

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Bruxelles, 3/5/2005

SEC(2005) 629

**DOCUMENTO DI LAVORO DELLO STAFF DELLA  
COMMISSIONE**

**RAPPORTO SULLA CONSULTAZIONE PUBBLICA SUL  
LIBRO VERDE RELATIVO AI PARTENARIATI PUBBLICO-  
PRIVATI ED AL DIRITTO COMUNITARIO DEGLI APPALTI  
PUBBLICI E DELLE CONCESSIONI**

## INDICE

1. Introduzione
2. Osservazioni generali sulla consultazione
3. Sommario
- 3.1 Iniziativa “orizzontale” sul PPP
- 3.2 Selezione del partner privato
- 3.3 Il quadro contrattuale per il PPP
- 3.4 Il subappalto
- 3.5 I PPP istituzionalizzati
- 3.6 Le barriere percepite all’introduzione del PPP
- 3.7 Riflessione collettiva
4. Principali risultati della consultazione pubblica
- 4.1 Adeguatezza della procedura del Dialogo Competitivo per la selezione dei partner privati per il PPP
- 4.1.1 Campo di applicazione del Dialogo Competitivo
- 4.1.2 Preoccupazioni circa la tutela della riservatezza
- 4.1.3 Mancanza di flessibilità del Dialogo Competitivo
- 4.1.4 Richiesta di compenso per gli offerenti non prescelti
- 4.1.5 Necessità di una guida all’applicazione del Dialogo Competitivo
- 4.1.6 Opinioni circa l’applicazione della procedura negoziata
- 4.2 Selezione dei partner privati per PPP contrattuali
- 4.2.1 Problemi connessi ai PPP contrattuali ai sensi del diritto comunitario degli appalti pubblici
- 4.2.2 Necessità di iniziative legislative a livello comunitario circa l’affidamento della concessione
- 4.2.2.1 Esperienza pratica di procedure di affidamento di concessioni
- 4.2.2.2 Sostegno generale ad una iniziativa comunitaria sulle concessioni
- 4.3 PPP di iniziativa privata
- 4.3.1 Accessibilità di operatori non nazionali a progetti PPP di iniziativa privata
- 4.3.2 Proposte circa la formula migliore per incoraggiare PPP di iniziativa privata nell’Unione europea

- 4.4 Il quadro contrattuale per il PPP
  - 4.4.1 Esperienze e raccomandazioni per la fase successiva alla selezione di partner privati
  - 4.4.2 Condizioni di esecuzione: nessun effetto discriminatorio
    - 4.4.2.1 Osservazioni generali
    - 4.4.2.2 Durata dei PPP
    - 4.4.2.3 Aggiornamenti dei PPP di lunga durata
  - 4.4.3 Opinioni circa gli effetti potenzialmente discriminatori delle pratiche di valutazione delle offerte
  - 4.4.4 Accordi di (subentro)step-in: indispensabili per il finanziamento dei PPP
  - 4.4.5 Nessuna necessità di chiarire taluni aspetti del quadro contrattuale dei PPP a livello comunitario
- 4.5 Subappalti
  - 4.5.1 Problemi connessi ai subappalti
    - 4.5.1.1 Quadro d'insieme
    - 4.5.1.2 Problemi connessi al controllo della prestazione di servizi pubblici
    - 4.5.1.3 Problemi connessi alla posizione dei subappaltatori
    - 4.5.1.4 Incertezze circa il diritto comunitario applicabile
    - 4.5.1.5 Altri problemi connessi ai subappalti
  - 4.5.2 Chiara opposizione a norme più dettagliate in materia di subappalti
    - 4.5.2.1 Argomentazioni contro un'estensione delle procedure di gara ai subappalti
    - 4.5.2.2 Proposte di norme più dettagliate sui subappalti
  - 4.5.3 Maggioranza contraria ad una iniziativa supplementare a livello comunitario per chiarire o rettificare le norme sui subappalti
- 4.6 PPP istituzionalizzati
  - 4.6.1 Opinioni circa il rispetto, nella creazione dei PPP istituzionalizzati del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni
  - 4.6.2 Opinioni divergenti sulla modalità, piuttosto che sulla necessità, di una iniziativa comunitaria sui PPP istituzionalizzati
    - 4.6.2.1 Quadro d'insieme
    - 4.6.2.2 Opinioni a favore di una iniziativa comunitaria sui PPP istituzionalizzati
    - 4.6.2.3 Opinioni contrarie ad una iniziativa comunitaria sui PPP istituzionalizzati

- 4.7 Misure e pratiche percepite come barriere all'introduzione dei PPP
- 4.8 Necessità di una riflessione collettiva a livello comunitario in relazione ai PPP
  - 4.8.1 Opinioni sul possibile campo di applicazione di una riflessione collettiva a livello comunitario
  - 4.8.2 Opinioni sulla forma di una riflessione collettiva sui PPP a livello comunitario
  - 4.8.3 Argomentazioni contro una riflessione collettiva a livello comunitario

## 1. INTRODUZIONE

Il 30 aprile 2004 la Commissione adottava il Libro Verde relativo al Partenariato Pubblico-Privato ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni<sup>1</sup> (Libro Verde sui PPP). Scopo del Libro Verde sul PPP era il lancio di un dibattito per accertare la necessità per la Comunità di intervenire onde offrire agli operatori economici degli Stati membri un migliore accesso alle varie forme di partnership di tipo pubblico-privato in condizioni di certezza giuridica e di effettiva concorrenza. Il Libro Verde descrive quindi le modalità di applicazione delle norme e dei principi derivanti dal diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, nella fase in cui viene selezionato un partner privato, per la durata del contratto e per i differenti tipi di PPP. Il Libro Verde pone, inoltre, una serie di domande su come queste norme e principi funzionano in pratica, in modo che la Commissione possa stabilire se sono sufficientemente chiari e adeguati ai requisiti ed alle caratteristiche del PPP. La Commissione ha invitato tutte le parti interessate a inviare i loro commenti su 22 domande, tramite posta o per posta elettronica entro il 30 luglio 2004.

In linea con i principi e gli standard generali della Commissione circa la consultazione delle parti interessate<sup>2</sup>, questo rapporto analizza i contributi ricevuti da Stati membri, pubbliche autorità, associazioni europee e nazionali, imprese e persone fisiche pubbliche e private.

Obiettivo del rapporto è quello di sintetizzare le idee, le opinioni ed i suggerimenti avanzati. Il rapporto si propone di individuare, il più obiettivamente possibile, le principali tendenze, opinioni e problematiche espresse nei contributi. Inoltre, per garantire trasparenza, tutti i contributi inviati elettronicamente e senza riserve circa la loro pubblicazione sono stati pubblicati integralmente sul sito web della Direzione Generale per il Mercato Interno e i Servizi (DG MARKT)<sup>3</sup>.

Il rapporto è articolato nel modo seguente: a questa introduzione (1) fanno seguito alcune osservazioni generali sulla consultazione (2), un sommario (3) e l'analisi dettagliata dei commenti ricevuti (4). La struttura dell'analisi dettagliata segue l'ordine dei quesiti enunciati nel Libro Verde sul PPP. A causa della natura particolarmente tecnica dei commenti al quesito 1 ("Quali tipi di operazioni di PPP puramente contrattuali conoscete? Queste operazioni sono oggetto di specifica supervisione (legislativa o di altro tipo) nel vostro paese?") e al quesito 21 ("Siete a conoscenza di altre forme di PPP sviluppate in paesi al di fuori dell'Unione? Conoscete esempi di "buone pratiche" in questo contesto, che possano servire da modello per l'Unione? Se sì, si prega di specificare"), tali commenti non sono stati inseriti in questo rapporto, ma saranno analizzati in una fase successiva sul sito web della DG MARKT.

Non è stato giudicato conveniente indicare il numero esatto in termini di "voti" espressi dagli interessati a favore o contro l'una o l'altra posizione. Da un lato, non sempre facilmente e non su tutti gli aspetti si sono potuti attribuire i contributi ad una o all'altra posizione. Dall'altro lato, l'indicazione di numeri esatti sui vari quesiti avrebbe anche potuto essere fuorviante, dato che alcune imprese dello stesso settore e con gli stessi interessi hanno espresso individualmente una posizione pressoché identica, invece di inviare un unico contributo coordinato attraverso la loro associazione (come in effetti avevano fatto molte altre imprese). Non è quindi necessario evidenziare la valutazione numerica delle opinioni di tali contributi dato che sono indicate solo tendenze generali.

Il rapporto non mira a trarre conclusioni politiche dal processo di consultazione in quanto tale. La Commissione intende presentare le sue conclusioni nella seconda metà del 2005.

---

<sup>1</sup> COM(2004) 327, 30/4/2004.

<sup>2</sup> Verso una cultura consolidata di consultazione e dialogo – Principi generali e standard minimi per la consultazione delle parti interessate da parte della Commissione. Comunicazione della Commissione, COM(2002) 704, 11/12/2002.

<sup>3</sup> [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/publicprocurement/ppp\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm).

## 2. OSSERVAZIONI GENERALI SULLA CONSULTAZIONE

In totale la Commissione ha ricevuto 195 risposte alla lista di domande inserita nel Libro Verde sul PPP. Hanno contribuito per iscritto alla consultazione governi o singoli ministeri di Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Italia, Lituania, Olanda, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Slovacchia, Spagna e Svezia, 15 autorità pubbliche dei suddetti Stati membri, 111 associazioni che riuniscono soggetti privati e/o pubblici, 38 imprese e 13 persone fisiche. Nessun contributo, da parte di autorità statali o di privati, è pervenuto da Cipro, Estonia, Grecia, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Slovenia e Ungheria. Da segnalare il notevole numero di contributi da parte di Germania, Francia, Regno Unito, Austria e Italia. Un gran numero di associazioni europee ha contribuito in maniera davvero significativa a questa consultazione.

Sia il Comitato Economico e Sociale Europeo<sup>4</sup> sia il Comitato delle Regioni<sup>5</sup> hanno espresso opinioni sul Libro Verde sul PPP. Nessuna opinione sul Libro Verde è stata finora espressa dal Parlamento Europeo.

La Commissione ha ricevuto inoltre 3.300 lettere standard o brevi note da persone fisiche, soprattutto di origine tedesca. Queste lettere esprimevano perplessità su eventuali iniziative per la liberalizzazione delle forniture idriche.

## 3. SOMMARIO

### 3.1 Iniziativa orizzontale sulle PPP

**Un' esigua maggioranza di partecipanti alla consultazione** è esplicitamente contraria ad una iniziativa "orizzontale" sul PPP a livello comunitario. Per contro, **molti degli interessati esprimono sostegno a favore di una iniziativa orizzontale sul PPP**, sotto forma di strumento vincolante o non vincolante. Una tale iniziativa viene proposta allo scopo di chiarire almeno gli aspetti seguenti: norme procedurali generalmente applicabili, chiara definizione dei PPP, principi generali e pubblicazione preventiva obbligatoria dei bandi di gara.

### 3.2 Selezione del partner privato

Molti partecipanti ritengono che la trasposizione nelle legislazioni nazionali della nuova procedura d'appalto, nota come **dialogo competitivo**, darà alle parti interessate una procedura particolarmente adeguata all'aggiudicazione di contratti qualificati come appalti pubblici, salvaguardando al tempo stesso i diritti fondamentali degli operatori economici. Tuttavia, un'ampia maggioranza di interessati segnala problemi pratici legati all'applicazione di questa procedura e chiede alla Commissione di fornire chiarimenti.

Nonostante la percezione generalmente positiva del quadro giuridico comunitario esistente, **una netta maggioranza di partecipanti è a favore di una qualche forma di iniziativa comunitaria nel settore delle concessioni**, che chiarisca definizioni e principi basilari della procedura di affidamento. Il numero dei partecipanti favorevoli a disposizioni normative su questo aspetto è all'incirca pari al numero dei fautori di un qualche tipo di "Linee guida" circa le norme applicabili all'affidamento delle concessioni.

---

<sup>4</sup> Opinione contenuta nel Libro Verde sulla Partnership di tipo Pubblico-Privato e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, Bruxelles, 27-28 ottobre 2004, CESE 1440/2004.

<sup>5</sup> Opinione del Comitato delle Regioni del 17 novembre 2004 nel Libro Verde sulla Partnership di tipo Pubblico-Privato e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (COM(2004) 327 finale), ECOS-037.

La grande **maggioranza** dei partecipanti è **convinta che agli operatori non nazionali è garantito l'accesso a programmi PPP ad iniziativa privata** e che è da ritenersi adeguata la pubblicità su tali programmi destinata a tutti gli operatori interessati. Un gran numero di partecipanti, tuttavia, si esprime a favore di una **qualche forma di incoraggiamento dei PPP di iniziativa privata**.

### **3.3 Il quadro contrattuale per i PPP**

**Pochi fra i partecipanti segnalano condizioni di esecuzione tali da avere effetti discriminatori** o da costituire una barriera ingiustificata alla libertà di fornitura di servizi o alla libertà di stabilimento. Né sono molti di più i partecipanti che **citano esempi di effetti discriminatori di pratiche per la valutazione delle offerte**. Di conseguenza, **la grande maggioranza dei partecipanti non è favorevole ad una iniziativa comunitaria in merito al quadro contrattuale per i PPP**.

### **3.4 Subappalti**

**Una maggioranza significativa di partecipanti non rileva problemi in relazione ai subappalti e si esprime contro nuove iniziative in questa materia**. Per contro, un gran numero di contributi riporta problemi relativi ai subappalti, compresi il ridotto controllo pubblico esercitato dalle autorità sui subappaltatori, la difficile posizione dei subappaltatori rispetto agli appaltatori principali e le incertezze su quali siano le norme comunitarie applicabili.

### **3.5 I PPP istituzionalizzati**

**Non vi è accordo circa l'effettiva osservanza o meno del diritto comunitario sugli appalti pubblici e sulle concessioni** nella creazione di joint venture tra imprese pubbliche e imprese private per realizzare progetti infrastrutturali o per fornire servizi pubblici (PPP istituzionalizzati, o IPPP). Molti deplorano la **manca di certezza giuridica a livello comunitario** circa le relazioni fra amministrazioni aggiudicatrici ed altre parti, relazioni talmente strette da essere considerate relazioni fra soggetti non distinti giuridicamente l'uno dall'altro ("**relazioni in-house**").

Una **chiara maggioranza di partecipanti si dichiara a favore di iniziative a livello comunitario** allo scopo di chiarire o definire gli obblighi delle amministrazioni aggiudicatrici relativamente alle condizioni per un invito di gara tra operatori potenzialmente interessati ad un PPP istituzionalizzato. La maggioranza di chi è favorevole ad una iniziativa comunitaria, preferirebbe che la Commissione, quanto meno in una fase iniziale, fornisca "linee guida" o qualche altro tipo di chiarimento circa l'applicazione delle norme esistenti sugli appalti pubblici alla costituzione di PPP istituzionalizzati. Altri partecipanti favorevoli ad un'iniziativa comunitaria sostengono che misure legislative a livello comunitario sarebbero la risposta adeguata alle difficoltà percepite su questa trama.

### **3.6 Barriere percepite all'introduzione di PPP**

Vari partecipanti **considerano l'esistenza di norme tanto numerose e tanto rigide come un ostacolo** allo sviluppo del PPP. In particolare, i partecipanti del settore pubblico, ma anche varie imprese e associazioni private, lamentano il fatto che le norme comunitarie, nazionali e locali applicabili al PPP limitano la flessibilità necessaria per elaborare tali progetti. Un altro importante aspetto che molti partecipanti sospettano possa ostacolare lo sviluppo del PPP riguarda i co-finanziamenti. Ue secondo le politiche regionali comunitarie.

### **3.7 Riflessione collettiva**

I partecipanti alla consultazione esprimono un **sostegno praticamente unanime ad una riflessione collettiva sulle problematiche del PPP a livello comunitario**. Secondo un gran numero di partecipanti, l'obiettivo di una simile riflessione collettiva dovrebbe essere lo scambio di informazioni sulle "buone pratiche". A tale scopo la maggioranza dei contributi è a favore della creazione di un'Agenzia europea per i PPP, di un Centro ricerche di eccellenza e di un Centro di documentazione o di un Osservatorio. La maggior parte dei partecipanti alla consultazione si aspettano che la Commissione prenda una iniziativa in tal senso.

#### Opinioni dei partecipanti sugli aspetti essenziali

<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Iniziativa orizzontale PPP</b></li> </ul>	<p><b>Leggera maggioranza</b> esplicitamente contraria a una iniziativa "orizzontale" PPP a livello comunitario</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Concessioni</b></li> </ul>	<p><b>Chiara maggioranza a favore</b> di una iniziativa comunitaria circa l'affidamento, che chiarisca definizioni e norme comunitarie applicabili. <b>Nessun consenso</b> sulla forma di una tale iniziativa.</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>PPP istituzionalizzati</b></li> </ul>	<p><b>Chiara maggioranza a favore</b> di un'iniziativa comunitaria sui PPP istituzionalizzati, che chiarisca le norme comunitarie applicabili ed i limiti dell'esenzione ( in house). <b>Nessun consenso</b> sulla natura di una tale iniziativa.</p>



#### 4. PRINCIPALI RISULTATI DELLA CONSULTAZIONE PUBBLICA

##### 4.1 Adeguatezza della procedura del Dialogo Competitivo per la selezione dei partner privati nel PPP

###### Domanda n. 2 del Libro Verde sul PPP

###### Domanda

*A giudizio della Commissione, nel contesto di un PPP puramente contrattuale, il recepimento nel diritto nazionale della procedura del dialogo competitivo darà alle parti interessate una procedura particolarmente adeguata all'aggiudicazione di contratti qualificati come appalti pubblici, salvaguardando al tempo stesso i diritti fondamentali degli operatori economici. Condivide questo punto di vista? Se no, perché?*

###### Principali opinioni dei partecipanti

- **Molti partecipanti considerano il Dialogo Competitivo idoneo per l'aggiudicazione di contratti qualificati come appalti pubblici.**
- **Un'ampia maggioranza di partecipanti segnala problemi legati all'applicazione pratica della procedura, in particolare per quanto riguarda il suo ambito applicativo, la sua complessità, le implicazioni di costo e la necessità di garantire la riservatezza della proprietà intellettuale.**
- **La maggior parte dei partecipanti chiede alla Commissione di fornire chiarimenti su vari aspetti del Dialogo Competitivo.**

###### 4.1.1 *Ambito applicativo del Dialogo Competitivo*

Alcuni partecipanti sono a favore di una limitazione, altri di un'estensione del campo di applicazione della procedura del Dialogo Competitivo. Un numero significativo di partecipanti sottolinea il fatto che la procedura non si applica all'affidamento di concessioni di servizi, mentre secondo alcuni essa non è applicabile nemmeno ai PPP, inclusi quelli istituzionalizzati. La ragione più spesso addotta è che il Dialogo Competitivo non è abbastanza flessibile. Al contrario, uno dei partecipanti reputa il Dialogo Competitivo molto adatto per PPP non complessi, mentre due partecipanti alla consultazione chiedono specificamente che il Dialogo Competitivo sia applicato alla costituzione di PPP istituzionalizzati.

Molti partecipanti sono incerti circa il campo di applicazione del Dialogo Competitivo, laddove alcuni non riescono a cogliere chiaramente il confine tra questa procedura e la procedura negoziata. Uno studio legale afferma che le amministrazioni aggiudicatrici godono di troppa discrezionalità nell'interpretazione dei criteri che determinano l'eventuale applicazione del Dialogo Competitivo.

###### 4.1.2 *Preoccupazioni circa la tutela della riservatezza*

La maggior parte dei partecipanti esprime preoccupazione circa la possibilità per i protagonisti del Dialogo Competitivo di avere accesso a dati confidenziali. Questi partecipanti sottolineano il fatto che, in base all'Articolo 29(6), parte prima, della Direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici chiederanno ai partecipanti al dialogo di presentare le loro offerte finali sulla base della soluzione o delle soluzioni presentate e specificate durante il dialogo. Si afferma che questo potrebbe causare un trasferimento non autorizzato di dati costituenti proprietà intellettuale, comprese le idee innovative, da un offerente ai propri concorrenti. Le conseguenze di una tale pratica comportano la

perdita di benefici per i pubblici servizi indotti dall'innovazione. Molti partecipanti temono, inoltre, che le amministrazioni aggiudicatrici possano ricavare indebito profitto da tale know-how, senza alcun compenso per i candidati non prescelti.

#### *4.1.3 Mancanza di flessibilità del Dialogo Competitivo*

Vari partecipanti apprezzano la struttura del Dialogo Competitivo, in particolare il fatto che sia stata introdotta una procedura per fasi e che tutti gli aspetti del progetto siano potenzialmente aperti alla discussione nel corso della fase iniziale. Uno dei partecipanti prevede che l'introduzione del Dialogo Competitivo aumenterà il numero di PPP creati nel suo paese d'origine.

Per contro, molti partecipanti lamentano che il Dialogo Competitivo non fornisca il grado di flessibilità richiesto per negoziare grandi progetti complessi. Il Dialogo Competitivo è percepito come procedura particolarmente costosa per i concorrenti. Alcuni partecipanti giudicano il costo talmente alto da impedire una vera concorrenza, dato che solo un numero limitato di concorrenti – escluse le PMI – possono permetterselo.

In questo contesto, i partecipanti sono particolarmente preoccupati per le disposizioni del comma secondo dell'Articolo 29(6) della Direttiva 18/2004/CE, secondo le quali le offerte – una volta presentate come “finali” – possono essere (solamente) chiarite, specificate ed affinate, senza modifiche sostanziali. Ciò potrebbe obbligare gli offerenti a finalizzare molti dettagli dell'offerta prima di presentarla come offerta finale, prima cioè che il rispettivo offerente possa essere certo di aggiudicarsi il contratto. In base alla procedura del Dialogo Competitivo, gli offerenti esclusi si troverebbero così a sostenere l'intero costo dei consulenti incaricati di negoziare quasi per intero i termini di un contratto complesso fino alla fase della firma. Gli offerenti dovrebbero inoltre decidere su aspetti come la collocazione del personale e la preparazione della documentazione finanziaria e legale prima della presentazione dell'offerta finale, cosa che comporta un forte investimento per gli offerenti. Secondo vari partecipanti, un'altra argomentazione contro la formulazione di una proposta completa prima di avere la certezza di aggiudicarsi il contratto è che le banche sono riluttanti ad impegnarsi nella cosiddetta “due diligence” se non quando il cliente si sia assicurato il contratto.

A fronte di questo scenario, i rispettivi partecipanti sottolineano la necessità di concedere agli offerenti la libertà di modificare l'offerta finale dopo l'aggiudicazione del contratto. Se il Dialogo Competitivo non concede questa flessibilità, non può essere considerato – secondo questi partecipanti – idoneo per PPP complessi e questo potrebbe scoraggiare i possibili offerenti dal partecipare a simili procedure. Uno dei partecipanti aggiunge che i “chiarimenti” fatti dopo la selezione dell'offerente prescelto devono essere resi trasparenti onde evitare abusi. Un altro invita a non ricercare soluzioni diverse rispetto a quanto prescritto come essenziale nell'invito.

Allo scopo di ridurre il costo del Dialogo Competitivo, vari partecipanti sono a favore di una procedura che sia la più breve ed efficace possibile. A tal fine, due partecipanti affermano che le amministrazioni pubbliche devono comunicare chiaramente le loro necessità all'inizio della procedura, in modo da imporre scadenze ragionevoli per le varie fasi della procedura stessa e limitare a due il numero di candidati per la fase successiva al dialogo.

Mentre alcuni partecipanti affermano che le amministrazioni aggiudicatrici devono essere in grado di definire le specifiche tecniche in modo da assicurare la comparabilità delle offerte, altri riconoscono che è difficile specificare tutte le esigenze ed i requisiti nell'avviso iniziale di gara, visto che con molta probabilità saranno individuati altre necessità nel corso del dialogo. Più in generale, diversi partecipanti prevedono che le amministrazioni tenderanno a lasciare agli operatori privati il compito di definire gli elementi del progetto, perdendo in tal modo gradualmente la capacità di gestire grandi interventi. In questo contesto, uno dei partecipanti segnala che gli

offerenti potrebbero essere dissuasi dal partecipare ad una procedura d'appalto qualora le amministrazioni dessero l'impressione di avviare una tale procedura senza sapere realmente quello che vogliono.

#### *4.1.4 Richiesta di compenso per gli offerenti non aggiudicatari*

Molti partecipanti sono favorevoli ad un meccanismo che compensi gli offerenti che sono giunti alla fase finale ma non sono stati prescelti. Questi partecipanti sostengono che altrimenti i potenziali offerenti sarebbero scarsamente incentivati a sviluppare (costose) innovazioni tecniche col rischio che i loro concorrenti ne vengano a conoscenza. Uno dei partecipanti del settore pubblico afferma che un meccanismo di indennizzo per gli offerenti esclusi renderebbe il Dialogo Competitivo meno attraente per gli enti pubblici minori.

#### *4.1.5 Necessità di una Guida all'applicazione del Dialogo Competitivo*

Un numero sostanziale di partecipanti si pronuncia a favore dell'adozione di una Guida all'applicazione del Dialogo Competitivo. Uno degli aspetti che i partecipanti giudicano meritevole di chiarimento è se la presentazione delle offerte finali di cui all'Articolo 29(6) della Direttiva 18/2004/CE debba basarsi sulle soluzioni presentate individualmente da ciascun offerente – cosa che, per motivi di confidenzialità, è esplicitamente preferita da alcuni partecipanti – o su una soluzione proposta da un offerente, ipotesi gradita da coloro che invocano la comparabilità delle offerte, allo scopo di garantire parità di trattamento agli offerenti. A giudizio di vari partecipanti, altri aspetti che richiedono chiarimenti comprendono l'ambito di applicazione del Dialogo Competitivo, la necessità di compensare gli offerenti esclusi, la necessità di portare avanti il Dialogo Competitivo anche se, una volta iniziata la procedura, si scopra che il progetto in questione si qualifica come concessione, l'ampiezza della tutela della riservatezza e taluni termini enunciati nell'Articolo 29 della Direttiva 2004/18/CE quali "offerta economicamente più vantaggiosa" e "caratteristiche di base dell'offerta".

#### *4.1.6 Opinioni circa l'applicazione della procedura negoziata*

Nel richiedere un'applicazione flessibile delle regole che disciplinano il Dialogo Competitivo, vari partecipanti criticano la Commissione a causa di una interpretazione troppo restrittiva del campo di applicazione della procedura negoziata. La posizione della Commissione è giudicata tale da non produrre benefici in termini di trasparenza, apertura o riduzione al minimo delle barriere al libero commercio. Secondo vari partecipanti, è necessario un più agevole ricorso alla procedura negoziata, poiché l'attribuzione dei rischi economici e legali connessi al PPP richiede intensi negoziati durante tutte le fasi della procedura. In questo contesto, molti partecipanti mettono in dubbio la necessità del Dialogo Competitivo, che considerano priva di qualsiasi valore aggiunto se confrontata con la procedura negoziata.

## **4.2 Selezione dei partner privati per PPP contrattuali**

### *4.2.1 Problemi connessi ai PPP contrattuali in termini di diritto comunitario degli appalti pubblici*

### **Domanda n. 3 del Libro Verde sul PPP**

#### **Domanda**

*Nel caso di questi contratti (si tratta di PPP puramente contrattuali di cui alla Domanda n. 2), esistono secondo voi altri punti, oltre a quelli concernenti la selezione della procedura di aggiudicazione, che potrebbero causare problemi con riferimento al diritto comunitario degli appalti pubblici? Se sì, quali sono? Si prega di specificare.*

Principali opinioni dei partecipanti

- **I punti principali giudicati forieri di problemi in termini di diritto comunitario degli appalti pubblici includono la difficoltà di distinguere tra i vari tipi di appalti pubblici e concessioni e la conseguente incertezza circa l'idonea procedura di gara.**

A parere di vari partecipanti, i maggiori problemi connessi all'attuale meccanismo del PPP risiedono nella difficoltà di distinguere chiaramente i vari tipi di appalti pubblici e di concessioni secondo il diritto comunitario degli appalti pubblici e nella conseguente incertezza circa la scelta dell'opportuna procedura di gara.

Alcuni partecipanti sollevano il problema della precisione delle offerte: offerte poco accurate potrebbero favorire ingiustamente alcuni offerenti. Si citano al riguardo due situazioni. In una di esse, i partecipanti a procedure di appalto PPP calcolano le loro offerte in maniera poco corretta. Ciò in molti casi assicura loro l'aggiudicazione del contratto ma in seguito richiede una rinegoziazione delle condizioni. I partecipanti che hanno sollevato questo problema sostengono che un importante criterio di selezione delle offerte dovrebbe essere la loro affidabilità, così da assicurarsi che i partner privati siano in grado di attenersi al prezzo da essi offerto inizialmente. L'altra situazione è quella in cui vengono fatte previsioni di costo (troppo) ottimistiche, cosicché il prezzo indicato inizialmente è inferiore rispetto ai concorrenti. Anche in questo caso, qualora tali previsioni si rivelino inesatte durante l'esecuzione del contratto, quest'ultimo dovrà essere rinegoziato, con conseguente danno per l'ente pubblico e per i concorrenti. Uno dei partecipanti cita come esempio le stime di traffico in una certa area dalle quali dipende la convenienza o meno a realizzare un'autostrada. Per evitare simili problemi, si propone che le amministrazioni aggiudicatrici forniscano stime di riferimento circa gli effettivi sviluppi relativi al PPP.

Un altro punto sollevato da due partecipanti riguarda l'esclusione di fatto delle PMI dal processo di gara per le PPP. Più le amministrazioni aggiudicatrici unificano vari piccoli o medi progetti in un unico grande progetto, più sarà difficile per le PMI aggiudicarsi tali appalti o concessioni. Il Dialogo Competitivo<sup>6</sup>, con le sue articolazioni finanziarie per gli offerenti, è specificamente considerato svantaggioso per le PMI sotto questo aspetto.

Un problema sollevato da un buon numero di partecipanti nel contesto della procedura d'appalto per PPP riguarda il cambiamento nella composizione degli offerenti (cioè consorzi creati appositamente per le procedure d'appalto PPP, spesso sotto forma delle cosiddette società di progetto) nel corso della procedura d'appalto. Questi partecipanti sono a favore di una certa flessibilità e chiedono chiarimenti circa la normativa a livello comunitario.

Uno dei partecipanti fa riferimento ad incertezze giuridiche relative alla partecipazione di consulenti nelle procedure di pubblico appalto, nel caso in cui diano assistenza al soggetto pubblico nella preparazione di tali procedure. Un altro partecipante lamenta il fatto che le amministrazioni aggiudicatrici si rivolgano regolarmente ad un solo consulente per la preparazione delle procedure di appalto. Si argomenta che questa situazione porti ad un livello di standardizzazione degli inviti alla gara considerato dannoso per l'innovazione e la concorrenza. A giudizio di questo partecipante, anche l'assistenza agli enti pubblici nella preparazione degli inviti alla gara dovrebbe essere in ogni caso un servizio oggetto di pubblica gara.

---

<sup>6</sup> Articolo 29 della Direttiva 2004/18/CE.

Altri partecipanti sono dell'avviso che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avviare un vero dialogo con gli offerenti, dialogo che comprenda risposte corrette alle domande poste dagli offerenti nel corso della procedura. Secondo uno degli interessati, quando le amministrazioni aggiudicatrici decidono di annullare una procedura dovrebbero fornire chiare e valide ragioni per tale decisione.

4.2.2 *Necessità di iniziative legislative a livello comunitario circa l'affidamento di concessioni*

4.2.2.1 *Esperienza pratica di procedure di affidamento delle concessioni*

### **Domande n. 4 e n. 5 del Libro Verde sul PPP**

#### **Domande**

*Avete già organizzato, partecipato o avuto l'intenzione di organizzare o partecipare ad una procedura per l'affidamento di una concessione all'interno dell'Unione? Quale esperienza ne avete ricavato?*

*Pensate che l'attuale quadro giuridico comunitario sia sufficientemente dettagliato da consentire la concreta ed effettiva partecipazione di società o gruppi non nazionali alle procedure di affidamento delle concessioni? A vostro parere, questo contesto garantisce di norma una vera concorrenza?*

#### **Principali opinioni dei partecipanti**

- **Molti partecipanti dichiarano che il quadro giuridico comunitario è sufficientemente dettagliato.**
- **I problemi riscontrati nel corso delle procedure di affidamento delle concessioni includono: mancanza di certezza giuridica, per quanto riguarda in particolare la qualifica di un certo contratto si qualifichi come appalto pubblico o come concessione; discriminazioni nei confronti della concessione da parte delle politiche regionali comunitarie; vantaggi competitivi delle imprese nazionali.**

Mentre molti interessati considerano il quadro giuridico comunitario sufficientemente dettagliato da consentire a società non nazionali di partecipare effettivamente a procedure di affidamento di concessioni e un numero sostanziale di partecipanti giudica positiva l'esperienza in questo campo, vari altri partecipanti segnalano i problemi incontrati. Questi problemi riguardano la carenza di certezza giuridica dovuta a procedure di appalto pubblico non standardizzate, la confusione circa le norme comunitarie applicabili, in particolare la qualifica del contratto come appalto o concessione, le discriminazioni nei confronti delle concessioni da parte delle politiche regionali comunitarie, vantaggi competitivi per le imprese nazionali.

A giudizio di molti partecipanti, i vantaggi competitivi per le imprese nazionali non sono dovuti a norme nazionali discriminatorie, ma piuttosto alla realtà dei fatti, come, ad esempio, una migliore conoscenza delle specifiche condizioni locali da parte delle imprese nazionali, comprese le norme giuridiche nazionali ed i problemi di lingua. Molti partecipanti aggiungono che le grandi imprese internazionali ovviano a tali svantaggi creando filiali nazionali.

4.2.2.2 *Sostegno generale ad una iniziativa comunitaria sulle concessioni*

### **Domande n. 6 e n. 7 del Libro Verde sul PPP**

#### **Domande**

*A suo parere, è auspicabile un'iniziativa legislativa comunitaria mirante a regolamentare la procedura di affidamento di concessioni?*

*Più in generale, se pensate che la Commissione debba proporre una nuova azione legislativa, quali sono a vostro giudizio le ragioni oggettive affinché tale azione copra tutti i PPP contrattuali, a prescindere dal fatto che si tratti di appalti o di concessioni, allo scopo di sottoporle a identiche procedure di aggiudicazione?*

*Principali opinioni dei partecipanti*

- **Una chiara maggioranza di partecipanti è a favore di un’iniziativa comunitaria nel settore delle concessioni. Le opinioni divergono invece sulla forma di tale iniziativa.**
- **Un’iniziativa comunitaria dovrebbe garantire soprattutto maggiore chiarezza per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione. Tuttavia, vi è ampia concordanza sul fatto che gli appalti pubblici o le concessioni non siano soggetti ad identiche procedure di aggiudicazione.**
- **Molti partecipanti sono favorevoli ad una iniziativa orizzontale sul PPP, mentre una leggera maggioranza è contraria.**

*Opinioni generali circa la necessità e la possibile forma di una iniziativa comunitaria sulle concessioni*

Una chiara maggioranza di partecipanti è a favore di una iniziativa comunitaria sulle concessioni. Nel complesso, il numero di partecipanti favorevoli ad un’azione legislativa è all’incirca pari a quello dei partecipanti favorevoli a “Linee guida, sulle norme applicabili a procedure di affidamento di concessioni. Una maggioranza di partecipanti, tuttavia, non vede le ragioni oggettive per una nuova azione legislativa che copra tutti i PPP contrattuali, a prescindere dal fatto che siano designati come appalti o concessioni, allo scopo di sottoporli ad identiche procedure di aggiudicazione.

*Opinioni a favore di un documento Guida all’affidamento delle concessioni*

Un gran numero di partecipanti afferma che una Guida alle concessioni dovrebbe concentrarsi soprattutto sulla definizione di concessione, distinguendola chiaramente dagli appalti pubblici. Questa iniziativa dovrebbe chiarire in particolare quali rischi ed in quale misura vadano assegnati al partner privato, per giustificare il trattamento dell’operazione come concessione. Si richiedono altresì chiarimenti su come applicare i principi basilari del Trattato comunitario, in particolare la trasparenza, nella fase di affidamento delle concessioni.

Altri partecipanti sostengono che le nuove Direttive sugli Appalti Pubblici<sup>7</sup> sono state solo approvate, ma non ancora trasposte negli Stati membri. Fino a quando queste Direttive non avranno trovato piena attuazione, essi considerano prematura qualsiasi iniziativa comunitaria che vada oltre un documento Guida. Sostengono inoltre che prima di assumere un’iniziativa così impegnativa, la Commissione dovrebbe aggiornare la sua Comunicazione Interpretativa sulle Concessioni ai sensi della legge comunitaria<sup>8</sup> dell’aprile 2000, sulla base dell’esperienza acquisita. Un altro partecipante è a favore di un documento Guida e si chiede se una legislazione comunitaria dettagliata sia idonea a modificare comportamenti anticoncorrenziali da parte degli enti pubblici.

Un partecipante afferma che un’iniziativa sulle concessioni dovrebbe consistere nello scambio di informazioni sulle “buone pratiche”, piuttosto che nella stesura di una rigida legislazione.

---

<sup>7</sup> Direttiva 2004/17/CE che coordina le procedure di aggiudicazione degli enti che operano nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali (OJ L 134, 30/4/2004, p. 1) e Direttiva 2004/18/EC sul coordinamento delle procedure per l’aggiudicazione di appalti per opere pubbliche, appalti per forniture pubbliche e appalti di servizi pubblici (OJ L 134, 30/4/2004, p. 114).

<sup>8</sup> OJ C 121, 29/4/2000, p. 2.

Un numero considerevole di partecipanti è favorevole ad una iniziativa non legislativa a livello comunitario che faccia maggiore chiarezza sugli aspetti connessi agli appalti pubblici in relazione al PPP in generale. Una proposta potrebbe consistere nel presentare i diversi tipi di PPP e spiegare quale procedura di appalto pubblico sia la migliore per ciascuno di questi tipi. Altre richieste di chiarimenti afferiscono alla definizione di PPP, compresa la distinzione tra concessioni di lavori e appalti di lavori, e alla formulazione di principi generali applicabili all'aggiudicazione per i PPP. Per quanto riguarda la difficoltà di decidere sin dal principio della procedura se il contratto è qualificabile come appalto pubblico o come concessione<sup>9</sup>, uno dei partecipanti suggerisce che, in caso di dubbio, l'intervento sia trattato come contratto di servizio qualora esista la ragionevole possibilità che venga così definito in seguito. Un altro partecipante raccomanda di attenersi alla qualificazione iniziale anche nel caso in cui, nel corso della procedura, questa si dimostri inadeguata.

*Notevole sostegno ad una legislazione comunitaria per l'affidamento delle concessioni*

La maggior parte dei partecipanti che si pronunciano a favore di un'iniziativa legislativa citano la necessità di certezze giuridiche a livello comunitario. Norme incerte, si afferma, impediscono la tutela degli investimenti privati e aumentano i costi di consulenza tecnica e legale per le imprese. Altri interessati affermano che la presenza di una serie comune di norme comunitarie su questo aspetto darebbe vita ad un terreno di gara uguale per tutti i concorrenti, proteggendo in tal modo il Mercato Interno, ed in definitiva migliorerebbe la concorrenza (transnazionale) e le gare transfrontaliere. Un gruppo di partecipanti sostiene che i principi generali del Trattato comunitario non assicurano sufficiente certezza giuridica, in quanto lasciano eccessiva discrezionalità alle amministrazioni aggiudicatrici e pertanto non possono garantire parità di trattamento alle imprese europee in tutta l'Unione.

Un altro punto chiave a favore di una legislazione comunitaria è la necessità di aumentare la trasparenza. Secondo un partecipante, molti dei problemi con i PPP riguardano la scelta del partner privato e di conseguenza uno dei rischi per questi progetti verrebbe ridotto qualora fossero introdotte specifiche norme sugli appalti pubblici di tipo PPP a livello comunitario. Inoltre, il fatto che importanti concessioni per forniture idriche o autostrade a pedaggio non siano soggette a rigide norme d'appalto è visto come una seria anomalia del diritto comunitario degli appalti pubblici.

Relativamente al contenuto di un'iniziativa legislativa comunitaria sulle concessioni, alcuni partecipanti dichiarano che essa dovrebbe quanto meno definire chiaramente i vari tipi di concessione e fornire un quadro giuridico per la procedura di affidamento. In alcune risposte dei partecipanti si dice che un'iniziativa legislativa sulle concessioni dovrebbe far parte di un'iniziativa legislativa globale sul PPP, comprendente l'obbligo di avviare una procedura competitiva per l'aggiudicazione di un contratto, inclusa la sua corretta pubblicazione, la definizione di "in-house" e la garanzia di pari accesso ai finanziamenti. L'analisi del gran numero di risposte dei partecipanti favorevoli ad un'iniziativa legislativa comunitaria sul PPP dimostra in linea di massima, tuttavia, che pochi sono realmente a favore di un allineamento delle procedure tra appalti e concessioni.

In merito alla forma di una eventuale legislazione, uno dei partecipanti dice che un'iniziativa legislativa sul PPP dovrebbe consistere semplicemente nella modifica della Direttiva 2004/18/CE piuttosto che nell'"inventare" un'iniziativa del tutto nuova. Secondo vari partecipanti, qualsiasi iniziativa comunitaria sull'affidamento delle concessioni dovrebbe garantire sufficiente flessibilità affinché gli interventi si articolino con modalità diverse e consentano differenze fondamentali tra i vari progetti nei diversi settori industriali. Altri partecipanti sottolineano la necessità di analizzare attentamente le esperienze nazionali prima di elaborare leggi in materia.

*Molti partecipanti sono a favore di un'iniziativa "orizzontale" per i PPP, ma una leggera maggioranza è contraria*

---

<sup>9</sup> Punto 34 del Libro Verde.

Molti esprimono sostegno ad un'iniziativa "orizzontale" per i PPP, sotto forma di strumento sia vincolante che non. Questa iniziativa viene proposta in modo da coprire almeno i seguenti aspetti: norme procedurali applicabili di norma, chiara definizione del PPP, principi generali e pubblicazione preventiva obbligatoria degli inviti alla gara. Tra le ragioni addotte per una simile iniziativa "orizzontale", la necessità di accrescere la certezza giuridica, rendere le procedure trasparenti, far risparmiare tempo e denaro e, più in generale, favorire la concorrenza.

Molti partecipanti sono invece esplicitamente contrari a questa iniziativa. Essi affermano che PPP e appalti pubblici sono troppo diversi tra loro per essere assoggettati alle stesse regole, che i PPP sono di competenza degli Stati membri, che un'eccessiva regolamentazione ostacola piuttosto che favorire il PPP e che non si sono fatte analisi approfondite né si dispone di esperienza sufficiente, in particolare, per quanto riguarda l'attuazione delle nuove Direttive sugli appalti pubblici. I partecipanti che appoggiano queste argomentazioni citano tuttavia la possibilità di riesaminare il problema una volta acquisite analisi ed esperienze sufficienti.

#### *Opinioni contrarie ad iniziative comunitarie sulle concessioni*

Molti partecipanti contrari ad iniziative comunitarie sulle concessioni obiettano che esse rappresentano un caso a sé, con notevoli rischi per la parte privata nel campo dei servizi d'interesse economico generale. Gli enti pubblici che affidano le concessioni devono avere quindi piena fiducia nel proprio partner privato. In presenza di tale scenario, è difficile scegliere il partner giusto sulla base di una procedura formale di gara e, più in particolare, sulla base di criteri economici.

In questo contesto, affermano alcuni partecipanti, al momento di adottare le nuove Direttive sugli appalti pubblici, il legislatore comunitario aveva escluso esplicitamente le concessioni (parzialmente per quanto concerne le concessioni di lavori, interamente per quanto riguarda le concessioni di servizi) dalla sfera di applicazione di tali direttive. Secondo questi partecipanti, non esistono nuovi elementi che possano inficiare quella decisione. Inoltre, molti partecipanti invocano il principio di sussidiarietà come argomentazione contro un'iniziativa legislativa sulle concessioni, mentre altri ancora dicono che l'applicazione dei principi del Trattato comunitario è sufficiente ad assicurare la concorrenza.

Alcuni dei partecipanti contrari ad una nuova iniziativa comunitaria sulle concessioni temono che un'eccessiva regolamentazione, che in particolare introduca rigide procedure, comporti alti costi procedurali ed una diminuzione della flessibilità necessaria per negoziare le concessioni, che impedisca lo sviluppo innovativo del PPP e, in generale, scoraggi gli operatori privati dal partecipare ai PPP. Inoltre, molti di questi partecipanti contrari ad un allineamento delle regole di aggiudicazione di appalti pubblici e di concessioni giudicano impossibile definire un unico concetto di appalto adatto per tutte i PPP. Si sottolinea più volte il fatto che concessioni e appalti pubblici sono concetti del tutto differenti.

In due contributi di soggetti pubblici si dice che l'affidamento delle concessioni sulla base di procedure competitive porterebbe a una situazione del tipo "vinci o muori" per le piccole aziende pubbliche appositamente create per eseguire servizi di interesse economico generale. Se queste aziende perdono una gara, potrebbe poi accadere che non siano in grado di partecipare a gare al di fuori della loro specifica area geografica di competenza, a causa non solo di restrizioni giuridiche nazionali, ma anche delle loro specifiche competenze, mentre le grandi imprese internazionali, secondo questa opinione, potranno sopportare più facilmente il mancato ottenimento di una o più concessioni di servizi locali di piccola o media entità. Di conseguenza, a parere di questi interessati, il fatto di sottoporre l'aggiudicazione di servizi pubblici a procedure di gara competitive causerebbe nel lungo termine la scomparsa delle aziende pubbliche piccole e medie, contribuendo in tal modo ad una irreversibile "oligopolizzazione" del mercato.



### 4.3 PPP di iniziativa privata

#### 4.3.1 Accessibilità di operatori non nazionali a programmi PPP di iniziativa privata

##### Domanda n. 8 del Libro Verde sul PPP

###### Domanda

*Nella vostra esperienza, l'accesso di operatori non nazionali a programmi PPP di iniziativa privata è garantito? In particolare, quando le amministrazioni aggiudicatrici emanano un invito a presentare una proposta, ne viene data adeguata pubblicità a tutti gli operatori interessati? La procedura di selezione organizzata per la realizzazione del progetto prescelto è realmente concorrenziale?*

###### Principali opinioni dei partecipanti

- **Sostanziale accordo sul fatto che agli operatori non nazionali è garantito l'accesso a programmi PPP di iniziativa privata e che viene assicurata adeguata pubblicità a tutti gli operatori interessati a tali programmi.**

Un'ampia maggioranza di partecipanti è convinta che agli operatori non nazionali è garantito l'accesso a programmi PPP di iniziativa privata e che tutti gli operatori sono adeguatamente informati sull'esistenza di tali programmi. Alcuni partecipanti sostengono che il problema dell'accesso ad iniziative private da parte di operatori non nazionali in realtà non si pone, dato che di norma questi operatori non sono interessati a quei progetti: due partecipanti spiegano che le imprese solitamente operano all'estero attraverso filiali locali. Altri partecipanti affermano che i progetti di iniziativa privata sono estremamente rari nel settore idrico. Una grande associazione afferma che non vi sono esempi di PPP di iniziativa privata in Germania.

In termini più generali, alcuni partecipanti dicono che i PPP di iniziativa privata tendono ad essere monitorati meno rigorosamente e non sono soggetti allo stesso livello di concorrenza delle normali gare, cosa che a loro avviso favorisce la corruzione ed è causa di costi elevati.

#### 4.3.2 Proposte circa la formula migliore per incoraggiare i PPP di iniziativa privata nell'Unione europea

##### Domanda n. 9 del Libro Verde sul PPP

###### Domanda

*A vostro parere, quale sarebbe la formula migliore per assicurare lo sviluppo di PPP di iniziativa privata nell'Unione europea, garantendo comunque il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento?*

###### Principali opinioni degli interessati

- **Non c'è accordo sulla necessità di incoraggiare PPP di iniziativa privata**
- **I partecipanti favorevoli a questa forma d'incoraggiamento chiedono incentivi finanziari o la concessione di un "diritto di prelazione" a favore del promotore.**

Un gran numero di partecipanti riconosce la necessità di una qualche forma di sostegno al PPP di iniziativa privata e molti avanzano idee al riguardo. Al contrario, un numero importante di partecipanti specifica che l'applicazione delle norme comunitarie esistenti, in particolare i principi del Trattato, fornisce sufficiente stimolo agli operatori affinché intraprendano PPP di iniziativa privata. Molti partecipanti riconoscono che qualsiasi misura volta a incoraggiare questo tipo di PPP deve soddisfare un importante requisito: motivare gli operatori a investire in tali iniziative, senza distorcere un'equa concorrenza. Tuttavia, alcuni partecipanti ritengono che ogni incoraggiamento

nei confronti di PPP di iniziativa privata verrebbe necessariamente a scontrarsi con i principi di trasparenza e parità di trattamento.

La maggioranza di quei partecipanti che si dicono favorevoli ad un qualche tipo di sostegno del PPP di iniziativa privata considerano il rimborso dei costi di partecipazione lo strumento appropriato per promuovere queste iniziative, specialmente perché tale incentivo sembra il meno dannoso per la concorrenza. Alcuni affermano che una remunerazione va concessa qualora, al termine della procedura di gara lanciata dopo l'iniziativa privata, il promotore interessato non ottenga l'appalto o la concessione. Questa remunerazione dovrebbe coprire almeno i costi di elaborazione del progetto.

Un numero sostanziale di partecipanti giudica la concessione di un "diritto di prelazione" il modo più corretto per incoraggiare i PPP di iniziativa privata. In tal modo, l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe offrire preliminarmente l'appalto o la concessione all'impresa che avvia l'iniziativa. Vari partecipanti aggiungono che, qualora tale impresa non accetti, essa debba comunque percepire una remunerazione per il lavoro svolto. Altri partecipanti obiettano che il fatto di concedere il "diritto di prelazione" piuttosto che una remunerazione finanziaria rende più interessanti le iniziative private, in quanto gli operatori propongono di solito PPP per ottenere il relativo appalto o concessione. Tra gli altri vantaggi indicati da vari partecipanti si segnalano la fissazione di scadenze relativamente brevi per l'adesione al promotore privato dei concorrenti, la concessione all'iniziatore privato di un diritto esclusivo ad una procedura negoziata e l'introduzione di una procedura abbreviata per risolvere contenziosi avviati dai concorrenti del promotore nel caso in cui questi si aggiudichi il contratto. Secondo un gran numero di partecipanti, la protezione della proprietà intellettuale del promotore è un fattore chiave della promozione di PPP di iniziativa privata. Uno dei partecipanti propone di concedere direttamente al promotore parte dell'appalto o concessione. Un altro deplora il fatto che la maggior parte delle proposte realmente innovative provenga da imprese di medie dimensioni, che, per la loro struttura, hanno ben poche chance di aggiudicarsi una gara PPP.

Altri partecipanti sono dell'opinione che, per incoraggiare effettivamente le iniziative private, si debba affrontare il problema dell'eccessiva regolamentazione e modificare le legislazioni nazionali esistenti che ostacolano tali iniziative. A tale proposito, due partecipanti citano norme nazionali che escludono dalla procedura di gara imprese che, sia pure indirettamente, hanno contribuito alla preparazione delle specifiche dell'avviso di gara. Uno dei partecipanti traccia un parallelo tra un promotore PPP ed un operatore che assiste la rispettiva amministrazione aggiudicatrice nella preparazione delle specifiche per la procedura di gara.

Un numero sostanziale di partecipanti fa esplicito riferimento alla *Legge Merloni*<sup>10</sup> come esempio di procedura specifica per proposte di PPP non sollecitate. L'incentivo sotto forma di concessione al promotore privato del "diritto di prelazione" e il diritto di questi al rimborso dei costi sostenuti qualora il progetto sia assegnato a un concorrente sono considerati gli elementi chiave della legge italiana. Un'altra proposta concreta di sostegno al PPP di iniziativa privata prevede il lancio di una procedura formale di appalto pubblico basata su una proposta di iniziativa privata e l'esclusione del promotore privato della procedura. Qualora non emerga una soluzione migliore nel corso della procedura d'appalto, il contratto dev'essere assegnato al promotore. Nel caso in cui si trovi una soluzione migliore rispetto alla proposta iniziale, il promotore dovrà essere remunerato.

Riferendosi al compromesso tra incentivi per PPP di iniziativa privata e sostegno della concorrenza, un partecipante propone che, dopo un'iniziativa di PPP privata, gli enti pubblici siano autorizzati ad aggiudicare il contratto al promotore privato senza dover avviare una procedura formale di gara

---

<sup>10</sup> Legge quadro N. 109/94 (GU N. 41, 19/2/1992), modificata dalla Legge N. 166/2002 (GU N. 181, 3/8/2002).

qualora prevedano che, a causa dei diritti di proprietà intellettuale del promotore, la gara produca solo benefici limitati; per contro, qualora dalla gara si possano attendere maggiori benefici, si dovrebbe effettuare una corretta procedura pubblica di gara.

Uno dei partecipanti afferma che in ogni caso i PPP dovrebbero essere avviati solo da soggetti pubblici e seguire una regolare procedura pubblica di gara. Qualora l'amministrazione aggiudicatrice sia interessata ad esplorare l'interesse delle parti private in un PPP determinato o ad ottenere idee su soluzioni alternative per un progetto prima di formulare le specifiche tecniche da allegare all'invito, essa potrà svolgere "ricerche di mercato" od organizzare un "concorso di idee" con regole precise tali da garantire trasparenza e parità di trattamento.

Per quanto riguarda il metodo della promozione di iniziative private, vari partecipanti sono contrari alla via legislativa. Alcuni temono che una nuova legislazione possa ostacolare la creazione di PPP. Al contrario, un numero sostanziale di interessati preferisce una legislazione sul PPP o quanto meno delle linee guida al riguardo. Oltre a incoraggiare iniziative private, il quadro giuridico dovrebbe assicurare trasparenza, assenza di discriminazioni e parità di trattamento. Altri strumenti per la promozione di programmi di PPP di iniziativa privata citati nella consultazione, comprendono la stesura di "Linee guida", lo scambio di informazioni sulle buone pratiche e la creazione di una task force dedicata a livello comunitario.

Alcuni partecipanti sostengono che i PPP di iniziativa privata sono sufficientemente interessanti per le imprese; secondo la normativa attuale si cita la procedura del Dialogo Competitivo come particolarmente idonea ad incoraggiare idee innovative. Il know-how acquisito durante la preparazione dell'iniziativa mette il promotore in posizione vantaggiosa nei confronti dei suoi concorrenti. Dunque, ogni ulteriore vantaggio concesso al promotore potrebbe alterare seriamente la concorrenza. Su questa falsariga, alcuni partecipanti sostengono che il vantaggio competitivo degli operatori che avviano un PPP deve essere "neutralizzato", ad esempio, mettendo a disposizione dei concorrenti gli studi e le analisi fatte dal promotore.

#### **4.4 Il quadro contrattuale per i PPP**

##### *4.4.1 Esperienze e raccomandazioni per la fase successiva alla selezione dei partner privati*

#### **Domanda n. 10 del Libro Verde sul PPP**

##### Domanda

*Nel PPP contrattuale, qual è la vostra esperienza riguardo alla fase successiva alla selezione del partner privato?*

Vari contributi rilevano che le amministrazioni aggiudicatrici devono preparare accuratamente il contratto allo scopo di evitare problemi nella fase successiva alla selezione del partner privato. In particolare, occorre definire con precisione le caratteristiche del progetto, la prestazione attesa dall'appaltatore privato e le clausole circa gli aggiornamenti nel tempo. Uno dei partecipanti cita casi in cui il rischio non aveva potuto essere attribuito chiaramente al partner privato poiché il quadro tecnico e organizzativo non era abbastanza chiaro. Un altro partecipante raccomanda di definire con precisione le condizioni in cui devono essere restituiti i beni pubblici nella disponibilità dell'appaltatore PPP. Diversamente, gli offerenti che non seguono la corretta manutenzione di tali beni potranno offrire prezzi inferiori rispetto ai concorrenti.

Un ente pubblico cita esperienze negative successive alla selezione del partner privato, fra le quali l'insolvenza di tale partner, gli aumenti di prezzo per i servizi eseguiti ed una oligopolizzazione del mercato in questione. L'amministrazione di uno Stato membro cita invece delle esperienze positive

successive all'aggiudicazione del progetto, poiché sia la costruzione che la manutenzione di un edificio erano state appaltate ad una stessa impresa.

Uno dei partecipanti giudica essenziali le revisioni regolari del contratto PPP.

#### 4.4.2 *Condizioni di esecuzione: inesistenza di effetti discriminatori*

##### **Domanda n. 11 del Libro Verde sul PPP**

###### Domanda

*Siete a conoscenza di casi in cui le condizioni di esecuzione, comprese le clausole sugli aggiornamenti nel tempo, possono aver avuto un effetto discriminatorio o aver rappresentato un ostacolo ingiustificato alla libertà di prestazione di servizi o alla libertà di stabilimento? Se sì, potete descrivere il tipo di problemi incontrati?*

###### Principali opinioni dei partecipanti

- **Pochi partecipanti sono a conoscenza di casi in cui le condizioni di esecuzione, comprese le clausole sugli aggiornamenti nel tempo, abbiano avuto un effetto discriminatorio o rappresentato un ostacolo ingiustificato alla libertà di prestazione di servizi o alla libertà di stabilimento.**
- **E' opinione generale che la durata del contratto non è fonte di discriminazione nell'attuale pratica PPP e che sono necessari aggiornamenti nei PPP di lunga durata.**
- **I partecipanti che percepiscono effetti discriminatori lamentano in particolare il diverso trattamento nei confronti di imprese pubbliche e imprese private.**

#### 4.4.2.1 *Osservazioni generali*

Pochi sono a conoscenza di casi in cui le condizioni di esecuzione, incluse le clausole sugli aggiornamenti nel tempo, abbiano avuto un effetto discriminatorio o rappresentato un ostacolo ingiustificato alla libertà di prestare servizi o alla libertà di stabilimento. I partecipanti che percepiscono effetti discriminatori lamentano in particolare il diverso trattamento tra imprese pubbliche e private (trattamento fiscale preferenziale e assenza di rischio di fallimento per le imprese pubbliche). Uno dei partecipanti cita come problematiche le clausole cosiddette "sempreverdi" (quelle cioè che obbligano l'appaltatore privato a mantenere in condizioni ottimali lo standard tecnico di un progetto) e le clausole di rinnovo automatico.

#### 4.4.2.2 *Durata del PPP*

La percezione generale dei partecipanti è che la durata del contratto non è fonte di discriminazione nella pratica attuale dei PPP, essendo chiaramente specificata nei documenti illustrativi. Vari partecipanti dicono che una proroga del contratto non prevista nel contratto iniziale dovrebbe richiedere una nuova procedura pubblica di appalto.

Vari partecipanti si esprimono su quanto contenuta nel Libro Verde sul PPP secondo la cui durata del rapporto di partnership dev'essere fissata in modo da non limitare la libera concorrenza oltre a quanto sia necessario per assicurare il recupero del capitale ed un ragionevole ritorno sul capitale investito<sup>11</sup>. Si obietta che la durata del contratto dovrebbe essere determinata principalmente dalla durata dell'infrastruttura piuttosto che dall'ammortamento del progetto. Altri aspetti da considerare nel decidere una durata ragionevole per un PPP sono, a giudizio di alcuni partecipanti, la continuità tecnica, la sicurezza della fornitura, l'ottimizzazione della manutenzione e del rinnovo delle infrastrutture. Si afferma, inoltre, che la formazione del personale richiede un certo tempo, in modo

---

<sup>11</sup> Punto 46 del Libro Verde.

da permettere all'appaltatore privato di trarre pieno beneficio dal suo investimento in formazione. Inoltre, si pensa che frequenti procedure di gara derivanti da appalti o concessioni a PPP di breve durata facciano aumentare i costi complessivi di un PPP. Uno dei partecipanti dice che in molti casi è nel pubblico interesse consentire il perfezionamento ed il miglioramento della prestazione in un lungo arco di tempo, assicurando maggiore innovazione e sperimentazione per una fornitura ottimale dei servizi pubblici. D'altro canto, appalti di più breve durata potrebbero incoraggiare l'operatore a concentrarsi sulla massimizzazione dei ricavi prima della gara successiva.

#### *4.4.2.3 Aggiornamenti del PPP di lunga durata*

Una schiacciante maggioranza di partecipanti alla consultazione riconosce la necessità di aggiornamenti del PPP di lunga durata. Si considera cruciale che i contratti di PPP iniziali offrano un certo grado di flessibilità. Vari partecipanti dicono che i servizi pubblici, in particolare, vanno aggiornati regolarmente secondo le mutevoli esigenze di consumatori ed enti pubblici. Di conseguenza, i contratti PPP dovrebbero essere aperti a tali aggiornamenti. Inoltre, queste clausole del contratto iniziale sono considerate non problematiche in quanto enunciate in condizioni di piena concorrenza.

Vari partecipanti dicono che una nuova procedura pubblica di gara è necessaria nel caso in cui cambi l'oggetto globale del contratto. Altri riferiscono che, in pratica, abusi come modifiche ingiustificate ai contratti PPP sono rari e non giustificano interventi regolatori. Uno dei partecipanti dice, che, in base alla sua esperienza, una riapertura dei negoziati a causa di modifiche sostanziali al contratto produce un accordo migliore per il partner privato iniziale piuttosto che un miglioramento dell'interesse pubblico.

Altri partecipanti sostengono che le modifiche al contratto PPP o alla concessione dovrebbero essere ammesse anche se non previste nel contratto iniziale, aggiungendo che non è possibile prevedere la necessità di modifiche future ad un contratto nel momento in cui viene stipulato e che solo l'esperienza pratica dell'esecuzione dimostra se e dove apportare tali modifiche ed aggiornamenti.

Diversi partecipanti esprimono interesse per norme comunitarie che diano chiarimenti sui tipi di cambiamenti che si possono apportare durante l'esecuzione e che siano compatibili col diritto comunitario.

Tra i partecipanti critici nei confronti di modifiche nel tempo ai contratti di concessioni, non pochi affermano che le clausole di aggiornamento possono avere effetti discriminatori. Come esempio citano il caso di previsioni esagerate di traffico nell'offerta iniziale tali da renderla a prima vista economicamente vantaggiosa. Qualora l'ente pubblico accettasse la successiva richiesta dell'offerente di rivedere il contratto, ciò potrebbe rivelarsi discriminante per i concorrenti che avevano basato le offerte iniziali su stime più realistiche. Sulla stessa falsariga, un altro partecipante afferma che molti offerenti tendono a presupporre per il completamento del progetto scadenze temporali che poi si rivelano non realistiche. Una successiva modifica al contratto, con conseguente proroga dei tempi di completamento, sarebbe ingiusta per quei concorrenti che non avevano ottenuto l'aggiudicazione del contratto proprio per essere stati più prudenti nelle loro stime.

#### *4.4.3 Opinioni sugli effetti potenzialmente discriminatori circa la valutazione delle offerte*

### **Domanda n. 12 del Libro Verde sul PPP**

#### **Domanda**

*Siete a conoscenza di pratiche o di meccanismi di valutazione delle offerte che abbiano effetti discriminatori?*

Non molti fra i partecipanti sono a conoscenza di pratiche discriminatorie nella valutazione delle offerte. Alcuni dicono che, qualora ciò accadesse, se ne dovrebbe occupare la legislazione nazionale piuttosto che la normativa comunitaria.

Uno dei partecipanti afferma che i complessi criteri di selezione per la valutazione delle offerte rendono più facili atti discriminatori da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Altri asseriscono che esiste un rischio di discriminazione se gli avvisi di gara non contengono tutti i dettagli dei criteri di aggiudicazione o non sono precisi sotto altri aspetti. Alcuni partecipanti citano casi di pratiche aventi effetti discriminatori laddove ad esempio i criteri di qualificazione sono usati come criteri di aggiudicazione mentre la dimostrazione di qualità e competenza deve essere data sotto forma di referenze, prove di solidità finanziaria ed esperienza: a loro avviso, ciò favorisce gli offerenti abituali.

Un altro partecipante riferisce casi in cui sono stati enunciati criteri di valutazione non chiariti preliminarmente o è stato dato un peso eccessivo ovvero ridotto ai criteri noti. Altri aspetti segnalati in questo contesto sono le modifiche ai requisiti tecnici o ai criteri di valutazione fatte durante la procedura di gara, la valutazione di criteri soggettivi di aggiudicazione da parte di “esperti” che non conoscevano abbastanza l’argomento e i giudizi non correttamente giustificati (o addirittura ingiustificati) espressi nel corso di una valutazione.

Un partecipante cita il sistema di comparazione del settore pubblico come un metodo utile di valutazione delle offerte.

4.4.4            *Accordi step-in (subentro): considerati indispensabili per il finanziamento del PPP*

#### **Domanda n. 13 del Libro Verde sul PPP**

##### **Domanda**

*Condividete l’opinione della Commissione secondo la quale certe operazioni tipo “step-in” possono rappresentare un problema in termini di trasparenza e parità di trattamento? Siete a conoscenza di altre “clausole standard” passibili di costituire simili problemi?*

##### **Principali opinioni degli interessati**

- **Vi è ampia concordanza sull’importanza cruciale delle clausole di subentro per il finanziamento del PPP, anche perché non sollevano particolari problemi.**

Quasi tutti i partecipanti che hanno espresso un’opinione su questo aspetto spiegano che le clausole di subentro sono di cruciale importanza per il finanziamento del PPP e non sollevano particolari problemi, dato che consentono alle parti di evitare la risoluzione del contratto in caso di inadempienza contrattuale da parte dell’appaltatore. Uno dei partecipanti spiega che i diritti di step-in sono particolarmente importanti per tutelare gli investimenti delle banche, quando l’operatore è uno Special Purpose Vehicle – società di progetto - e l’entità dell’investimento bancario dipende in primo luogo dal flusso di introiti derivante da quel progetto.

Le clausole step-in sono considerate un’alternativa ad altre forme più costose di garanzia, come le garanzie personali o collaterali. Esse rendono più economico il progetto complessivo. A parte ciò, le clausole step-in sono considerate vantaggiose per le amministrazioni aggiudicatrici in quanto il prestatore che subentra potrebbe rivitalizzare il progetto ed evitare l’interruzione del servizio.

Alcuni partecipanti accennano ad uno scenario alternativo a quello dello “stepping-in” (cioè del subentro) da parte dei prestatori finanziari: un progetto potenzialmente poco promettente dovrebbe

essere oggetto di una nuova gara e potrebbe essere difficile trovare qualcuno che vi sia interessato. Inoltre, una nuova procedura pubblica è considerata troppo lunga e il tempo è particolarmente limitato per progetti che già si trovano in una situazione critica.

Per contro, il rischio che parti finanziarie facciano un uso scorretto di queste clausole è considerato basso, in particolare perché un effettivo ricorso a clausole di step-in, spesso visto come misura di crisi temporanea, è estremamente raro nella pratica. Nondimeno, alcuni partecipanti ribadiscono che occorre stabilire chiare procedure di step-in nel contratto iniziale, allo scopo di assicurare adeguata trasparenza e dare all'ente locale la possibilità di mantenere il controllo sulla parte privata subentrante. Si segnala che di solito le clausole step-in sono integrate da un accordo diretto tra amministrazioni aggiudicatrici e prestatori. Vari partecipanti dicono che una delle ragioni per cui le clausole step-in non rappresentano un problema in termini di trasparenza ed eguaglianza di trattamento sta nel fatto che esse sono stipulate in regime di piena concorrenza.

Alcuni partecipanti temono che, nel caso in cui il legislatore comunitario dovesse mettere in dubbio la struttura attuale delle clausole step-in, ciò potrebbe avere un impatto negativo sui futuri finanziamenti di progetti PPP.

In linea più generale, alcuni partecipanti dicono che i contratti PPP dovrebbero contenere clausole di cessione. Queste clausole dovrebbero rispecchiare l'equilibrio fra l'interesse pubblico ad una corretta esecuzione e l'interesse privato di poter considerare il contratto PPP come un bene, eventualmente trasferibile in linea di principio a terzi. A tale proposito, a parere di due partecipanti, gli enti pubblici dovrebbero poter opporsi alle cessioni, con motivazioni obiettive. Secondo un altro partecipante, questi principi si dovrebbero applicare non solo ad un cambiamento del partner contrattuale dell'ente pubblico, ma anche ad un cambiamento del principale azionista del partner contrattuale. Un esperto di appalti pubblici aggiunge che non vi è alcuna necessità di una nuova procedura pubblica di appalto in caso di cambiamento di proprietà per quanto riguarda l'appaltatore privato. Secondo questa opinione, lo scopo della normativa sugli appalti pubblici non è di salvaguardare la libertà di scelta dell'ente, ma di limitare la libertà dell'ente di scegliere discrezionalmente i propri partner contrattuali per impedire discriminazioni. Questo obiettivo non è in alcun modo pregiudicato da una decisione di un partner privato di cedere il contratto per ragioni commerciali.

4.4.5 *Insussistenza della necessità di chiarire alcuni aspetti del quadro contrattuale del PPP a livello comunitario*

#### **Domanda n. 14 del Libro Verde sul PPP**

##### **Domanda**

*Pensate che sia necessario chiarire alcuni aspetti del quadro contrattuale del PPP a livello comunitario? Se sì, quali aspetti andrebbero chiariti?*

##### **Principali opinioni dei partecipanti**

- **Un'ampia maggioranza di partecipanti considera non necessaria un'iniziativa comunitaria riguardo al quadro contrattuale del PPP. Un numero considerevole di partecipanti, tuttavia, chiede chiarimenti in proposito.**

Un'ampia maggioranza di partecipanti esprime parere contrario a qualsiasi iniziativa comunitaria riguardo il quadro contrattuale del PPP, affermando che, da un lato, questo problema è di competenza nazionale e, dall'altro, che una nuova normativa comunitaria potrebbe complicare le procedure esistenti, causando di conseguenza maggiore burocrazia.

Un considerevole numero di partecipanti, tuttavia, si dichiara favorevole a chiarimenti a livello comunitario. Secondo questi partecipanti, gli aspetti che richiedono chiarimenti sono l'entità dei diritti e degli obblighi dei partner contrattuali, l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di

comparare l'efficienza della parte pubblica e di quella privata, la standardizzazione dei contratti e le procedure per la composizione delle controversie. Un argomento a favore di una tale iniziativa è, secondo un partecipante, la possibile riduzione dei costi di transazione, a volte proibitivamente elevati.

Molti partecipanti ritengono tuttavia che i relativi chiarimenti debbano essere forniti più a livello nazionale che comunitario. Uno di essi dice che l'introduzione e la valutazione di standard contrattuali per il PPP è un problema delle parti private.

## **4.5 Subappalti**

### *4.5.1 Problemi percepiti in relazione ai subappalti*

#### **Domanda n. 15 del Libro Verde sul PPP**

##### Domanda

*Nel contesto del PPP, siete a conoscenza di problemi specifici incontrati in relazione ai subappalti? Si prega specificare.*

##### Principali opinioni dei partecipanti

- **Una maggioranza significativa di partecipanti non percepisce problemi in relazione ai subappalti.**
- **I problemi riferiti da molti altri partecipanti attengono alla posizione presumibilmente debole dei subappaltatori e alle incertezze relative alla legislazione comunitaria applicabile.**

#### *4.5.1.1 Sguardo d'insieme*

Una maggioranza significativa di partecipanti non percepisce problemi in relazione ai subappalti. Fra i tanti contributi che segnalano problemi, un gruppo di partecipanti esprime un certo scetticismo nei confronti dei subappalti in generale, mentre un altro gruppo li vede con favore pur lamentando la presenza di fattori limitativi. I problemi sollevati da partecipanti alquanto scettici nei confronti degli attuali meccanismi di subappalto negli Stati membri comprendono il minore controllo che gli enti pubblici possono esercitare sui subappaltatori, la difficile posizione dei subappaltatori nei confronti degli appaltatori principali e le incertezze circa la legislazione comunitaria applicabile.

#### *4.5.1.2 Problemi connessi al controllo della prestazione*

In linea di principio, i servizi pubblici sono di competenza degli enti pubblici. Pertanto, a parere di vari partecipanti, gli enti pubblici devono mantenere un certo grado di controllo su coloro che prestano tali servizi. Secondo questi partecipanti, i subappalti limitano questo controllo. Per esempio, quando i servizi pubblici vengono subappaltati, le amministrazioni aggiudicatrici possono avere difficoltà a contattare l'impresa che effettivamente presta i servizi. Si pensa che ciò causi ritardi, con prevedibile pregiudizio per la qualità del servizio in questione. Un partecipante suggerisce pertanto di specificare chiaramente nel quadro contrattuale quando e a quali condizioni è ammesso subappaltare. Questo suggerimento è condiviso da un altro partecipante il quale pensa che, di regola, il concessionario deve prestare direttamente il servizio pubblico e il subappalto va quindi considerato un'eccezione a questa regola, tale da esigere speciale considerazione nel contratto iniziale.

#### *4.5.1.3 Problemi connessi al ruolo dei subappaltatori*



Alcuni partecipanti citano le pressioni che vari appaltatori eserciterebbero sui propri subappaltatori. Secondo loro, i subappaltatori devono accettare prezzi bassi e/o norme sociali inadeguate. A giudizio di un altro partecipante, ciò rischia di causare un degrado nella qualità dei servizi pubblici.

Un'associazione segnala i problemi specifici riscontrati dagli architetti quando ottengono subappalti nel corso di un PPP. Questa associazione teme che quei subappalti riducano il potere degli architetti di influire sull'esecuzione della costruzione in questione, cosa che potrebbe avere effetti negativi sul prodotto finale.

Un partecipante è preoccupato per la scarsa capacità dei subappaltatori di coprire tutti i rischi connessi al loro lavoro, mentre un altro aggiunge che, qualora l'appaltatore principale trasferisca tutti i rischi ai subappaltatori, potrà poi non essere incentivato a gestire direttamente tutti i problemi effettivamente derivanti.

#### *4.5.1.4 Incertezze circa la disciplina comunitaria applicabile*

Diversi partecipanti sono preoccupati per la mancanza di chiarezza delle norme che disciplinano i subappalti a livello comunitario, in quanto le norme variano a seconda che l'operazione in questione venga definita appalto o concessione e che si applichino o meno le direttive sugli appalti pubblici. Di conseguenza, i partecipanti chiedono una più chiara distinzione fra appalti e concessioni e fra campo di applicazione della Direttiva 2004/17/CE e della Direttiva 2004/18/CE. Si segnala che queste incertezze hanno causato confusione nell'applicazione pratica, il che non è ammissibile in termini commerciali. Un partecipante lamenta la mancanza di una chiara definizione di subappalto a livello comunitario e, a causa delle diverse interpretazioni del diritto comunitario, l'eterogeneità delle clausole contrattuali applicate negli Stati membri.

#### *4.5.1.5 Altri problemi connessi ai subappalti*

Un partecipante sottolinea il problema dei "mercati secondari", dove un appaltatore privato che ha stipulato il PPP iniziale vende la sua partecipazione nel contratto PPP ad un altro privato. Mentre in questi casi il servizio continua ad essere fornito e i requisiti del contratto sono rispettati, l'impresa privata che ha stipulato il contratto originale può realizzare cospicui profitti. L'aspetto criticabile è che nessuno di questi profitti aggiuntivi va al settore pubblico.

Un altro partecipante dice che, contrariamente alla sentenza Corte di Giustizia C-314/01<sup>12</sup>, gli Stati membri vietano il trasferimento dell'esecuzione effettiva dal vincitore della gara a una terza parte.

Alcuni partecipanti non gradiscono il requisito della "doppia offerta" nel caso di appalti pubblici aggiudicati a imprese parzialmente controllate dal settore pubblico. Dato che queste imprese rischiano di essere considerate organismi aggiudicatori, esse sono soggette a procedure gara pubblica per i loro contratti a valle. Si pensa che ciò costituisca uno svantaggio competitivo nei confronti dei loro concorrenti privati.

#### *4.5.2 Chiara opposizione a norme più dettagliate in materia di subappalti*

### **Domanda n. 16 del Libro Verde sul PPP**

#### **Domanda**

---

<sup>12</sup> Corte di Giustizia C-314/01, ECR 2004, non ancora pubblicata. Al paragrafo 4 di questa sentenza, la Corte di Giustizia afferma che un concorrente che dichiara di disporre delle capacità tecniche ed economiche di terzi cui intende affidarsi qualora gli venga aggiudicato il contratto può essere escluso solo qualora non riesca a dimostrare che tali capacità sono effettivamente a sua disposizione.

*A vostro parere, il fenomeno del PPP contrattuale, che comporta il passaggio di una serie di compiti ad un unico partner privato, giustifica norme più dettagliate e/o un più vasto campo di applicazione in caso di subappalto?*

Principali opinioni dei partecipanti

- **Si registra un'ampia opposizione nei confronti di nuove iniziative nel settore dei subappalti, per quanto riguarda in particolare la potenziale estensione della procedura di gara nell'aggiudicazione di tali contratti.**
- **Un numero importante di partecipanti giudica utili delle norme supplementari in questo campo, specialmente allo scopo di garantire un'equa concorrenza.**

4.5.2.1 *Argomentazioni contro un'estensione delle norme di gara all'affidamento dei subappalti*

Una schiacciante maggioranza di partecipanti si dichiara contraria a nuove iniziative nel settore dei subappalti, per quanto riguarda in particolare la potenziale estensione delle procedure di gara nell'aggiudicazione di tali contratti.

Molti di coloro che sono contrari all'estensione delle procedure di gara all'aggiudicazione dei subappalti sostengono che i PPP sono caratterizzati dal trasferimento dei rischi ad una parte privata. Essi affermano che la parte privata deve avere completa flessibilità nell'esecuzione del contratto, in particolare quando gestisce i rischi assunti come obblighi contrattuali. Norme restrittive della capacità dell'appaltatore di scegliere i propri subappaltatori limiterebbero inutilmente tale flessibilità, ad esempio impedendogli di collaborare con imprese con le quali intrattiene rapporti fruttuosi e di lunga data.

Questo, tuttavia, non è il solo problema del PPP in relazione all'estensione delle procedure dell'appalto pubblico alla selezione dei subappaltatori. Nel caso di molte procedure di aggiudicazione per PPP, si creano appositi consorzi, ossia le già citate società di progetto - SPV. Un numero importante di partecipanti è del parere che l'opportunità per i membri di questi consorzi di ottenere direttamente alcune parti del contratto aggiudicato è la forza motrice della loro costituzione. Questi partecipanti pensano che l'introduzione di una procedura di gara obbligatoria per i subappalti avrebbe effetti negativi sulla formazione di tali consorzi e più in generale sul PPP. Un partecipante riassume così questi effetti negativi: "Introdurre rigidità a livello di subappalto ridurrebbe la capacità di una società di progetto- SPV- e dei suoi principali subappaltatori di gestire i propri rischi, farebbe potenzialmente aumentare i costi o ridurre il livello di trasferimento dei rischi al settore privato e accrescerebbe il costo e la durata della procedura di appalto".

Fra le altre conseguenze per i PPP derivanti dall'introduzione di una procedura formale di appalto per i subappaltati, si segnalano, secondo molti partecipanti, ritardi, maggiori costi e minore efficienza. Uno dei partecipanti spiega che i concorrenti devono prevedere tempi considerevoli per l'esecuzione dell'appalto agende, più un margine di sicurezza per problemi legali qualora le norme dell'evidenza pubblica si applichino anche dopo l'assegnazione di un appalto o concessione PPP. Secondo questo partecipante, ciò trasformerebbe un progetto PPP potenzialmente fattibile in un progetto non più realizzabile.

Si obietta inoltre che imporre la concorrenza "a valle" sarebbe contrario allo spirito dei PPP, producendo una mera serie di subappalti, e che anche la concorrenza "a monte" sarebbe distorta in quanto i candidati, alle prese con una quantità ignota di future procedure competitive dei loro subappaltatori, non sarebbero in grado di proporre i prezzi migliori. Molti altri partecipanti affermano che l'introduzione di un rigido regime di appalti a valle dell'aggiudicazione del PPP non assicura vantaggi all'autorità pubblica rispetto allo status quo. Essi aggiungono che le autorità pubbliche possono acquisire sufficiente controllo sui subappaltatori chiedendo agli offerenti di

indicare i subappaltatori proposti nel corso della gara iniziale. Di conseguenza, la scelta dei subappaltatori farebbe parte della gara per l'appalto o la concessione PPP iniziale, rendendo in tal modo ridondante l'offerta competitiva a valle. A tale proposito, uno dei partecipanti ribadisce che il contratto iniziale dovrebbe specificare chiaramente le condizioni per il cambiamento dei subappaltatori. Un altro partecipante aggiunge che, qualora l'organismo aggiudicatore sia scontento dell'esecuzione dei subappaltatori, deve potersi avvalere del diritto alla liquidazione del dovuto ed alla risoluzione contrattuale enunciati nel contratto con l'appaltatore principale.

Alcuni partecipanti considerano l'Articolo 60 della Direttiva 2004/18/CE, che contiene requisiti specifici per i concessionari di lavori per quanto riguarda i subappalti, un esempio di indebita limitazione della flessibilità nella scelta dei subappaltatori da parte dell'appaltatore. Si reputa che questa clausola sia dannosa per la fattibilità finanziaria delle concessioni PPP e, più in generale, per la formulazione di tali concessioni. Un partecipante la critica reputandola in contrasto con la generale mancanza di regolamentazione dei subappalti secondo le regole proprie dell'aggiudicazione degli appalti pubblici.

Un altro partecipante afferma che l'introduzione di nuove regole di gara per i subappalti non sarebbe in linea col sistema attuale degli appalti pubblici a livello comunitario di cui all'Articolo 32(2)(c) della Direttiva 92/50/CE<sup>13</sup> e secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia nel caso C-176/98<sup>14</sup>. In esso si dichiara che un fornitore di servizi che non sia in grado di rispettare personalmente le condizioni minime richieste per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione di un appalto di servizio pubblico è autorizzato ad avvalersi, nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, di terzi, dei cui requisiti si propone appunto di avvalersi qualora gli venga aggiudicato l'appalto. Tale avvalimento di terzi sarebbe impossibile, secondo questo partecipante, qualora i subappaltatori potessero essere selezionati solo dopo una formale procedura di gara.

#### 4.5.2.2 *Proposte di norme più dettagliate sui subappalti*

Un numero sostanziale di partecipanti ritiene che le norme esistenti sugli appalti pubblici non forniscono sufficiente garanzia di equa concorrenza per i subappalti e chiedono pertanto una procedura obbligatoria al riguardo. Altri fautori di una procedura obbligatoria affermano che i PPP comportano forti stanziamenti di denaro pubblico e che i subappaltatori assumono solitamente obblighi pubblici che, in linea di principio, dovrebbero essere assolti dallo stesso appaltatore.

Altri partecipanti favorevoli a regole più dettagliate dicono che le amministrazioni aggiudicatrici devono mantenere il controllo sui subappalti, il che implica il diritto ad essere informate circa l'identità dei subappaltatori e la facoltà di non accettare un dato subappaltatore.

Un partecipante spiega che, a meno che il subappalto sia sottoposto a formale procedura di gara, le piccole e medie imprese non parteciperanno a PPP. Alcuni aggiungono che il subappalto di parti sostanziali di un progetto dovrebbe essere comunque limitato, onde impedire che l'intero contratto sia ceduto a subappaltatori.

Altri partecipanti sottolineano la necessità di nuove norme, per evitare un indesiderato abbassamento degli standard sociali quando l'appaltatore principale si avvale di subappaltatori. Queste norme dovrebbero quanto meno impedire che le condizioni del contratto fra appaltatore e subappaltatori scendano al di sotto dello standard fissato tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'appaltatore. Altre norme sui subappalti proposte dai partecipanti prevedono l'assegnazione a PMI

---

<sup>13</sup> Direttiva 92/50/CE relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di appalti di servizi pubblici. Questa stipula corrisponde all'Articolo 48(2)(b) della Direttiva 2004/18/CE.

<sup>14</sup> C-176/98, Holst Italia SpA contro Comune di Cagliari, sentenza del 2 dicembre 1999, par. 27.

o imprese locali di una quota minima obbligatoria di subappalti. Per contro, un partecipante insiste sul fatto che la scelta delle PMI sia sempre guidata da obblighi economici piuttosto che normativi.

4.5.3 *Maggioranza di partecipanti contraria ad una iniziativa supplementare a livello comunitario per chiarire o modificare le norme sui subappalti*

**Domanda n. 17 del Libro Verde sul PPP**

Domanda

*In generale, ritenete necessaria un'iniziativa supplementare a livello comunitario allo scopo di chiarire o modificare le norme sui subappalti?*

Principali opinioni dei partecipanti

- **Non vi è accordo sulla necessità di iniziative supplementari in questo campo.**

Un gran numero di partecipanti contesta la necessità di chiarimenti sui subappalti. Molti altri partecipanti non sono d'accordo e chiedono chiarimenti su vari aspetti.

Le aree di chiarimento identificate dai partecipanti sono la definizione dei termini "organismi di diritto pubblico" secondo il significato dell'Articolo 1(9) della Direttiva 2004/18/CE e "subappalto", la clausola per cui le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere o vietare subappalti o limitare il numero dei subappaltatori nell'avviso di gara e la delimitazione del campo di applicazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Quest'ultima prevede specifiche norme relative ai subappalti per concessionari di lavori in base al Titolo III della Direttiva 2004/18/CE e diverse norme applicabili ai subappalti ad imprese collegate/controllate (Articolo 63(2) della Direttiva 2004/18/CE e Articolo 23 della Direttiva 2004/17/CE).

Un altro partecipante chiede maggiore chiarezza relativamente all'applicazione della procedura di gara CE quando gli appalti sono subappaltati a imprese collegate o controllate facenti parte del consorzio che si è aggiudicato il contratto principale.

4.6 *I PPP istituzionalizzati*

4.6.1 *Opinioni in merito al rispetto del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni nei PPP istituzionalizzati*

**Domanda n. 18 del Libro Verde sul PPP**

Domanda

*Qual è la vostra esperienza di organizzazione di PPP istituzionalizzate e in particolare, alla luce di questa esperienza, pensate che il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni sia rispettato in tali casi? Se no, perché?*

Principali opinioni dei partecipanti

- **Non vi è accordo sul fatto che la pratica attuale dei PPP istituzionalizzati rispetti o meno effettivamente il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.**
- **Autorità pubbliche, aziende pubbliche e associazioni di enti pubblici di vari Stati membri tendono a dare un giudizio alquanto positivo al riguardo.**
- **Molti partecipanti del settore privato giudicano deficitario per certi aspetti il rispetto attuale del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, segnalando elusioni della legislazione sugli appalti pubblici e distorsioni della concorrenza.**

In generale, le risposte dei partecipanti riflettono le divergenze tra le diverse pratiche e tradizioni giuridiche nazionali per quanto riguarda le società create congiuntamente da imprese pubbliche e

private allo scopo di realizzare progetti infrastrutturali o svolgere servizi pubblici (PPP istituzionalizzati, o IPPP). Mentre alcuni Stati membri hanno fatto ricorso ai PPP istituzionalizzati sin dagli inizi del secolo scorso, questo concetto è ancora nuovo in altri Stati membri. A seconda delle loro tradizioni nazionali, alcuni Stati membri si sono dotati di un quadro legislativo di una certa completezza. Risulta dalle risposte che, in pratica, i più importanti settori di applicazione dei PPP istituzionalizzati sono acqua, ambiente, energia e trasporti.

Non c'è concordanza sul fatto che le attuali operazioni di IPPP negli Stati membri rispettino o meno il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni. Autorità pubbliche, aziende pubbliche e associazioni di enti pubblici di vari Stati membri tendono a dare un giudizio alquanto positivo al riguardo. Al contrario, molti partecipanti del settore privato giudicano deficitario per certi aspetti il rispetto attuale del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

Tra i principali aspetti negativi, si segnalano esclusioni della legislazione sugli appalti pubblici e distorsioni della concorrenza.

Per quanto riguarda le esclusioni delle norme sugli appalti pubblici, alcuni obiettano che in certi Stati membri le procedure sugli appalti pubblici volte inizialmente a concludere PPP contrattuali portano alla stipula di PPP istituzionalizzati con attori che non hanno partecipato alla procedura iniziale d'appalto. Questa pratica, si obietta, consente alle amministrazioni aggiudicatrici di beneficiare indebitamente di soluzioni tecniche identificate nella procedura originale d'appalto.

Le distorsioni della concorrenza nascerebbero, in particolare, dalla partecipazione di enti quali PPP istituzionalizzati alle procedure di aggiudicazione. Si obietta che il partner pubblico PPP istituzionalizzato ha in primo luogo un accesso preferenziale a informazioni circa il progetto proposto, e, in secondo luogo, una struttura di costi vantaggiosa, rispetto a tutti i concorrenti privati, poiché fa uso di beni pubblici senza un esborso corrispondente alla realtà economica. In linea con questa lamentela, uno dei partecipanti segnala potenziali conflitti d'interesse relativi ad autorità pubbliche che agiscono al tempo stesso come organismi aggiudicatori e partner di PPP istituzionalizzati.

A prescindere dalla loro opinione circa il rispetto delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici da parte degli attuali PPP istituzionalizzati, un numero importante di partecipanti deplora la mancanza di certezze giuridiche a livello comunitario nelle relazioni fra organismi aggiudicatori e altre parti considerate indistinguibili le une dalle altre ai sensi della disciplina sugli appalti pubblici ("relazioni in-house").<sup>15</sup> Alcuni partecipanti considerano la mancanza di chiarezza su questo aspetto come fonte di abusi da parte delle autorità pubbliche; un partecipante ritiene che ciò indurrebbe le autorità pubbliche a non entrare in nessun caso in tali accordi.

Un altro partecipante dice che la giurisprudenza restrittiva della Corte di Giustizia sulle relazioni in-house ha limitato i tentativi delle autorità pubbliche di aggirare la normativa sugli appalti pubblici ricorrendo a tale espediente.

Vari partecipanti non considerano i PPP istituzionalizzati diversi dai PPP contrattuali dal punto di vista della disciplina degli appalti pubblici. Di conseguenza, essi considerano artificiosa la distinzione fra questi due modelli fatta nel Libro Verde. Uno di questi partecipanti ammette tuttavia che l'apertura di capitali di aziende pubbliche al settore privato rischia di porre problemi che possono giustificare misure specifiche.

---

<sup>15</sup> Caso C-107/98, Teckal, sentenza del 18 novembre 1999, punto 50. La sentenza CG nel caso C-26/03, Stadt Halle, sentenza del 11 gennaio 2005, è stata emessa successivamente a questa consultazione.

Non si registra accordo sul fatto che la legislazione sugli appalti pubblici o altri aspetti, come ad esempio la libera circolazione dei capitali, costituiscano i maggiori problemi giuridici in relazione ai PPP istituzionalizzati. Vari partecipanti sostengono che la creazione di società miste non ha nulla a che fare con la legislazione comunitaria in materia di appalti pubblici, in quanto rientra nella sfera dell'organizzazione amministrativa la cui regolamentazione non è di competenza dell'Unione europea.

4.6.2 *Opinioni divergenti sulla forma, piuttosto che sulla necessità, di una iniziativa comunitaria sui PPP istituzionalizzati*

### **Domanda n. 19 del Libro Verde sul PPP**

#### **Domanda**

*Pensate che si debba prendere un'iniziativa a livello comunitario per chiarire o definire gli obblighi delle amministrazioni aggiudicatrici circa le condizioni che regolamentano la concorrenza tra operatori potenzialmente interessati a un progetto istituzionalizzato? Se sì, su quali particolari aspetti e in quale forma? Se no, perché?*

#### **Principali opinioni dei partecipanti**

- **Una chiara maggioranza di partecipanti è a favore di un'iniziativa comunitaria sui PPP istituzionalizzati, in primo luogo per fornire chiarimenti sull'applicazione delle norme esistenti sugli appalti pubblici alla creazione di tali PPP.**
- **In particolare, si registrano richieste di chiarimento della definizione di relazioni in-house a livello comunitario.**
- **La maggioranza di partecipanti è favorevole a linee guida o ad una comunicazione interpretativa, più che a un intervento legislativo, come giusto metodo di chiarimento sui PPP istituzionalizzati.**
- **Molti partecipanti sono contrari a iniziative comunitarie nei confronti dei PPP istituzionalizzati.**

4.6.2.1 *Quadro d'insieme*

Una chiara maggioranza di partecipanti è favorevole a un'iniziativa a livello comunitario per chiarire o definire gli obblighi delle amministrazioni aggiudicatrici circa le condizioni che regolamentano la concorrenza tra operatori potenzialmente interessati a un progetto di tipo istituzionalizzato. Alcuni partecipanti sottolineano anche l'urgenza di una simile iniziativa in quest'area. Una maggioranza di partecipanti favorevoli a un'iniziativa comunitaria preferirebbe che la Commissione, almeno come primo passo, fornisse Linee guida o altri tipi di chiarimenti circa l'applicazione delle norme esistenti sugli appalti pubblici alla creazione di PPP istituzionalizzati. Altri partecipanti favorevoli a un'iniziativa comunitaria affermano che la legislazione dell'Unione sarebbe la risposta adeguata alle difficoltà percepite. Al contrario, un gran numero di partecipanti contesta la necessità di iniziative comunitarie nel settore dei PPP istituzionalizzati.

4.6.2.2 *Opinioni a favore di un'iniziativa comunitaria sui PPP istituzionalizzati*

#### *Motivazioni addotte a favore di un'iniziativa comunitaria sui PPP istituzionalizzati*

La ragione principale per chiedere un'iniziativa comunitaria sui PPP istituzionalizzati è la mancanza di chiarezza delle norme che governano le relazioni in-house e, come sottolineato in particolare da partecipanti del settore pubblico, l'interpretazione restrittiva data nella sentenza della Corte di Giustizia Europea sul caso Teckal circa l'esenzione delle relazioni in-house dalla legislazione sugli appalti pubblici. Due partecipanti sostengono che il legislatore comunitario deve

intervenire e non lasciare alla Corte la responsabilità su tale materia, dato che la stessa Corte, a loro parere, non sarebbe in grado di fornire la necessaria chiarezza. Un'altra più generale giustificazione per un'iniziativa comunitaria nel settore dei PPP istituzionalizzati è, secondo vari partecipanti, la necessità di una selezione trasparente e competitiva dei partner privati per questi progetti. In una delle risposte si afferma che un'iniziativa comunitaria è necessaria poiché la varietà dei diversi approcci nazionali su questo tema distorce il Mercato Interno.

Relativamente alla necessità di un'iniziativa comunitaria nel settore del PPP istituzionalizzato, alcuni partecipanti distinguono tra casi in cui enti a capitale misto vengono creati congiuntamente da soggetti pubblici e privati e casi in cui le aziende pubbliche si aprono alla partecipazione di capitali privati. Alcuni partecipanti dicono che, mentre per la prima categoria di PPP istituzionalizzati è necessario un effettivo chiarimento a livello comunitario, la seconda categoria di PPP istituzionalizzati dovrebbe essere oggetto di scambio di "buone pratiche" o della presenza di un gruppo di riflessione. Un altro partecipante, tuttavia, ritiene necessari dei chiarimenti mediante regolamentazione per quanto riguarda specificamente la seconda categoria di PPP istituzionalizzati.

#### *Forma di un'iniziativa comunitaria sui PPP istituzionalizzati*

Una maggioranza di partecipanti favorevoli a un'iniziativa comunitaria opta per l'adozione di linee guida o di una comunicazione interpretativa, piuttosto che di iniziative legislative, per le ragioni seguenti: prevedibile perdita di flessibilità, dannosa per il corretto sviluppo di PPP istituzionalizzati innovativi a causa della rigidità della legislazione; mancanza, fino ad oggi, di sufficiente esperienza per adottare una legislazione valida per molti anni; difficoltà nel fornire chiarimenti mediante una legislazione che già di per sé richiede interpretazione; urgenza di chiarimenti in materia, non ottenibile con una procedura legislativa solitamente troppo lunga.

Alcuni partecipanti sostengono che una Comunicazione interpretativa potrebbe aprire la strada alla successiva adozione di una legislazione comunitaria. In ogni caso, Linee guida o Comunicazione interpretativa devono riguardare casi concreti affinché siano di reale utilità per gli interessati.

Solo una minoranza di partecipanti invoca una specifica legislazione comunitaria sui PPP istituzionalizzati, ad esempio, sotto forma di apposita direttiva. Secondo uno degli interessati, solo una legislazione comunitaria potrebbe armonizzare le misure nazionali esistenti, che rischiano di distorcere il mercato comune.

#### *Possibile contenuto di un'iniziativa comunitaria sui PPP istituzionalizzati*

Per quanto riguarda il contenuto di un'iniziativa comunitaria sui PPP istituzionalizzati, vari partecipanti del settore pubblico invitano il legislatore comunitario a definire il concetto di "in-house" in maniera più ampia rispetto a quanto fatto dalla Corte di Giustizia. Altri partecipanti pubblici spiegano che un'esatta comprensione di quel termine consentirebbe alle Municipalità di affidare incarichi rientranti nel concetto di pubblico servizio locale a strutture intercomunali senza essere obbligate ad indire le gare. Secondo uno dei partecipanti, una più ampia interpretazione del termine in-house implicherebbe che il possesso da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di una quota capitale del 50%, si qualificerebbe come posizione di controllo. Vari partecipanti si pronunciano a favore di "norme de minimis" per gli interventi PPP locali. Altri chiedono al legislatore comunitario di rispettare il principio di sussidiarietà nel chiarire il concetto di "in-house".

Uno dei partecipanti sollecita chiarimenti circa l'applicazione delle norme sugli appalti pubblici ai PPP istituzionalizzati in generale. Vari altri partecipanti sottolineano la necessità di rendere obbligatoria la pubblicazione dell'intenzione delle Autorità pubbliche di scegliere un partner privato per un PPP istituzionalizzato. Alcuni partecipanti sono per una più chiara definizione dello status di PPP istituzionalizzato, mentre altri desiderano che si chieda alle autorità pubbliche di

motivare il ricorso ai PPP istituzionalizzati. Vari partecipanti chiedono parità di accesso ai finanziamenti e più in generale l'applicazione dei principi del Trattato comunitario alla costituzione di PPP istituzionalizzati. Vari altri partecipanti sono contrari alla "doppia licitazione" obbligatoria per i PPP istituzionalizzati, ossia ad una gara per selezionare il partner privato seguita da un'altra gara per l'assegnazione di un incarico specifico.

Vari partecipanti sottolineano la necessità di chiarire l'applicabilità al PPP istituzionalizzato di principi legislativi comunitari diversi da quelli riguardanti la scelta di un partner privato. Norme sugli aiuti di stato e libera circolazione di capitali (Articolo 56 del Trattato CEE) sono citate varie volte in questo contesto.

#### 4.6.2.3 *Opinioni contrarie a un'iniziativa comunitaria sul PPP istituzionalizzato*

Un gran numero di partecipanti si esprime contro qualsiasi iniziativa comunitaria sul PPP istituzionalizzato.

Alcuni partecipanti considerano ridondante un'iniziativa comunitaria in quanto le attuali norme sugli appalti pubblici fanno sufficiente chiarezza in merito alla creazione di PPP istituzionalizzati. Al contrario, alcuni altri ritengono che le norme sugli appalti pubblici non si applicano al PPP istituzionalizzato e pertanto non necessitano di chiarimenti. Vari partecipanti spiegano che in base al principio di sussidiarietà, la Comunità non ha le basi giuridiche per una simile iniziativa. Due partecipanti dicono che gli PPP istituzionalizzati nascono spesso da iniziative private. Tuttavia, qualora la partecipazione privata ad un PPP istituzionalizzato fosse soggetta a gara preliminare, le parti private sarebbero meno incentivate a creare PPP istituzionalizzati. Inoltre, un gruppo di partecipanti afferma che l'esistenza in Germania di diverse centinaia di PPP istituzionalizzati dimostra, dal punto di vista tedesco, che un'iniziativa comunitaria in quest'area non è necessaria. Alcuni partecipanti dicono che non sono opportune ulteriori iniziative nel settore dell'energia, considerato già eccessivamente regolamentato.

Le argomentazioni contro una iniziativa comunitaria sono anche di tipo procedurale. Così, per esempio, vari partecipanti citano l'inopportunità di prendere iniziative in questo momento: prima di qualsiasi iniziativa comunitaria, serve una buona attuazione del cosiddetto Pacchetto Legislativo<sup>16</sup> negli Stati membri. Altri sono dell'opinione che le attività di PPP istituzionalizzati nazionali (compresi gli aspetti economici e sociali) devono essere attentamente valutate prima che venga presa una decisione in merito a un'iniziativa comunitaria nel settore.

## 4.7 **Misure e pratiche percepite come barriere all'introduzione di PPP**

### *Domanda n. 20 del Libro Verde sul PPP*

#### Domanda

A vostro giudizio, quali misure o pratiche sono di ostacolo all'introduzione di PPP nell'Unione europea?

#### Principali opinioni dei partecipanti

- **L'esistenza di norme troppo numerose e rigide è considerata un ostacolo allo sviluppo di PPP da una chiara maggioranza di partecipanti.**

---

<sup>16</sup> Direttiva 2004/17/CE che coordina le procedure di appalto di entità operanti nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e Direttiva 2004/18/CE sul coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici, appalti di forniture pubbliche e appalti di servizi pubblici.



Una chiara maggioranza dei partecipanti che commentano le misure o pratiche percepite come barriere all'introduzione di PPP dicono che regole troppo rigide e numerose ostacolano lo sviluppo di PPP. In particolare, i partecipanti del settore pubblico (ma anche varie imprese e associazioni private) lamentano che le norme comunitarie, nazionali e locali sul PPP limitano la flessibilità che a loro parere è necessaria per avviare tali progetti. Il limitato ricorso alla procedura negoziata è citato come esempio di norme aventi effetti negativi sul PPP. Anche la legislazione fiscale nazionale è citata da vari partecipanti come dannosa per la formazione di PPP. Un numero considerevole di partecipanti dice che la pletera di norme applicabili al PPP è causa di alti costi di transazione, aggiungendo che quei costi possono scoraggiare le autorità pubbliche dall'avviare progetti PPP e le parti private dal partecipare a gare per l'aggiudicazione di PPP.

Un numero sostanziale di partecipanti pensa che la mancanza di chiarezza giuridica e di regole comuni per la formazione e il funzionamento del PPP negli Stati membri ne pregiudica il potenziale successo. Molti partecipanti dicono che l'incertezza circa la futura legislazione comunitaria sui PPP, che potrebbe comprendere anche l'adozione di norme più rigide, influisce negativamente sulla realizzazione di tali progetti. Diversi fra i partecipanti che lamentano la scarsa chiarezza delle norme sul PPP sono favorevoli ad istituire un quadro normativo per il PPP a livello comunitario. In questo contesto alcuni partecipanti sono particolarmente preoccupati per la mancanza di adeguati meccanismi regolanti le controversie derivanti dall'aggiudicazione di PPP ovvero nel caso le norme sugli appalti pubblici vengono del tutto ignorate dalle amministrazioni aggiudicatrici. Un altro esempio di norme non abbastanza chiaramente definite riguarda quelle relative ai "collegamenti societari in-house". Anche le divergenze tra le norme nazionali sul PPP sono citate come barriere all'introduzione di tali progetti.

In relazione alla costituzione di PPP, vari partecipanti lamentano la concessione di indebiti privilegi alle aziende pubbliche a scapito dei concorrenti privati. Secondo alcuni partecipanti, queste pratiche discriminatorie includono norme fiscali differenti che favorirebbero indebitamente le imprese pubbliche, un accesso privilegiato ai finanziamenti e il ricorso a "collegamenti societari in-house" più sopra menzionati.

Altri aspetti importanti che molti partecipanti sospettano possano impedire lo sviluppo di PPP includono i co-finanziamenti comunitari nel quadro della Politica Regionale CEE e, in misura minore, le norme sugli aiuti di Stato. L'incompatibilità tra Fondi Strutturali e di Coesione e PPP, e, più in particolare la presunzione che gli aiuti comunitari debbano essere subordinati alla proprietà pubblica delle infrastrutture originate da un PPP, sembra essere un problema che va oltre il settore idrico. In generale, l'applicazione della Politica Regionale ai PPP è considerata tale da richiedere chiarimenti. Vari altri partecipanti chiedono chiarimenti sul rapporto fra norme sugli aiuti di Stato e direttive comunitarie sugli appalti pubblici.

Molti partecipanti citano mancanza di esperienza, lenta liberalizzazione di alcuni settori e, più in generale, assenza di una decisa volontà politica di promozione del PPP a tutti i livelli come altrettante barriere al loro sviluppo.

#### **4.8 Necessità di una riflessione collettiva a livello comunitario in relazione al PPP**

##### **Domanda n. 22 del Libro Verde sui PPP**

###### **Domanda**

*Più in generale, tenuto conto dei cospicui investimenti necessari in certi Stati membri allo scopo di perseguire uno sviluppo sociale ed economico sostenibile, pensate che possa essere utile una riflessione collettiva su tali aspetti da effettuare a intervalli regolari fra gli interessati e che permetta inoltre uno scambio di buone pratiche? Pensate che la Commissione debba creare una tale rete?*

#### Principali opinioni dei partecipanti

- **Si registra un ampio sostegno ad una qualche forma di riflessione collettiva sulla questione dei PPP a livello comunitario.**
- **Non c'è accordo sul contenuto e la forma di tale iniziativa.**

##### *4.8.1 Possibile campo di applicazione di una riflessione collettiva a livello comunitario*

Un gran numero di partecipanti favorevoli ad una riflessione collettiva sul PPP chiede lo scambio delle buone pratiche, sebbene alcuni aggiungano che in realtà si impara anche dalle esperienze negative. Alcuni partecipanti considerano il Resource Book sui casi di PPP pubblicato dalla Direzione Generale per la Politica Regionale nel giugno 2004<sup>17</sup> un buon esempio di iniziativa europea per la promozione dello scambio di esperienze circa il PPP.

Un numero sostanziale di partecipanti si aspetta che questa riflessione collettiva apporti chiarimenti in merito alle norme comunitarie applicabili e alla realizzazione di "Linee guida". Alcuni partecipanti dicono che i chiarimenti sul PPP non dovrebbero limitarsi agli aspetti giuridici. Altri esprimono interesse per norme standardizzate o modelli di avvisi di gara basati sull'esperienza finora acquisita. Altre proposte sulla portata di una riflessione collettiva sul PPP riguardano la diffusione su scala europea di informazioni sul PPP, la promozione di "valutazioni scientifiche", il coordinamento delle reti nazionali esistenti, la formazione e certificazione di "mediatori in PPP" e la risoluzione di potenziali conflitti tra legislazione europea e leggi nazionali su aspetti connessi al PPP. Un partecipante del settore pubblico ritiene che questa riflessione collettiva dovrebbe garantire un corretto equilibrio tra operatori pubblici e privati riguardo al know-how del PPP, di cui potrebbero beneficiare in particolare le amministrazioni aggiudicatrici minori.

Un altro partecipante propone che una riflessione collettiva su tali materie comprenda il controllo sulla trasparenza, la non discriminazione e più in generale il corretto funzionamento del PPP negli Stati membri. Un altro aspetto importante, secondo uno dei partecipanti, è la realizzazione di un'operazione di benchmarking.

Un numero sostanziale di partecipanti è dell'opinione che il risultato di questa riflessione collettiva sia lasciato aperto e non pregiudichi in alcun caso il problema dell'opportunità o meno di un intervento legislativo comunitario sul PPP, mentre due partecipanti suggeriscono che la riflessione collettiva contribuisca alla preparazione di un'iniziativa comunitaria sul PPP.

##### *4.8.2 Considerazioni circa la modalità della riflessione collettiva sul PPP a livello comunitario*

Rispetto alle opinioni sulla possibile portata di una riflessione collettiva sul PPP a livello comunitario, i pareri per quanto riguarda la modalità sono meno variegati. La maggior parte dei partecipanti auspica la creazione di una unità PPP permanente, che potrebbe assumere la forma di un'Agenzia europea per il PPP, di un Centro di ricerche di eccellenza e di un Centro di documentazione o di un Osservatorio. Almeno per quanto riguarda l'Osservatorio, alcuni partecipanti dicono che dovrebbe essere indipendente. Un partecipante raccomanda che un gruppo di alto livello supervisioni e coordini il lavoro dell'unità competente.

Un numero importante di altri partecipanti è favorevole a soluzioni meno istituzionalizzate, sostenendo in particolare che una struttura permanente non farebbe che accrescere la burocrazia. L'opzione da essi preferita è la Task Force. Un partecipante è per l'apertura di un dialogo tra la

---

<sup>17</sup> Pubblicato sul sito [http://europa.eu.int/comm/regional\\_policy/sources/docgener/guides/pppguide.htm](http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/pppguide.htm).

Commissione e le parti interessate. Un altro raccomanda di realizzare la riflessione collettiva sfruttando forum esistenti come il Comitato Consultivo per gli Appalti di Lavori Pubblici<sup>18</sup>.

Uno dei partecipanti sottolinea la necessità di trasparenza nella riflessione collettiva su questi aspetti.

Qualora si dovesse avviare una riflessione collettiva a livello comunitario, la maggioranza dei partecipanti non ha dubbi che debba essere affidata alla Commissione Europea. Alcuni partecipanti affermano che un'iniziativa della Commissione Europea potrebbe essere limitata alla promozione di reti PPP nazionali di ottimo livello.

#### 4.8.3 *Argomentazioni contro una riflessione collettiva a livello comunitario*

Pochi partecipanti si dichiarano contrari a qualsiasi riflessione collettiva a livello comunitario sugli aspetti connessi al PPP. Coloro che citano l'esistenza di una Piattaforma europea che già tratta temi come il PPP, che rende ridondante un forum parallelo di discussione, sottolineano la necessità di trattare per prima cosa i temi connessi al PPP illustrati nel "Report of the High Level Group on the Trans-European Network Group"<sup>19</sup> (Rapporto del gruppo di alto livello sulle Reti transeuropee) e temono che una riflessione collettiva a livello europeo possa portare ad una legislazione comunitaria sul PPP, favorendo in tal modo un approccio a questo tema che i partecipanti considerano inadeguato.

Il sostegno di alcuni partecipanti ad una riflessione collettiva sugli aspetti connessi al PPP a livello comunitario è condizionato dalla partecipazione di specifici attori come i rappresentanti dei governi nazionali e regionali, della società civile e dei lavoratori.

---

<sup>18</sup> Vedasi Decisione del Consiglio 71/306/CE istitutiva di un Comitato Consultivo per Appalti di Lavori Pubblici (OJ L 185, 16/8/1971, p. 15).

<sup>19</sup> Accessibile dal sito web della Direzione Generale per il Mercato Interno e i Servizi:  
([http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/publicprocurement/docs/ppp/2003\\_report\\_kvm\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/2003_report_kvm_en.pdf)).

ALLEGATO: ELENCO SOGGETTI CHE HANNO FORNITO I CONTRIBUTI<sup>20</sup>  
SCRITTI

---

<sup>20</sup> Questo elenco comprende tutti i partecipanti che hanno autorizzato la pubblicazione dei loro commenti.