

**NUOVI SCENARI COMUNITARI:
DIRETTIVE – APPALTI E MECCANISMI DI FINANZIAMENTO INNOVATIVI**

La proposta di direttiva concessioni: un passo avanti, ma insufficiente

Relazione Claudio Rangone

Indice

- 1) Introduzione
- 2) La proposta di direttiva concessioni: un passo avanti, ma insufficiente

1) Introduzione

La terza grande riscrittura della disciplina del procurement comunitario, dopo l'avvio nel 1971, si pone largamente sulla falsariga riformista delle precedenti, nel senso che, come annunciato dal Commissario Barnier in occasione del meeting di Bruxelles del 30 giugno 2011 con cui si è conclusa la consultazione del Libro Verde, la Commissione europea ha seguito una coerente linea di modifica del quadro normativo vigente, senza grandi strappi o soluzioni rivoluzionarie, approdando a quello che si può definire una "riforma rafforzata".

Certamente troppo per quei paesi che, come la Germania, richiedevano modifiche minimali e solo per accertati motivi di evidente necessità giuridica, assumendo la stabilità normativa quale valore base essenziale al pari di altri principi come la trasparenza o la non discriminazione; troppo poco invece per altri, come il Regno Unito, che avrebbero preteso un quadro normativo più leggero con meno norme (ritenendo questo il vero significato di semplificazione!), ivi compresa la fuoriuscita dei settori speciali della disciplina UE; mentre, per molti Stati membri, la proposta di direttiva concessioni resta abbastanza indigesta.

Queste posizioni di partenza così divaricate hanno certamente complicato l'impostazione delle proposte: tuttavia, va dato merito alla Commissione europea di avere indicato una soluzione normativa chiara, anche se assai corposa e non priva di rilievi, dovuti essenzialmente ad una logica dirigista che affiora in talune norme del testo, anche della proposta concessioni.

2) La riforma della direttiva concessioni: un passo avanti, ma insufficiente.

Dopo molti annunci e numerosi rinvii la proposta della Commissione europea si è materializzata, suscitando opposte reazioni, di consenso e di delusione. La prima reazione credo non possa che essere di apprezzamento per una riforma che davvero completa il Mercato Unico del procurement, rompendo molti tabù e invadendo zone off-limits presenti in varie parti d'Europa. Basti pensare al proposito che molti Stati UE, anche importanti, non sono dotati di una disciplina nazionale relativa alle concessioni: ad esempio, la Germania ha varie leggi dei diversi Länder a carattere prevalentemente finanziario mentre il Regno Unito assume non la legge ma il contratto come base di ogni rapporto, non importa se di appalto o di concessione. Quanto detto rivela il coraggio della proposta che, facendo perno sulla vigente disciplina relativa alle concessioni di lavori di cui alla D. 18, opera una generalizzazione normativa a tutte le tipologie di concessioni (lavori e servizi) relative a ogni diverso settore (classico e speciale) prevedendo una soglia unica a 5 ml di €. Questa copertura totale del fenomeno concessorio con previsione dell'obbligo fondamentale della pubblicità Ue e della predeterminazione nel bando dei criteri oggettivi di aggiudicazione e, se possibile, della loro ponderazione ovvero dell'indicazione dell'importanza decrescente dei criteri (art. 39,par.3), non è salto in avanti da poco, anche perché va collegata ad un altro aspetto centrale della proposta: la trasparenza procedurale nelle negoziazioni.

La Commissione europea infatti si astiene dalla definizione delle procedure utilizzabili per l'affidamento delle concessioni, cosa che invece fa nelle proposte appalti, indicandone soltanto i principi, tra cui in primis la necessaria trasparenza. Emerge così che alla mancata tipicizzazione delle procedure fa da contrappeso un obbligo generale di trasparenza mediante tracciabilità della negoziazione: viene cioè affermata, con un parallelismo preciso e coerente rispetto alle procedure appalti di tipo negoziale, la necessità, pur nella riconosciuta generale facoltà negoziale per i concedenti, di rispettare limiti rigorosi di trasparenza espressi oltre che nella preventiva pubblicità obbligatoria Ue, nella previsione e ponderazione o indicazione in ordine decrescente dei criteri di aggiudicazione come pure nella completa esigenza di tracciabilità in forma scritta dei passaggi negoziali.

Se proiettiamo nel tempo e nello spazio dell'Unione l'applicazione di questi tre obblighi fondamentali abbiamo l'esatta portata dei passi avanti che le regole dell'Unione introducono nel Mercato Unico, in un settore importante come quello della concessione fino ad ora largamente basato, salvo in parte per quelle lavori, su logiche nazionali con larga prevalenza di mercati chiusi.

Mi sento anche di affermare che su questi aspetti di fondo la proposta della Commissione europea si muove in sintonia con quanto l'IGI, mediante la Presidenza del Forum europeo, ha affermato fin da epoca non sospetta, richiedendo una direttiva liberale, di soli principi, che lasci libertà procedurale e adeguata possibilità di adattamento nel tempo a contratti che presentano rischi elevati connessi anche alla lunga durata.

Ed è proprio su quest'ultimo punto, essenziale per dare garanzia di certezza all'investitore (privato o pubblico) che si deve muovere in una logica di lungo periodo, che la proposta della Commissione europea appare carente, troppo appiattita su logiche appaltistiche. Infatti, la disciplina relativa alla "Modifica del contratto di concessione in vigore dello stesso" prevista all'art. 42 della Proposta 897 risulta identico all'art. 72 della proposta Appalti 896 – settori classici – come pure all'art. 82 della Proposta Appalti 895 – settori speciali –.

Riservare una medesima normativa a fenomeni contrattuali così diversi, in rapporto al rischio e alla durata, appare fortemente incongruo: tutto ciò nonostante la stessa proposta si curi di definire la concessione in modo chiaro quale contratto caratterizzato 1) dal "rischio operativo sostanziale"- art. 1- Definizioni –, 2) dalla complessità e 3) dalla lunga durata (Considerando 27).

E' ben vero che il richiamato art. 42, al par. 5 introduce (desumendolo dalla consolidata prassi contrattuale inglese, largamente utilizzata nel PFI/PPP), un modo pragmatico di flessibilizzare il rapporto contrattuale (che spesso è destinato a durare decenni), inserendo la possibilità, da prevedere nel bando di gara, delle c.d. clausole del riesame, di cui la più caratteristica nel mondo anglosassone è certamente la clausola del "refinancing", con cui le parti contrattuali si accordano preventivamente per il riesame del piano finanziario una volta che l'opera è completata e funzionante, se ciò è di interesse anche della parte pubblica, ripartendosi i "vantaggi conseguenti".

Si tratta di una tecnica contrattuale lontana dalla nostra tradizione amministrativa, ma che nella attuale versione della proposta di direttiva diventa l'unica valvola di sfogo per far fronte alle necessarie modificazioni che implica un rapporto complesso di lunga durata come la concessione.

Si sarebbe auspicato invece un collegamento strutturale del livello del rischio operativo sostanziale accertato al momento dell'aggiudicazione direttamente con la più o meno lunga durata contrattuale della concessione: con la conseguenza che il livello del rischio rapportato alla durata contrattuale avrebbe determinato il grado (più o meno elevato) di legittima modificabilità del rapporto contrattuale stesso nel tempo.

Modificabilità anche profonda che l'esperienza a scala mondiale del fenomeno concessorio indica come normalmente necessaria.

Solo in questo modo e nel pieno rispetto dei principi di pari trattamento e di non discriminazione, come ha sempre affermato il Forum europeo sostenuto dall'IGI, cioè con una disciplina strutturalmente connessa alla necessaria modificabilità nel tempo lungo del contratto concessorio, si può davvero garantire ai capitali privati quella certezza giuridica circa la remuneratività che il lungo termine contrattuale rende problematica ed insieme assicurare al concedente l'ottimizzazione delle prestazioni nel tempo: questo tema è tanto più rilevante in questa fase recessiva in cui tutta l'Europa gravata dai debiti dei bilanci pubblici fatica a ritrovare la via della crescita, anche infrastrutturale, e del rilancio occupazionale. Ne consegue, in via conclusiva sul punto, che la proposta di direttiva appare più orientata nel perseguire logiche di apertura del mercato che a rappresentare un volano per incentivare l'utilizzo dei capitali privati.

Da qui il giudizio positivo sulla proposta con, però, la sottolineatura della insufficienza della disciplina, da integrare e correggere in sede di approvazione finale.

Questa indicata insufficienza della proposta è poi aggravata dalla disposizione dell'art. 15 sulla Relazione pubblico pubblico nella misura in cui non sottomette il fenomeno in house ai principi di eccezionalità e di carenza manifesta del mercato all'esecuzione della prestazione, come invece ribadisce la giurisprudenza della Corte se la si legge nel suo insieme (basti citare al proposito il punto 26 della sentenza ANAV del 6 aprile 2006, Causa C-410/04). Questo art. 15 può infatti avere l'effetto di generalizzare in tutta Europa quel "socialismo municipale" nemico del mercato che appare montante in vari paesi e che in Francia ha trovato conferma in una recente legge sulle società pubbliche locali che consente agli enti locali, tramite appunto la costituzione di società totalmente pubbliche, di effettuare, senza passare dal mercato, ogni tipo di prestazione, anche le più normali per un ente locale (dalla costruzione di case popolari alla manutenzione stradale, dalla costruzione delle fogne alla gestione dei servizi turistici e così via).

La conclusione sul punto intende riaffermare che la codificazione legislativa dell'in house è positiva se riconferma l'eccezionalità del fenomeno in coerenza con lo spirito e la lettera della giurisprudenza della Corte ed è, invece, fortemente negativa se, come fa l'attuale testo dell'art. 15, suggella un fenomeno di pubblicizzazione dell'economia in palese contrasto con i Trattati e in totale antinomia con l'obiettivo fondamentale di apertura del mercato espresso dalle stesse proposte di direttive sul procurement e ribadito dal documento strategico approvato dai Capi di Stato e di Governo noto come Europa 2020, che preconizza per i servizi pubblici e di interesse generale incardinati largamente nell'istituto concessorio sia l'apertura al mercato tramite le liberalizzazioni sia il ricorso ai capitali privati tramite le privatizzazioni.