legislativo proveniente da Bruxelles si trova ad interferire con una fase cruciale dei rapporti Stato/Regioni e finisce col divenire il banco di prova, la cartina al tornasole per valutare la portata effettiva della volontà di riforma.

A prima vista, non figurando gli appalti pubblici fra le materie riservate allo Stato e neppure fra quelle oggetto di competenza concorrente, sembrerebbe inevitabile collocarli nelle competenza esclusiva “residua” delle Regioni.

E invece, ci troviamo davanti ad un corposo testo normativo, ancora allo stadio di disegno di legge governativo, fondato su una delega legislativa contenuta nella “legge comunitaria” 2004: un testo quindi che si presenta senza ombra di dubbio come espressione della potestà legislativa esclusiva dello Stato ex art. 117, 2° co. Cost.

La spiegazione peraltro è semplice: fra le “materie” elencate in quest’ultima disposizione è annidata alla lettera e) la “**tutela della concorrenza**” insieme ad altre (“*moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie*”) tutte accomunate dall’intento di riservare alle autorità centrali l’esercizio della manovra economica (per la parte almeno non ancora trasferita alle istituzioni comunitarie).

Una materia – quella della “tutela della concorrenza” – dal significato incerto, dai confini indefinibili e suscettibile di legittimare le interpretazioni più estensive quanto le più restrittive, che ha subito dato origine ad un vivace contenzioso costituzionale.

Come si vede, si ritorna ancora una volta alla vecchia diatriba dell’individuazione, interpretazione e delimitazione delle materie: un tempo di quelle *trasferite* alla competenza concorrente od esclusiva *delle Regioni*; oggi di quelle *rimaste* oggetto della competenza concorrente od esclusiva *dello Stato*.

V’è da dire subito che la Corte Costituzionale si è già pronunciata più volte, tutte nel senso di una interpretazione largamente estensiva.

Questo spiega (e legittima) l’iniziativa governativa ed anche l’apparente rassegnazione delle Regioni, alcune delle quali peraltro avevano già avviato, nell’attesa, la redazione di disegni di legge di recepimento.

La Corte Costituzionale aveva già affermato (sent. 303/2003) che “*limitare l’attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà*

esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materie di potestà concorrente... vorrebbe dire svalutare oltre misura istanze unitarie che ... giustificano, a determinate condizioni una deroga alla normale ripartizione di competenze” e in nome del principio di sussidiarietà (inteso come fattore di flessibilità) aveva addirittura ammesso la possibilità di attrarre alla competenza statale, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa pur di soddisfare l’esigenza di esercizio unitario.

Non c’è quindi troppo da stupirsi se per la Corte la *“tutela della concorrenza non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto ma anche in quell’accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”* (sent. 14/2004). Si tratterebbe di una *“materia-funzione”* riservata alla competenza esclusiva dello Stato, *“la quale non ha un’estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per così dire, «trasversale», poichè si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi – alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni – connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese”* (sentenze 407/2002 e 272/2004). Intreccio inestricabile, avverte la stessa Corte, che, in sede di sindacato di costituzionalità, impone di valutare caso per caso l’ambito di operatività della competenza statale *“a tutela della concorrenza”* sulla base del criterio della *proporzionalità* e dell’*adeguatezza* delle singole misure legislative (sent. 272/2004).

Questa giurisprudenza è stata oggetto di critiche da parte della dottrina, anche severe, ed in effetti c’è da rimanere quantomeno molto perplessi di fronte ad una interpretazione che fa della *“tutela della concorrenza”* uno strumento dalle potenzialità praticamente illimitate, capace intercettare una pluralità indefinita di altre materie avocandone in tutto o in parte le relative competenze alle autorità centrali. In pratica il legislatore statale, invocando la tutela della concorrenza, sarebbe in grado di interferire a suo piacimento su qualsiasi interesse comunque *“connesso allo sviluppo economico-produttivo del Paese”*. Col solo limite delle proporzionalità e dell’adeguatezza delle misure adottate.

Francamente un po’ troppo. Forse la Corte non si è accorta (o ne era invece consapevole?) che, a seguirla nella sua interpretazione - dal momento che la

concorrenza è alla base dell'idea stessa mercato comune e quindi dello stesso processo d'integrazione economica europeo – si potrebbe facilmente giungere alla conclusione che gran parte del diritto comunitario, anche se in astratto ascrivibile alle materie di competenza regionale, dovrebbe invece considerarsi ricompreso nella competenza esclusiva dello Stato. Si tornerebbe così alla individuazione di una “materia pretesto” per sottrarre competenze alle Regioni, per molti versi simile alla famigerata “materia estera”, con cui agli albori dell'ordinamento regionale si cercò di limitare la sfera d'azione delle regioni ordinarie.

Alla luce della giurisprudenza ora esaminata ben si comprende comunque come nè il legislatore delegante, nè quello governativo si siano troppo preoccupati di lasciare alle Regioni un sufficiente ambito di manovra. D'altra parte, la circostanza che la grande maggioranza delle Regioni sia in mano all'opposizione, non deve aver certo incoraggiato il legislatore delegato a largheggiare in riconoscimenti di competenze in favore delle amministrazioni locali.

Da quanto è dato sapere, non solo la Conferenza Unificata di Stato e Regioni nel suo parere del 9 febbraio scorso, ma lo stesso Consiglio di Stato in sede consultiva, in un parere di imminente pubblicazione, si sarebbero espressi criticamente sul punto in questione invitando il Governo, in sede di redazione definitiva, ad una maggiore apertura nei confronti del ruolo spettante alle Regioni.

Quel che è certo è che l'elaborazione del progetto di testo Unico – che non intende limitarsi ad un recepimento delle Direttive 17 e 18/2003, ma vuole dettare una disciplina unitaria e coordinata dell'intero settore degli appalti pubblici – è stata caratterizzata da una grande fretta, giustificata in parte dall'approssimarsi della scadenza del termine per il recepimento, in parte dall'altrettanto incombente fine della legislatura. Una fretta che in ogni caso ha fortemente penalizzato l'attività di concertazione e di consultazione a tutti i livelli.

Il futuro testo Unico è ora “in dirittura d'arrivo”: è molto probabile che esso sia varato prima della fine della legislatura, ma non è dato sapere se e in che misura il Governo vorrà tener conto dei suggerimenti e delle richieste di modifica che nel frattempo gli sono pervenuti.

Ancora più incerte le previsioni circa la sorte che sarà riservata al decreto legislativo nell'ipotesi di un cambio di maggioranza alla guida del Paese. In tal caso non

è escluso che esso subisca profondi rimaneggiamenti, anche in ordine al ruolo riservato alle Regioni ed alle Province autonome. Ed ulteriori margini d'incertezza potrebbero derivare dagli indirizzi interpretativi provenienti dalla Corte Costituzionale.

D'altra parte, ulteriori ritardi nel recepimento diverrebbero sempre meno tollerabili da parte delle imprese e delle stesse autorità aggiudicatrici, tutte sommamente interessate a disporre tempestivamente di un quadro giuridico affidabile e duraturo nel tempo.

Staremo a vedere.

4. “Criticità a livello regionale nel recepimento delle nuove direttive appalti”

- Dover *SCALERA*, Avvocato, Responsabile dell'Osservatorio Appalti Pubblici dell'Università LUISS.

Il titolo delle mie considerazioni è assai ambizioso, poiché laddove si parla di criticità a livello regionale delle nuove direttive appalti, l'ambito della riflessione si amplia notevolmente in considerazione delle innumerevoli implicazioni che il recepimento della nuova normativa sugli appalti pubblici comporta nel contesto ordinamentale e normativo vigente.

A scopo esemplificativo, e non assolutamente esaustivo, possiamo catalogare le “criticità” in due tipologie:

1) **criticità** che potremmo definire “*oggettive*”, ossia legate alla difficoltà intrinseca in alcuni degli istituti disciplinati nelle nuove direttive n. 17 e n. 18 del 2004, e della conseguente difficoltà di dare a siffatte disposizioni un recepimento coerente con il dettato comunitario e al contempo sufficientemente dettagliato in modo da dare assicurare a tali istituti concreta operatività in coordinamento con la normativa nazionale vigente;

2) **criticità** che potremmo definire “*soggettive*”: ossia strettamente connesse alla identificazione del soggetto deputato al recepimento delle Direttive appalti.

Con specifico riferimento a questo secondo tipo di criticità va infatti rammentato che la riforma del titolo V della Costituzione ad opera della legge costituzionale n. 3 del 2001 ha ampliato notevolmente il potere legislativo delle Regioni.

Secondo la tecnica degli Stati federali, l'art. 117 della Costituzione elenca espressamente le materie riservate allo Stato; più precisamente il 2° comma dell'art. 117 indica le materie che restano devolute in via esclusiva allo Stato; il 3° comma quelle rimesse alla legislazione “concorrente” nelle quali lo Stato ha il potere di porre i principi fondamentali cui le Regioni devono attenersi nella emanazione della legislazione di dettaglio; il 4° comma affida alle Regioni la potestà legislativa in tutte le altre materie.

Tra le materie riservate alla competenza statale, rientrano, tra le altre, la tutela della concorrenza, la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

Non essendo ricompresa all'interno degli elenchi delle materie che l'art. 117 affida alla legislazione statale esclusiva o concorrente, in forza della clausola residuale, la materia degli appalti pubblici è rimessa alla competenza esclusiva regionale.

Tuttavia, considerata la non facile riconducibilità delle materie di competenza statale (pensiamo alla tutela della concorrenza) a settori specifici ed organici, si è manifestato nel corso di questi mesi un clima di tensione - accentuato in questi giorni dalla stesura del Codice Unico sugli appalti di lavori servizi e forniture con il quale si recepiscono le direttive comunitarie 17/2004 e 18/2004 - imputabile alla preoccupazione causata dalla "invasività" del legislatore nazionale a scapito delle competenze regionali.

Né la tensione si è attenuata per effetto degli interventi della Corte costituzionale, chiamata a rispondere circa la costituzionalità dell'art. 24, commi 1, 2, 4, 5 e 9, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2003) in riferimento all'art. 117 della Costituzione; infatti, con la sentenza del 15 novembre 2004, n. 345 la Corte ha chiarito che la competenza prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. (secondo cui spetta allo Stato legiferare in via esclusiva in tema di tutela della concorrenza), costituisce una competenza trasversale, la quale, avendo "natura funzionale" (si individuano, cioè, delle finalità, in vista delle quali la potestà legislativa statale deve essere esercitata), legittima l'intervento del legislatore statale anche su materie di competenza regionale. In ogni caso tale intervento, - precisa la Corte - per essere ritenuto legittimo, deve essere contenuto entro i limiti dei canoni di "adeguatezza e proporzionalità" rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza, diversamente, costituirebbe una illegittima compressione dell'autonomia regionale.

Fatta questa premessa, va altresì considerato che il 31 gennaio 2006 è scaduto il termine di recepimento da parte degli Stati Membri delle nuove Direttive sugli appalti pubblici.

La inutile decorrenza del termine per il recepimento delle Direttive ha posto il problema di quali tra le disposizioni in esse contenute potessero considerarsi immediatamente applicabili. E' noto, infatti che solo per le direttive autoapplicative, o per le singole norme di una direttiva di tipo tradizionale che abbiano natura *self-executing*, vale il principio dell'automatico inserimento di novelle giuridiche nel *corpus iuris* dei singoli Stati.

Perché quindi non occorra l'emanazione di appositi atti di recepimento è necessario che le direttive o le singole norme di esse siano sufficientemente precise, incondizionate e, detto per inciso, sia scaduto il termine dilatorio che il Legislatore comunitario usa concedere ai singoli Stati per adeguarsi alle nuove regole¹.

In questo contesto le Direttive del 2004 si caratterizzano per una nuova tecnica di redazione legislativa; infatti, guardando alla concreta formulazione dell'articolato in esse contenuto, si distinguono due tipologie di norme: quelle che si rivolgono direttamente agli Enti appaltanti (che dunque diventano i destinatari diretti della disciplina) e quelle che si rivolgono agli Stati Membri.

Con riferimento alla prima tipologia di disposizioni, deve ritenersi che una volta scaduto il termine per il recepimento, sussista il diritto – dovere delle stazioni appaltanti di dare immediata applicazione alle disposizioni comunitarie.

Per le disposizioni che invece, identificano, i loro destinatari negli Stati membri attribuendo ad essi la facoltà di un recepimento, la applicazione delle disposizioni comunitarie è subordinata all'intervento del legislatore nazionale.

Da questa ripartizione discende che, stando alla nostra classificazione, con riferimento alle disposizioni che creano in capo alla stazione appaltante un diritto – dovere di applicazione, sussistono prevalentemente criticità di tipo “ oggettivo” nei termini definiti in precedenza.

Quanto alle disposizioni che necessitano di un recepimento - poiché rispetto ad esse il legislatore comunitario lascia agli stati Membri il diritto di esercitare una opzione - sussistono invece criticità di tipo sia oggettivo sia soggettivo.

¹ . Una delle prime sentenze della Corte di Giustizia in materia è sent. 5 febbraio 1963, N.V. Algemene Transport of Expeditie Onderneming van Gend e Loos c. Amministrazione delle Imposte dei Paesi Bassi (causa 26/62); Corte di Giustizia sentenza 4 marzo 1999, causa C-258/97 nella quale la corte ha affermato che “*Da/la forza obbligatoria attribuita dall' art. 189 del Trattato alla decisione comunitaria deriva che una disposizione di siffatta decisione rivolta ad uno Stato membro può essere invocata dai singoli nei confronti del detto Stato membro qualora imponga al destinatario un obbligo incondizionato e sufficientemente chiaro e preciso. Qualora la detta disposizione debba essere applicata entro un determinato termine, essa può esser e fatta valere solo alla scadenza ne/l' ipotesi in cui lo Stato membro ometta di applicare la decisione o la applichi in modo erroneo.*”

Passando ad esaminare nel dettaglio la prima tipologia di disposizioni (quelle che creano un diritto dovere di applicazione) esse riguardano:

- 1) adeguamento ad accordi internazionali;
- 2) riservatezza
- 3) specifiche tecniche;
- 4) condizioni di esecuzione dell'appalto;
- 5) procedura negoziata,
- 6) cause di esclusione;
- 7) avvalimento;
- 8) norme di garanzia della qualità e norme di gestione ambientale;
- 9) criteri di aggiudicazione;
- 10) pubblicità e termini.

Per logiche esigenze di sintesi, limiteremo la nostra analisi a quelle tra le elencate disposizioni che creano maggiori criticità di tipo “oggettivo”; mi riferisco in particolare, all’istituto dell’avvalimento e al procedura negoziata.

Quanto alla disciplina del cd. “avvalimento” contenuta negli art.li 47, 48 e 52 della Direttiva classica, essa si rivolge direttamente agli operatori economici, quindi è tra quelle disposizioni immediatamente operanti a partire dal 1° febbraio 2006.

La genesi del principio dell’avvalimento inteso come possibilità per una impresa di fare riferimento, ai fini dell’ammissione ad una gara di appalto, ai requisiti di capacità tecnica, economica e finanziaria posseduti da un'altra impresa, trova il suo fondamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.²

² La prima pronuncia della Corte di Giustizia delle Comunità Europee sul tema (causa **C-389/92, Ballast Nedam Groep I**) attiene al caso in cui essa veniva chiamata a risolvere una questione pregiudiziale in una controversia tra una holding di diritto olandese e lo Stato belga; in tale occasione la Corte ha affermato che le disposizioni comunitarie delle direttive 71/304 e 71/305 vanno interpretate nel senso che consentono, per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all’atto dell’esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, di tener conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di avere effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l’esecuzione degli appalti. Nella seconda sentenza del 18 dicembre 1997 (causa **C-5/97 Ballast Nedam Groep II**), la Corte, tornando sul tema, ha chiarito che quando è addotta la prova che la persona giuridica dominante di un

Senza ricostruire i passaggi fondamentali che hanno portato la giurisprudenza comunitaria ad affermare un principio ormai condiviso anche dalla giurisprudenza nazionale³, ciò che è importante rammentare è che il principio dell'avvalimento è stato recepito agli art. 47 e 48 della Direttiva 18/2004 rispettivamente dedicati alla capacità economica e finanziaria (47) e alla capacità tecnica e professionale (48) con l'inserimento di una disposizione del seguente tenore: *“un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti.”*

Al di là della sostituzione della necessità di *“dimostrare”* contenuta nell'art. 47 con quella di dare *“la prova”* della disponibilità dei mezzi necessari prevista all'art. 48, il legislatore comunitario consente dunque il ricorso all'avvalimento *“a prescindere dalla natura giuridica dei legami”* e, senza tipizzare i mezzi attraverso i quali è possibile dimostrare la disponibilità dei vantati mezzi.

E' dunque evidente che un siffatto istituto pone notevoli criticità in considerazione dell'impatto che esso può avere in un ordinamento come quello italiano fortemente caratterizzato da una gestione diretta del rapporto amministrazione /

gruppo dispone effettivamente dei mezzi delle società appartenenti al gruppo, l'autorità competente deve necessariamente tener conto di queste società. Nella successiva sentenza *Holst Italia Spa* del 2 dicembre 1999 (causa **C-176/98**) resa a seguito di una ordinanza di rimessione del tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, la Corte ha ribadito ed espressamente esplicitato il principio di avvalimento adottato dalla sentenza *Ballast*, affermando altresì che ai fini dell'avvalimento non è decisivo il vincolo giuridico in forza del quale le imprese possono avvalersi dei requisiti di gara. Ciò che è rilevante è che la possibilità per l'offerente di disporre effettivamente dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto, indipendentemente dai rapporti di diritto che il soggetto ha con l'impresa ausiliaria –venga concretamente dimostrata.

³ Il principio dell'avvalimento costituisce *ius receptum* anche nel nostro ordinamento. Tuttavia rispetto ad un primo orientamento più possibilistico (n. 5194 TAR -Sardegna 8 novembre 2000 n.984, TAR Abruzzo Pescara, 20 dicembre 2002, n.1190), le ultime pronunce sul tema sembrano evidenziare che, comunque, il principio è applicabile laddove ci sia un legame funzionale e strutturale tra i due soggetti (Consiglio di Stato sez.V 28/9/2005, Consiglio di stato, sez. V, 15 giugno 2001 n. 3188).

appaltatore e, soprattutto dalla necessità di coordinare il nuovo istituto con quello del subappalto e con le norme sulla qualificazione degli esecutori di lavori pubblici.

In particolare, ci si chiede come sia conciliabile la facoltà di avvalersi delle capacità di altri soggetti, con la disposizione contenuta all'art. 18, comma 1 della legge n55/1990 per cui la quota parte subappaltabile della categoria prevalente non può superare il 30 % oppure con il divieto di subappalto delle categorie cd. "superspecializzate" di cui all'art. 72 del Dpr 554/99.

Altrettanto problematico conciliare il concetto di avvalimento con il principio per cui le categorie superspecializzate devono essere eseguite direttamente da appaltatori in possesso della relativa qualificazione o, in assenza, mediante costituzione di ATI verticali.

Al contempo ci si chiede se non abbia senso riformare di riflesso, anche la disciplina che stabilisce quote minime di qualificazione (40% - 10%) rispettivamente dell'impresa capogruppo e mandante di una ATI di tipo orizzontale (art. 95 Dpr 554/99).

Ed in effetti che il principio dell'avvalimento sia destinato a contaminare istituti tradizionali del nostro ordinamento è facilmente constatabile osservando le più recenti pronunce giurisprudenziali dalle quali si può verificare come ad esempio, un principio cardine come quello dell'immodificabilità soggettiva delle ATI a si è andato col tempo progressivamente evolvendo in correlazione alla contemporanea affermazione, sulla spinta del diritto comunitario, della circolazione oggettiva di alcune delle referenze proprie dell'operatore economico (cosiddetto principio dell'avvalimento).

Mentre a livello regionale, le leggi finora predisposte si sono limitate a riprodurre tal quali gli articoli della direttiva, invece, ad una prima lettura della bozza di Codice Unico è immediatamente apprezzabile come lo sforzo del legislatore abbia finito per disciplinare l'avvalimento con previsioni che rischiano – se così definitivamente formulate - di compromettere la portata dell'istituto nella sua impostazione comunitaria.

Innanzitutto, il Codice "tipizza" le modalità attraverso le quali è possibile dimostrare il possesso dei requisiti di un altro soggetto; la tipizzazione avviene chiedendo che il concorrente produca: 1) dichiarazione del concorrente 2) e dell'impresa ausiliaria sul possesso dei requisiti di ordine generale; 4) dichiarazione di non

partecipare in gara in altre forme di avvalimento, ATI – o altra veste; 5) contratto tra concorrente - avvalso (o dichiarazione sostitutiva infragruppo).

Senza creare un eccessivo allarmismo, tuttavia non si possono dimenticare i rischi legati alla tipizzazione laddove il legislatore comunitario ha lasciato spazio alla libertà delle parti in relazione alle circostanze determinatesi caso per caso (si pensi a quanto è avvenuto con l'istituto della anomalia per come disciplinato in Italia!).

Perplexità ancora maggiori suscita la previsione nella bozza di Codice Unico, del regime di responsabilità solidale tra impresa concorrente e impresa cd "ausiliaria".

A tal proposito va rammentato che la Direttiva non solo parla di regime di responsabilità solidale, ma una previsione siffatta finisce per snaturare completamente l'istituto dell'avvalimento la cui utilità diverrebbe assai dubbia laddove gli operatori potrebbero optare per soluzioni più convenienti ad esempio, costituendo un'ATI verticale (con conseguente limitazione di responsabilità delle imprese mandanti entro i limiti delle quote di esecuzione delle categorie scorporabili) o di ricorrere al subappalto, (godendo dello sconto sui prezzi del subappaltatore sino al 20%).

E' dunque evidente che non solo le esposte criticità non sono state risolte ma la stessa legge, finisce per porsi in aperto contrasto con il riparto di competenze di cui all'art.117, in considerazione di quanto disposto dall'art. 4, comma 2, per cui *“le Regioni e le Province, nel rispetto dell'art.117 non possono prevedere una disciplina della qualificazione e selezione dei concorrenti, nonché di svolgimento delle procedure di gara, diversa da quella prevista nel presente codice”*.

Per il resto, il Codice ripercorre l'impostazione della Direttiva distinguendo l'avvalimento vero e proprio da quello infragruppo, cui solo si può ricorrere per l'ottenimento della qualificazione o l'iscrizione in elenchi o Albi, come in Italia per l'ottenimento della SOA.

Altra disciplina immediatamente diretta alle stazioni appaltanti che, pertanto, non necessita di un recepimento è quella contenuta negli art. **30 e 31 della Direttiva 18/2004** rispettivamente dedicati alla **procedura negoziata con o senza pubblicazione preventiva di un bando di gara**.

Si tratta a ben vedere di una disciplina che estende anche agli appalti di lavori pubblici una serie di fattispecie legittimanti il ricorso alla procedura negoziata tradizionalmente ipotizzate per i soli appalti di servizi e forniture.

In questo caso la criticità oggettiva non attiene allo scarso dettato della disposizione comunitaria, ma alla difficoltà di conciliare la predetta disciplina con quella ben più restrittiva contenuta nell'art. 24 della legge Merloni.

Quanto al Codice, esso recepisce la casistica della Direttiva 18/2004, rispetto alla quale, inserisce però, due tipi di limitazioni:

- da un lato, infatti, limita il ricorso alla procedura negoziata con o senza bando di gara nel caso di gara deserta, offerte inaccettabili etc, entro il limite di un milione di euro;
- dall'altro, il legislatore coglie l'occasione per inserire nella disposizione dedicata alla procedura negoziata, il divieto di rinnovo tacito dei contratti.

Anche in questo caso, tuttavia, con riferimento al recepimento regionale l'art. 4, comma 2 della Legge finisce per condizionare fortemente le Regioni le quali saranno tenute a rispettare le scelte del legislatore nazionale ad esempio, raccogliendo la limitazione di un milione di euro introdotta dal Codice.

Sempre con riguardo agli istituti suscettibili di immediata applicazione una breve notazione riguarda, infine, la disciplina relativa alla pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, con riferimento alla quale, il recepimento nazionale di cui al codice de Lise appare in contrasto con la normativa di cui al Dm 20/2001 che, per gli appalti sottosoglia, consente di sostituire le altre forme di pubblicazione – fatta eccezione per la pubblicazione sui quotidiani – con quella sui siti internet di cui al predetto decreto.

Quanto infine agli istituti che necessitano di un recepimento le prime perplessità sorgono con riferimento alle **centrali di committenza** intese come *“amministrazioni aggiudicatrici che acquistano beni e servizi o aggiudicano appalti di lavori e stipulano accordi quadro di servizi lavori e forniture per altre amministrazioni.”* (art. 3 e 11 della Direttiva)

La Direttiva recepisce l'esperienza maturata in molti Paesi europei nei quali la centralizzazione degli acquisti ha funzionato da “calmiere dei mercati” e indotto a risparmi per le casse dello Stato.

In Italia si è assistito alla esperienza della Consip Spa, che tuttavia lascia ancora aperte alcune perplessità sui effetti positivi che le procedure centralizzate possono avere sul piano del risparmio pubblico, mentre sono tangibili gli effetti negativi che un

sistema centralizzato rischia di produrre sul piano della concorrenza a tutto discapito dei piccoli operatori.

Senza considerare, poi, che nel nostro ordinamento, con specifico riferimento agli appalti di lavori pubblici la esistenza del divieto di delega di funzioni di stazione appaltante contenuto nella Legge Merloni (art. 19, comma 3 della Legge 109/94) ha indotto a limitare la operatività degli acquisti centralizzati di Consip ai soli acquisti di beni e servizi.

In questo contesto ci si chiede quali siano gli spazi lasciati alle Regioni: in altri termini, il limite contenuto nella Legge Merloni costituisce una norma di principio inderogabile da una disciplina regionale?

Tale criticità pare attualmente superata dal Codice dei contratti che ha previsto una applicazione trasversale dell'istituto a tutti e tre i settori.

Tuttavia anche con riferimento alle centrali di committenza, il Codice Unico pone un limite operativo alle Regioni laddove vieta una disciplina difforme rispetto allo svolgimento delle procedure di gara.

Ci si chiede allora se non sia consentito alle Regioni introdurre dei correttivi al sistema ideato a livello nazionale, magari innovando i meccanismi di selezione dei contraenti differenziandoli per fasce di importo in modo da consentire la partecipazione anche ai piccoli operatori; oppure se non sia loro consentito ideare strumenti di reale contenimento della spesa pubblica intervenendo sulla prassi diffusa per cui in luogo di un risparmio, la possibilità di acquistare a prezzi più contenuti ha sinora determinato una duplicazione degli acquisti (se i computer da acquistare costano 50 invece che 100, le amministrazioni ne acquistano 100 in luogo dei 50 preventivati!).

Tra gli istituti sicuramente più innovativi nel quadro delle nuove Direttive vi è senz'altro la nuova procedura del **dialogo competitivo (art. 29)**.

L'istituto, come verrà spiegato meglio in seguito, è stato ideato per recepire la necessità manifestata dalle stazioni appaltanti di essere dotate di uno strumento più flessibile entro cui convogliare le proprie necessità.

Di qui la ideazione di una procedura di gara anticipata da una fase di “dialogo procedimentalizzato”, volto a meglio definire gli strumenti con cui l'amministrazione può soddisfare le sue necessità.

Il presupposto per ricorrere al dialogo competitivo è la sussistenza di un appalto *particolarmente complesso*.

La Direttiva detta in linea di massima quali sono i presupposti per cui un appalto possa considerarsi particolarmente complesso:

- 1) quando l'amministrazione non è oggettivamente in grado di definire le sue necessità o i suoi obiettivi;
- 2) quando non è in grado di specificare l'impostazione giuridica/finanziaria di un progetto.

Quindi la prima criticità risiede nella esatta identificazione di quando un appalto possa in concreto definirsi particolarmente complesso.

Altro aspetto problematico della procedura descritta nell'art. 29 della Direttiva riguarda la necessità di definire sin dal bando di gara (ossia quando non è stato ancora condotto il Dialogo e dunque la stazione appaltante non ha effettuato una scelta tra le varie proposte), i criteri di valutazione delle offerte e, soprattutto, i requisiti di partecipazione dei concorrenti.

In buona sostanza viene richiesto alla stazione appaltante di predefinire quali requisiti debba possedere il proprio contraente in una fase antecedente alla identificazione di quelli che poi saranno i suoi reali contraenti.

Si tratta di criticità che il Codice ha tentato di superare fornendo una casistica di appalti "particolarmente complessi"; si tratta dei casi in cui la stazione appaltante:

“- non e' oggettivamente in grado di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, o

- non e' oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto. Possono, secondo le circostanze concrete, essere considerati particolarmente complessi gli appalti per i quali la stazione appaltante non dispone, a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili, di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o all'individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, alle caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e all'analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, nonche' sulle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche.”

In un siffatto apprezzabile sforzo di semplificazione il Codice va oltre le indicazioni della direttiva, contemplando l'ipotesi in cui l'amministrazione abbia difficoltà di stabilire i propri bisogni. Ebbene la chiara identificazione dei bisogni cui far fronte rappresenta un presupposto imprescindibile perché le stazioni appaltanti possano rivolgersi al mercato, in assenza del quale l'istituto in questione rischia di sfuggire a qualsiasi sindacato.

Sotto il profilo della identificazione dei requisiti dei concorrenti il codice unico prevede che essi possano essere ridefiniti nella lettera di invito alla presentazione delle offerte.

Nella formulazione del Codice così come nella Direttiva rimane aperta la criticità legata alla possibilità di ridurre il numero delle soluzioni proposte, ovvero di mettere a base di gara una o più soluzioni: né la Direttiva né il Codice dicono nulla a proposito, lasciando alle stazioni appaltanti largo margine per inserire criteri discrezionali con conseguente rischio di contenzioso.

Le assimilazioni tra le esigenze che questa procedura è finalizzata a soddisfare e quelle tipiche di una procedura di partenariato pubblico privato, hanno spinto in molti a pensare ad un connubio tra questa procedura ed ad es. la procedura per la ricerca del promotore.

Il Codice unico prevede la possibilità di ricorrere al dialogo competitivo quando la PA non abbia individuato alcuna proposta di pubblico interesse .

Alla luce di tale soluzione, si prospetta di dubbia legittimità la scelta contenuta in alcune normative regionali (Legge Regione Piemonte ad esempio) di utilizzare la procedura del dialogo competitivo in luogo di quella attualmente contenuta negli art.li 37 bis e ss della Legge 109/94 per la selezione del promotore.

Per finire, l'ultima notazione riguarda l'istituto dell'**Accordo Quadro** (art. 32).

Innanzitutto va chiarito che l'Accordo quadro non è una nuova procedura di gara, ma una tipologia di contratto che le stazioni appaltanti stipulano alla fine di una ordinaria procedura. Si tratta di un istituto già sperimentato per gli appalti aggiudicati nei settori esclusi, in cui ha sinora consentito di economizzare in tutti i casi di appalti seriali e ripetitivi.

Anche con riferimento alla disciplina dell'Accordo quadro vi sono alcune criticità legate alla scelta della stazione appaltante di stipulare l'accordo quadro con uno

o più operatori economici, in assenza di indicazioni normative su quali siano i presupposti per procedere in uno o nell'altro senso.

Altrettanto poco chiara è la posizione dei soggetti parti di un accordo quadro (se di interesse legittimo o di diritto soggettivo) laddove chi è parte dell'accordo viene invitato a presentare dei rilanci. In assenza di diverse indicazioni sembra che la posizione di questi soggetti sia assimilabile più a quella di un soggetto prequalificato che di un appaltatore.

Altra perplessità legata al recepimento dell'istituto nel Codice attiene alla previsione di un sistema di rotazione in virtù del quale affidare i singoli appalti basati sull'accordo quadro allorché si tratti di accordo con più operatori, con la conseguenza che ogni concorrente parte dell'accordo non può aggiudicarsi più di un appalto.

Di questa indicazione non si trova traccia nella Direttiva, dove si parla semplicemente di possibilità di rilancio con conseguente possibilità di aggiudicarsi uno o più contratti nel caso si faccia la migliore offerta.

Per concludere, sono molti i profili problematici che il recepimento delle Direttive del 2004 pone nel nostro ordinamento; si tratta di problemi strutturalmente legati alla impostazione che il legislatore italiano ha dato alla disciplina degli appalti, soprattutto nel settore dei lavori pubblici ed alla scarsa definizione della linea di confine nel riparto di competenze Stato – Regioni alla cui chiarificazione sarà nuovamente chiamata a contribuire la Corte Costituzionale.

Sarà interessante allora nei prossimi mesi osservare quanto il sistema comunitario riuscirà a scardinare l'impianto nazionale e se in questa attività di costruzione le Regioni riusciranno a ritagliarsi un ruolo da coprotagoniste o di antagoniste rispetto al potere statale.

5. Disciplina internazionale sugli appalti. La partecipazione di imprese extracomunitarie alle gare. - *Diane DE MARLIAVE, Commissione europea. Unità "Dimensione economica e internazionale della politica a degli appalti pubblici".*

Cercherò di darvi il quadro attuale della regolamentazione internazionale in materia di appalti pubblici illustrandovene il funzionamento, senza peraltro trascurare gli aspetti pratici. Si tratta infatti di una materia molto complessa e le stazioni appaltanti non sono spesso al corrente circa le condizioni che debbono soddisfare le imprese dei Paesi terzi per poter partecipare alle gare europee.

Bisogna dire che a livello di Organizzazione Mondiale del Commercio non vi sono accordi di portata generale che vincolino i 149 Stati membri: gli appalti pubblici sono infatti tuttora considerati in molti Stati che aderiscono all'O.M.C. niente più che strumenti di una politica protezionistica di sostegno alle industrie nazionali. Si è molto discusso sulla c.d. "trasparenza", su come cioè mettersi d'accordo su un insieme di regole procedurali comuni, ma senza mai parlare di "accesso al mercato", della possibilità cioè per ciascuno Stato di consentire alle imprese degli altri Stati membri di partecipare ai propri bandi di gara.

In seno all'O.M.C. è però in vigore un accordo multilaterale sugli appalti pubblici concluso nel 1994 fra la C.E. e altri 12 Stati membri (Giappone, Canada, U.S.A., Svizzera, Norvegia, Lichtenstein, Corea del Sud, Singapore, Israele, Islanda e Aruba) in sostituzione del vecchio "codice G.A.T.T" che era limitato ai soli appalti di forniture banditi dalle amministrazioni centrali. Frutto di un compromesso fra la tradizione anglosassone (meno vincolistica e più flessibile) e quella comunitaria (molto più "interventista"), il nuovo accordo disciplina tutte le tappe di una procedura di aggiudicazione (oggetto del contratto, condizioni di selezione, criteri di aggiudicazione, ecc.) prevedendo anche la possibilità di un ricorso in favore dell'impresa partecipante che si ritenga lesa da irregolarità procedurali. Bisogna dire però che le garanzie

procedurali si situano ben al di sotto del livello raggiunto in sede CE e che, a differenza di quanto disposto dalle direttive comunitarie (che riservano lo stesso trattamento alle autorità aggiudicatrici centrali e locali), sono le autorità centrali ad essere sottoposte alla disciplina più rigida.

Ma vediamo adesso come funziona l'accordo, in particolare sotto il profilo che dovrebbe interessare maggiormente delle potenziali stazioni appaltanti: quello cioè di chi abbia diritto a partecipare alle procedure.

L'Accordo pone a proprio fondamento il principio di non discriminazione in funzione della nazionalità e quello della nazione più favorita. Ciò significa in pratica che un fornitore ad es. americano deve ricevere lo stesso trattamento di una impresa comunitaria. Molto più complicato è sapere quali sono le procedure coperte dall'Accordo, quando cioè e a quali condizioni un'impresa ad es. americana può essere ammessa a partecipare ad un bando di gara europeo: le condizioni di "apertura" dei mercati non sono infatti le stesse per tutte le parti dell'Accordo. E' quindi assai difficile in pratica sapere quali tipi di appalti e quali autorità aggiudicatrici sono coinvolte ed anche le soglie di applicazione non sono sempre le stesse; a ciò si aggiunga il gran numero di eccezioni introdotte su richiesta dei singoli Paesi firmatari.

Da parte sua la Comunità ha offerto una "copertura" che corrisponde largamente al campo d'azione delle proprie direttive, vale a dire gli appalti banditi dalle autorità centrali, da quelli che il diritto comunitario individua come "organismi di diritto pubblico", dalle imprese pubbliche che operano in alcuni soltanto dei c.d. "settori esclusivi" (acqua, elettricità, porti, aeroporti e trasporto urbano). Sono esclusi gli appalti messi in gara dalle imprese private titolari di diritti speciali od esclusivi.

Si può dire quindi che in termini di accesso al mercato l'offerta della Comunità è stata senz'altro più generosa di quelle degli altri partecipanti all'Accordo: solo da parte di Norvegia, Svizzera, Lichtenstein e Islanda (Paesi tutti legati strettamente al mercato comune europeo) c'è stata un'apertura comparabile.

Entrando nel dettaglio, l'Accordo sugli Appalti Pubblici è diviso in due parti: la prima con le regole di procedura, la seconda dedicata invece all'offerta concessa dalle singole parti contraenti e strutturata in modo uniforme anche se, ovviamente, con contenuti diversi a seconda della minore o maggiore apertura di ciascuna; essa consta di cinque allegati relativi alle entità aggiudicatrici coinvolte

(centrali, locali, imprese pubbliche, indicate rispettivamente nei primi tre allegati) ed ai tipi di appalti aperti alla concorrenza: servizi (all. 4°) e lavori (all. 5°). Le aperture al mercato offerte da ciascuna parte contraente sono poi accompagnate dalla lista degli appalti esclusi, a volte nei confronti di tutti gli altri firmatari dell'Accordo (come ad es., per quanto riguarda l'U.E., gli appalti cui non si applicano le direttive), ma più frequentemente nel quadro di rapporti bilaterali.

Così ad es., al momento della conclusione dell'Accordo, la Comunità, non ritenendo sufficienti sul piano della reciprocità le offerte degli Stati Uniti (erano infatti esclusi gli appalti banditi da molti Stati federati e dalle città più importanti), ha escluso le imprese americane dall'accesso agli appalti di servizi e lavori messi in gara degli enti locali europei.

Per terminare in merito all'accordo generale sugli Appalti pubblici – che è da tempo oggetto di negoziati a Ginevra per rivederne le clausole, negoziati che si spera di concludere entro l'anno – è bene ricordare che le regole di procedura sono state introdotte nell'ordinamento comunitario con le Direttive n. 95/52 e 98/4, e, da un punto di vista pratico, che negli schemi di bandi di gara figura una rubrica apposita (“appalto ricompreso nell'Accordo Appalti Pubblici”) da barrare all'occorrenza al momento della pubblicazione.

Sul piano dei rapporti internazionali l'Accordo generale stipulato in sede O.M.C. è senza dubbio e di gran lunga il più importante. Vi sono poi alcuni accordi bilaterali a volte rivolti specificamente alla materia degli appalti pubblici (come quello con la Svizzera del 2002 con un campo d'azione molto esteso corrispondente grosso modo a quello delle Direttive 17 e 18/2003), altre volte invece di portata più ampia (accordi di libero scambio) con una parte dedicata agli appalti. Fra questi ultimi vanno citati quello col Messico del 2000 (limitato agli appalti banditi dalle autorità centrali) e quello col Cile del 2002, di contenuto molto più ampio corrispondente anch'esso a quello delle direttive comunitarie.

Da un punto di vista giuridico quindi solo i prodotti, i servizi, i fornitori originari di quei Paesi che hanno stipulato accordi in tal senso con l'U.E. hanno diritto di accesso agli appalti pubblici comunitari (a condizione, beninteso, che essi rispondano ai requisiti richiesti dal bando). Per quanto riguarda poi gli appalti di forniture, l'art. 58 della Direttiva settori esclusi disciplina l'ipotesi di prodotti che incorporino una

percentuale di contenuto proveniente da Paesi che *non* sono legati da alcun accordo con la Comunità.

Nella pratica accade spesso però che le autorità aggiudicatrici europee siano libere di consentire l'accesso alle gare anche ad imprese originarie di Paesi - quali l'India o la Cina - nei cui confronti la Comunità non ha assunto alcun obbligo. Al contrario le imprese europee hanno accesso solo agli appalti pubblici banditi da quegli Stati terzi con i quali vigono specifici accordi internazionali ed alle condizioni ivi previste. In effetti, mentre l'U.E. si ispira largamente al principio della libertà di commercio, nella maggior parte degli Stati terzi la situazione è differente: ad es. negli Stati Uniti il principio di base in materia di appalti pubblici è la chiusura del mercato, salvo le eccezioni imposte da specifici obblighi internazionali.

Per concludere un'avvertenza: come abbiamo detto, l'Accordo generale sugli appalti pubblici è in corso di revisione in sede O.M.C.; la Comunità sta inoltre negoziando numerosi accordi bilaterali in materia. E' dunque molto probabile che, in una prospettiva non troppo lontana, ci saranno molte novità e si apriranno nuove opportunità di accesso.

6. “Le principali novità del pacchetto legislativo comunitario: le nuove soglie di valore, l’accordo quadro, le centrali di committenza, il dialogo competitivo” - Raffaella Assetta, Commissione europea, Unità “ Concezione e applicazione del diritto degli appalti pubblici II”.

Tra i principali obiettivi perseguiti dalle Direttive del 2004 vi è senz’altro quello della semplificazione; semplificazione che si è ottenuta anche attraverso la fissazione di nuove soglie di applicazione delle direttive comunitarie che vengono espresse in euro. Le nuove soglie i cui importi sono indicati all’art. 7 della Direttive 18/2004/ CE, sono soggette al meccanismo di revisione biennale di cui all’art. 78 della stessa Direttiva.

Lo strumento adottato per procedere alla revisione biennale è quello del Regolamento, direttamente efficace all’interno degli Stati Membri; il meccanismo di revisione prevede che le soglie determinate in agosto, vengano rese note a novembre per entrare in vigore a partire dal 1° gennaio 2006.

Le soglie attualmente vigenti sono quelle introdotte dal Regolamento 2083/2005, con una soglia unificata per i lavori e le concessioni di lavori pubblici pari ad € 5.278.000,00 ed un'unica soglia per servizi e forniture, differenziata a seconda del soggetto aggiudicatore, pari ad € 137.000,00 (autorità governative centrali) ed 211.000.00 (per le altre amministrazioni).

Per i settori speciali disciplinati dalla Direttiva n. 17/2004 la soglia per i servizi e le forniture è pari ad 422.000,00 mentre per i lavori pubblici è la medesima dei settori ordinari, ossia € 5.278.000,00.

Le nuove Direttive introducono nuovi strumenti negoziali, il cui recepimento è rimesso alla scelta facoltativa delle stazioni appaltanti; si tratta in particolare degli istituti dell’accordo quadro, delle centrali di acquisto, del dialogo competitivo, dell’*e-procurement* dei sistemi dinamici di acquisizione e delle aste elettroniche.

Passando ad esaminare gli accordi quadro, con riferimento alle parti di un accordo quadro esso può essere concluso con una o più amministrazioni e uno o più operatori economici.

Quanto al contenuto, la finalità di un accordo quadro è quella di definire in tutto o in parte le condizioni degli appalti da aggiudicare.

A seconda degli elementi possiamo distinguere i contratti quadro e gli accordi quadro propriamente detti.

Quanto ai primi, i contratti quadro prevedono una dettagliata definizione di tutte le condizioni dell'appalto, per cui una volta pervenuti alla stipula di un contratto quadro, non c'è necessità di procedere ad un nuovo confronto competitivo, purché la scelta dei contraenti sia avvenuta sulla base di criteri obiettivi, non discriminatori e trasparenti.

In tal caso, il contratto non è altro che una applicazione delle condizioni prefissate nei documenti di gara.

Quando invece si parla di accordi quadro stricte sensu, si fa riferimento a quei casi in cui non c'è una previa e dettagliata fissazione di tutti gli elementi dell'accordo, ma solo la indicazione delle condizioni essenziali dell'accordo e dei criteri di attribuzione dei singoli appalti basati sull'accordo quadro.

In questi casi, l'affidamento dei singoli appalti basati sull'accordo quadro avviene previa consultazione del singolo operatore parte dell'accordo i quali vengono invitati ad un nuovo rilancio competitivo tra più operatori.

L'accordo quadro determina un sistema chiuso, accessibile ai soli soggetti parte dell'accordo, per cui il legislatore stabilisce che un accordo quadro possa avere una durata massima di quattro anni.

Altro istituto innovativo è quello delle Centrali di Acquisto.

Le centrali di acquisto sono amministrazioni aggiudicatrici che acquistano forniture e servizi per conto di altre amministrazioni, ovvero aggiudicano appalti e concludono accordi quadro per altre amministrazioni. Trattandosi di amministrazioni aggiudicatrici anche le centrali di acquisto sono tenute al rispetto della Direttiva.

Il Dialogo competitivo è invece un nuovo tipo di procedura, la cui introduzione è stata ispirata dall'esigenza di assicurare una maggiore flessibilità rispetto alle procedure esistenti garantita dalla possibilità di instaurare un dialogo con le parti.

Il campo di applicazione è quello degli appalti particolarmente complessi, laddove la complessità può essere tecnica (oggettiva impossibilità di definire mezzi tecnici) ovvero giuridica/finanziaria (oggettiva impossibilità di specificare l'impostazione giuridica e/o finanziaria di un appalto).

Quanto alla procedura del dialogo competitivo, il primo step è rappresentato dalla pubblicazione del bando di gara e del documento descrittivo ad esso allegato, in

cui vanno definiti: i bisogni e le esigenze cui si intende far fronte; i livelli minimi di capacità richiesta ai concorrenti; eventuali criteri di limitazione dei concorrenti, la possibilità di ridurre il numero delle soluzioni prospettate; i criteri di aggiudicazione e di graduazione delle offerte.

Il criterio di aggiudicazione è sempre ed esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il secondo step prevede la spedizione della lettera di invito ai candidati prescelti.

Il terzo step, invece riguarda la vera e propria fase del dialogo. L'oggetto del dialogo riguarda tutti gli aspetti dell'appalto; il principio da cui il dialogo deve ispirarsi è sempre quello della parità di trattamento, ed i colloqui sono sempre di tipo "individuale" allo scopo di assicurare la massima confidenzialità delle informazioni ricevute.

La flessibilità del dialogo prevede sempre la possibilità di perfezionare le "soluzioni offerte" e di stabilire un criterio in base al quale ridurre le soluzioni da esaminare.

La quarta fase della procedura, attiene alla fine del dialogo tutti i concorrenti che hanno partecipato al dialogo vengono invitati a presentare offerte "complete", a fornire eventuali chiarimenti e/o precisazioni, i criteri di valutazione delle offerte e a fornire indicazioni sulla scelta dell'offerta migliore.

La quinta fase riguarda la aggiudicazione della gara.

7. Le principali novità del pacchetto legislativo comunitario: l'e – procurement, l'asta elettronica ed i sistemi dinamici di acquisto - Paola Zanetti, Commissione europea, Concezione e applicazione del diritto degli appalti pubblici II.

Tra le novità di maggior rilievo delle nuove direttive appalti, vi è senz'altro quella relativa alla disciplina dell'*e – procurement*.

Gli obiettivi attesi da una siffatta disciplina vanno rintracciati:

- 1) nella migliore governabilità e competitività (*governance –; business development; competitiveness*);
- 2) trasparenza (*economic transparency; accountability development*)
- 3) maggiore efficienza dell'acquisto pubblico (*effectiveness; efficiency value for money*).

I benefici attesi dagli acquirenti pubblici sono legati alla possibilità di avere procedimenti più standardizzati , con conseguente maggiore efficienza e rapidità nell'effettuare le scelte, maggiore facilità nel raffronto delle offerte.

Altro beneficio atteso è quello di stimolare la concorrenza e dunque di avere un maggior numero di offerenti e conseguentemente, prezzi più bassi.

I benefici attesi per le imprese dall'uso di tecniche di e – procurement sono legati ad una maggiore trasparenza, all'aumento di possibilità di accesso al mercato, ad una maggiore sicurezza e tracciabilità delle operazioni e ad una riduzione delle possibilità di abusi.

Il campo di applicazione ottimale per le tecniche di e –procurement è costituito sicuramente per acquisti cui la pubblica amministrazione procedere per quantitativi elevati, con un basso valore di acquisto individuale, ovvero per acquisti semplici e “*off the shelf*”, per acquisti relativi a mercati fortemente concorrenziali, con contratti a prezzo fisso, di breve durata o per acquisti di natura ripetitiva.

Quanto agli aspetti negativi, le maggiori preoccupazioni delle imprese attengono alle difficoltà linguistiche, alla configurazione inappropriata dei sistemi di acquisto, alla esistenza di un quadro giuridico inadeguato ovvero a sistemi di sicurezza inadeguati, ovvero, in misura minore dalla esistenza di costi di adeguamento elevati, dalla attesa di benefici commerciali insufficienti.

Con specifico alle scelte poste alla base del quadro normativo contenuto nelle direttive, rintracciamo la assenza di una specificità elettronica per evitare che possano esservi delle barriere tecnologiche.

Ogni qual volta non ci sono esigenze particolari, si applicano i principi fondamentali.

In generale, comunque, è stata fatta una scelta di neutralità tecnologica per evitare che ci siano strumenti subito obsoleti.

In linea di massima i punti chiave del quadro normativo possono riassumersi come di seguito:

- parità dei mezzi di comunicazione;
- scelta dell'amministrazione aggiudicatrice;
- tutte o solo alcune le fasi del procedimento
- requisiti generali per comunicazioni e ricezione delle offerte;
- nuove tecniche (strumenti) di acquisto: sistemi dinamici di acquisizione, aste elettroniche.

Le comunicazioni devono essere fatte utilizzando mezzi comunemente disponibili evitando l'introduzione di qualsiasi limite all'accesso; deve essere assicurata la integrità di tutte le informazioni acquisite e messe a disposizione ed essere assicurata la assoluta confidenzialità dei dati trasmessi.

Devono essere utilizzati strumenti non discriminatori e comunemente disponibili e interoperabili, anche allo scopo di assicurare la tracciabilità delle operazioni; ciò significa che gli acquisti devono essere fatti utilizzando strumenti comunemente disponibili alle imprese (word; excel; etc.); laddove sia necessario l'utilizzo di programmi diversi, l'amministrazione deve mettere a disposizione il diverso programma necessario per la presentazione delle offerte.

Quali sono le fasi della gara in cui si può ricorrere all'utilizzo di strumenti informatici?

Senza altro nella fase di avvio della gara si può redigere e trasmettere il bando di gara in via telematica, così come si può assicurare l'accesso libero, diretto e completo al capitolato d'oneri attraverso l'utilizzo di strumenti informatici: in entrambi i casi ciò consente una riduzione del termine per la ricezione delle offerte.

Per quanto riguarda la fase di ricezione delle offerte, va assicurata la possibilità per tutti i concorrenti di accedere al dispositivo elettronico utilizzato dalla PA.

Sotto il profilo della sicurezza delle informazioni, la pubblica amministrazione deve preservare la identità dei concorrenti nonché l'accesso ai dati trasmessi.

Per quanto attiene alla formazione di cataloghi elettronici, essi vengono menzionati solo nei considerando della direttiva mentre non esiste una regolamentazione ad hoc.

Passando ad analizzare un'altra novità della direttiva, ossia le **aste elettroniche** va subito chiarito che esse consistono in un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi e/o di nuovi valori riguardanti taluni elementi dell'offerta.

In buona sostanza l'asta elettronica consiste in uno strumento aggiuntivo per automatizzare l'aggiudicazione con l'impiego di strumenti esclusivamente elettronici, e può costituire una fase incidentale dell'aggiudicazione nella maggior parte delle procedure di gara.

Per procedere ad un'asta elettronica vanno assicurate alcune condizioni.

In particolare, vanno indicate quali specifiche dell'appalto possono essere determinate con precisione, e non può mai riguardare appalti di servizi e di lavori che hanno ad oggetto prestazioni intellettuali.

Le circostanze in costanza delle quali si può ricorrere all'asta possono essere riassunte nella:

- Sussistenza di condizioni di mercato note;
- nella presenza di una elevata concorrenza;
- deve trattarsi di beni e servizi standardizzati per i quali si possono presentare offerte con elementi quantificabili.

Sotto il profilo delle garanzie procedurali, affinché si possa procedere ad un'asta elettronica è necessario che sin dal bando di gara si indichi la possibilità di utilizzare un'asta elettronica per l'aggiudicazione. Una volta che si è fatto riferimento alla possibilità di utilizzare un'asta elettronica non è più possibile per la pubblica amministrazione annullare l'asta.

I criteri di valutazione delle offerte vanno specificati nel bando o nel capitolato ed il ricorso all'asta è possibile solo dopo una prima valutazione completa delle offerte.

Il principio di par condicio è assicurato mettendo a disposizione di tutti i concorrenti le medesime informazioni, mentre sotto il profilo della tutela della privacy va assicurato l'anonimato di tutti i partecipanti.

Quanto alle fasi dell'asta elettronica, è importante ribadire che la decisione di ricorrere ad un'asta elettronica va presa anteriormente alla pubblicazione del bando e della redazione del capitolato.

Successivamente alla pubblicazione del bando in cui si fa riferimento al ricorso ad un'asta elettronica, le offerte pervenute vengono assoggettate ad una prima valutazione completa.

Tutti i concorrenti che hanno presentato offerte ammissibili vengono invitati a partecipare all'asta. E' possibile procedere anche alla valutazione delle offerte anomale ed in tal caso i concorrenti vengono invitati a fornire le precisazioni opportune; qualora non ci siano offerte anomale si procede all'aggiudicazione del contratto in base al bando di gara.

Passando infine ai **sistemi dinamici di acquisizione**, si tratta di procedure interamente elettroniche per l'acquisto di beni e servizi di uso corrente, consente l'ingresso al sistema in ogni momento (sistema aperto) e può avere una durata massima di 4 anni.

Anche qui, per quanto attiene alla procedura di un sistema dinamico di acquisizione, la pubblica amministrazione deve procedere alla pubblicazione del bando successivamente al quale le imprese in possesso dei requisiti ed interessate presentano le loro offerte indicative. Successivamente alla pubblicazione delle offerte, si procede alla pubblicazione del bando semplificato, sulla base del quale gli offerenti ammessi vengono inviati a presentare le proprie offerte.

Tutte le informazioni aggiuntive e documenti utili possono essere reperiti su:

- http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/explan-notes_en.htm
- http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/e-procurement_en.htm.

8. Le considerazioni sociali e ambientali negli appalti pubblici. Le possibilità offerte dalla nuova normativa comunitaria - Petr WAGNER Commissione europea, Unità Concezione e applicazione del diritto degli appalti pubblici II.

Per la prima volta le nuove direttive sugli appalti del 2004 consentono che si faccia riferimento ad aspetti sociali ed ambientali. In questa direzione un ruolo importante è stato svolto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (si veda in merito all'applicazione di tali criteri come criteri di attribuzione di un appalto relativo alla gestione di una linea della rete di autobus urbani, sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, Concordia Bus Finland, Racc. pag. I-7213, punto 57).

Le autorità contraenti possono prevedere il riferimento a valori sociali e ambientali senza dimenticare, tuttavia, che l'obiettivo perseguito in una procedura di appalto è sempre quello di selezionare la migliore offerta, ossia che il principio ispiratore è sempre quello del *best value for money*.

Ciò premesso è possibile integrare questi aspetti nelle procedure sia con riferimento ai prodotti da acquistare, sia con riferimento alle performance del servizio da rendere.

Perché ciò sia possibile è necessario che – se del caso - sin dal bando di gara le autorità contraenti diano un dettaglio preciso delle proprie richieste in termini ambientali o sociali.

Le Autorità contraenti devono descrivere semplicemente l'obiettivo che si vuole ottenere: è in questa fase che vanno valorizzati eventuali aspetti ambientali e/o sociali ad es. specificando le performance che i prodotti devono avere (carta riciclata, etc.).

Una volta chiarito l'oggetto, si passa alla definizione delle specifiche tecniche dei prodotti che costituiscono il *minimum* dei criteri richiesti sulla base di quali si possono rigettare le offerte che non li rispettano.

Con specifico riferimento alla traduzione di aspetti ambientali nei prodotti, le specifiche tecniche indicate nei documenti di gara esse devono essere in stretta connessione con l'oggetto della gara, e possono fare riferimento a standard tecnici o a performance (adatte soprattutto per aspetti di tipo ambientale).

In ogni caso, i criteri cardine devono essere quelli della proporzionalità e della trasparenza al fine di non discriminare potenziali offerenti, tanto che se un operatore economico che raggiunge gli stessi obiettivi con strumenti diversi non può essere escluso.

Nei bandi di gara si può fare riferimento alla possibilità di formulare alternative verdi (*green variant*), specificando, se in tal caso, si accettano solo varianti verdi o anche altro tipo di varianti. L'Autorità contraente può anche fare riferimento ad un ecolabel; tuttavia il riferimento ad un ecolabel non consente di escludere dai potenziali offerenti coloro che non ne siano in possesso; in altri termini la certificazione ambientale può costituire un elemento aggiuntivo ma non una condizione preclusiva alla partecipazione.

In ogni caso i requisiti degli ecolabel devono essere basati su criteri scientifici ed accessibili a tutti.

Molto frequente è invece il riferimento ai metodi di produzione di un prodotto ai fini della definizione delle specifiche tecniche (ad es. come nel caso dell'energia verde), ma in ogni caso i requisiti ambientali devono essere strettamente connessi all'oggetto dell'appalto.

Si può ad es. richiedere l'uso di legno sostenibile come metodo di produzione (laddove il legno sostenibile presuppone condizioni sia di carattere sociale che ambientale), ma non si può fare riferimento alla volontà di favorire le popolazioni indigene perché tale elemento non incide sull'oggetto dell'appalto.

Passando ad esaminare il profilo dell'utilizzo di requisiti sociali e ambientali nei criteri di aggiudicazione, il riferimento normativo è costituito dagli art.li 45 e 48 della Direttiva 18/2004 e dagli art.li 53 – 54 della Direttiva 17/2004.

In particolare ai sensi dell'art. 45, comma 2, lettere e), c) e d) gli aspetti sociali e ambientali possono essere individuati come cause di esclusione dell'appalto.

Sotto il profilo delle competenze tecniche, invece, in virtù dell'art. 48 della stessa Direttiva si può ad es. prendere a riferimento la capacità di ridurre la produzione di rifiuti di un operatore o se ha in dotazione nel proprio organico soggetti che abbiano maturato una esperienza in campo ambientale.

In questa fase si può chiedere che i contratti siano eseguiti da soggetti aventi esperienza in attività simile (EMAS).

Le Direttive fanno riferimento alla possibilità di utilizzare sistemi di gestione ambientale solo come condizione di esecuzione dell'appalto (ad es. bisogna andare ad operare in una zona in cui c'è una fauna appartenente a specie protette).

Anche in questo caso, comunque, bisogna consentire la partecipazione a soggetti che pur non possedendo l'EMAS siano in grado di assicurare lo stesso risultato.

Quanto ai criteri di aggiudicazione, si possono inserire riferimenti a considerazioni ambientali o sociali tra i criteri di aggiudicazione purché:

- 1) siano collegati all'oggetto della gara;
- 2) siano specifici e oggettivamente qualificabili;
- 3) rispettino la normativa comunitaria.

Nel caso Concordia Bus la Corte di Giustizia ha fatto un passo avanti notevole nella valutazione di aspetti ambientali nell'acquisto di bus. La Corte fissa in quella circostanza i criteri per un green procurement (ex pollution/bus).

Al contrario, la maggiore quantità di energia che un operatore può produrre a favore dell'Amministrazione non è stato ritenuto un criterio ammissibile poiché non collegato con l'oggetto dell'appalto.

9. La Direttiva settori speciali. Principali novità - Claudio Romanini, Commissione Europea, Unità “Concezione e applicazione del diritto degli appalti pubblici II”.

La Direttiva 2004/17/CE coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (d’ora in poi anche Direttiva settori).

Facendo un parallelo con alcune delle novità inserite nella Direttiva relativa ai settori ordinari, si può riscontrare che l’accordo quadro era già presente nella precedente disciplina dei cd. “ settori esclusi”(Direttiva 93/38/CE), sebbene con una procedura diversa da quella di recente introduzione nella direttiva n. 18/2004.

Quanto al dialogo competitivo, invece, di esso non vi è traccia nella Direttiva settori, poiché non si è avvertita la necessità di inserire una nuova procedura avente i caratteri di flessibilità del dialogo competitivo, in un contesto di procedure già sufficientemente flessibile; ciò nonostante, nulla vieta ad una amministrazione aggiudicatrice di dar vita ad procedura negoziata con bando, precisando che ai fini procedurali, si agirà alla stregua di un dialogo competitivo.

Il ricorso alle aste elettroniche, al sistema dinamico di acquisizione e, in genere agli altri istituti innovativi introdotti dalla Direttiva n. 18/2004 è invece consentito anche nella Direttiva settori speciali.

Passando ad esaminare le novità specifiche della Direttiva Settori, va in primo luogo analizzato il suo campo di applicazione: ai sensi dell’art. 2 la disciplina settori si applica:

- a) alle amministrazioni aggiudicatrici;
- b) alle imprese pubbliche
- c) agli enti aggiudicatori che non essendo amministrazioni

aggiudicatrici o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui agli art. da 7 a 3 e operano in virtù di **diritti speciali o esclusivi** concessi loro dall’autorità competente di uno Stato membro.

Ebbene proprio con riferimento alla definizione di diritti speciali ed esclusivi, si riscontra la prima novità rispetto alla precedente Direttiva.

In virtù dell’articolo 2, paragrafo 3 della Direttiva 93/38 era previsto che

"3. Ai fini dell'applicazione del paragrafo 1, lettera b) i diritti speciali o esclusivi sono diritti che risultano da una autorizzazione conferita da un'autorità competente dello Stato membro interessato mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio di un'attività definita al paragrafo 2."

Accanto ad un provvedimento autorizzatorio dell'autorità che avesse l'effetto di riservare l'attività, il riconoscimento di diritti speciali ed esclusivi si basava su 2 presunzioni legali:

"Si ritiene che un ente aggiudicatore fruisca di diritti speciali o esclusivi, in particolare quando:

a) per la costruzione delle reti o per l'installazione delle strutture di cui al paragrafo 2 tale ente ha il diritto di avvalersi di una procedura di espropriazione per pubblica utilità o dell'imposizione di una servitù, o ha il diritto di utilizzare il suolo, il sottosuolo e lo spazio sovrastante la pubblica via per installare gli impianti della rete;

b) nel caso del paragrafo 2, lettera a), tale ente approvvigiona di acqua potabile, elettricità, gas o energia termica una rete a sua volta gestita da un ente che fruisce di diritti speciali o esclusivi conferiti da un'autorità competente dello Stato membro interessato."

Ebbene la nuova direttiva abolisce questi due casi di presunzioni legali; bisogna guardare al contenuto reale e/o al carattere esclusivo e alla maniera in cui è stato conferito il diritto⁴.

⁴ *Vedi considerando n.3 della Direttiva 17/2004/CE "Ai fini della presente direttiva, i "diritti speciali o esclusivi" sono diritti, concessi da un'autorità competente di uno Stato membro mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa, avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio di una attività di cui agli articoli da 3 a 7 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività." Questa definizione è esplicitata ulteriormente dal considerando 25, modificato nel corso della conciliazione:*

"(25) È opportuno dare una definizione appropriata della nozione di diritti speciali ed esclusivi. Da questa definizione deriva che il fatto che un ente si possa avvalere,

Se il diritto è stato conferito con una gara (ad es. per realizzare una linea di trasporto, un impianto etc..) l'Ente che ha ottenuto il diritto non è un ente aggiudicatore anche se c'è solo lui che svolge quel tipo di attività.

Ciò vale naturalmente solo per le imprese private, non per le imprese pubbliche o pubbliche amministrazioni (a prescindere dalla forma di Spa, etc.).

Se un impresa è una Spa ma subisce un influenza dominante è un impresa pubblica sottoposta alla direttiva.

In ogni caso, la definizione di diritti speciali ed esclusivi dovrebbe essere univoca nel diritto comunitario, considerato che la sua codificazione è il frutto della giurisprudenza della Corte di Giustizia che nella sua sentenza del 12 dicembre 1992, causa C-302/94 "British Telecom II – leased lines" ha statuito sulla nozione di "diritti speciali od esclusivi", sebbene nel contesto di alcune direttive "telecomunicazione".

In tale sentenza, la Corte ha concluso che *"i diritti esclusivi o speciali ai quali si fa riferimento devono essere intesi in generale come i diritti concessi dalle autorità di uno Stato membro a un'impresa o a un numero limitato di imprese, in base a criteri che non sono obiettivi, proporzionati e non discriminatori, e che influiscono sostanzialmente sulla capacità delle altre imprese di installare o di gestire reti di telecomunicazioni o di fornire servizi di telecomunicazioni nello stesso territorio, in condizioni sostanzialmente equivalenti"* (punto 34). La Corte aggiunge inoltre esplicitamente che *"il fatto di poter ricorrere ad una procedura d'espropriazione o di*

*per costruire reti o installare strutture portuali o aeroportuali, di una procedura per l'esproprio per pubblica utilità o per l'uso della proprietà privata, o possa usare, per installare impianti della rete, il suolo, il sottosuolo e lo spazio sovrastante la pubblica via, non costituisce in sé un diritto esclusivo o speciale ai sensi della presente direttiva. Neppure il fatto che un ente alimenti di acqua potabile, elettricità, gas o calore una rete a sua volta gestita da un ente che gode di diritti speciali o esclusivi concessi da un'autorità competente dello Stato membro interessato costituisce, in sé, un diritto esclusivo o speciale ai sensi della presente direttiva. Parimenti, non possono essere considerati diritti esclusivi o speciali quelli concessi da uno Stato membro **in qualsiasi forma, anche mediante atti di concessione**, ad un numero limitato di imprese in base a criteri obiettivi, proporzionali e non discriminatori, che offrano agli interessati che soddisfino tali criteri la possibilità di beneficiarne."*

poter installare equipaggiamenti di rete sulla pubblica via **non** costituisce di per se un diritto speciale o esclusivo. (punto 41).

Quanto alle possibilità di esenzione dall'applicazione della Direttiva, l'art. 30 (*Procedura per stabilire se una determinata attività è direttamente esposta alla concorrenza*), individua due presupposti:

- a) se l'attività è pienamente esposta alla concorrenza;
- b) su mercati non limitati (senza barriere).

I presupposti per consentire la esenzione impongono che ci sia una liberalizzazione dell'attività tradotta in una concorrenza effettiva: solo in questo caso i relativi appalti non sono sottoposti alla direttiva; ne consegue che in ogni caso va effettuato un controllo effettivo della concorrenza.

In tal caso chi richiede l'esenzione dalla Direttiva ha l'onere della prova dell'apertura della concorrenza *de facto e de iure*.

In ogni caso la base per l'esame della concorrenza si basa su: "*criteri conformi alle disposizioni del trattato in materia di concorrenza come le caratteristiche dei beni o servizi interessati, l'esistenza di beni o servizi alternativi, i prezzi e la presenza, effettiva o potenziale, di più fornitori dei beni o servizi in questione...*" "*tenendo conto delle caratteristiche specifiche del settore interessato.*" (cons 41)

Bisogna seguire una procedura formale descritta nella Direttiva, ma solo se la norma nazionale di recepimento prevede che l'Ente o lo Stato possano fare domanda alla Commissione per avere l'esenzione. Si tratta di una procedura rapida: decisione entro termini brevi, normalmente tre mesi – prolungabile fino ad un massimo assoluto di 6 mesi. Sotto il profilo della Sicurezza giuridica , secondo i casi, l'applicabilità dell'esenzione sarà costatata da una decisione della Commissione oppure presunta legalmente in assenza di una decisione entro il termine previsto. In ambedue i casi, l'applicabilità dell'esenzione sarà oggetto di una pubblicazione sulla GUCE.

La procedura d'esenzione può essere iniziata :

A) in seguita ad una notifica da parte dello **Stato membro** interessato termine 3 a 6 mesi – esenzione applicabile se c'è decisione "positiva" oppure assenza di decisione entro il termine

Caso particolare:

due condizioni: 1) libero accesso può essere presunto (cioè, corretta applicazione di una legislazione comunitaria) e 2) una amministrazione nazionale indipendente competente nella attività di cui trattasi ("authority") ha già stabilito che le condizioni per l'esenzione siano riunite allora termine più breve (massimo 4 mesi) e esenzione applicabile salvo decisione "negativa" entro il termine

B) su domanda degli **enti aggiudicatori** se questa possibilità è prevista dalla legislazione nazionale

C) d'ufficio dalla Commissione.

Nelle Direttive sono elencati i criteri in base ai quali la Commissione valuta la concorrenza del settore in uno Stato Membro. La Commissione ha adottato la decisione 07/01/2005 n. 15 (GUCE 11/01/2005 per presentare domanda di esenzione).

Anche nella direttiva settori ci sono delle soglie: La presente direttiva si applica agli appalti di importo pari o superiore a:

- a) 422. 000 EUR per quanto riguarda gli appalti di forniture e di servizi;
- b) 5.278.000 EUR per quanto riguarda gli appalti di lavori

Infine per quanto riguarda la tematica degli appalti in "In-House" – meglio: appalti intra-gruppo assumono rilevanza ai fini della corretta nozione di imprese collegate; joint ventures ed enti aggiudicatori gli art.23⁵ ed il considerando n.32⁶ della Direttiva.

⁵ L'articolo 23 chiarisce che "... *"impresa collegata"* è qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli dell'ente aggiudicatore a norma della settima direttiva 83/349/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1983, basata sull'articolo 44, paragrafo 2, lettera g), del trattato e relativa ai conti consolidati(27)(28), o, nel caso di enti non soggetti a tale direttiva, qualsiasi impresa su cui l'ente aggiudicatore possa esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante ai sensi dell'articolo2, paragrafo 1, lettera b), o che possa esercitare un'influenza dominante sull'ente aggiudicatore o che, come quest'ultimo, sia soggetta all'influenza dominante di un'altra impresa in virtù di rapporti di proprietà, di partecipazione finanziaria ovvero di norme interne.

2. Alle condizioni previste dal paragrafo 3, la presente direttiva non si applica agli appalti aggiudicati:
- a) da un ente aggiudicatore a un'impresa collegata, o

b) *da una joint-venture, composta esclusivamente da più enti aggiudicatori, per svolgere un'attività ai sensi degli articoli da 3 a 7, presso un'impresa collegata a uno di tali enti aggiudicatori.*

3. *Il paragrafo 2 si applica:*

a) *agli appalti di servizi purché almeno l'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo dei servizi provenga dalla fornitura di tali servizi alle imprese cui è collegata;*

b) *agli appalti di forniture purché almeno il 80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo delle forniture provenga dalla messa a disposizione di tali forniture alle imprese cui è collegata;*

c) *agli appalti di lavori purché almeno il 80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo dei lavori provenga dalla fornitura di tali lavori alle imprese cui è collegata.*

Se, a causa della data della costituzione o di inizio dell'attività dell'impresa collegata, il fatturato degli ultimi tre anni non è disponibile, basta che l'impresa dimostri, in base a proiezioni dell'attività, che probabilmente realizzerà il fatturato di cui alle lettere a), b) o c).

Se più imprese collegate all'ente aggiudicatore forniscono gli stessi o simili servizi, forniture o lavori, le suddette percentuali sono calcolate tenendo conto del fatturato totale dovuto rispettivamente alla fornitura di servizi, forniture o lavori da parte di tali imprese collegate.

4. *La presente direttiva non si applica agli appalti aggiudicati:*

a) *da una joint-venture, composta esclusivamente da più enti aggiudicatori, per svolgere attività di cui agli articoli da 3 a 7, a uno di tali enti aggiudicatori, oppure*

b) *da un ente aggiudicatore a una joint-venture di cui fa parte, purché la joint-venture sia stata costituita per svolgere le attività di cui trattasi almeno negli ultimi tre anni e che l'atto costitutivo della joint-venture preveda che gli enti aggiudicatori che la compongono ne faranno parte per almeno lo stesso periodo.*

5. *Gli enti aggiudicatori notificano alla Commissione, su sua richiesta, le seguenti informazioni relative all'applicazione delle disposizioni dei paragrafi 2, 3 e 4:*

a) *i nomi delle imprese o delle joint-venture interessate;*

10. Libro Verde sui partenariati pubblico – privati ed il diritto comunitario degli appalti e delle concessioni. - Florian *ERMACORA*, Commissione europea, Unità “Concezione e applicazione del diritto degli appalti pubblici I”

Nell’affrontare la tematica del Partenariato pubblico privato va precisato come l’oggetto delle nostre riflessioni riguarda precisamente il partenariato - pubblico privato nell’ambito degli appalti pubblici.

Dopo aver osservato la importante evoluzione che alcune fattispecie di partenariato pubblico – privato hanno avuto in molti Paesi comunitari, la Commissione europea ha cominciato a chiedersi se le regole esistenti fossero sufficienti.

Non esiste un quadro normativo comunitario in materia di partenariato pubblico – privato, tuttavia a tali istituti si applicano i principi del Trattato.

-
- b) *la natura e il valore degli appalti considerati;*
 - c) *gli elementi che la Commissione può giudicare necessari per provare che le relazioni tra l'ente aggiudicatore e l'impresa o la joint-venture cui gli appalti sono aggiudicati rispondono agli obblighi stabiliti dal presente articolo.*

⁶ In particolare il considerando n. 32 prevede che “È opportuno escludere taluni appalti di servizi, forniture e lavori attribuiti a un'impresa collegata la cui attività principale consista nel prestare tali servizi, forniture o lavori al gruppo cui appartiene, invece di offrirli sul mercato. È anche opportuno escludere taluni appalti di servizi, forniture e lavori attribuiti da un ente aggiudicatore a una joint-venture, costituita da più enti aggiudicatori per svolgere attività considerate dalla presente direttiva e di cui essa faccia parte. Tuttavia, è appropriato evitare che tale esclusione provochi distorsioni di concorrenza a beneficio di imprese o joint-ventures che sono collegate agli enti aggiudicatori; occorre prevedere un insieme appropriato di norme, segnatamente per quanto riguarda i limiti massimi entro cui le imprese possono ricavare parte della loro cifra d'affari dal mercato e oltre i quali perderebbero la possibilità di vedersi attribuiti appalti senza indizioni di gara, la composizione di tali joint-ventures e la stabilità delle relazioni tra queste ultime e gli enti aggiudicatori di cui sono composte.

Alla luce dell'esperienza pratica maturata negli ultimi anni, ci si è resi conto, tuttavia che la esigenza di nuove regole non doveva tradursi in una eccessiva regolamentazione, fattore che avrebbe potuto compromettere la diffusione dei nuovi istituti.

Nel 2004 la Commissione ha lanciato una consultazione sul PPP per capire quali tipologie di problemi esistevano nella applicazione degli istituti di partenariato.

A tal proposito sono state formulate 21 domande per capire quali problemi esistessero. L'esito della consultazione è stato estremamente positivo (molte delle risposte sono pervenute dall'Italia) ed ha consentito alla Commissione di trarre delle conclusioni, tradotte nella comunicazione della Commissione del 15 novembre 2005.

La prima constatazione emersa è che non è necessario un quadro normativo trasversale a livello di partenariato pubblico privato. Tuttavia come è possibile assicurare una concorrenza effettiva?

Partendo dalla macro distinzione tra concessione e PPP istituzionalizzati (società miste), va subito evidenziato che non esiste una normativa comunitaria dettagliata sulle concessioni. In linea di principio le concessioni sono contratti pubblici con la differenza che il lavoro viene remunerato con il diritto di gestire l'opera (vi è dunque un rischio economico evidente).

Le concessioni sono rimaste fuori dalla disciplina sugli appalti. L'unica percezione che si è avuta è quella di una esigenza avvertita di dotare il sistema di un ambiente giuridico sicuro.

Allora si è pensato ad elaborare una normativa sulle concessioni: nel 2006 si è avviata una valutazione sull'impatto che potrebbe produrre la elaborazione di una normativa sulle concessioni (*impact assessment on legislative initiative on concessions*).

Sul versante dei PPP istituzionalizzati la sentenza della Corte di Giustizia CEE, sez. I, 10.11.2005 n. C-29/04 (sentenza **Stadt Modling**) illustra un aspetto importante

In particolare nel caso esaminato, la città austriaca di Modling aveva costituito nel maggio 1999 una società di cui inizialmente possedeva l'intero capitale sociale, onde far fronte all'obbligatoria attività di smaltimento dei rifiuti. Un mese dopo il Comune predetto deliberava di affidare la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti urbani

alla neocostituita società “Abfall” con la quale stipulava il 15 settembre 1999 il relativo contratto di affidamento.

Dopo sole due settimane il consiglio di comunale decideva di cedere il 49% del capitale detenuto nella società, ad un'altra impresa privata e solo dopo il perfezionamento della cessione delle quote la società mista Abfall diventava operativa iniziando a svolgere per il Comune di Modling l'attività di smaltimento dei rifiuti, attività che di lì a poco prendeva ad esercitare anche per conto di comuni del distretto.

Con tale sentenza la Corte, ha innanzitutto precisato che l'attività di raccolta e smaltimento dei rifiuti rientra nell'ambito oggettivo della direttiva n. 92/50 CEE, essendo ricompresa nell'All. 1 A. Nel merito, inoltre, richiamando e ribadendo la sentenza Stadt Halle, la Corte ha rilevato sul punto la complessiva preordinazione della sequenza negoziale all'elusione delle procedure di evidenza pubblica, posto che la cessione del 49% del pacchetto azionario all'impresa privata era avvenuta quindici giorni dopo l'affidamento del servizio dal Comune alla società mista. Il che sostanzialmente violava le regole concorsuali di rango comunitario.

La Corte, dopo aver ricordato che il contratto esaminato concerne servizi rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva n. 92/50 CEE ed è contratto a titolo oneroso concluso tra un'amministrazione aggiudicatrice e una società di diritto privato giuridicamente distinta da essa e posseduta dall'autorità pubblica in misura maggioritaria, ha richiamato il precedente Stadt Halle, concludendo nel medesimo senso negativo.

In conclusione, volendo prospettare una tempistica degli interventi in programma in tema di Partenariato pubblico privato, possiamo così riassumerli:

- 15 novembre 2005: Comunicazione della Commissione sul partenariato pubblico – privato;
- 2006: *Impact assessment on legislative initiative on concessions*,
- 2007: Decisione se dare o meno avvio ad una iniziativa legislativa sulle concessioni.

11. Le società miste nel settore degli appalti e delle concessioni. Gli appalti “in house”. - Klaus *WIEDNER* Commissione europea, Capo Unità Aggiunto “Concezione e applicazione del diritto degli appalti pubblici II”

La prima questione da chiarire attiene alla definizione di “in house”; cosa vuol dire esattamente “in house”?

Generalmente come stazione appaltante posso fornire un servizio affidandolo ad un soggetto terzo o, invece posso prestare direttamente un servizio, o, invece, possano affidare la prestazione del servizio ad un soggetto che costituisce una entità legalmente separata ma che funziona come se fosse un dipartimento del soggetto appaltante.

Si è discusso se nell'affidamento di un servizio a questa entità separata debbano o meno applicarsi la normativa sugli appalti. A fronte di un periodo transitorio di incertezza, nella prassi attuale ci deve essere un bando di gara. Che cosa accade se c'è

un soggetto pubblico al 100%? La vera domanda cui bisogna dare risposta è che cosa accade nel caso in cui si consenta ad un privato di entrare nella compagine societaria di un soggetto al 100% pubblico? Che cosa avviene dunque quando si consente alla privatizzazione anche in misura minoritaria? Si tratta di un quesito ancora aperto che da noi non ha trovato risposta.

Senz'altro non si può parlare di in house nel caso di rapporto pubblico – pubblico (public – public partnership) perché non c'è un controllo analogo.

Si tratta piuttosto di un trasferimento di competenze: normalmente se c'è trasferimento di competenze le autorità aggiudicatrici che trasferiscono il servizio ne perdono il controllo; non si ha un vero e proprio contratto ma solo un atto con cui si realizza il trasferimento di competenze. Il problema che si sta concretizzando è che le municipalizzate non hanno modo di controllare lo svolgimento del servizio.

In buona sostanza la regola è che “ *the transfer of competence in possible outside the rules of public procurement*” .

Concludendo non è possibile parlare di in house quando:

- a) c'è la possibilità di offrire servizi sul mercato a terzi;
- b) lo scopo geografico dell'attività va oltre il controllo dell'autorità;
- c) c'è la possibilità che soggetti terzi entrino nella società.

12. Project financing e dialogo competitivo - Daniele SPINELLI, membro tecnico della commissione “appalti e infrastrutture” di Confindustria, coordinatore scientifico del master sugli appalti pubblici organizzato dall'associazione “Verso l'Europa”.

LA STRUTTURA DI UN'OPERAZIONE DI P.F.

Secondo una tradizionale e ricorrente definizione con la locuzione di Project financing s'intende “un finanziamento concesso ad una particolare unità economica, soggetto o gruppo, nel quale il finanziatore fa affidamento sui flussi di reddito di

quell'unità come fonte di fondi per il rimborso di un prestito e sul patrimonio dell'unità come garanzia per lo stesso”⁷

In sintesi dunque il P.F può essere definito come quella particolare tecnica finanziaria per mezzo della quale il rischio connesso ad un finanziamento, viene spostato dal titolare del progetto, sia esso pubblico o privato, al progetto stesso.

La caratteristica principale di una transazione di P.F risiede cioè nel fatto che il finanziatore del progetto (società private, banche, associazioni di imprese etc.) non richiede (o lo richiede solo in minima parte), a protezione dell'investimento, garanzie di natura personale o reale, secondo i tradizionali schemi di finanziamento, ma affida la garanzia del proprio credito alla redditività futura del progetto.⁸

⁷ K.P. Nevitt, *Project Financing*, London, 1983. La traduzione italiana a cura di De Sury è apparsa nella collana “Quaderni della rivista milanese di economia”. Bari 1987.

⁸ Il P.F si caratterizza proprio per il fatto che non esistono “garanzie sovrane” a servizio dell'indebitamento complessivo, in quanto le garanzie sono costituite da accordi contrattuali tra le parti coinvolte nel progetto, con ripartizione dei rischi tra i vari operatori, in ragione esclusivamente degli accordi presi.

Esse pertanto potranno variare in relazione alle diverse articolazioni dell'operazione finanziaria che si vuole approntare, ed in ragione del grado di rischio che ogni soggetto intende contrattualmente assumere.

Tuttavia, ciò che differenzia il P.F. in modo sostanziale da altre modalità di finanziamento è il fatto che il rischio è in linea di principio affidato al progetto e non ai soggetti: pertanto una previsione contrattuale che riconoscesse, ad esempio un ampio diritto di rivalsa sullo Sponsor, o comunque su un qualsiasi altro soggetto coinvolto nell'operazione violerebbe l'essenza stessa del P.F. che è appunto un sistema, che tende proprio a prescindere dal sistema delle garanzie di carattere personale.

Inoltre, ancorchè in teoria possano prevedersi anche ipotesi diverse, l'indebitamento dovrebbe apparire nel Bilancio della Unità Economica (solitamente una Project Company) che le parti generalmente si danno cura di costituire per la gestione di un P.F. di una certa complessità, e non in quello dei singoli partecipanti all'operazione,

In altri termini, il successo dell'investimento in P.F. è affidato alla previsione, tecnicamente verificata in base a precisi calcoli attuariali, che il progetto una volta completato sia, come suol dirsi in gergo tecnico, self-liquidating, produca cioè da sé i mezzi finanziari necessari per il rimborso del capitale impiegato e per il pagamento degli interessi.

Con tale tecnica finanziaria è pertanto possibile strutturare il finanziamento di un progetto anche in mancanza di una sufficiente capacità di indebitamento - non solo del soggetto Appaltante ma anche dello stesso Promotore- in quanto la finanziabilità di un progetto è determinata non tanto dalle consistenze patrimoniali e dalle garanzie reali, quanto dalle caratteristiche dell'opera da realizzare.

Sotto questo aspetto, dunque, il P.F. più che una tecnica finanziaria rappresenta una nuova ed innovativa filosofia degli investimenti, che rovescia totalmente i tradizionali schemi di finanziamento: la fattibilità di investimento infrastrutturale non è infatti misurata sul costo di costruzione dell'opera, ma sulla redditività del servizio che suo tramite viene prestato.

Alla consueta valutazione dei costi dovrà così sostituirsi un'analisi previsionale approfondita, riferita a tutte le variabili che influiscono sulla redditività dell'iniziativa: elementi decisivi per la scelta di finanziare saranno pertanto, il tempo di rientro dell'investimento (c.d. completion day), i flussi di cassa prodotti (c.d. cash flow) e naturalmente il tasso di riferimento implicito, cioè la differenza con i tassi di altri impieghi, elementi questi che permettono al finanziatore di valutare con sufficiente esattezza il rischio ed il rendimento dell'investimento⁹.

che peraltro in tal modo non peggiorano i loro "ratios" di bilancio, e potranno così attingere ad altri finanziamenti.

⁹ *Alla base di tutta l'operazione sta pertanto una dettagliata analisi dell'investimento, da realizzarsi attraverso la predisposizione di un apposito Business Plan, da cui risulti, con previsioni tecnicamente verificabili, la capacità di debito intrinseca al progetto, e gli elementi di rischio, e dunque di costo, connessi all'intera operazione.*

INQUADRAMENTO GIURIDICO CIVILISTICO. I MODELLI CONTRATTUALI

Se è possibile, seppur nei termini essenziali evidenziati, individuare la struttura fondamentale di un'operazione di P.F. sotto il profilo economico-finanziario, altrettanto non può dirsi per quanto riguarda invece l'esatta qualificazione del fenomeno sotto il profilo giuridico.

In effetti la locuzione stessa di P.F., pur indicando un fenomeno fortemente caratterizzato sotto il profilo normativo, non ha di per se stessa alcuna attitudine identificativa sul piano giuridico, tanto che non può essere ritenuta una nozione giuridica in senso tecnico, cioè una nozione con connotazioni giuridiche proprie e modelli unitari di riferimento.¹⁰

Il P.F. è infatti un tecnica di finanziamento non riassumibile in una categoria contrattuale uniforme: gli elementi tipici del finanziamento vengono infatti scelti ed assemblati, attraverso un'attività di vero e proprio "packaging finanziario" strutturata di volta in volta intorno ad un'insieme mutevole ed eterogeneo di rischi ed interessi, che può assumere le più svariate connotazioni giuridiche.¹¹

Ne consegue che gli istituti e le fattispecie negoziali utilizzabili nelle operazioni di P.F. variano essenzialmente in ragione delle esigenze del finanziamento e dunque è essenziale per una buona riuscita dell'intera operazione una notevole adattabilità del contesto normativo di riferimento.

Ciò spiega come le principali operazioni di P.F. sin qui sperimentate, abbiano adottato come sistema giuridico di riferimento quello della Common law, tradizionalmente caratterizzato da una notevole flessibilità contrattuale, ed in cui sono

¹⁰ *Sul punto vedi F. Cardarelli Project financing, aspetti economici, giuridici finanziari, fiscali e contrattuali a cura di Wanda Ternau ANIM 1996 pag 107.*

¹¹ *Cfr. M. Miscali, Aspetti fiscali del Project Financing LIUC Papers, Pubblicazione periodica del Libero Istituto Universitario Carlo Cattaneo (Castellanza), n. 6, febbraio 1994, p.2*

presenti istituti, sconosciuti negli altri sistemi - quali quelli ad esempio del trust, del floating charge, del lump sum turn key contract, del take or pay- che risultano talvolta essenziali per una chiara ed esauriente strutturazione di un'operazione di P.F.¹²

Così, nel cercare di individuare i principali modelli contrattuali utilizzati per disciplinare tale innovativa tecnica finanziaria, si dovrà avere come riferimento principale il diritto anglo-americano, perchè è essenzialmente in questi due sistemi che la materia è disciplinata in senso applicativo¹³.

In tale ambiti, la pratica internazionale ha in effetti fatto emergere alcuni schemi negoziali che, pur non rappresentando modelli contrattuali tipici, possono considerarsi modelli normativi di riferimento.

Così, ad esempio, la forma più semplice, anche se impropria, di un P.F. è quella in cui lo stesso realizzatore (denominato tecnicamente Promotore o Sponsor) funge da finanziatore, senza necessità di ricorrere, quindi, a finanziatori istituzionali: il promotore, una volta realizzata l'opera, non ne trasferisce la proprietà al soggetto appaltante, ma gestisce lui stesso l'impianto acquisendo in proprio gli output che ne derivano.

Solo quando tali proventi abbiano raggiunto la soglia necessaria per assicurare all'appaltatore il compenso che gli è dovuto, la proprietà dell'opera potrà essere finalmente trasferita al soggetto appaltante.

Questo schema contrattuale è noto nella pratica internazionale con la sigla B.O.T. (Build Operate Transfer) e si caratterizza per il fatto che il soggetto appaltante (nella quasi generalità dei casi un soggetto pubblico) non deve sostenere i costi

Cfr. U Draetta. C. Vaccà Il Project Financing Caratteristiche e modelli contrattuali ISDACI pag 201 e segg.

¹³ *Nella pratica i sistemi normativi più utilmente designati sono stati quello inglese e quello dello stato di New York, in conseguenza del fatto che entro queste giurisdizioni è spesso localizzata la sede delle principali Investment Bank internazionali coinvolte nelle maggiori operazioni di P.F.*

Per una ricostruzione articolata di tali profili vedi M.E. Kleckner Project financing, aspetti economici, giuridici finanziari, fiscali e contrattuali cit. pag 69 e seg.

dell'Investimento, ne fornire alcuna garanzia sovrana, poiché queste sono sostenute direttamente dall'appaltatore/promotore.

L'essenzialità della struttura, che peraltro nella pratica si presenta con una varietà di articolazioni, rende il B.O.T. lo schema di gran lunga più utilizzato: il Tunnel sotto la Manica, il ponte autostradale di Dartford sul Tamigi, le metropolitane di Bangkok e Singapore, la linea ferroviaria ad alta velocità della Florida, il ponte sul Bosforo sono tutte operazioni di P.F realizzate su una struttura principale di B.O.T.

Una tipologia di operazione molto simile alla precedente è il B.O.O. (Build Own and Operate).

Lo schema dell'operazione è in effetti lo stesso del precedente, anche se in questo caso al termine del periodo di concessione (di gestione dell'opera ai fini del rientro dall'investimento) non viene automaticamente trasferita la proprietà dell'opera all'ente pubblico appaltante, ma si dà luogo ad una rinegoziazione degli accordi.

Tale schema si risolve nella pratica, in un prolungamento dei termini della concessione per consentire il miglioramento del profilo reddituale rivelatosi meno economico del previsto in seguito al realizzarsi di uno o più rischi che caratterizzano tali tipi di operazioni.

Molto utilizzato negli Usa e in Gran Bretagna - ed invece pressochè sconosciuta negli altri sistemi- è infine lo schema contrattuale B.L.T. (Build-Lease Transfer) e cioè una struttura di finanziamento di opere pubbliche basata su un contratto di leasing: Il locatore (società di leasing) concede al locatario, a fronte della corresponsione di un canone periodico, la disponibilità di un bene acquistato o realizzato dalla società di leasing locatrice su indicazione e scelta dell'utilizzatore-locatario.

Al termine del periodo previsto dal contratto l'utilizzatore può diventare automaticamente proprietario del bene, mediante il pagamento al concedente di un prezzo prestabilito.

Sempre su di un piano contrattuale sono state proposte altre classificazioni operate con riferimento al grado di rischio dei finanziatori, ed in particolare sulla sua allocazione.

Così si parla di **NON RECOURSE P.F.** quando nello schema di finanziamento è esclusa la rivalsa dei finanziatori sugli azionisti: in questo caso gli sponsor operano secondo logiche non tradizionali accollandosi rischi propriamente imprenditoriali e,

dunque, è difficile che dette operazioni possono essere finanziate da Banche di credito ordinario.

Si parla di **LIMITED RECOURSE** nel caso in cui invece il finanziatore vanta un diritto di rivalsa nei confronti degli azionisti ma detto diritto è limitato, nel tempo, nell'ammontare, e nella qualità

Si parla di **FULL RECOURSE** nel caso in cui invece il finanziatore vanta invece un diritto di rivalsa pieno e non condizionato verso gli azionisti. Detta formula è, sostanzialmente quella che, operativamente, viene utilizzata per strutturare operazioni di P.F. in Italia, sebbene, in termini teorici, con detta formula di rivalsa il P.F. viola la sua stessa natura.

INQUADRAMENTO GIURIDICO COMUNITARIO

Il diritto comunitario degli appalti pubblici non conosce, ad oggi, una specifica definizione di project-financing o di finanza di progetto cui si accompagni un'autonoma e specifica disciplina.

In effetti, le definizioni che tale diritto prevede sono, sostanzialmente, quella dell'appalto pubblico e della concessione, e cioè, trattandosi della realizzazione di lavori pubblici, dell'appalto di lavori pubblici e della concessione di lavori pubblici.

Nel diritto comunitario, l'elemento distintivo tra queste due figure è l'allocazione sostanziale del rischio economico legato alla gestione dell'opera oggetto (ovvero risultato) dei lavori. Se l'esecutore dei lavori è remunerato, nella sostanza, dall'amministrazione aggiudicatrice, si è in presenza di un appalto; se l'esecutore si remunera attraverso la gestione dell'opera e ha a suo carico la parte sostanziale del rischio economico legato a detta gestione, si è in presenza di una concessione. Il rapporto concessorio non viene meno per il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice corrisponde se del caso anche un prezzo all'esecutore dei lavori, purché il medesimo non abbia come effetto di eliminare il **rischio economico**¹⁴ a carico del concessionario relativo alla fase della gestione.¹⁵

¹⁴ In tema di rischio va segnalata la decisione di Eurostat (*"Treatment of public-private partnerships"* dell'11 febbraio 2004) sul trattamento contabile, nei conti nazionali, dei contratti sottoscritti dalla Pubblica Amministrazione nel quadro di partenariati con imprese private che specifica l'impatto di tali PPP sul bilancio e sul debito pubblico,

Tale decisione ha fornito indicazioni, invero a mio parere non troppo condivisibili, in ordine alle caratteristiche del rischio.

La decisione riguarda il caso di contratti a lungo termine, conclusi tra la Pubblica Amministrazione e un *partner* privato in settori di attività dove il Governo è fortemente coinvolto, per la realizzazione di una infrastruttura (*asset*) in grado di erogare servizi secondo parametri quantitativi e qualitativi stabiliti.

La decisione **si applica solo nei casi in cui lo Stato sia il principale acquirente dei beni e servizi forniti dall'infrastruttura**, sia che la domanda sia originata dalla stessa parte pubblica che da terze parti. E' questo il caso, ad esempio, di servizi pubblici, come la sanità o l'istruzione, nei quali, per un meccanismo di sostituzione, le prestazioni erogate ai cittadini sono pagate dalla Pubblica Amministrazione o di infrastrutture stradali, i cui pedaggi sono pagati dalla parte pubblica attraverso sistemi di *shadow tolls* (c.d. pedaggi ombra).

Eurostat propone, in questi casi, che gli *assets* legati a tali forme di PPP non debbano essere classificati come attivo patrimoniale pubblico, e, pertanto, siano registrati fuori bilancio delle amministrazioni pubbliche (*off balance*), qualora vengano rispettate le seguenti due condizioni:

- il *partner* privato si assume il rischio di costruzione;
- il *partner* privato si assume almeno uno dei due rischi seguenti: quello di disponibilità e quello di domanda.

Questa classificazione ha importanti conseguenze sul deficit e sul debito pubblico.

Infatti, in termini generali, se l'*asset* è classificato nel bilancio dello Stato (*on balance*), la spesa iniziale in conto capitale per la realizzazione dell'*asset* stesso dovrà essere registrata come formazione di capitale fisso, con impatto negativo sul *deficit/surplus* statale.

In corrispondenza di questa spesa, il debito statale aumenterà, con effetti negativi sul debito pubblico.

Nel caso in cui, viceversa, l'*asset* venga considerato fuori bilancio dello Stato, le relative spese in conto capitale, sostenute dal *partner* privato, non incidono né sul disavanzo né sul debito pubblico.

I rischi presi in considerazione da Eurostat sono, dunque, i seguenti:

i) rischio di costruzione;

ii) rischio di disponibilità;

iii) rischio di domanda.

Il *rischio di costruzione* copre eventi quali:

- ritardo nei tempi di consegna;
- non rispetto degli standard di progetto;
- aumento dei costi;
- inconvenienti di tipo tecnico nell'opera;
- mancato completamento dell'opera.

In tutti questi casi l'assunzione del rischio da parte del privato implica che non sono ammessi pagamenti pubblici che non siano correlati alle condizioni prestabilite nel contratto di costruzione dell'opera;

Il *rischio di disponibilità* è legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità (*lack of performance*).

Affinché il rischio sia effettivamente trasferito è necessario che i pagamenti pubblici siano correlati all'effettivo grado di disponibilità fornito dal privato, al loro volume e secondo la qualità predeterminata, in applicazione del principio del *take-and-pay*. Ad esempio, l'applicazione di un sistema di pagamenti da parte dell'Ente pubblico concedente del tipo *incentives/penalties*, che preveda la riduzione dei pagamenti nel caso di prestazioni insufficienti con l'applicazione di opportune penali, è efficace al fine del trasferimento del rischio di disponibilità. Viceversa, pagamenti regolari sotto forma di canoni invariabili non parametrati all'effettivo volume dei servizi prestati non consentono una effettiva assunzione di rischio da parte del partner privato.

Il *rischio di domanda*, infine, si origina dalla variabilità della domanda che non dipende dalla qualità del servizio prestato dal concessionario dell'infrastruttura. Tale variabilità risulta, invece, dipendente da altri fattori, quali la presenza di alternative più convenienti per gli utenti, il ciclo di *business*, nuove tendenze del mercato.

Nei casi in cui l'analisi dell'allocatione dei rischi, così come sopra definiti, possa portare a non chiare conclusioni, Eurostat consiglia di prendere in considerazione anche ulteriori criteri per classificare gli *assets*, quali:

-
- la misura dei finanziamenti pubblici, compresi quelli “in natura”;
 - l’eventuale esistenza di garanzie fornite dalla pubblica Amministrazione;
 - l’allocazione finale degli *assets*.

Occorre precisare che detta nozione di rischio è stata elaborata con riferimento al rispetto dei vincoli discendenti dal Patto di Stabilità e di Crescita e, dunque, è alla luce di questa finalità che occorre valutarla: così ad esempio come precisato anche dalla Sottocommissione P.F. e PPP, al Convegno tenutosi a Roma il 7 giugno 2006, detto criteri vanno interpretati con estrema rigidità, in quanto l’opportunità di beneficiare di una favorevole collocazione dell’asset fuori del bilancio pubblico non deve costituire l’obiettivo principale di ricorrere a forme di PPP piuttosto che ad altre forme di appalto tradizionale.

¹⁵ *Il legislatore comunitario ha inteso definire la nozione di concessione di lavori partendo da quella di appalto pubblico di lavori. Il testo della direttiva lavori 93/37/CEE attualmente vigente prevede che gli appalti pubblici di lavori « sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice (...) aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera (...) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice» (articolo 1, lettera a). L'articolo 1, lettera d, della stessa direttiva definisce la concessione di lavori pubblici come « un contratto che presenta le stesse caratteristiche degli appalti pubblici di lavori, 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».*

Pertanto, come risulta chiaramente da questa definizione, l'elemento distintivo della nozione di concessione di lavori consiste nell'attribuzione del diritto di gestire l'opera come contropartita della sua costruzione; il diritto di gestione può anche essere accompagnato da un prezzo. Nella sua Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario pubblicata in GURI C-121 del 29 aprile 2000, la Commissione

La Commissione ha peraltro constatato in questi anni più recenti l'esistenza di fattispecie sempre più numerose di appalti pubblici frutto di complesse operazioni giuridiche. Ecco perché il confine tra queste operazioni e la concessione di lavori pubblici può essere talvolta difficile da tracciare. Secondo la Commissione, comunque, si è in presenza di appalti pubblici di lavori ai sensi del diritto comunitario **quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti dell'opera.**

Secondo la citata Comunicazione interpretativa, infatti, "la circostanza che la direttiva permetta che il diritto di gestione sia accompagnato da un prezzo non modifica questa conclusione. Si tratta di un'ipotesi che esiste nella pratica. Accade ad esempio che lo Stato sostenga parzialmente il costo di gestione della concessione affinché il prezzo delle prestazioni diminuisca per l'utente (pratica dei « prezzi sociali »). Tale intervento può avvenire secondo modalità diverse (somma forfettaria garantita, o somma fissa ma versata in funzione del numero di utenti, ecc.) e non conduce

ha ritenuto che il criterio del diritto di gestione permetta di individuare alcuni elementi caratteristici per distinguere la concessione di lavori dall'appalto pubblico¹ :

"Anzitutto, il diritto di gestione consente al concessionario di percepire proventi dall'utente (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo. La durata della concessione rappresenta, pertanto, un elemento importante della remunerazione del concessionario. Quest'ultimo non è quindi direttamente remunerato dall'autorità aggiudicatrice, ma ottiene da questa il diritto di percepire i proventi derivanti dall'uso dell'opera realizzata. Il diritto di gestione implica anche il trasferimento della responsabilità di gestione. Tale responsabilità investe al tempo stesso gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera. Spetta pertanto al concessionario, ad esempio, effettuare gli investimenti necessari perché l'opera possa utilmente essere messa a disposizione degli utenti e sopportarne l'onere di ammortamento. Inoltre, il concessionario assume non soltanto i rischi inerenti ad una qualsiasi attività di costruzione, ma dovrà altresì sopportare quelli connessi alla gestione e all'uso abituale dell'impianto".

necessariamente alla modifica della natura del contratto, se il prezzo versato copre solo una parte del costo dell'opera e della sua gestione.

È vero che anche negli appalti pubblici accade che una parte dei rischi sia a carico del contraente. Tuttavia, l'alea legata all'aspetto finanziario dell'operazione, che si potrebbe definire « rischio economico», è propria del fenomeno delle concessioni. Questo tipo di rischio, infatti, che dipende strettamente dai proventi che il concessionario può trarre dalla fruizione, costituisce un importante elemento per distinguere le concessioni dagli appalti pubblici. Se i poteri pubblici sopportano la maggior parte dell'alea legata alla gestione dell'opera, garantendo, per esempio, il rimborso dei finanziamenti, l'elemento "rischio" viene a mancare. In tal caso la Commissione ritiene che si tratti di un appalto pubblico di lavori e non di una concessione".

INQUADRAMENTO GIURIDICO NAZIONALE

Mentre nel diritto privato non vi sono ostacoli a che il project financing venga realizzato utilizzando i normali istituti giuridici presenti nel codice civile e nelle leggi collegate, nel diritto pubblico occorre adattare tale tecnica alla normativa disciplinante i lavori pubblici ed alle regole di evidenza pubblica e, più in generale, ai principi imposti dalla presenza di un'amministrazione pubblica tra i soggetti coinvolti e dal carattere pubblico o di pubblico interesse dell'opera da realizzare e gestire.

A tal fine la L. n. 415 del 1998 (c.d. Merloni-ter) ha introdotto nel corpo della L. n. 109/1994 gli artt. 37-bis – nonies, che regolano uno schema procedimentale ad iniziativa privata finalizzato all'individuazione del concessionario di costruzione e gestione di un lavoro pubblico o di pubblica utilità, schema che si affianca a quello di iniziativa pubblica già previsto e disciplinato dalla Merloni agli artt. 19, 2° comma, e 20, 2° comma.

Con tali articoli vengono introdotti, o in alcuni casi ridefiniti, alcuni istituti o fattispecie negoziali o sociali, indispensabili per una operazione di P.F.: innanzitutto viene affermato il principio che, accanto alla figura tradizionale della concessione di costruzione e gestione realizzata per iniziativa dell'Amministrazione, si affianchi, ordinariamente, anche quella per iniziativa di un Promotore esterno alla P.A.

Viene poi previsto, su di un piano più operativo, la figura del Promotore, della Società di progetto con possibilità di emissione di obbligazioni per importi particolari, e

viene appositamente ridefinito l'istituto concessorio mediante la previsione delle ipotesi di risoluzione o revoca e di subentro in caso di inadempienza del concessionario

Con tale normativa il Legislatore ha compiuto il non facile tentativo di conciliare l'esigenza di favorire il concorso finanziario dei privati nella realizzazione di opere pubbliche con quella di garantire il rispetto dei principi di trasparenza e di libera concorrenza tra gli operatori. Operazione il cui esito non sempre è esente da rilievi, come dimostra la procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226, 2° comma, del Trattato, aperta dalla Commissione Europea relativamente al diritto di prelazione accordato al promotore.

Invero, la procedura delineata dal Legislatore oscilla continuamente tra istanze pubblicistiche e spinte privatistiche: trattandosi di una serie di procedimenti connessi finalizzati alla scelta di un contraente della pubblica amministrazione cui affidare la costruzione e gestione di un'opera pubblica, non si può derogare alle procedure concorsuali che ordinariamente vengono utilizzate a questi fini; senonchè, l'esigenza di sollecitare e valorizzare l'apporto – non solo finanziario- del privato impone elementi di elasticità, anche nelle valutazioni che l'amministrazione è chiamata a fare, che è difficile conciliare con i rigidi schemi delle ordinarie procedure concorsuali .(4)

Altro riflesso dei profili pubblicistici dell'istituto –corollario del principio di legalità- è **rappresentato dalla tipicità delle figure utilizzabili dall'amministrazione per realizzare il concorso finanziario del privato nei lavori pubblici**. L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha precisato che a tal fine **è ammesso solo l'uso della concessione di costruzione e gestione, sia di iniziativa pubblica che privata, mentre è escluso il ricorso a qualunque altro strumento giuridico non tipizzato** (det. n. 22 del 30.7.2002).

Rispetto al quadro originario, la L. 1° agosto 2002, n. 166 (cd. Merloni-quater) ha introdotto nella disciplina momenti di flessibilità al fine di favorire l'impiego dell'istituto incentivando l'iniziativa del privato.

In particolare:

1. la proroga al 31 dicembre del termine per presentare proposte quando al 31 giugno non siano pervenute all'Amministrazione proposte per il medesimo intervento;

2. l'eliminazione del dovere in capo al concessionario di appaltare a terzi una quota minima del 30% dei lavori oggetto della concessione;

3. l'introduzione della cosiddetta prelazione, vale a dire il diritto del promotore di adeguare la propria proposta a quella giudicata più conveniente e diventare aggiudicatario della concessione.

4. la possibilità, qualora l'amministrazione concedente disponga già di una progettazione definitiva o esecutiva, di limitare l'oggetto della concessione, quanto alle prestazioni di carattere progettuale, alla revisione della progettazione o al suo completamento da parte del concessionario.

5. l'introduzione della figura del **Proponente; ovvero dei** soggetti pubblici o privati che possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito della fase di programmazione triennale, "*proposte di intervento e studi di fattibilità*" relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità; con la precisazione che la presentazione non determina né diritti per il proponente né obblighi per le amministrazioni, le quali hanno la facoltà di valutare l'opportunità o meno di adottare, nell'ambito dei programmi triennali, le proposte di intervento e gli studi ritenuti di pubblico interesse.

6. l'eliminazione del limite di trenta anni quale durata massima della concessione, al fine di favorire interventi di grandi dimensioni e **l'eliminazione del tetto del 50% del finanziamento pubblico**, svincolandolo dall'ipotesi in cui il concessionario sia tenuto a praticare tariffe o pezzi amministrati o controllati. Inoltre, a differenza di quanto avveniva nel vigore del testo originario dell'art. 19, quando, al fine di garantire all'Amministrazione un controllo sul concessionario, si fissava il momento per corrispondere il prezzo-contributo rigorosamente a collaudo effettuato, il testo attualmente in vigore consente il pagamento anche in corso di esecuzione dei lavori.

7 la definitiva consacrazione dell'interpretazione secondo cui il prezzo-contributo pubblico può essere rappresentato da una **qualsiasi utilità suscettibile di valutazione economica**¹⁶

¹⁶ Il testo originario dell'art. 19 della L. n. 109/1994 prevedeva che la controprestazione a favore del concessionario **consistesse unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente le opere; solo qualora nella gestione fossero previsti prezzi o tariffe amministrati o controllati, il concedente assicurava al concessionario l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare anche mediante un prezzo che comunque non poteva superare il 50 per cento dell'importo totale delle opere ed il cui pagamento avveniva a collaudo effettuato.** Dalla formulazione della norma traspariva il **carattere eccezionale del contributo pubblico**, giustificato dalla necessità di garantire l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento in ipotesi nelle quali il prezzo della prestazione erogata dal concessionario mediante l'opera non potesse essere liberamente determinato dal mercato. Rimaneva peraltro rigido lo schema di un'opera che si ripagava con la gestione e ferma la necessità della presenza del rischio connesso alla stessa. Come evidenziato nel testo la L. n. 166 del 2002, al fine di incentivare il ricorso al project, **ha eliminato il limite del 50 per cento per il contributo pubblico**, svincolandolo dall'ipotesi in cui il concessionario sia tenuto a praticare tariffe o pezzi amministrati o controllati. **Inoltre e più in particolare** con la novella del 2002 viene normativamente previsto che **il prezzo può essere rappresentato dalla cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili nella disponibilità dei soggetti aggiudicatori**, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già indicati nel programma triennale dei lavori pubblici di cui all'art. 14.

E' certamente possibile ipotizzare che la Legge faccia riferimento tanto ai beni immobili che ancora non sono venuti ad esistenza e che verranno costruiti dal concessionario. quanto beni invece già esistenti

Gli scenari che apre questa nuova impostazione sono interessanti perche'le procedure di project financing non solo possono essere mirate alla realizzazione di una singola opera

ma anche, e qui e' la novita' interessante, ad attuare la pianificazione territoriale, per settori, dei Comuni.

Con riferimento agli immobili la norma distingue:

- tra immobili la cui utilizzazione è strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, i quali se non sono nella disponibilità dell'amministrazione possono essere espropriati al fine di essere ceduti al concessionario,
- immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, purché già indicati nel programma triennale dei lavori pubblici.

È opportuno procedere a un'analisi più attenta del tipo di beni conferibili in luogo del contributo in danaro perché in relazione a ciascuno di essi sono previste cautele e particolari prescrizioni di cedibilità, a questo riguardo i beni sono distinguibili:

- i beni che possono essere dati in veste di contributo pubblico senza che ci siano particolari condizioni per la loro cessione che non sia quella generale di consentire l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione. Appartengono a questa tipologia sia: a) i beni immobili del patrimonio disponibile dell'ente concedente; b) i beni immobili intesi come porzioni dell'opera da costruire da parte del concessionario:
- i beni che devono essere oggetto di espropriazione a condizione, però, che sussista una loro connessione o strumentalità con l'opera principale da affidare in concessione, e questo proprio in ragione del sacrificio richiesto al privato abitato.

Essendo evidente il rischio di speculazioni insito in operazioni di questo genere si può affermare che la loro ammissibilità deve essere sottoposta a condizioni, estremamente stringenti, che possono così sintetizzarsi:

1. gli immobili da cedere debbono essere strumentali o connessi all'opera da affidare in concessione, ovvero già immobili di pubblico interesse che hanno perso tale loro destinazione;
2. deve rimanere in capo al concessionario il rischio della gestione;
3. l'opera pubblica da costruire e gestire deve avere un peso anche economicamente preponderante, rappresentando la cessione di beni immobili un

semplice contributo finalizzato a garantire l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione.¹⁶

Devono, in ogni caso, essere esclusi dalla possibilità di poter formare oggetto di contribuzione pubblica tutti quei beni che, indipendentemente dalle loro caratteristiche, sono ricompresi negli elenchi dei beni da dimettere ai sensi del DI 351/2001 per operazioni di cartolarizzazione e valorizzazione immobiliare.

Tuttavia, le ragioni per utilizzare questo strumento di finanziamento all'interno dei procedimenti per affidare le concessioni possono essere sicuramente meritevoli:

- il tempo,
- la necessità di tenere uniti due procedimenti
- l'*appeal* procurato alla complessiva operazione in finanza di progetto.

Tuttavia, accanto a detti vantaggi, non si può non notare come detta soluzione sia in realtà stata "indotta" da un'attenta riflessione della realtà del mercato, la quale sempre di più rivela che il "motore" economico che attrae gli investimenti privati in queste iniziative da realizzare mediante i contratti di concessione di costruzione e gestione **non è più, esclusivamente, il reddito ricavabile dalla gestione dell'opera pubblica**. In particolare, accanto alla tradizionale redditività da gestione se ne affianca un'altra, quella della **valorizzazione del contributo pubblico ceduto sotto forma di diritti immobiliari**. La differenza economica tra il valore dell'immobile con i relativi diritti edificatori e/o il cambiamento di destinazione d'uso, così come quantificato dalla P.A. in sede di determinazione del contributo pubblico, e il valore delle cubature edilizie costruite o ristrutturate, in proprio dal concessionario, diventa il nuovo motivo d'interesse economico per gli investitori che contribuisce a rendere "calde" le iniziative in project financing. A questo riguardo la P.A. proprio, dovrà sempre cura di indicare, comunque, **un valore di cessione del diritto edilizio ed urbanistico almeno pari a quello di mercato, altrimenti sarebbe passibile di responsabilità per danno erariale e di annullabilità della cessione**

Del resto detta preoccupazione si rafforza anche tenendo conto del che la cessione dei diritti reali all'interno dell'affidamento di un contratto di concessione non permetterà di ottenerne la massima valorizzazione, se non altro per il ristretto mercato dei potenziali concessionari contenenti, i quali hanno dei requisiti di qualificazione piuttosto gravosi

Con riferimento al contributo pubblico alcune considerazioni vanno infine svolte con riferimento alla sua **imputazione a bilancio**.

Non è questa la sede per approfondire le altre funzioni che può assumere il contributo pubblico conferito in erogazione finanziaria o in cessione di diritti; qui basti far notare come questo può essere corrisposto sia in **conto investimento** sia in **conto gestione** o contemplando destinazioni miste; l'imputazione dovrebbe essere una scelta della P.A. in relazione agli obiettivi che vuole perseguire e alle caratteristiche del progetto di investimento.

L'importante è che la qualificazione sia consapevole, anche delle rilevanti conseguenze, e sia esplicita nell'avviso di sollecitazione alla presentazione delle proposte ex articolo 37-bis o nel bando ex articolo 20, comma 2, della legge.

L'imputazione del prezzo/contributo pubblico in conto investimento o in conto gestione è di facile rappresentazione nelle opere calde, quelle generatrici di flussi reddituale come un parcheggio pubblico a rotazione, che valgono a ripagare gli investimenti, i costi operativi e la remunerazione degli investitori.

Infatti, in caso di destinazione del prezzo in conto investimenti, la corresponsione potrà avvenire in un'unica soluzione o a Sal, dalla sottoscrizione del contratto a prima del collaudo dell'opera. L'isolamento di questa fase temporale è rilevante perché l'articolo 37-quinquies, comma 1-ter della legge riconosce al concessionario la possibilità, sempre che sia accordata dalla P.A, di ricevere il prezzo anche in corso di esecuzione dei lavori, tuttavia, a tale circostanza sono state imposte alcune condizioni prudenziali.

La prima condizione riguarda la necessità per il concessionari, sia esso singolo o presente in Ati, di costituire una società di progetto, realizzando quello che gli economisti chiamano il **ring fence**. In altre parole nei procedimenti in cui si realizzano opere in finanza di progetto, la costituzione di una società di progetto realizza di per sé una garanzia per la riuscita del procedimento, fatto che autorizza pertanto, l'anticipazione del prezzo in corso di esecuzione dei lavori.

La previsione dell'anticipo del contributo pubblico è associata esclusivamente all'articolo 37-quinquies, comma 1-ter, della legge che tratta, appunto, della società di progetto, perciò se ne deve dedurre che non può essere corrisposto in caso di mancata costituzione della società.

La seconda condizione riguarda il fatto che il rimborso del contributo pubblico, erogato in corso d'opera, è garantito ex lege dalla responsabilità solidale dei soci della società di progetto, **fino a quando non sia emesso il certificato di collaudo delle opere.**

Per attenuare l'invasività di quest'ultima garanzia ai soci è permesso di sostituire la propria garanzia solidale per la restituzione del prezzo erogato in corso d'opera, con garanzie bancarie e assicurative possibilmente c.d. "a prima richiesta".

A seguito del collaudo, cessato il rischio di "perdere" il contributo pubblico senza che siano eseguiti i lavori, la P.A. potrà erogare il prezzo in conto investimento senza particolari condizioni anche in più rate costanti o variabili per raggiungere altre finalità.

Il contributo pubblico durante la fase operativa potrà essere, invece, imputato in conto gestione per sostenere i flussi di cassa troppo deboli per garantire l'equilibrio del piano economico-finanziario.

Non diversamente avviene nelle opere fredde (uffici pubblici, carceri, scuole, ospedali, trasformazioni urbane ecc.), rappresentate normativamente dall'articolo 37, comma 2-ter, della legge, laddove *"Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla 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"*.

Il contributo pubblico, sia esso finanziario o in diritti ceduti, destinato in conto investimento parimenti può essere corrisposto in fase di costruzione senza discostarsi, quanto a tempi e a condizioni di erogazione, da quanto detto per le opere calde, mentre una certa confusione può generarsi qualora venga corrisposto durante la fase operativa. La ragione della possibile confusione risiede nel fatto che le opere fredde sono pagate al concessionario mediante un canone periodico, perciò di primo acchito è difficile distinguere la parte del canone da attribuire al contributo in conto investimento da quella concernente il pagamento dei servizi gestionali.

Questa difficoltà è solo apparente perché la P.A. avrà cura di distinguere in caso di licitazione privata ex articolo 20, comma 2, della legge o imporre la distinzione nel caso in cui le proposte pervengano dal mercato nel procedimento ex articoli 37-bis e seguenti della legge, ciò, come vedremo, anche per gli importanti vantaggi economici per l'ente procedente derivanti dall'applicazione dell'Iva appropriata.

Un'altra questione che si pone relativamente al Contributo è quello relativo al suo **regime fiscale**.

A questo riguardo è opportuno prendere le mosse dalla risoluzione dell'agenzia delle Entrate n. 21 del 16 febbraio 2005, che ribadisce una posizione consolidata nel tempo con le risoluzioni 161/2000 e 395/2002.

L'Agenzia sostiene come il contributo pubblico della P.A, erogato mediante il trasferimento monetario o dalla cessione di diritti, si inserisca in un rapporto obbligatorio a prestazioni corrispettive, e, dunque, rappresenti il prezzo di un bene o di un servizio ricevuto rientrando in campo IVA. L'effetto immediato di questa interpretazione è **quello di decurtare il contributo pubblico a disposizione dell'ente procedente da immettere nell'operazione in finanza di progetto a esclusivo vantaggio della fiscalità generale**.

Non deve sfuggire come l'aliquota IVA, da applicare al contributo pubblico da parte della P.A come sostituto d'imposta, non sia sempre di una medesima percentuale.

Infatti, ai sensi degli articoli 127-quinquies, sexies e septies della tabella A, parte III, allegata al Dpr 633/1972, la gran parte delle opere pubbliche, ricadenti nell'ampia elencazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria ex articolo 4 della legge 847/1964, e quelle relative alle linee di trasporto metropolitane, tranviarie e altre a impianto fisso, ecc., sono assoggettate all'Iva agevolata del 10 per cento.

La prima considerazione utile, che va oltre le prospettazioni della risoluzione, è che l'appropriata imputazione del contributo pubblico o in conto investimento, sia esso finanziario o mediante la cessione di diritti, permette, secondo le necessità della P.A. procedente, o un notevole risparmio di risorse da destinare ad altri usi o un maggiore volume di risorse da destinare alla realizzabilità dell'operazione in finanza di progetto.

Questa considerazione vale sia quando il contributo in conto investimento è erogato in corso di costruzione dell'opera sia quando, ed è questa la novità applicativa, erogato in fase gestionale; a questo ultimo riguardo nella realizzazione delle opere fredde il canone periodico da corrispondere sarà "biforcuto", una parte di esso sarà riferibile al contributo pubblico in conto investimento e godrà della decapitazione Iva agevolata del 10%, mentre la parte di canone (non contributo pubblico) riferibile al pagamento dei servizi verrà sottoposta al pagamento dell'Iva ordinaria.

8. la possibilità affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della P.A. in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti in capo al concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera.¹⁷

¹⁷ La rilevanza del profilo della gestione emerge con evidenza dal pur confuso quadro normativo relativo all'ambito oggettivo di applicazione della finanza di progetto nei lavori pubblici.

D'altra parte, come si è notato nella parte dedicata al quadro europeo, sulla necessità del mantenimento in capo al concessionario dell'alea connessa alla gestione si era già espressa la Commissione europea nella comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario adottata il 12.4.2000, pubblicata in GUCE il 19.4.2000; cfr. anche la Circolare del Ministro delle politiche comunitarie n. 3944 del 1° marzo 2002, Invero, l'art. 37-*bis*, comma 2-*bis*, dispone che le amministrazioni debbono rendere pubblica la presenza nei programmi di *“interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica”*; il primo comma dello stesso articolo, inoltre, nel definire il contenuto delle proposte presentate dai promotori, impone che le stesse contengano una *“specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione”*. L'art. 14, nel disciplinare la programmazione dei lavori pubblici, dispone che le amministrazioni aggiudicatrici individuino con priorità i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, *“in quanto suscettibili di gestione economica”*.

Ancora, l'art. 37-*quinquies* parla di *“realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità”*.

Ed è proprio in relazione alla gestione che si usa classificare le opere in tre tipologie: opere calde, fredde e tiepide.

Calde sono quelle opere dotate di un'intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale azionario coinvolto nell'arco della vita della concessione.

Fredde sono, invece, le opere per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla Pubblica Amministrazione e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa.

Tiepide sono quelle i cui ricavi da utenza non sono sufficienti a ripagare interamente le risorse impiegate per la loro realizzazione, rendendo necessario, per consentirne la fattibilità finanziaria, un contributo pubblico

La possibilità teorica che sia oggetto di project financing anche un'opera c.d. fredda (si pensi ad una scuola), discende dalla considerazione che le attività di gestione dell'opera e di erogazione del servizio pubblico non coincidono, tanto che la L. 166/2002, come notato nel testo cui accede detta nota, ha espressamente riconosciuto alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di affidare in concessione anche opere destinate alla 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".

Proprio quest'ultima condizione consente di continuare a qualificare la fattispecie delineata dalla norma quale concessione di costruzione e gestione ed impone che la manutenzione e, più in generale, l'attività necessaria a consentire che l'opera venga utilizzata per il fine cui è destinata venga remunerata con un canone variabile in dipendenza dell'erogazione e dell'effettivo utilizzo del servizio, dovendosi accollare al privato il c.d. rischio di mercato.

Inoltre, sempre sul privato debbono gravare gli oneri conseguenti a imprevisti tecnici e costruttivi occorsi nella realizzazione dell'opera.

Vero è che opere di per sé fredde vengono sovente –per così dire- riscaldate dal promotore comprendendo nella proposta l'esercizio di servizi diversi connessi con la gestione dell'opera stessa dai quali ricavare reddito da utenza ad integrazione del canone fisso .

Per esempio, nella realizzazione di nuovi ospedali con finanza di progetto, la controprestazione in favore del privato è usualmente rappresentata, oltre che da un contributo in conto lavori, che nell'esperienza avutasi sinora copre mediamente il 40 per cento dell'investimento, da un canone annuale composto di una quota (circa il 55-60%) legata alla disponibilità della struttura, di una quota correlata al livello di qualità delle

Quasi contemporaneamente è intervenuto il d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, che, in attuazione della legge delega 21 dicembre 2001, n. 443 (c.d. “legge Obiettivo”), ha definito un quadro normativo finalizzato alla celere realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti di importanza strategica e di preminente interesse nazionale, prevedendo deroghe alla disciplina della finanza di progetto portata dagli artt. 37-*bis* – *nonies* della L. n. 109/1994.¹⁸

prestazioni erogate (circa il 35% del canone), infine di una terza quota proporzionale al volume delle prestazioni erogate (circa il 5-10%). Questa terza voce del canone è naturalmente variabile e consente di porre a carico del privato una parte del rischio di mercato; le altre due voci sono rese variabili da un sistema di penalità definito in sede contrattuale che determinano riduzioni del canone in ipotesi di indisponibilità di parte della struttura o di prestazioni di qualità insufficiente. Infine, una minima parte (circa il 10%) dei ricavi è rappresentato dalla locazione o dalla gestione diretta di spazi commerciali e di sosta annessi alle strutture.

¹⁸ In effetti il project financing trova spazio anche per la realizzazione delle opere della legge obiettivo. La relativa disciplina è il risultato di un intreccio tra le norme ordinarie della legge 109/1994 e quelle speciali del D. Lgs. 190/2002, che dà luogo a un quadro non sempre chiaro, anche per la difficoltà di coordinare disposizioni che si sono sovrapposte anche temporalmente.

L’art. 8 del D. Lgs. 190/2002 stabilisce che il soggetto aggiudicante può procedere, per la realizzazione delle infrastrutture preventivamente individuate dal Ministero delle infrastrutture sul proprio sito informatico, a una sollecitazione ai fini della presentazione di proposte da parte di promotori ai sensi dell’art. 37-bis della legge 109/1994.

Nell’operare tale sollecitazione, il soggetto aggiudicatore deve stabilire un termine per la presentazione delle proposte non inferiore a quattro mesi, con l’esplicita previsione che non possono essere prese in considerazione proposte pervenute oltre tale termine. Qualora la proposta pervenuta sia giudicata di pubblico interesse, il soggetto aggiudicatore promuove, ove necessaria, la procedura di valutazione di impatto

ambientale e quella di localizzazione urbanistica delle opere, secondo la disciplina contenuta nello stesso D. Lgs. 190/2002.

Successivamente la proposta è valutata dal CIPE ai fini dell'approvazione del progetto preliminare, ai sensi e con gli effetti di cui all'art. 3 del D. Lgs. 190/2002.

È infine previsto che la gara di cui all'art. 37-quater della legge 109/1994 –cioè quella per la scelta delle due migliori offerte da mettere successivamente in competizione con l'originario promotore sia bandita entro un mese dalla delibera di approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE.

Come si vede, la normativa speciale contenuta nell'art. 8 si intreccia con la normativa ordinaria contenuta negli artt. 37-bis e segg. della legge 109/1994, ponendo peraltro qualche difficoltà di coordinamento in merito al corretto inserimento delle norme sopravvenute (del D. Lgs. 190/2002) rispetto al quadro normativo preesistente (delineato cioè dagli artt. 37-bis e segg. della legge 109/1994).

Un contributo interpretativo in materia è stato fornito da una pronuncia del TAR Veneto, Sez. I, 15 marzo 2004, n. 680, che ha preso in esame la nota vicenda della Pedemontana Veneta, infrastruttura viaria di primario interesse per il Nord-Est del Paese e la cui realizzazione è da tempo al centro di un animato dibattito. Dopo lunghe vicissitudini susseguitesesi negli anni, l'opera è stata da ultimo inserita nel primo programma delle infrastrutture strategiche disciplinate dalla legge obiettivo, approvato dal CIPE con delibera 21 dicembre 2001, n. 121. In particolare, nell'ambito delle opere della legge obiettivo, la Pedemontana Veneta è stata ritenuta tra quelle realizzabili ricorrendo appunto alla procedura di project financing. La pronuncia del TAR Veneto offre quindi alcuni principi interpretativi relativi alla disciplina del project financing per gli interventi infrastrutturali disciplinati dalla legge obiettivo.

Il primo principio stabilito dal giudice riguarda il termine per la presentazione delle proposte da parte dei promotori. Come ricordato, per le opere della legge obiettivo la disciplina del termine di presentazione delle proposte dei promotori è contenuta nell'art. 8 del D. Lgs. 190/2002, che ha natura derogatoria rispetto alla disciplina generale. Tale norma prevede, infatti, che il soggetto aggiudicatore, in sede di sollecitazione delle proposte, deve prevedere un termine, per la relativa presentazione, non inferiore a quattro mesi.

Nel caso di specie, peraltro, la sollecitazione era stata attivata prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. 190/2002 e, di conseguenza, non conteneva l'indicazione del suddetto termine non inferiore a quattro mesi. In questo senso, il TAR Veneto si è limitato a osservare che di tale termine non vi era traccia nella procedura in oggetto e che quindi doveva far riferimento a quello previsto dalla legislazione ordinaria. Nel contempo, ha tuttavia ribadito, in linea generale e a prescindere dall'applicabilità nel caso di specie, che il termine in questione deve intendersi di natura perentoria, non consentendo quindi al soggetto aggiudicatore di prendere in considerazione proposte pervenute oltre la scadenza indicata nella sollecitazione. Il secondo principio contenuto nella pronuncia in commento si sostanzia nell'affermazione secondo cui il soggetto aggiudicatore non è tenuto a confrontare la soluzione progettuale contenuta nell'unica proposta pervenuta con altre soluzioni progettuali astrattamente possibili ma che non hanno trovato concretizzazione in una proposta alternativa. I ricorrenti avevano, infatti, denunciato un presunto vizio del procedimento in relazione al fatto che, rispetto al progetto del promotore, vi erano soluzioni di gran lunga più convenienti, che tuttavia il soggetto aggiudicatore aveva ommesso di valutare. Correttamente il TAR ha rilevato che, pur essendo astrattamente possibile che vi sia una soluzione progettuale migliore, sotto molteplici aspetti, di quella presentata dal promotore, il soggetto aggiudicatore non ha alcun obbligo di effettuare un confronto comparativo se questa ipotetica e astratta soluzione alternativa non prende forma in una proposta concreta. Ne consegue che, se vi è una sola proposta presentata, il soggetto aggiudicatore si deve limitare a verificare la fattibilità della stessa ai fini della dichiarazione di pubblico interesse. L'affermazione appare del tutto condivisibile, anche tenendo conto del fatto che il confronto con altre possibili soluzioni progettuali costituisce l'oggetto tipico delle successive fasi in cui si articola la procedura del project financing dirette all'individuazione delle due migliori offerte alternative e alla loro successiva messa in competizione con la proposta dell'originario promotore. Il terzo principio affermato dal TAR Veneto –che è anche quello più significativo– si riferisce alla fase di svolgimento della gara ex art. 37-quater. Secondo il giudice amministrativo, il progetto preliminare da mettere a base di detta gara, predisposto dal promotore, deve avere già ricevuto l'approvazione da parte del CIPE, ai sensi dell'art. 3 del D. Lgs. 190/2002. Questa conclusione trova conforto in

primo luogo nel dato letterale contenuto nell'art. 8, comma 5 del D. Lgs. 190/2002. Tale norma stabilisce, infatti, che la gara in questione deve essere bandita "entro un mese dalla delibera di approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE". Formulazione che appare inequivoca nel richiedere che il progetto da mettere in gara abbia già superato la fase approvativa del CIPE. Accanto a questo dato testuale, il TAR Veneto sviluppa anche, a sostegno del principio affermato, alcune argomentazioni che fanno riferimento alla ratio della disciplina in questione. In primo luogo, è la logica stessa del procedimento di project financing a imporre che la gara debba svolgersi sulla base di un progetto di cui è certa la fattibilità, condizione che non ricorrerebbe nel caso in cui il progetto non abbia già ricevuto la necessaria approvazione da parte del CIPE. Questa considerazione è peraltro rafforzata dal fatto che il meccanismo normativo vigente implica che il soggetto aggiudicatore sia in qualche modo vincolato –in caso di mancanza di offerte alternative- ad affidare l'intervento all'originario promotore; vincolo che non può essere concepito se non in relazione a un progetto che abbia già ricevuto le necessarie approvazioni. Motivazioni ulteriori sono poi individuate con riferimento alla posizione dei potenziali competitori dell'originario promotore, cioè dei soggetti che partecipano alla gara ex art. 37-quater. Essi, infatti, possono proporre modifiche al progetto del promotore messo a base di gara, ma si deve evidentemente trattare di modifiche a una soluzione progettuale già definita nei suoi elementi essenziali e che, quindi, deve avere già ricevuto la prevista approvazione da parte del CIPE. Va peraltro evidenziato che l'insieme delle argomentazioni sviluppate dal giudice amministrativo si riferisce alla ratio della disciplina "ordinaria" del project financing, cioè quella contenuta negli artt. 37-bis e segg. della legge 109/1994. In verità, la ragione ultima della disposizione contenuta nell'art. 8, comma 5 del D. Lgs. 190/2002 andrebbe forse più propriamente ricercata in relazione agli effetti che conseguono all'approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE ai sensi dell'art. 3 del D. Lgs. 190/2002. Tali effetti si sostanziano nel perfezionamento dell'intesa ai fini della localizzazione dell'opera, con la conseguente automatica variazione degli strumenti urbanistici vigenti nonché, ove occorra, nell'accertamento di compatibilità ambientale dell'opera stessa. Ed è proprio alla luce di questi effetti che va interpretata l'esigenza espressa dal legislatore di porre a base di gara un progetto preliminare già approvato dal

Pertanto, la disciplina prevista dagli artt. 37-bis – nonies della L. n. 109/1994 può definirsi come la norma generale della finanza di progetto nei lavori pubblici. Infatti, il Legislatore, nel disciplinare il *project* relativamente alle infrastrutture di rilevanza strategica, è intervenuto, con deroghe ed adattamenti, sull'impianto costruito dalle norme su richiamate. La stessa Giurisprudenza ha riconosciuto il carattere generale di tale normativa nel momento in cui l'ha ritenuta applicabile anche ai settori speciali, ancorché l'istituto del *project* non sia previsto dal d.lgs. n. 158/1995 .

Un disciplina del P.F. si trova poi anche nella **legge 24 novembre 2000 n. 340**, all'art. 21 che ha previsto l'utilizzo del *project financing* anche con riferimento alla realizzazione "di nuove infrastrutture viarie di interesse nazionale per le quali sono utilizzabili sistemi di pedaggiamento".

Sempre al fine di promuovere l'utilizzo del *project financing*, l'art. 7 della **L. 17 maggio 1999, n. 144** ha previsto, nell'ambito del CIPE, l'istituzione dell'**Unità tecnica-finanza di progetto**.

CIPE; il fine, coerente con tutta l'impostazione in funzione acceleratoria della legge obiettivo, sembra infatti quello di avere un progetto che, almeno sotto i profili sopra evidenziati (localizzazione dell'opera, conformità urbanistica e compatibilità ambientale), sia "blindato" cioè non suscettibile, per questi aspetti, di essere rimesso in discussione. Rispetto a queste argomentazioni che fanno riferimento sia al dato testuale sia alla ratio della normativa, l'unico elemento che potrebbe mettere in discussione la conclusione raggiunta è costituito dalla disposizione transitoria contenuta nell'art. 16, comma 2, del D. Lgs. 190/2002. Tale disposizione consente di continuare ad applicare normative diverse –in luogo di quelle del D. Lgs. 190/2002- qualora il progetto sia già stato oggetto, in tutto o in parte, di procedura autorizzativi. Tuttavia, secondo il TAR Veneto questa disposizione transitoria andrebbe riferita a quelle situazioni in cui l'iter procedimentale sia giunto almeno all'approvazione del progetto. Qualora invece si sia in un momento anteriore, non sarebbe possibile affidarsi alla norma transitoria ai fini del ricorso a procedure alternative, essendo necessario applicare integralmente le disposizioni del D. Lgs. 190/2002

Si tratta di un organo composto da 15 unità, di estrazione marcatamente tecnica, investito del compito di promuovere, all'interno delle pubbliche amministrazioni, l'utilizzo di tecniche di finanziamento di infrastrutture con ricorso a capitali privati.

LO SCHEMA PROCEDURALE DEL P.F. NELLA L 109/94 S.M.I.:L'AMBITO DI APPLICAZIONE OGGETTIVO DEL P.F.

Con riferimento all'ambito di applicazione oggettivo vanno fatte alcune puntualizzazioni con riferimento alle diverse tipologie di opere che possono essere realizzate con la tecnica del Project Financing, posto che la loro individuazione è disseminata in più norme.

Un primo riferimento normativo è offerto dall'art. **37-bis** il quale fa riferimento alla realizzazione di "**lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità**".

L'art 37 bis riecheggia la tradizionale distinzione e classificazione, operata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, tra **opere pubbliche ed opere di pubblica utilità**: pubblica può dirsi ogni opera che sia eseguita dallo Stato o da altro ente pubblico (elemento soggettivo) e destinata a soddisfare un interesse pubblico (elemento finalistico); l'opera di pubblica utilità, invece, presenta solo il secondo degli elementi indicati, in quanto atta a perseguire lo scopo di interesse pubblico, pur essendo realizzata da privati ed appartenendo ad essi .

Per la verità, l'art. 37-bis in raccordo con la definizione dell'art. 2 usa il termine "lavori", che individua una nozione concettualmente distinta da quella di "opera", l'uno rappresentando il momento dinamico, l'attività, l'altro il momento statico del risultato dell'attività stessa¹⁹.

Va detto che il termine "*lavori*" nell'art. 37-bis non può tuttavia riferirsi alle sole attività indicate dall'art. 2, ricomprendendo necessariamente il risultato delle attività stesse: l'opera.

19 Come noto la Legge Merloni è una legge sui lavori pubblici e non sulle opere pubbliche: l'art 2 in particolare definisce lavori " le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere ed impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica, in quanto affidate dai soggetti di cui al comma 2 ".

La necessità, infatti, che i lavori siano suscettibili di gestione economica da parte del concessionario perché possa trovare applicazione l'istituto del *project financing* comporta che oggetto della concessione non possa essere la sola attività di realizzazione dell'opera, quant'anche l'opera stessa.

L'art. 37-*bis* non ripropone invece la descrizione che dell'oggetto della concessione dà l'art. 19, il quale si riferisce non solo ai lavori pubblici e di pubblica utilità, quanto anche ai “**lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati**”; sicché si pone il problema di come coordinare le due disposizioni.

La tesi assolutamente prevalente è che si tratti di un mero difetto di coordinamento risolvibile tramite il richiamo operato dallo stesso art. 37-*bis* ai contratti di concessione di cui all'art. 19, comma 2, con la conseguenza che deve ritenersi pacifico che oggetto della concessione assentita con la tecnica del Project Financing possano essere anche i lavori collegati all'opera principale.

Il **riferimento ai lavori collegati** consente così di estendere il project anche ad opere destinate ad **attività commerciale o di servizi, in quanto collegate all'opera principale, senza che per esse abbia alcuna rilevanza l'elemento finalistico della attitudine a soddisfare un interesse pubblico** (si pensi all'esercizio commerciale all'interno di una struttura sanitaria realizzata con finanza di progetto oppure al centro commerciale ed alle strutture alberghiere all'interno di una zona sportiva, sempre realizzata in *project*).

Tali opere, per la loro redditività si prestano, peraltro, a rendere più appetibile il project financing ed a consentire il ricorso a tale istituto anche quando dalla realizzazione e gestione della sola opera pubblica non possano ricavarsi flussi di reddito sufficienti a ripagare l'investimento.²⁰

²⁰ In ordine a dette opere collegate rimane però un qualche problematicità, legata alla loro corretta qualificazione giuridica. In particolare ci si chiede se, anche ammessa e data per certa la loro realizzabilità nell'ambito di un P.F, detto “inglobamento” sia idonea a mutare la loro qualificazione giuridica facendogli conseguire quella di opere di pubblica utilità, in ragione del fatto che ad esse sono collegate. La questione, lungi dal rappresentare una mera questione qualificatoria, presenta aspetti operativi particolarmente rilevanti: da detta qualificazione infatti discende la corretta

Con riferimento all'ambito di applicazione del P.F nell'ambito della L 109/94 ulteriori gestioni si pongono con riferimento alla previsioni di cui all'art. 37quinquies e all' art. 37sexies, nei quali, con una mancanza di raccordo con il precedente art 37 bis, l'attività affidata al concessionario è individuata nella "realizzazione e/o gestione di una infrastruttura **o di un nuovo servizio di pubblica utilità**".

La prima considerazione che si può fare è con riguardo all'espressione realizzazione e/o gestione di una infrastruttura e/o gestione di una infrastruttura è che l'uso della congiunzione disgiuntiva (e/o) parrebbe consentire anche l'affidamento della mera realizzazione dell'infrastruttura; parimenti, la lettera della norma consentirebbe l'affidamento della sola gestione di un nuovo servizio di pubblica utilità. Si tratta, però, **di interpretazione in contrasto con i caratteri dell'istituto della concessione di costruzione e gestione**, su cui fa perno tutta la disciplina della finanza di progetto nei lavori pubblici. L'affidamento non può, pertanto, che avere per oggetto la costruzione dell'opera e la conseguente gestione della stessa e/o gestione **di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità**

Occorre ora soffermarsi sull'espressione **nuovo servizio di pubblica utilità**.

Quanto all'aggettivo "**nuovo**", esso non può certo essere interpretato in senso assoluto, con la conseguenza che il promotore debba andare alla ricerca un *quid novi* rispetto alle attività che già costituiscono un servizio di pubblica utilità.

individuazione della disciplina positiva applicabile al contratto -in dottrina è molto dibattuta la questione se per la realizzazione delle opere (private) di pubblica utilità non debbano applicarsi le norme sugli appalti pubblici di lavori- della disciplina processuale, e della disciplina fiscale con riferimento alle opere di urbanizzazione: ad la qualifica di opera di pubblica utilità delle opere collegate comporterebbe che dette opere **sarebbero esentate dal pagamento degli oneri di urbanizzazione**. La questione è molto discussa soprattutto con riguardo a quelle opere che **potrebbero, addirittura, non passare mai al patrimonio pubblico**.

Il carattere di novità del servizio rimane strettamente collegato all'opera che si intende realizzare: in altre parole *il servizio è nuovo perché nuova è l'infrastruttura strumentale alla sua gestione.*

Quanto all'espressione **pubblica utilità** essa è la traduzione dell'espressione anglofona di *public utilities*, indicando quei servizi suscettibili di gestione con criteri imprenditoriali, necessità tanto più evidente in considerazione del fatto che frequentemente dalla gestione del servizio si genera la parte più rilevante del *cash flow* dell'iniziativa: deve dunque ritenersi che l'espressione si riferisca ai cc.dd settori speciali.²¹

²¹ L'art. 2, comma 2, lett. b), della L. n. 109/1994 include anche i soggetti di cui al d.lgs. n. 158/1995 nell'elenco di coloro cui si applicano le norme della legge stessa; senonchè, la stessa norma esclude espressamente l'applicabilità ai predetti soggetti –tra gli altri- dell'art. 19, commi 2 e 2-bis, disciplinante la concessione di costruzione e gestione, e dell'art. 14, dedicato alla programmazione dei lavori pubblici, norme –si è visto- essenziali nella disciplina della finanza di progetto. Ancora, le amministrazioni aggiudicatrici di cui parlano gli artt. 37-bis e ss., sono, per espressa previsione dell'art. 2, 7° comma, lett. c), L. n. 109, i soli soggetti di cui al comma 2, lettera a), non anche, quindi, i soggetti committenti nei settori speciali. E comunque, l'applicazione a questi ultimi della L. n. 109 opera limitatamente ai lavori non strettamente correlati agli scopi istituzionali dei soggetti interessati ovvero ai lavori che, pur essendo funzionali a detti scopi, non hanno un contenuto specialistico o tecnico direttamente condizionato dalle particolarità tecniche dei settori speciali (art. 2, 4° comma, L. n. 109/1994). Invece, per i lavori cosiddetti specialistici la disciplina applicabile è quella del d.lgs. n. 158/1995. Nonostante il delineato quadro normativo, la giurisprudenza ha ritenuto comunque applicabile l'istituto del *project financing* anche ai settori speciali. Invero, secondo tale indirizzo, il d.lgs. n. 158/1995 e la direttiva comunitaria n. 93/38/CEE non precludono ai soggetti aggiudicatori il diritto a regolamentare gli interessi loro affidati mediante strumenti diversi da quelli in tali normative tipizzati. Costoro, pertanto, nell'esercizio della propria autonomia contrattuale potrebbero realizzare operazioni di finanza di progetto, purchè nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità ed evitando

Sul punto pare infatti evidente evidente l'intenzione del legislatore di ricomprendere tutte le attività rivolte all'utenza, ove la specificazione di pubblica utilità prescinde sia dalla natura del soggetto che la esercita che dal carattere "riservato" all'amministrazione della gestione, per riferirsi, secondo un criterio finalistico, all'insieme dei soggetti che ne possono usufruire.

I PROMOTORI E LA LORO FUNZIONE DI IMPULSO

In ogni struttura di Project Financing la figura centrale, che dà vita al progetto stesso e ne assume l'iniziativa, è quella del Promotore o, con termine anglosassone, Sponsor. La legge quadro sui Lavori Pubblici conferisce un particolare rilievo a tale figura. Possiamo anzi affermare che il termine Promotore (quest'ultimo può essere costituito anche da una pluralità di soggetti, come di seguito indicato), assume una doppia valenza semantica in quanto egli non solo si configura quale soggetto di impulso alla realizzazione del Progetto in sé considerato (art. 37 *bis*), ma è anche elemento di partenza della procedura amministrativa descritta agli artt. 37, *bis*, *ter* e *quater*.

L'art. 37 *bis* della Legge quadro sui Lavori Pubblici ha individuato, quali soggetti promotori, i soggetti di cui agli artt. 10 e 17, comma 1, lettera f) della Merloni *quater* ossia i soggetti ammessi a partecipare alle gare per l'affidamento di lavori pubblici (ovvero imprese singole; consorzi di cooperative e tra imprese artigiane; consorzi stabili; raggruppamenti temporanei e ai Geie (gruppi europei di interesse economico; società di ingegneria).

Inoltre in base all'art. 99 del Regolamento di attuazione della Legge quadro sui Lavori Pubblici (D.P.R. n. 554/1999), possono presentare proposte, oltre ai soggetti di cui agli artt. 10 e 17, comma 1, lettera f) della Legge quadro, sopra elencati, anche i soggetti che svolgono, in via professionale, attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità, e che abbiano, come unico requisito, partecipato, negli ultimi tre anni e in modo significativo, alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta.

discriminazioni nella scelta del contraente: principi garantiti dall'applicazione della disciplina portata dagli artt. 37-bis e ss. L. n. 109.

Il legislatore ha così inteso ampliare la sfera dei potenziali promotori anche a soggetti non costruttori-gestori, ritenendo a tale fine sufficiente che all'atto della presentazione della proposta essi siano in grado di provare esperienze significative pregresse nel settore specifico di appartenenza nel campo dei lavori pubblici.

L'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici ha ritenuto che mentre al momento della presentazione della proposta appare quindi sufficiente il possesso dei requisiti di cui all'art. 99 del D.P. n. 554/1999, al momento dell'indizione della gara, viceversa, è necessario che il promotore stesso sia in possesso dei requisiti di qualificazione propri del concessionario previsti di cui all'art. 98 del Regolamento di attuazione.

In particolare l'Autorità ha affermato che *“Attesa tuttavia la vincolatività della proposta, sarà comunque necessario che il promotore non in possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 98 del D.P.R. n. 554/1999, si obblighi nei confronti della P.A., già al momento della presentazione della proposta, ad associarsi con i partners necessari prima dell'indizione della gara di cui all'art. 37 quater della legge 109/1994 e successive modificazioni, e garantisca idoneamente tale successivo adempimento”* (cfr. determinazione n. 20/2001).

Alla figura iniziale del “promotore”, di cui all'iniziale comma 1 dell'art. 37 *bis* viene aggiunta, come notato, dalla c.d. legge Merloni quater una nuova figura, quella del “proponente”. In particolare, i soggetti pubblici o privati possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito della fase di programmazione triennale, *“proposte di intervento e studi di fattibilità”* relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità. La presentazione non determina né diritti per il proponente né obblighi per le amministrazioni, le quali hanno la facoltà di valutare l'opportunità o meno di adottare, nell'ambito dei programmi triennali, le proposte di intervento e gli studi ritenuti di pubblico interesse.

GLI INVESTITORI

Più composita è invece la compagine degli investitori, ossia dei sottoscrittori del capitale di rischio della società di progetto. Tra questi meritano di essere menzionati:

- a) gli stessi promotori;
- b) i costruttori dell'opera;
- c) i fornitori;

d) gli utenti del servizio erogato (si pensi ad esempio alla possibilità introdotta dall'art. 23 della legge n. 36 del 1994 in materia di risorse idriche);

e) istituti di credito;

f) mercati borsistici (se la società di progetto è quotata);

g) società assicuratrici;

h) fondi (fondi chiusi, fondi comuni di investimento, fondi pensione);

i) gli enti pubblici a vario titolo coinvolti.

LA PROPOSTA

Come accennato la Legge quadro sui Lavori Pubblici, laddove venga utilizzata il Project Financing, individua una procedura separata e peculiare. Detta procedura si dipana attraverso tre momenti fondamentali, caratterizzati da precise scadenze temporali di seguito illustrate: la Presentazione della Proposta; la Valutazione della Proposta; l'Indizione della Gara.

- **Entro il 30 giugno** di ogni anno, *“oppure nel caso in cui entro tale scadenza non siano state presentate proposte per il medesimo intervento, entro il 31 dicembre”* (cfr. art. 7 bis, così come modificato dalla c.d. legge Merloni *quater*), i Promotori hanno la possibilità di presentare, alle Pubbliche Amministrazioni che dovranno poi aggiudicare i lavori, i propri progetti per la realizzazione, tramite contratti di concessione di costruzione e gestione, di lavori pubblici o di pubblica utilità. Tali opere sono quelle che la Pubblica Amministrazione abbia già ricompreso nella propria programmazione triennale ai sensi dell'art. 14, comma 2, della Legge quadro sui Lavori Pubblici ovvero in altri strumenti di programmazione.

Va sottolineato che la c.d. legge Merloni *quater* ha modificato il comma 3 dell'art. 14 citato, nel senso che vanno considerati prioritari, anche *“i progetti esecutivi approvati, nonché gli interventi per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario”*.

Nella sostanza, le proposte presentate dai Promotori dovranno contenere vari elaborati atti a chiarire e specificare la tipologia di intervento per la realizzazione e la successiva gestione. Si tratta, in particolare, dei seguenti documenti:

- *“uno studio di inquadramento territoriale e ambientale;*

- *uno studio di fattibilità* (tale studio dovrebbe contenere le finalità e gli obiettivi del servizio pubblico, la soluzione progettuale proposta, il ciclo di vita del progetto e la quantificazione sommaria dei benefici e dei costi, lo studio degli aspetti finanziari della gestione, nonché indicazioni sulla fattibilità tecnica, istituzionale, ambientale e finanziaria);

- *un progetto preliminare dell'intervento*

- *una bozza di convenzione;*

- *un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito* (relativo ai costi di realizzazione, alle quote di ammortamento e agli introiti previsti dalla gestione che costituisce il documento di base volto a specificare e garantire la redditività dell'investimento e quindi a comprovare la fattibilità finanziaria del progetto);

- *una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;*

- *l'indicazione degli elementi, di cui all'art. 21, comma 2, lettera b) della legge quadro, per la valutazione nelle procedure di affidamento della concessione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, basati sul piano economico finanziario* (prezzo, valore tecnico ed estetico delle opere progettate, tempo di esecuzione dei lavori, canone, tariffe, costo di manutenzione...);

- *l'indicazione delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice* (in particolare, il c.d. *big bond* pari al 2% dell'importo dei lavori, di cui all'art. 30, comma 1, della Legge quadro, volto a garantire la serietà delle intenzioni dello sponsor e ad assicurare che il partecipante alla procedura sia realmente intenzionato all'assegnazione del contratto e alla realizzazione dell'opera, in aggiunta ad una ulteriore cauzione pari all'importo delle spese di promozione, che non può superare il 2,5% del valore dell'investimento, come desumibile dal piano economico finanziario, che ha l'obiettivo di facilitare il rimborso delle spese nel caso in cui l'opera venisse affidata ad un altro soggetto);

- *l'indicazione dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta"* (art. 37 bis).

Con il nuovo comma 2 *ter* dell'art. 37 bis vengono estesi al procedimento che prende avvio con la proposta del promotore i principi di cui alla L. n. 241 del 1990, in quanto si stabilisce che entro quindici giorni dalla ricezione della proposta le

amministrazioni aggiudicatrici provvedono alla nomina e alla comunicazione al promotore del nominativo del responsabile del procedimento, nonché alla preliminare istruttoria, mediante verifica della completezza dei documenti presentati e eventuali richieste di integrazione.

- **Entro quattro mesi** dalla ricezione della proposta (viene meno il termine del 31 ottobre precedentemente previsto e comunque i quattro mesi indicati sono prorogabili, se necessario, su accordo scritto tra il responsabile del procedimento e il promotore al fine di un più lungo esame e valutazione), la Pubblica Amministrazione, che diverrà stazione appaltante, deve valutare la fattibilità delle Proposte presentate, verificare l'assenza di elementi ostativi alla realizzazione e procedere all'individuazione di quelle proposte ritenute di pubblico interesse, avendo a mente gli studi che corredano dette proposte comprensivi del programma economico-finanziario.

Le amministrazioni quindi valutano la fattibilità delle proposte ricevute sotto i profili costruttivi, urbanistici ed ambientali, della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, dei tempi di ultimazione dei lavori di concessione, delle tariffe da applicare e della metodologia della loro determinazione, del valore economico e finanziario dei piani e del contenuto della bozza di convenzione.

Inoltre la c.d. legge Merloni *quater* modifica l'art. 37 *ter* anche prevedendo che nella procedura negoziata di cui al successivo art. 37 *quater* il promotore può adeguare la propria proposta a quella di un terzo, che l'amministrazione abbia giudicato più conveniente. In tale caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione. Si tratta, all'evidenza, di una norma di favore per il promotore, per valorizzarne e premiare l'impegno propositivo.

LA PROCEDURA DI GARA

Entro 3 mesi dalla pronuncia di pubblico interesse della proposta presentata dallo sponsor da parte della pubblica amministrazione, è indetta una gara da cui rimane estraneo il Promotore, per l'affidamento della realizzazione del relativo Progetto. Tale gara viene indetta sulla base della proposta avanzata dal Promotore, come eventualmente modificata sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse. I primi due soggetti classificatisi in esito a tale gara a licitazione privata, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, parteciperanno poi ad una

procedura negoziata con il Promotore che ha avanzato la proposta prescelta e posta a base della prima gara.

Più precisamente il procedimento di affidamento della concessione con il sistema del PF si snoda attraverso due fasi distinte: la prima è costituita da una licitazione privata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 37, quater, comma 1, lettera a); la seconda da una procedura negoziata tra il promotore e i due soggetti che hanno presentato le due migliori offerte nella licitazione privata indicata (art. 37 quater, comma 1, lettera b).²²

²² Si segnala che in sede di aggiudicazione possono sorgere alcuni problemi qualora l'amministrazione concedente abbia fissato nel bando di gara il contributo pubblico nella forma di un bene immobile, che in ogni caso rappresenta il limite della contribuzione pubblica. Innanzitutto nell'ipotesi in cui il potenziale concessionario stimi e, pertanto, offra un valore dell'immobile da ottenere in proprietà superiore al limite massimo di contribuzione pubblica fissata nel bando, il prezzo, rappresentato dal valore degli immobili da acquisire in proprietà, diventa chiaramente esuberante rispetto al limite consentito dall'amministrazione. L'espedito, per far rientrare il valore del contributo nel limite massimo prefissato dall'amministrazione, è quello di obbligare il concorrente aggiudicatario a corrispondere in danaro all'amministrazione il valore dell'immobile eccedente il limite ammesso di contribuzione pubblica.

Inoltre ben può darsi ugualmente l'ipotesi che il concorrente ben può richiedere all'amministrazione un prezzo-contributo inferiore a quello corrispondente al valore offerto per gli immobili: anche in questo caso la differenza tra il prezzo richiesto all'amministrazione e il valore offerto per gli immobili dovrà essere saldata finanziariamente in caso di aggiudicazione. Ssegue che anche nel caso in cui il contributo messo a disposizione dall'Amministrazione consista in un valore immobiliare l'amministrazione potrà, senz'altro valutare con un punteggio ponderale maggiore il concorrente che gli chiederà un contributo pubblico inferiore a quello posto a base d'asta.

E' evidente inoltre che in caso di contributo pubblico «fungibile» la natura immobiliare del prezzo impone una riflessione anche sull'opportunità di estendere l'ammissibilità della cessione immobiliare al concessionario prima dell'esecuzione dei lavori anche se

supportata dalle garanzie previste dalla legge, in particolare dell'accensione della polizza a prima richiesta.

Questa polizza dovrebbe garantire l'amministrazione della restituzione del valore degli immobili ceduti nel caso in cui il concessionario non proceda alla costruzione dell'opera pubblica.

In verità, una polizza così strutturata garantisce parzialmente l'amministrazione e solo del valore degli immobili ceduti.

In altre parole potrebbe essere conveniente per il concessionario divenire immediatamente titolare delle aree con i relativi diritti edificatori o degli immobili e non onorare la costruzione di tutte le opere pubbliche, fuoriuscendo dalla concessione.

Questo denegato scenario può avverarsi tutte le volte in cui la quotazione di mercato delle cubature costruite in proprio sulle aree cedute dall'amministrazione o dell'immobile a seguito di ristrutturazione, remunerati, in caso di vendita, il concessionario di un valore superiore alla condanna al risarcimento danni per inadempimento della concessione, permettendogli di liberarsi dalla necessità di realizzare le opere pubbliche e dalla prolungata fase gestionale senza danni non sostenibili.

Inoltre nella pratica applicativa una delle ragioni del perché i promotori nel project financing ad iniziativa privata insistono sull'ottenimento immediato delle aree in proprietà come contributo pubblico, è perché hanno la possibilità di accendere garanzie ipotecarie a favore dei finanziatori, o per alienarle a loro volta ad un buon offerente già in fase di costruzione delle opere pubbliche.

Si deve ricercare dunque una disciplina convenzionale che permetta all'amministrazione di non privarsi dell'utile strumento sollecitatorio e di controllo previsto dalla Legge, ma allo stesso tempo permetta al concessionario di costituire in garanzia gli immobili realizzati o alienarli medio tempore, tenendo presente, comunque, che la finalità principale del contratto è la realizzazione e, soprattutto, la gestione delle opere pubbliche o di pubblica utilità.

L'architettura contrattuale che in genere viene predisposta non si discosta da quanto segue

1. l'amministrazione concede gli immobili/contributo pubblico in diritto di superficie o di usufrutto sino al momento del collaudo delle opere pubbliche, quando il collaudo verra' eseguito positivamente potra' formalizzarsi l'alienazione anche della nuda proprieta' del prezzo ricevuto;

2. questo meccanismo giuridico ha il pregio di permettere al concessionario di costruire i fabbricati mantenendone la titolarita' o di ristrutturare gli immobili garantendosi un diritto reale. In questo modo il concessionario potra' accendere le garanzie immobiliari per eventuali finanziatori o alienare la proprieta' superficiaria o il diritto di usufrutto e, allo stesso tempo, permette all'amministrazione di rispettare il dettato della Legge che le impone la corresponsione del prezzo sottoforma di cessione delle aree o dell'immobile anche in corso di esecuzione dei lavori delle opere pubbliche;

3. nel caso in cui venga meno il contratto di concessione nel caso in cui venga meno il contratto di concessione di costruzione e gestione (inadempimento del concessionario, fallimento, etc.) prima del collaudo delle opere pubbliche, devono essere regolate pattiziamente le conseguenze in modo tale che l'amministrazione in questa evenienza non venga pregiudicata. Secondo la Suprema Corte *«in materia di diritto di superficie a tempo determinato e in specie nell'ipotesi costitutiva con facolta' del concessionario di procedere alla costruzione di un manufatto, se non e' consentito all'autonomia negoziale derogare agli effetti dell'accessione automatica che si determina all'atto dell'estinzione del diritto, e' invece consentito provvedere convenzionalmente circa il carattere della gratuita o meno della devoluzione prevista dall'art. 953 c.c., nonche' circa l'attribuzione delle spese richieste dalla demolizione della costruzione e circa la configurazione di un diritto del superficiario sui materiali da costruzione quale mero diritto di credito, e non quale espressione di ius in rem non piu' esistente»* (Cfr. Cass. 1369/1980).

In altre parole, in caso di conclusione anticipata della concessione, si vuole evitare che l'amministrazione sia costretta a corrispondere al concessionario (o al curatore fallimentare) l'indennita' di arricchimento senza causa per l'effetto dell'accessione al proprio suolo delle opere o delle ristrutturazioni intraprese costruite dal concessionario. Con le disposizioni pattizie si puo' evitare questa evenienza, imponendo al concessionario o la riduzione in pristino, oppure, nel caso in cui l'amministrazione sia

Come evidenziato l’Autorità di Vigilanza per i Lavori Pubblici *“Diverso è quindi il momento dell’aggiudicazione della concessione che, relativamente alle operazioni di project financing, a iniziativa di promotore avviene solo al termine della procedura negoziata. E diversa è anche la funzione della procedura di licitazione privata che, sempre nei procedimenti su iniziativa del promotore, è utilizzata dall’Amministrazione al solo scopo di selezionare le offerte che potranno confrontarsi con quella del promotore nella futura procedura negoziata”*(cfr. atto di regolazione n. 51/2000).

Anche la (ancora scarsa) giurisprudenza amministrativa ha sottolineato come sia diversa la funzione della licitazione privata nelle operazioni di PF rispetto a tale sistema di affidamento nel caso delle concessioni ex art. 19, comma 2, della Legge quadro. Infatti la licitazione privata *“...nei procedimenti su iniziativa del promotore, è utilizzata dall’Amministrazione al solo scopo di selezionare quelle offerte, che potranno confrontarsi con quella del promotore nella successiva procedura negoziata, mentre, nella tradizionale procedura mirante alla conclusione di un contratto di concessione per l’esecuzione di lavori pubblici, è volta alla individuazione del contraente con il quale il relativo contratto viene concluso”* (cfr TAR Lombardia, sez. III, 18 marzo 2002, n. 1140).

Il sistema sopra delineato opera dunque a favore del Promotore che abbia avanzato la proposta di concessione per la costruzione e gestione di opere di Pubblica utilità con il metodo del Project Financing e, conferendo a quest’ultimo una posizione privilegiata rispetto agli altri soggetti che prenderanno parte alla gara.

Nonostante la posizione di privilegio, viene comunque rispettato il principio ineludibile per cui l’affidamento dei lavori deve essere effettuato sulla base del

interessata ad acquisire i manufatti costruiti dal concessionario o le ristrutturazioni realizzate, a consentirgli la facoltà di acquisto, corrispondendo un’indennità senza automatismi o, in alternativa, sancire la devoluzione gratuita di quanto costruito o ristrutturato

confronto e della scelta tra diverse proposte, la più vantaggiosa delle quali viene quindi preferita alle altre.

L'Autorità di Vigilanza per i Lavori Pubblici ha inoltre precisato che nella prima fase (licitazione privata) sono possibili solo proposte economiche migliorative rispetto a quella del promotore, mentre nella fase della procedura negoziata si ha "*l'apertura di un dialogo competitivo multiplo e flessibile, non limitato dalla struttura formalmente più rigida della licitazione privata*" (cfr. atto di regolazione n. 51/2000).

Per quanto attiene il rimborso delle spese da parte del promotore che risulti aggiudicatario agli altri partecipanti alla procedura negoziata, di cui all'art. 37 *quater*, comma 5 è stabilito, innanzitutto, che queste sono da intendersi solo come spese sostenute e documentate nei limiti dell'importo massimo di cui all'art. 37 *bis* comma 1, ed il loro rimborso spetta solo se la gara è stata esperita mediante appalto concorso e nella successiva procedura negoziata il promotore non risulti aggiudicatario.

Infine, mentre nella disciplina ante Merloni *quater*, la somma doveva essere ripartita forfettariamente nella misura del 60% al migliore offerente (diverso dal promotore) e del 40% al secondo migliore offerente. - si trattava quindi di una indennità per l'offerta presentata e non già di rimborso spese vero e proprio- nell'attuale disciplina invece, trattandosi di rimborso spese, va ripartito in proporzione alle spese effettivamente sostenute dagli altri due offerenti, e non in base alla bontà delle offerte.

Come più volte sottolineato, il contratto che si perfeziona con il soggetto che risulta vincitore all'esito di tale procedura è una concessione di costruzione e gestione, come si evince anche chiaramente dallo steso art. 37 *quater* primo comma, lettera b).

LA SOCIETÀ DI PROGETTO.

Gli artt. 37 *quinquies* e *sexies* si occupano della regola *Special Purpose Vehicle* (SPV), per la sua funzione di centro unitario di imputazione e di organizzazione della fase esecutiva del Progetto.

Tali società, aventi per oggetto sociale esclusivo la realizzazione e la gestione dell'iniziativa, diventano le concessionarie subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario, senza la necessità di approvazione o autorizzazione. Esse sono ora destinatarie di una normativa più aderente al proprio ruolo di centralità nel Project Finance. La c.d. legge Merloni *quater* ha infatti dettato una disciplina più dettagliata del rapporto tra stazione appaltante e società di progetto.

Come si è già anticipato, la logica del Project Finance, invece, implica l'isolamento giuridico e finanziario (*ring fence*) del progetto. Dal lato dei Promotori il *ring fence* è importante perché consente loro di limitare l'impatto di un eventuale andamento negativo del progetto sul proprio bilancio, atteso che il loro rischio viene limitato al solo capitale sociale versato nella società progetto nonché alle eventuali garanzie collaterali fornite. Dal lato delle banche, inoltre, il *ring fence* consente di isolare il flusso di cassa, sul quale si fondano le aspettative di queste ultime in relazione al rimborso del debito, da entrate e uscite connesse ad altri progetti e attività dei promotori.

Per quanto concerne le più rilevanti disposizioni in tema di Società Progetto contenute nella Merloni *quater*, possiamo enunciarle come segue:

1) Viene espressamente previsto che la costituenda società possa avere la forma della società a responsabilità limitata o della società per azioni, *anche consortile*", ai sensi dell'art. 2615 *quater* . Sebbene tale ultima espressione faccia pensare alla possibilità di costituire una società a responsabilità limitata o per azioni *tout court*, è invece da ritenersi che, stante l'ineludibile scopo mutualistico che caratterizza la SPV, almeno nel caso che più siano i soci, essa debba sempre ricadere nell'ambito delle società consortili. Per quanto poi concerne la disciplina applicabile a tali società, vi è da dire che, pur in una vasta gamma di opinioni di dottrina e giurisprudenza, sia l'una che l'altra sono prevalentemente orientate nel senso di ritenere applicabile alle società consortili la disciplina del tipo societario prescelto. Ciò ha delle conseguenze favorevoli per i Promotori e per gli altri soci dello SPV, almeno dal punto di vista della responsabilità per le obbligazioni pecuniarie contratte dagli esecutori del Progetto attraverso la società (art. 37 *quinquies*).

2) La previsione della possibilità di costituire la società deve sempre essere presente nel bando di gara ed è facoltà della Pubblica Amministrazione appaltante stabilire addirittura l'obbligo della costituzione di tale società. È la Pubblica Amministrazione ad indicare, poi, nel bando di gara stesso, l'importo minimo del capitale di cui la società deve essere dotata e, in caso di pluralità di soggetti, la quota che ciascuno deve detenere (art. 37 *quinquies*).

3) La società ha la possibilità, previa apposita autorizzazione degli organi di vigilanza, di emettere obbligazioni, nominative od al portatore, anche in deroga al limite

generale di cui all'art. 2410 c.c., secondo cui *“La società può emettere obbligazioni al portatore o nominative per somme non eccedente il capitale versato ed esistente secondo l'ultimo bilancio approvato...”*

Per superare i limiti testè delineati occorre comunque che l'emissione di obbligazioni sia garantita, pro quota, da ipoteca. Le obbligazioni devono poi recare l'indicazione del loro elevato grado di rischiosità, stante il fatto che l'emittente, società di nuova costituzione, non possiede una affidabilità consolidata, attestate dall'attribuzione di un *rating* né tantomeno questo potrebbe essere di alto livello. Tale ultima disposizione, di notevole importanza, tende a dare la possibilità alla società di autofinanziare parte del fabbisogno necessario all'esecuzione del Progetto, senza un massiccio ricorso ai finanziamenti di istituti di credito (art. 37 *sexies*).

Si delinea pertanto un quadro di massima abbastanza preciso, in cui vi è non solo una propensione legislativa assai marcata per la costituzione della Società di Progetto quale nuovo centro di imputazione per la fase esecutiva della realizzazione del Progetto, ma è anche rinvenibile l'approntamento di alcuni strumenti di massima che gli permettono di operare nell'ambito di un Project Financing senza doversi esporre eccessivamente con gli enti creditizi finanziatori.

RISOLUZIONE.

Non può essere sottaciuto, infine, che un rilevante fattore disincentivante per l'investimento privato nella realizzazione di opere pubbliche, sia rappresentato dall'instabilità del rapporto tra amministrazione e privati, principalmente connesso alla permanenza, in capo alla prima, del potere di incidere unilateralmente sull'assetto e sull'insistenza dello steso rapporto.

Come sopra accennato, la scelta del legislatore di definire la concessione di opere pubbliche come “contratto” si giustifica, al contrario, con l'intenzione di quest'ultimo di dare maggiore rilevanza alla natura contrattuale di tale rapporto concessorio. In linea con questa finalità, per il caso di inadempimento dell'amministrazione concedente e, soprattutto, per l'ipotesi di revoca del rapporto concessorio, il legislatore è infatti intervenuto a tutela dei soggetti privati non sopprimendo i poteri autoritativi dell'amministrazione ma disciplinando le conseguenze patrimoniali.

Ci si riferisce all'art. 37 *septies*, che in caso di revoca della concessione per motivi di interesse pubblico o comunque in caso di risoluzione del contratto per fatto della Pubblica Amministrazione, prevede che la Pubblica Amministrazione paghi, a titolo risarcitorio, le seguenti somme:

- *“il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario”* (lettera a), primo comma);

- *“le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione”* (lettera b), primo comma);

- *“un indennizzo, a titolo del risarcimento del mancato guadagno, pari al 10% del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario”* (lettera c), primo comma)

Con norma introdotta a tutela dei finanziatori (sottoscrittori del capitale di debito), l'art. 37 *septies*, comma 2, prevede che le somme così rimborsate al concessionario sono vincolate a soddisfare prioritariamente i crediti dei finanziatori del progetto. Di conseguenza sono vincolate a tale destinazione e sono indisponibili per il concessionario fino a quando i crediti non siano soddisfatti.

Inoltre, l'ultimo comma, una sorta di “clausola penale”, destinata anche essa prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori, prevede che, fino al pagamento delle somme così dovute, non abbia efficacia l'eventuale revoca della concessione.

Nulla essendo poi specificatamente previsto nel caso in cui il concessionario abbia subito maggiori danni, pare sostenibile che lo stesso possa richiedere in via giudiziaria gli eventuali ulteriori danni ove esistenti. La norma in commento pare essere estremamente favorevole al Promotore che subisca la revoca o che si veda costretto a risolvere il contratto ed appare senz'altro promozionale per il Promotore.

IL C.D. *STEP-IN RIGHT*

Occorre tenere presente che la garanzia dei finanziatori nelle operazioni di Project Finance si rivolge più che al patrimonio del soggetto finanziato alla redditività del progetto da cui dipende il rimborso dei prestiti. In quest'ottica si colloca il c.d. *step-in right* con cui i finanziatori acquistano la facoltà, in caso di *default* del soggetto

finanziato, di intervenire, prima che l'andamento del progetto sia irrimediabilmente compromesso, assumendone il controllo diretto o delegando un soggetto di fiducia.

Appare evidente che il legislatore ha inteso, attribuendo ai finanziatori una tale facoltà, rimuovere gli ostacoli posti dalla normativa in tema di opere pubbliche alla operatività dello step-in right (in assenza di una espressa previsione in tal senso, infatti, il subentro dei finanziatori, o del soggetto da questi ultimi designato avrebbe configurato una violazione del divieto assoluto di cessione del contratto di appalto di opere pubbliche).

L'art. 37 *octies* prevede espressamente che: *“in tutti i casi di risoluzione di un rapporto concessorio per motivi attribuibili al soggetto concessionario, gli enti finanziatori del progetto potranno impedire la risoluzione designando, entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione scritta da parte del concedente dell'intenzione di risolvere il rapporto, una società che subentri nella concessione al posto del concessionario e che verrà accettata dal concedente a condizione che: a) la società designata dai finanziatori abbia caratteristiche tecniche e finanziarie sostanzialmente equivalenti a quelle possedute dal concessionario all'epoca dell'affidamento della concessione; b) l'inadempimento del concessionario che avrebbe causato la risoluzione cessi entro i novanta giorni successivi alla scadenza del termine di cui all'alinea del presente comma ovvero in un termine più ampio che potrà essere eventualmente concordato tra il concedente e i finanziatori”*.

L'ipotesi di subentro sopra descritta può certamente essere configurata quale cessione del contratto di concessione attesa la necessità dell'accettazione da parte dell'ente concedente. Essa, pertanto, comporta la completa successione a titolo particolare del soggetto designato nei rapporti attivi e passivi tra concessionario e amministrazione concedente.

In relazione all'accettazione da parte dell'amministrazione concedente, infine, l'accento viene posto dal legislatore sul concetto di “sostanziale equivalenza”. Come si è correttamente osservato in dottrina, occorre rilevare che, poiché equivalenza non significa necessariamente identità, è sufficiente che le condizioni del soggetto chiamato a subentrare nel progetto siano omogenee a quelle oggetto di valutazione in sede di aggiudicazione e coerenti con la situazione al momento del subentro.

CONCLUSIONI(testo approvato dall'Assessore Fragai)

Agostino FRAGAI, Regione Toscana, Assessore alle Riforme istituzionali e al rapporto con gli Enti locali, federalismo, attuazione dello Statuto. Rapporti con gli Enti locali, con le aree e le città metropolitane. Rapporti con i cittadini e promozione della partecipazione. Rapporti con le professioni.

Saluto di introduzione ai lavori

Premesso che le competenze professionali dei funzionari pubblici sono un utile strumento per le scelte politiche, mio compito è quello di mettere in relazione le vostre conoscenze con le opportunità politiche, al fine di contribuire alla predisposizione di un quadro normativo chiaro, efficiente ed efficace.

E' forse vero che noi italiani abbiamo più difficoltà di altri (o siamo restii) ad affrontare il tema della liberalizzazione del mercato. Se questo può essere vero in taluni settori, non sembra però altrettanto valido per il settore degli appalti. In questo campo, analoghe riserve appaiono esserci in Austria, in Francia e altrove. Il nostro atteggiamento in parte dipende dal fatto che il nostro sistema di servizi è più frammentato, abbiamo meno grandi imprese. Altri Paesi , avendo imprese pubbliche di maggiori dimensioni e di più solida tradizione, riescono a proteggere i loro mercati in modo meno palese, ma non per questo meno efficace.

D'altra parte non può non considerarsi che nel corso degli ultimi due anni la sensibilità europea è cambiata. Si pensi, in proposito, all'arretramento o, quantomeno, alla battuta d'arresto sulla Costituzione europea, oppure il voto di ieri al Parlamento europeo sulla proposta di direttiva di liberalizzazione dei servizi, documento che probabilmente è fra le cause del "no" francese alla nuova Costituzione. Tutto ciò denota un rallentamento del processo di liberalizzazione dei mercati che influisce non solo sul settore pubblico: si pensi alle resistenze delle categorie interessate di fronte alla prospettiva di liberalizzazione delle libere professioni. Un rallentamento che comporta

una riflessione, perchè, se non c'è condivisione – e la politica si basa sul consenso –, anche le idee più innovative finiscono con l'incontrare barriere invalicabili.

Si è parlato di *fase transitoria*: come dobbiamo comportarci?

In materia di appalti ad esempio, in assenza di una normativa nazionale (con tutti i suoi limiti), che atteggiamento deve essere assunto dalle Regioni? La Regione Toscana è da tempo impegnata, in collaborazione con le forze sociali ed economiche, ad elaborare una normativa sugli appalti che affronti tra l'altro anche i temi della sicurezza sul lavoro e della trasparenza delle imprese: si tratta di una questione che non è dilazionabile nel tempo.

E' preferibile fare riferimento (o tener conto) direttamente alla normativa europea – come sembrava proporre il prof. De Caterini – o attendere prudentemente una disciplina (o regolamentazione) nazionale?

Nel dibattito politico nazionale, in vista dell'imminente scadenza elettorale, sulla questione dell'*in house* e dei servizi pubblici locali si sta delineando un approccio diverso per il servizio idrico, dove, al contrario di altri settori, si tende a preferire una gestione pubblica della rete e della distribuzione. Personalmente condivido questa posizione, pur se non completamente, ma sono anche convinto che, collocando il tema delle risorse idriche su uno scenario diverso, si apra una questione politica – nazionale, non regionale – di primaria importanza. Vediamo così che ci sono scelte di fondo che vanno ben al di là della norma giuridica.

Altra questione: di quanto tempo potranno disporre le aziende pubbliche locali per adeguarsi? Per essere cioè una vera società "*in house*" (e vedersi quindi assegnare la gestione del servizio con un procedimento amministrativo) oppure una vera società per azioni, sia pure a capitale pubblico (consapevole quindi di dover affrontare la concorrenza, partecipando ad una gara pubblica, per ottenere la gestione del servizio)?

La fissazione di un termine congruo, ma non dilatorio, per effettuare la scelta sarebbe utile non solo al Paese, ma alle stesse aziende, stimolate a scegliere fra continuare ad essere dei nani economici o trasformarsi in strutture più consistenti capaci di affrontare il mercato.

Un'altra considerazione che mi preme sottolineare è quella della scelta tra federalismo e centralismo. Al di là del tentativo in corso di dare un ulteriore impulso alla "*devolution*", si denota una prevalente inclinazione (trasversale ai due schieramenti

politici) a tornare al centralismo. Io non condivido questa posizione, considerando le precedenti esperienze di gestione centralizzata avutesi nel nostro Paese. Questo approccio può avere un senso in alcune realtà, come quella francese, dove lo Stato è forte e ben organizzato, ma non certo in Italia.

Ciò non toglie che abbiamo bisogno di rilanciare una politica delle Regioni molto più efficace ed anche “concertata”. Ciò non significa auspicare venti leggi regionali sugli appalti pubblici (prospettiva che spaventerebbe chiunque), bensì, al contrario, incitare le Regioni a coalizzarsi nelle sedi istituzionali e a collaborare con il Governo centrale al fine di elaborare un testo comune che rispecchi e risponda alle esigenze, e consenta una corretta attuazione delle “direttive appalti”. Questa è una posizione che non implica una rinuncia alla propria autonomia da parte delle Regioni. La collaborazione e la concertazione tra le autorità politiche consentono di individuare e rispondere alle esigenze dell’opinione pubblica sia a livello regionale che nazionale. In sintesi, quello che intendo sottolineare è l’importanza della cooperazione istituzionale in alternativa alla devolution e al centralismo. La realizzazione di venti leggi regionali non è l’unica strada percorribile, come non lo è quella di un ritorno centralistico: c’è anche la via dell’effettiva *cooperazione istituzionale*.

Concludo con una riflessione ed un’esortazione, rivolte in particolare ai miei funzionari regionali. Pur in questa cornice d’incertezza o di tentazioni centralistiche, rimane il fatto che noi abbiamo una Costituzione vigente, rinnovata nel suo titolo V°, che ha aperto significativi spazi alla potestà legislativa regionale. Occorre sfruttarli operando in modo serio, non provocatorio, calcolando il rischio normativo, ma senza lasciarsene intimorire. Bisogna interpretare dinamicamente il ruolo legislativo regionale, predisponendo normative e avvalendosi anche del ruolo della giurisprudenza che può chiarire il significato delle norme attraverso le sue sentenze. Politica e strutture tecniche possono infatti cooperare per costruire legislazioni regionali in qualche modo anticipatorie di un quadro diverso. E ciò senza sentirsi condannati ad attendere una normativa centrale che magari non arriva o che, se arrivasse, finirebbe con l’aumentare i problemi anziché risolverli.

Ugo Bassi, Commissione europea, Capo Unità “Concezione e applicazione del diritto degli appalti pubblici II”

Debbo proprio congratularmi con gli organizzatori di questo seminario che sono riusciti a far schierare ‘intera “ Direzione “Appalti pubblici” della Commissione, a cominciare dal suo Direttore il dott. Carsin , mobilitata ad illustrare e fornire chiarimenti sul recente “ pacchetto legislativo” di fronte a coloro che saranno chiamati a darvi applicazione in ben quattro Regioni italiane, tra le più attente e sensibili al “ verbo comunitario”.

Certo si tratta di temi di grande complessità, che mal si prestano ad essere chiarite nell’arco di un solo incontro e che presentano zone d’ombra per gli stessi funzionari comunitari. Comunque i servizi della Commissione, nella misura possibile e compatibilmente con i propri impegni (e benché ciò non rientri nei loro compiti istituzionali), sono disponibili a continuare il dialogo, soprattutto in questo periodo di “ rodaggio” della nuova disciplina ed a fornire risposte a quesiti concreti e specifici in modo da rendere più agevole il lavoro delle stazioni appaltanti.

Materia difficile, dunque, che pone molte domande, ma non altrettante risposte.

Un esempio può essere costituito dalla tradizionale questione dell’in house.

In merito si comincia ad avere qualche certezza quanto alla lettura da dare alle varie sentenze, con cui la Corte di Giustizia, ponendo i tasselli della propria interpretazione di un fenomeno che – è bene ricordarlo – non è contemplato da alcuna disposizione comunitaria.

Si tratta quindi di una questione giurisprudenziale: volendo riassumere in maniera brutale i principi posti dalla Corte nelle più recenti sentenze, si può cominciare a parlare di “ in house” solo a partire da una situazione di azionariato pubblico pari al 100% del capitale sociale.

Piaccia o no questa è la posizione della Corte e tale sembra essere destinata a rimanere , salvo ripensamenti del legislatore comunitari, sempre possibili anche in materia così delicata.

Una posizione che può essere criticata sotto il profilo politico, ma che, perlomeno, ha il merito della chiarezza: a noi ci ha tolto un pò di problemi anche se ne ha creati altrettanti per voi che siete obbligati a tenerne conto.

Entro l'anno è in calendario una comunicazione della Commissione sul Partenariato Pubblico Privato , che comprenderà sicuramente una parte dedicata ad illustrare tali principi. Ma non è lecito aspettarsi novità in materia: la comunicazione mira semplicemente ad illustrare come la Commissione legge la giurisprudenza della Corte.

Altro è considerare e valutare in che modo, in che tempi, con quale rigidità la Commissione stessa si preoccuperà di esigere l'applicazione di questi principi rispetto a situazioni pregresse, a contratti che devono essere rispettati. Ciò che è sicuro è che la Commissione, nella condizione in cui si trova oggi, non può fare altro che far rispettare rigidamente questi principi per tutto quello che riguarda il futuro. Per il passato non si potrà che procedere caso per caso, tenendo conto di tutti gli elementi di fattispecie inevitabilmente complesse.

Ma , più in generale, il momento che stiamo vivendo è veramente importante per il nostro settore. È il momento, infatti, della trasposizione in termini nazionali delle due direttive. Sappiamo che il termine è ormai trascorso, che molto lavoro è stato fatto. Un lavoro non facile perché si tratta di inserire nell'ordinamento nazionale un complesso sistema di norme, alcune delle quali non sono nuove, ma anche profondamente innovative, frutto dell'esperienza maturata in altri ordinamenti giuridici europei; come del resto è accaduto per una delle novità della riforma - la normativa in materia di acquisti centralizzati - largamente ispirata all'esperienza italiana, già da tempo consolidata.

Si pone ora il problema – giuridico, ma anche politico – di come trattare il ritardo con cui in molti Paesi membri (non solo Italia dunque) si sta procedendo al recepimento delle Direttive. Come sapete una volta trascorso inutilmente il termine impartito dalla Comunità per trasporle in diritto interno, scatta automaticamente con la costituzione in mora dello Stato inadempiente, l'avvio della procedura di infrazione. E'

possibile , quindi, ove il ritardo appaia destinato a protrarsi, che anche l'Italia sia destinataria dell'avvio di costituzione in mora.

Quello che conta però è lavorare bene per una trasposizione non conflittuale che sappia sfruttare al meglio tutti gli spunti e le opportunità che vengono offerti dalla legislazione comunitaria., nel rispetto – ovviamente – della cultura, delle realtà e delle necessità nazionali.

La trasposizione delle Direttive in diritto interno è veramente un momento fondamentale nella vita delle disposizioni in esse contenute. Anche se si tratta di una disciplina molto dettagliata, rimangono, infatti, numerosi ed importanti spazi aperti all'iniziativa legislativa nazionale sui quali questa potrà esercitarsi, come ho appena detto – in funzione della realtà giuridica delle necessità, dell'indirizzo politico, dominante in ciascuno Stato Membro.

Molte delle questioni che ho sentito evocare –rapporto tra “proponente” e “promotore”, limiti alla possibilità di ricorrere all'avvalimento etc. – sono del resto destinate a rimanere aperte fino a quando le Direttive non saranno state recepite: solo allora si potrà avere la percezione completa dell'intero quadro normativo, frutto della collaborazione fra il legislatore comunitario e nazionale.

Si è parlato di disposizioni direttamente efficaci e di altre che invece necessiterebbero del completamento nazionale ed ho sentito che con una Direttiva Giunta la Regione Toscana ha elencato le disposizioni da ritenere immediatamente efficaci. Iniziativa lodevolissima e non isolata: anche in Germania, a livello federale, una comunicazione interpretativa di analogo contenuto ha inteso facilitare l'operato della stazioni appaltanti in questa fase delicata di tesa della normativa nazionale di recepimento.

Ma si tratta pur sempre del frutto di una interpretazione, che per quanto possa apparire autorevole, rimane comunque nulla di più di una semplice interpretazione, suscettibile di essere smentita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. E neppure la Commissione può andare al di là della propria interpretazione: l'ultima parola – trattandosi per di più di un principio di origine giurisprudenziale – spetta sempre alla Corte. Anche in questo caso però solo a recepimento avvenuto, solo dopo, cioè che il legislatore nazionale avrà a sua volta “ interagito” con il testo comunitario, si potrà ragionare in piena cognizione di causa per ciascuno Stato membro, in termini di

efficacia diretta delle singole disposizioni comunitarie e di margini effettivi di manovra lasciati al legislatore nazionale.

L'auspicio non può essere quindi – lo ribadisco – che quello di una trasposizione tempestiva, attenta e consapevole delle Direttive da parte di tutti gli Stati membri in modo che la normativa sugli appalti, così completa e perfezionata, possa andare finalmente a regime.

Post-fazione.

“*Staremo a vedere*”....così chiudeva il proprio intervento il Prof. De Caterini a proposito del ruolo e delle prerogative delle Regioni nel recepimento delle norme comunitarie. Ebbene, a distanza di circa otto mesi, molto è cambiato sotto il profilo formale rispetto alle problematiche e alle questioni poste in occasione del seminario di febbraio 2006, poco, invece, è cambiato sotto il profilo sostanziale.

Rispetto al termine di scadenza del 30.01.2006, in attuazione della delega rilasciata dal Governo con la legge comunitaria del 2004, il legislatore nazionale ha dato recepimento alle Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE con il Decreto legislativo del 12 aprile 2006 n.163.

Lo sforzo del legislatore comunitario di riordinare ed armonizzare in unica Direttiva i settori ordinari degli appalti di lavori servizi e forniture è stato raccolto ed amplificato dal legislatore nazionale che ha unificato l'intera disciplina degli appalti pubblici in un unico testo (appunto un “*Codice dei contratti pubblici*”) in cui è confluita sia la normativa relativa ai settori ordinari sia quella dei cd. “settori esclusi” di qualsiasi importo, sia sotto che sopra soglia.

Oltre che sotto il profilo della semplificazione ed armonizzazione, lo spirito della Direttiva è stato attuato dal legislatore nazionale con la trasposizione integrale delle novità delle direttive del 2004 sia in termini di modernizzazione di istituti preesistenti sia sotto il profilo della introduzione dei nuovi istituti del dialogo competitivo, delle centrali di committenza, dei sistemi dinamici di acquisizione, dell'uso generalizzato dell'accordo quadro e delle aste elettroniche.

Qualche perplessità suscita invece la versione nazionale del principio dell'avvalimento, la cui disciplina all'interno del codice ha confermato quanto anticipato nel corso del seminario in ordine ad una impostazione assai più rigida rispetto

a quella comunitaria, conseguente alla introduzione di prescrizioni e modalità operative che rischiano di svilire la portata dell'istituto.

Insieme con il principio dell'avvalimento, il Dlgs 163/06 ha dato attuazione ai principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, al contempo cogliendo l'occasione per correggere le norme interne oggetto di procedura di infrazione: ha codificato la equiparazione tra i criteri di aggiudicazione del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa; introdotto procedure selettive ispirate ai principi comunitari di trasparenza, concorrenza e proporzionalità per gli affidamenti di incarichi di progettazione sottosoglia; eliminato l'esclusione automatica delle offerte anomale per le procedure sottosoglia; confermato il diritto di prelazione del promotore e la possibilità di affidamento diretto dell'incarico di Direttore dei lavori al progettista solo per espressa previsione del bando di gara.

Tuttavia, rispetto ad un primo slancio verso la direzione illustrata a livello europeo, il decreto legge 173/2006, convertito dalla legge 228/2006 ha determinato la sospensione e conseguente applicazione differita al 1° febbraio 2007 di tutta una serie di istituti introdotti dal Dlgs 163/06: si tratta delle centrali di committenza, del dialogo competitivo e dell'accordo quadro limitatamente ai settori ordinari, l'appalto integrato, la procedura negoziata per i lavori pubblici e l'avvalimento, quest'ultimo con esclusivo riferimento alla disposizione che mira a regolamentare lo specifico profilo dei rapporti tra impresa avvalente e avvalsa.

Volendo cercare di sistematizzare l'insieme delle previsioni, va sottolineato che mentre per gli istituti per i quali non esisteva un previgente regime normativo (centrali di committenza, dialogo competitivo e accordo quadro) si tratta di un semplice slittamento della loro entrata in vigore, per gli altri, invece, la legge 228/2006 ha configurato la cosiddetta reviviscenza di norme precedentemente abrogate, con il rischio di creare non poche confusioni tra gli operatori.

A ciò si aggiungano i problemi (anticipati ma ahimé purtroppo ancora attuali) legati allo scontro tra Regioni e Governo sul Codice degli appalti.

Infatti l'art.4 del dlgs 163/06 individua ai commi 2 e 3 gli ambiti entro cui può trovare applicazione rispettivamente la competenza legislativa regionale concorrente (comma 2) e la competenza legislativa esclusiva (comma 3).

La ripartizione adottata dal Codice costituisce un riferimento particolarmente significativo proprio alla luce delle difficoltà di definire il riparto di competenze normative tra Stato e Regioni nel settore degli appalti pubblici.

Nel dettaglio, le previsioni dell'articolo 4 individuano al comma 3 i profili su cui vi sarebbe una competenza esclusiva dello Stato. Tali profili riguardano: qualificazione e selezione dei concorrenti; procedure di affidamento con esclusione degli aspetti relativi all'organizzazione amministrativa; criteri di aggiudicazione; subappalto; poteri dell'Autorità dei lavori pubblici; progettazione e piani di sicurezza, stipulazione ed esecuzione dei contratti, compresi direzione lavori, contabilità e collaudo; contenzioso.

Lo stesso art. 4 individua, invece, i seguenti profili per i quali sussisterebbe una competenza legislativa concorrente delle Regioni: programmazione dei lavori pubblici, approvazione dei progetti a fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro.

Contro una ripartizione siffatta si è acceso lo scontro tra Stato e Regioni che ha dato luogo ad una lunga serie di impugnative presentate dalle autonomie contro il Dlgs 163/06: Abruzzo, Lazio, Piemonte, Toscana, P.A. Trentino e Veneto hanno impugnato il Codice Appalti dinanzi alla Corte costituzionale per lesione della potestà legislativa residuale delle Regioni, della potestà regionale di immediata attuazione delle direttive UE, della potestà regolamentare regionale.

Passata l'ondata delle impugnative regionali, è ora lo Stato a mettere sotto accusa la Legge regionale campana 12/2006 che disciplina gli appalti di forniture servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria e di lavori pubblici di qualunque importo, accusata di difformità e sconfinamento della legge regionale rispetto alla normativa statale.

Intanto la Corte Costituzionale ha fissato l'udienza pubblica per l'esame dei ricorsi regionali al 23 ottobre 2007..... staremo a vedere!