

Roma, 23 giugno 2009

AUDIZIONE

SENATO 8^A COMMISSIONE (LAVORI PUBBLICI, COMUNICAZIONI)

INDAGINE CONOSCITIVA SULLE PROBLEMATICHE RELATIVE ALLE AUTORIZZAZIONI, AI CONTRATTI DI SERVIZIO ED AI CONTRATTI DI PROGRAMMA NEI SETTORI DEI TRASPORTI, POSTALE, DELLE TELECOMUNICAZIONI, DEI LAVORI PUBBLICI E DELLE INFRASTRUTTURE

1. Premessa

Ringrazio il Presidente Grillo e tutti i membri della Commissione per l'invito a portare il contributo dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture all'indagine conoscitiva che questa Commissione ha voluto mettere in campo.

Questo appuntamento mi permette di dar conto dell'attività dell'Autorità, che di recente si è occupata non solo dello strumento del project financing, ma anche delle modalità di regolamentazione delle tariffe delle concessioni e dei meccanismi per il loro periodico aggiornamento, nonché di altre indagini conoscitive sul sistema di alcuni servizi (quello idrico in particolare).

La carenza di infrastrutture rappresenta uno dei fattori che ostacolano la crescita economica del nostro paese. E la crisi finanziaria che sta investendo con grande virulenza l'economia reale, coglie il nostro paese in una condizione di particolare fragilità. Una fragilità alimentata non solo dalla profonda frattura territoriale fra nord e sud, ma anche da un debito pubblico storicamente imponente e da una bassa produttività dei fattori produttivi.

La necessità di operare una difficile quadratura del cerchio tra sostegno del reddito per chi perde il lavoro, ammodernamento del sistema-paese (attraverso il rilancio degli investimenti in infrastrutture) e mantenimento degli equilibri di bilancio, pone il nostro paese nella condizione di dover reperire nuove risorse. Una parte di questo compito può essere efficacemente assolta da una attività di qualificazione della spesa pubblica. Un'altra parte consistente può arrivare dal settore privato attraverso forme di partenariato con il pubblico. In entrambi i casi, il ruolo dell'Autorità si è fatto, in questi anni, via via più significativo.

L'interesse del pubblico non può limitarsi al coinvolgimento del privato nel reperimento delle risorse. La finanza di progetto e l'istituto della concessione infatti sono strumenti delicati, complessi, che per funzionare hanno bisogno di competenze sia sul versante privato, sia su quello pubblico.

La necessità di contemperare e integrare la componente finanziaria con quella di realizzazione e di gestione di un'infrastruttura non è un'operazione semplice. Sia nella fase di reperimento delle risorse finanziarie, che in quella di appalto per la costruzione dell'opera pubblica, che in quella successiva di gestione funzionale ed economica, sono richieste capacità di valutazione e di controllo molto accurate, che diventano determinanti nel garantire il successo o il fallimento dell'iniziativa.

Detto in altre parole, devono trovare compatibilità esigenze opposte tra loro che sono, da un lato quelle dell'operatore pubblico di garantire efficienza ed efficacia del futuro servizio, mantenendo intatto il profilo della concorrenza. Dall'altro garantire la giusta remuneratività e le giuste condizioni di rischio all'investitore privato. Particolarmente delicata si presenta la fase di determinazione del flusso dei futuri ricavi del servizio, che richiede competenze non sempre presenti in abbondanza sul mercato.

Nel nostro paese la domanda potenziale di concessioni sia su infrastrutture già esistenti, sia su infrastrutture ancora da realizzare, è potenzialmente molto estesa. Garantire per ognuna di essere la migliore procedura di affidamento rappresenta quindi una condizione fondamentale: infatti ogni cedimento rispetto alla necessità di garantire tutte le condizioni di concorrenza possibile, scarica sulla collettività un supplemento di oneri che determina una minore competitività delle imprese e una riduzione del potere di acquisto delle famiglie.

2. La finanza di progetto

L'Autorità, che ho l'onore di presiedere, sul tema del project financing ha ritenuto importante, proprio per la complessità della normativa, proporre ai soggetti interessati delle linee guida per la redazione dei bandi tipo e le indicazioni per la valutazione delle offerte economicamente più vantaggiose.

Nel nostro Paese, il fenomeno della partecipazione privata al finanziamento delle opere pubbliche rappresenta una realtà consolidata del mercato nazionale, con consistenti quote di mercato. Secondo i dati dell'Osservatorio nazionale del Partenariato Pubblico Privato, si è passati dal 6% del 2002 al 28% del 2006, con un leggero calo nel 2007 e 2008 (19%) ed una positiva chiusura del primo trimestre del

2009, con una quota del 22% del mercato delle opere pubbliche, pari a 3 punti percentuali in più rispetto allo stesso periodo dell'anno scorso.

Eppure, l'ordinamento giuridico italiano non è stato certo tra i primi ad introdurre forme di regolazione degli istituti di partenariato pubblico privato: la prima disciplina della finanza di progetto risale a poco più di dieci anni fa, quando il decreto legislativo n. 415/1998, la c.d. "Merloni ter", introdusse, nell'ambito della legge quadro sui lavori pubblici, gli articoli 37-bis e seguenti.

Tale normativa ha poi conosciuto numerosi correttivi che, tuttavia, non ne hanno stravolto, sino ad oggi, la struttura fondamentale. La c.d. "Merloni quater", (legge 1 agosto 2002, n. 166), emanata quattro anni dopo l'introduzione dell'originaria disciplina, aveva introdotto un diritto di prelazione a favore del promotore, che ha però suscitato censure in sede comunitaria (si ricordi la procedura d'infrazione n. 2001/2182, promossa dalla Commissione Europea nei confronti dello Stato Italiano).

Il codice dei contratti, nella sua prima stesura, non ha introdotto rilevanti novità in materia, mentre il secondo decreto correttivo (d.lgs. 31 luglio 2007 n. 113), nell'intenzione di superare definitivamente ogni censura comunitaria, ha disposto l'abrogazione del diritto di prelazione, suscitando però valutazioni critiche da parte delle associazioni di categoria delle imprese, che hanno ritenuto, in tal modo, compromessa l'appetibilità dello strumento della finanza di progetto.

Infine, il terzo decreto correttivo (d.lgs. 11 settembre 2008, n.152), cercando di tener conto, da un lato delle istanze degli operatori economici e dall'altro, delle ulteriori osservazioni sollevate dalla Commissione europea, con la procedura di infrazione n. 2007/2329, relativa alla trasposizione delle direttive in materia di appalti, ha segnato una rivoluzione copernicana dell'istituto della finanza di progetto, introducendo una disciplina totalmente innovativa.

L'Autorità, che ha sempre guardato con particolare cura ed interesse all' istituto della finanza di progetto, emanando negli anni vari atti di indirizzo, pur nella consapevolezza che l'attuale quadro normativo non è ancora completo, essendo in itinere la procedura di approvazione del regolamento attuativo del Codice, ha voluto prontamente svolgere il suo ruolo di approfondimento ed interpretazione della normativa, al fine di incentivare l'utilizzo e le potenzialità di questo strumento.

Allo scopo di fornire un concreto supporto operativo nella scelta e nell'applicazione delle nuove procedure, tanto agli operatori economici che al committente pubblico, l'Autorità, all'indomani dell'introduzione della nuova normativa, ha costituito un gruppo di lavoro, che per vari mesi ha condotto un'approfondita analisi del nuovo contesto normativo e dei possibili problemi attuativi.

Il risultato di questo lavoro è stata l'elaborazione di tre determinazioni, che sono state preventivamente sottoposte all'attenzione delle principali istituzioni ed operatori economici del settore, nell'ottica di attuare una procedura di regolazione partecipata e condivisa, arricchita dal contributo dialettico di tutti i soggetti coinvolti nell'applicazione della disciplina della finanza di progetto.

La prima determinazione, la n. 1 del 2009: "Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. "terzo correttivo" (d.lgs. 11 settembre 2008, n.152)", emanata il 14 gennaio scorso, include due distinti elaborati: il primo, "Linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici mediante le procedure previste dall'articolo 153 del d.lgs. 163/2006", fornisce una sorta di mappa interpretativa delle tre nuove procedure che hanno sostituito l'abrogata disciplina e che vanno ad affiancare il tradizionale istituto della concessione.

La prima procedura a gara unica (nella quale, su uno studio di fattibilità della pubblica amministrazione, i concorrenti competono sulla qualità del progetto e sui

costi della realizzazione, presentando offerte corredate da progetto preliminare e piano economico-finanziario), che in quanto più veloce e lineare, si presume riscuoterà le preferenze delle stazioni appaltanti, prevede l'innovativa subordinazione della stipula del contratto alla previa approvazione del progetto preliminare prescelto ed all'accettazione, da parte del promotore, delle eventuali modifiche richieste in sede di conferenza di servizi, con la possibilità per l'Amministrazione di scorrere la graduatoria delle offerte in caso di diniego del vincitore.

La seconda procedura, che mantiene una struttura a doppia gara (nella quale nella prima fase si compete sulla qualità del progetto e nella seconda sul prezzo), prevede la reintroduzione del diritto di prelazione a favore del promotore, che diventa però oggetto di aggiudicazione della prima gara e dovrebbe, in tal modo, essendo subordinato ad una procedura competitiva, superare ogni perplessità in sede comunitaria. La procedura presenta poi vari nodi interpretativi cui si è tentato di dare risposta, quale ad esempio la questione dei criteri di valutazione delle offerte nella prima e nella seconda gara.

La terza procedura, infine, (quella per i casi nei quali la pubblica amministrazione non pubblica il bando entro sei mesi dall'approvazione del proprio strumento di programmazione), presenta un indubbio interesse, in quanto consente agli operatori economici di superare l'eventuale inerzia delle stazioni appaltanti, sollecitando la realizzazione di interventi in project financing già inseriti negli strumenti di programmazione, ma racchiude altresì, diversi aspetti problematici collegati ai numerosi ed alternativi snodi procedurali, e comporta una lunga gestazione (quasi due anni) prima di individuare la proposta di pubblico interesse da sottoporre alle successive fasi di gara, per assegnare la concessione.

Il secondo documento, di cui si compone la determinazione n. 1 del 2009, sono le "Linee guida per la redazione dello studio di fattibilità", elaborato quest'ultimo che, oltre a essere uno strumento attuativo della programmazione, assume un ruolo nevralgico nell'ambito delle nuove procedure di project financing. Esso diviene, infatti, il punto di partenza che le stazioni appaltanti devono porre a base di gara e deve quindi avere contenuti sufficienti per poter indire la gara stessa ed assicurare ai concorrenti la necessaria simmetria informativa, senza limitarne la creatività. In assenza, nel quadro normativo vigente, di precise indicazioni in merito ai contenuti minimi dello studio di fattibilità, l'Autorità ha inteso fornire un contributo concreto alle amministrazioni ed agli operatori economici.

Il lavoro intrapreso con la determinazione n. 1/2009, ha trovato il suo necessario completamento con l'emanazione di due ulteriori determinazioni, le n. 3 e 4 del 2009, approvate dal Consiglio dell'Autorità proprio qualche settimana fa.

La determinazione n. 3 del 2009 del 20 maggio scorso, acclude i modelli dei documenti di gara, con i quali si è voluto fornire uno strumento operativo alle stazioni appaltanti, per supportarle nel complesso iter procedurale dell'affidamento delle concessioni in project financing.

In particolare, l'Autorità ha predisposto sia modelli di documentazione relativi alla procedura "a gara unica", disciplinata dai commi 1-14 dell'art. 153 del Codice dei contratti, sia schemi-tipo relativi alla procedura c.d. "a doppia gara", descritta dal comma 15. Per ciascuna di tali procedure, si è prevista la possibilità di esperire una gara aperta, fornendo uno schema-tipo di bando e di disciplinare di gara ed anche la possibilità di utilizzare la procedura ristretta, redigendo modelli di bando, norme integrative del bando e lettera di invito. I modelli sono stati redatti in conformità alle linee guida di cui alla suddetta determinazione n. 1.

La determinazione n. 4 del 2009 approva le “Linee guida per l’utilizzo del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa nelle procedure di cui all’art. 153 del codice dei contratti pubblici”.

Come noto, il codice dei contratti, in conformità alla giurisprudenza europea che ha riconosciuto la perfetta equiparazione tra i due criteri di aggiudicazione del prezzo più basso e dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ha liberalizzato la scelta, da parte delle stazioni appaltanti, del criterio di aggiudicazione degli appalti, rendendola indipendente dalla tipologia di procedura adottata e condizionata, invece, all’oggetto dell’appalto ed all’obiettivo perseguito.

Tuttavia, nelle procedure di finanza di progetto, il legislatore ha previsto l’obbligo di utilizzare, quale criterio di aggiudicazione, quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa che, proprio in questo tipo di gare, esprime tutte le sue potenzialità, vista la pluralità di prestazioni contrattuali, che comprendono la progettazione, l’esecuzione e la gestione economica dell’intervento.

Tale criterio è infatti caratterizzato da un’ampia flessibilità, in quanto, da un lato, consente alle stazioni appaltanti la libera individuazione dei criteri alla stregua dei quali valutare la bontà delle offerte, in relazione all’interesse pubblico perseguito e dall’altro, consente alle imprese partecipanti di esprimere al meglio le proprie capacità innovative.

L’Autorità ha inteso quindi fornire degli ulteriori chiarimenti sull’applicazione di questo complesso criterio, sia per quanto concerne la scelta dei criteri e sub-criteri di selezione e la loro relativa ponderazione, sia per quanto riguarda le modalità di applicazione dei c.d. “metodi multicriteri”, finalizzati a rendere aggregabili valutazioni espresse secondo unità di misura diverse, altrimenti difficilmente confrontabili.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è infatti basato su molteplici parametri di valutazione, che rendono necessario comparare il dato economico con quello tecnico, al fine di giungere all'attribuzione di un unico parametro numerico finale a ciascuna offerta. Questo implica la necessità di risolvere i problemi di comparabilità tra gli stessi criteri, derivanti dalla loro diversa natura, quantitativa o qualitativa, e dalle diverse unità di misura, il che rende complesse le operazioni di valutazione delle offerte.

Conclusa questa prima fase di approfondimento dell'istituto della finanza di progetto (cui peraltro verranno apportati i correttivi che si rendessero necessari dalle eventuali modifiche introdotte dal regolamento attuativo del Codice dei contratti, nonché da eventuali criticità che si presentassero in sede di prima applicazione), occorre proseguire l'analisi degli strumenti di Partenariato Pubblico Privato, non limitandosi più al solo ambito, pure nevralgico, della realizzazione delle opere pubbliche.

Il legislatore ha definitivamente chiarito, che la finanza di progetto e le procedure dell'art. 153 e seguenti, si potranno applicare, con opportuni correttivi, anche alle gare di concessione nel settore dei servizi (art. 3 comma 15 ter e 152 comma 3). L'Autorità, nell'approvare le determinazioni 3 e 4, ha deciso di proseguire il lavoro con lo studio e la predisposizione di nuovi modelli per rendere possibili tali procedure, che sarebbero estremamente interessanti per settori strategici come l'Information and Communication Technology.

L'intenzione dell'Autorità è di mettere a disposizione della pubblica amministrazione l'esperienza acquisita in questi ultimi 10 anni nel settore dei lavori pubblici, fornendo indicazioni e strumenti nuovi per l'importante mercato dei servizi, che ben si presta a coniugare gli interessi pubblici con quelli degli investitori e dei privati in genere.

Con particolare riguardo agli affidamenti di maggiori dimensioni, è opportuno che le stazioni appaltanti possano sempre valutare l'opportunità di fruire delle capacità tecnologiche e finanziarie di partners privati. A tale scopo, sono in uso in molti paesi europei e nord americani, validi strumenti economici che consentono di orientare le amministrazioni nella scelta tra l'esecuzione di un appalto tradizionale e la realizzazione di un'opera o di un servizio mediante rapporti di partenariato pubblico privato (come, ad esempio, il metodo del "Public Sector Comparator", richiamato anche nella determinazione n. 1 del 2009). L'Autorità, congiuntamente all' Unità Tecnica Finanza di Progetto, ha elaborato una nota illustrativa sul metodo PSC e sull'Analisi del Valore, che sarà pubblicata a breve, nella quale si forniscono le prime indicazioni per l'utilizzo di questi strumenti di tipo economico-statistico; è nostro convincimento, che le Amministrazioni dovrebbero sempre effettuare queste analisi, prima di intraprendere una procedura così complessa (e sovente molto onerosa) come una concessione di lavori o di servizi, un leasing immobiliare, o un contratto di partenariato pubblico privato in genere.

Certo, il proficuo utilizzo di questi strumenti presuppone che le pubbliche amministrazioni si dotino di adeguati profili professionali, in grado di svolgere un ruolo "da pari a pari" con i migliori e più innovatori operatori economici, nella consapevolezza di dover giocare ben distinti ruoli. Su questo punto il cammino da compiere è ancora molto lungo.

All'operatore economico spetta importare organizzazione, innovazione e finanziamento nella gestione della cosa pubblica, assumendosi quei rischi che nessun ente pubblico, per la propria intrinseca natura, è in grado di sostenere. L'ente pubblico deve invece individuare con sempre maggior profondità gli obiettivi funzionali al soddisfacimento dell'interesse collettivo e vigilare con competenza e sistematicità sul raggiungimento dei medesimi, assumendo un ruolo non già di operatore diretto nel mercato ma di supervisore e regolatore.

L'occasione di poter intervenire in questa autorevole sede mi consente di richiamare l'attenzione della Commissione sulla necessità di avviare una riflessione complessiva sulla disciplina della finanza di progetto, così come disciplinata dall'articolo 153 del Codice dei contratti, che presenta non pochi elementi di criticità e di appesantimenti procedurali.

3. Le tariffe autostradali

D'intesa con il Presidente Grillo abbiamo concentrato questa audizione sullo strumento del project financing. Però vorrei fare almeno un cenno su altre due questioni, attinenti i temi dell'indagine conoscitiva, alle quali abbiamo lavorato con grande impegno recentemente. Una riguarda la problematica delle tariffe autostradali, l'altra è quella dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

La problematica delle tariffe autostradali è oggetto, da diversi anni, di dibattito e di attenzione da parte dell'opinione pubblica, degli operatori e del mondo politico.

Con atti dell'8 giugno 2006 e del 19 ottobre 2006, l'Autorità ha, di volta in volta, segnalato al Governo ed al Parlamento le criticità del sistema delle concessioni nel quale il forte ritardo nella attuazione dei piani economico-finanziari, nel periodo 2000-2005, ha generato aumenti tariffari elevati e non sempre legati agli investimenti effettivamente realizzati, nonché extragettoni conseguenti ad una sottovalutazione dei livelli di traffico. Poiché su questo argomento abbiamo avuto già avuto occasione di portare al Parlamento sia la nostra opinione che gli esiti della nostra attività, mi limito a depositare gli atti più significativi che abbiamo prodotto.

4. I servizi pubblici locali

Vorrei infine accennare alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Come noto, l'articolo 23 bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133 ha definito una nuova disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica finalizzata ad un nuovo assetto del mercato che dovrà essere regolato da principi omogenei, così da essere trasversale rispetto a quelli settoriali, soprattutto con riferimento al profilo dell'affidamento e della gestione dei rispettivi servizi.

Il principio di fondo della riforma è quello, delineato al comma 1, di "favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale con modalità tali da garantire il diritto di universalità ed accessibilità dei servizi per tutti gli utenti nonché il livello essenziale delle prestazioni ai sensi dell'art. 117 comma 2 lettere e) ed m) della Costituzione".

La disciplina introdotta dall'art. 23 bis è destinata ad essere completata, ai sensi del comma 10, da uno o più regolamenti che avranno natura delegificante e dovranno disciplinare una serie di questioni molto importanti per lo sviluppo industriale delle società che, a vario titolo, già forniscono servizi pubblici locali di natura economica e di quelle che vorrebbero entrare su tali mercati.

E' opportuno sottolineare che, anche se la nuova normativa deve essere completata dal Regolamento, essa contiene tuttavia un complesso di disposizioni (commi da 1 a 9) che si possono considerare immediatamente precettive.

Nell'immediato, ciò può essere fonte di incertezza per il mercato e le Amministrazioni pubbliche, già chiamate ad operare in un complesso sistema di fonti normative comunitarie, statali e regionali, e con una forte incidenza della giurisprudenza soprattutto di matrice comunitaria.

Data la rilevanza economica e sociale dei settori coinvolti e la esigenza di non ritardare gli investimenti in corso e necessari per lo sviluppo del settore, l'Autorità sottolinea l'importanza di una celere definizione del quadro giuridico mediante l'emanazione del Regolamento entro i termini previsti dall'articolo 23 bis e, nell'ambito dei compiti ad essa assegnati, ha ritenuto opportuno predisporre un atto di segnalazione per il Governo e il Parlamento su alcuni aspetti della riforma particolarmente critici, anche con riferimento alla disciplina dell'affidamento e gestione dei servizi pubblici locali.

Nel predisporre l'atto di segnalazione l'Autorità ha effettuato consultazioni e audizioni dei principali stakeholders e degli operatori interessati al mercato dei servizi pubblici locali, quali: la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, l'ANCI, l'UPI, Confservizi, Federutility, Federambiente, ASSTRA, Confindustria, le Organizzazioni Sindacali.

Le questioni oggetto della segnalazione sono:

- 1) l'armonizzazione della nuova disciplina con quelle vigenti di settore;
- 2) la disciplina dell'affidamento in via ordinaria;
- 3) la disciplina del modello organizzativo in house;
- 4) il regime transitorio;
- 5) il miglioramento del sistema di indirizzo, rilevazione dati e controllo e degli strumenti di tutela non giurisdizionale.

Anche in questo caso, rimando per le questioni di dettaglio all'atto di segnalazione al Governo e al Parlamento del 26 novembre 2008.

Infine, Presidente Grillo vorrei dare appuntamento a tutti i componenti della Commissione a giovedì 25 prossimo venturo per la relazione annuale, che quest'anno si svolgerà proprio qui al Senato, dove tra l'altro daremo conto di tutta l'attività di vigilanza svolta nel corso dell'ultimo anno.

Mi fermo qui.

Lascio alla Commissione alcuni documenti: le Determinazioni n. 1/2009, 3/2009 e 4/2009; gli Atti di segnalazione al Governo e al Parlamento 8 giugno 2006 e 19 ottobre 2006 sull'indagine relativa alle convenzioni autostradali e infine l'Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento 26 novembre 2008 sulla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

E naturalmente rimango a disposizione insieme al Consigliere Moutier per rispondere alle domande dei Commissari Senatori.

Luigi Giampaolino