



8° Commissione Permanente Lavori pubblici, comunicazioni del Senato

DISEGNO DI LEGGE DELEGA AL GOVERNO IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

Atto Senato N. 2330

Le valutazioni di un investitore istituzionale:
Arpinge Spa

NOVEMBRE 2021

Arpinge S.p.A.

Via Crescenzo, 16 - 00193 Roma

tel. +39 06 97605434 - fax +39 06 92943374 - Partita IVA e Codice Fiscale: 12539251004

Capitale sociale: sottoscritto euro 173.330.000, versato euro 164.332.500

www.arpinge.it – arpinge@pec.it – arpinge.it



Tutti gli indicatori mostrano che l'economia italiana è in una fase di forte crescita.

Un momento propizio, quindi, per intervenire con riforme strutturali che possano dare un respiro di lungo termine alle tendenze in atto e rendere più competitivo il sistema dell'economia italiana.

Una riforma centrale per dare competitività al sistema economico italiano è il Disegno di legge delega di riforma complessiva di regolazione dei contratti pubblici, approvato dal Governo Draghi ed attualmente in discussione alla Commissione Lavori pubblici del Senato.

Il testo contiene principi chiari di indirizzo che, una volta approvati dal Parlamento, si dovranno tradurre in decreti legislativi attuativi elaborati dal Governo.

Principi molto condivisibili che, se non saranno rinnegati o appesantiti da distinguo e paletti in sede parlamentare, come avvenuto nel passato, possono portare la regolazione di appalti e concessioni in linea con i migliori standard internazionali e con le Direttive europee in materia.

Il primo punto meritevole di attenzione è l'indicazione espressa nella lettera a), comma 2 dell'art. 1 del testo "di perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse", che tenta di colmare un divario con gli altri paesi dell'Unione Europea divenuto nel tempo sempre più evidente e penalizzante per l'efficienza del sistema di regolazione in Italia (spesso sulla base di una presunta "atipicità" del nostro Paese, circolarmente determinata dalle distintive scelte normative e quindi come conseguenza e non presupposto della regolazione).

È fondamentale un sostanziale allineamento alla regolazione europea nella normativa sugli affidamenti degli appalti e concessioni e sul sistema di controllo di gestione dei contratti sottoscritti, ridando alle stazioni appaltanti autonomia e capacità di scelta nelle procedure da adottare nell'ambito di una normativa d'indirizzo chiara, senza che siano necessarie leggi che regolino dettagliatamente la loro condotta, che legano le mani agli amministratori capaci e diventano un alibi per quelli inefficienti.

Naturalmente in un quadro di riorganizzazione e qualificazione delle stazioni appaltanti, come indicato nel testo provvedimento citato.

Molto positivo ed opportuno appare anche quando indicato alla lett. n), comma 2, art. 1 nella quale si afferma la necessità di procedere alla *"razionalizzazione, semplificazione, anche mediante la previsione di contratti-tipo, ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo alla finanza di progetto, anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investitori professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti"*.

L'attuale regolazione del PPP in Italia è caratterizzata da limiti e anomalie rispetto agli standard internazionali ed alla direttiva europea sulle concessioni e ha di fatto reso difficile e poco efficiente investire agli investitori istituzionali nel settore delle infrastrutture.



Una riforma della regolazione del PPP può davvero creare le condizioni per un salto di qualità capace di attrarre investitori professionali con un effetto moltiplicatore per l'economia italiana anche in vista dei piani di investimento previsti nel PNRR.

In tutti i paesi dell'area OCSE, infatti, il risparmio istituzionale (fondi pensioni, assicurazioni vita, Casse di Previdenza) è cresciuto in modo esponenziale – superando il livello del PIL come media OCSE - e questa massa rilevante di “risorse responsabili” ha indotto gli investitori istituzionali ad investire, direttamente o tramite veicoli societari, Sicaf o fondi comuni di investimento specializzati in prodotti alternativi (immobiliare, infrastrutture e private equity), nell'economia reale ed in particolare in infrastrutture, anche urbane e sociali.

Investitori che, assumendosi tutti i rischi di un'operazione di costruzione e – soprattutto – di gestione, devono operare in un contesto di regolazione certa in linea con le prassi internazionali e con le Direttive Europee. **Basati su una chiara e distintiva regolazione del regime concessorio, oggi confuso con quello degli appalti di lavori, e su un'inversione dell'attuale tendenza a “pubblicizzare il privato”, disconoscendo le figure intermedie come quella dell'interesse pubblico con una crescente attrazione del concessionario al regime pubblicistico.**

E proprio l'adozione di una distinta regolazione degli appalti pubblici da un lato e delle concessioni dall'altro (così come del resto avviene in Europa con due distinte direttive), appare a nostro giudizio fondamentale per acquisire una maggiore chiarezza e una più appropriata distinzione tra un rapporto concessorio, che guarda all'investitore per la costruzione e gestione del bene nel medio lungo termine (che può essere un costruttore o anche un investitore professionale, costituito come società o fondo comune infrastrutturale o immobiliare), e un appalto, che guarda necessariamente al solo costruttore per la mera realizzazione dell'opera. Si tratta di una scelta normativa non solo coerente con l'impianto dell'Unione Europea ma chiaramente più idonea a superare l'attuale visione “appaltistica” che introduce significativi profili di rendita di posizione, distorsione commerciale e incertezza giuridica. Costituendo un rilevante fattore di riduzione dell'attrattiva *per gli investitori professionali*.

In questo ambito si inserisce anche l'opportunità di creare nella nuova regolazione *“un forte incentivo al ricorso a procedure flessibili, quali il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione e le procedure competitive con negoziazione, per la stipula di contratti pubblici complessi e di lunga durata”* (lett. m, comma 2, art. 1). Istituti giuridici già presenti nella normativa attuale ma di fatto ignorati dal sistema amministrativo.

Così come appare utile e necessario l'obiettivo di *“razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di affidamento dei contratti da parte dei concessionari, ...”* (lett. s, comma 2, art.1), che si è impantanata nell'inapplicabilità dell'art. 177 dell'attuale codice dei contratti pubblici e nell'anomalia rispetto alla disciplina comunitaria dell'art. 164 attualmente vigente, con il risultato di fatto di rendere poco attrattive gli investimenti degli investitori istituzionali, sia nelle infrastrutture esistenti – da innovare – che in quelle di nuova realizzazione (c.d. *greenfield*).

A questo proposito tra i **principali vincoli ravvisabili nella legislazione italiana, derivanti da una visione puramente appaltistica del PPP, che limitano ed alterano la concorrenza nelle operazioni greenfield, si segnalano le seguenti:**

- Un investitore aggiudicatario di un contratto di concessione di costruzione e gestione, qualora non abbia i requisiti tecnici di un'impresa di costruzioni, deve obbligatoriamente costituirsi in ATI o costituire una società di progetto con una o più imprese esecutrici (e/o gestori di servizi).
- Qualora l'investitore che non abbia i requisiti tecnici e non si sia costituito in ATI o costituito una società di progetto con le imprese esecutrici, deve affidare i lavori con una gara ad evidenza pubblica (art. 164 del D.lgs. 50/2016), come se fosse una stazione pubblica appaltante invece di essere un operatore privato.

Questa normativa oltre a garantire una rendita di posizione alle imprese di costruzione, limitando lo spazio concorrenziale, finisce col penalizzare l'investitore professionale e istituzionale che rischiando equity ha come obiettivo primario non la sola fase di costruzione (peraltro da ottimizzare nel costo e nel risultato), ma l'organizzazione dell'intera operazione di costruzione e gestione di un bene infrastrutturale, al fine di ricavarne un ritorno predefinito, operando in collaborazione con la PA concedente durante le fasi del processo e intervenendo direttamente su tutti gli elementi che determinano la redditività dell'iniziativa.

Da segnalare che l'investitore promotore "puro" – ovvero privo di conflitti di interesse legati a specifiche fasi del progetto – si assume tutti i rischi dell'operazione, compreso il rischio costruzione, e deve pertanto poter organizzare liberamente i fattori produttivi per rispondere complessivamente alle obbligazioni sottoscritte.

Peraltro, non si comprende come l'investitore concessionario, in virtù del fatto che la gara con evidenza pubblica sia già stata esperita a monte, non possa selezionare l'impresa esecutrice tramite gara privata (pur nel rispetto dei requisiti tecnico/economici e reputazionali indicati nel bando), rendendo quindi efficiente ed efficace l'intera operazione con soddisfazione dell'Amministrazione concedente e degli utenti che utilizzeranno i servizi dell'investimento realizzato.

Al riguardo, una analisi effettuate nei principali paesi europei sulle legislazioni di recepimento della Direttiva Europea sulle concessioni evidenzia come **l'obbligo per il concessionario di avere i requisiti del costruttore o costituirsi in ATI o società di progetto con le imprese esecutrici l'obbligo di selezionare l'impresa esecutrice con gara pubblica, sia una peculiarità della legislazione italiana.**

Una prima risposta a queste esigenze è stata inserita nella legge di conversione n° 55/2019 del decreto-legge n°32/2019 (sblocca cantieri), all'art.183 del codice dei contratti pubblici, comma 17 bis, che definisce il perimetro degli investitori istituzionali abilitati a presentare autonomamente proposte di PPP senza l'obbligo di indicare nella fase di offerta le imprese esecutrici dei lavori e/o il gestore dei servizi né tantomeno di costituire un ATI con l'impresa esecutrice dei lavori e/o gestore dei servizi. Resta tuttavia poco chiaro quale sia la procedura a valle del contratto di concessione

acquisito dopo una gara ad evidenza pubblica. Un elemento chiave da definire nella riforma della regolazione del PPP, auspicando che vada nella direzione sopra indicata.

Per quanto riguarda **le operazioni “brownfield” di PPP, per facilitare gli investimenti privati appare utile consentire l’eliminazione dell’obbligo di affidamento a terzi tramite procedure ad evidenza pubblica, soprattutto relativamente ai servizi e forniture**, da sempre considerati sia dal diritto europeo che da quello nazionale rientranti nell’ordinaria e necessaria “flessibilità” del concessionario che non sia amministrazione aggiudicatrice e non soggetti ad alcun vincolo procedurale.

Nell’art.177 del Codice dei contratti pubblici il legislatore italiano impone che i titolari di concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del codice, non affidate con la formula della finanza pubblica ovvero con procedura di gara di evidenza pubblica (ma con altra procedura comunque legittima al tempo dell’affidamento), siano obbligati ad affidare una quota pari all’80% dei contratti di lavori, servizi e forniture mediate procedure di evidenza pubblica. Un vincolo ex-post che prescinde da tre fattori importanti, che avrebbero potuto giustificarlo: a) il grado di penetrazione di mercato del singolo concessionario; b) l’esistenza effettiva di mercati efficienti a valle nei servizi implicati; c) la libertà di organizzazione del processo produttivo.

In particolare, nell’affidamento di servizi e forniture, l’art. 177 del Codice impone vincoli stringenti ai concessionari privati condizionandone la libertà di scelta del modello operativo con conseguenze negative anche sull’efficienza gestionale e sull’economia di scala (in ultimo, quindi, sulla stessa convenienza ad investire). Per fare un esempio dei paradossi che possono andare a incidere sull’attività tipica stessa del concessionario, l’obbligo di delega a terzi della gestione di un parcheggio per un investitore specializzato nella gestione di parcheggi – applicabile ai sensi dell’art.177 dell’attuale Codice Appalti, equivale all’eventuale obbligo di affidamento a terzi dei lavori di costruzione da parte di una società di costruzione in quanto concessionaria !

Tali limiti, fissati indistintamente per lavori, servizi e forniture a prescindere da qualsiasi verifica di sussistenza di adeguate condizioni concorrenziali, incidono fortemente sull’assetto dell’intero settore delle utilities, mentre per investitori-concessionari di altro tipo l’Anac, trovando conferma nel parere del Consiglio di Stato del 20 giugno 2018 n° 1528 con riguardo alle linee guida dell’Anac, afferma che *“l’art. 177 non si applica alle fattispecie escluse dall’applicazione della parte III del codice dei contratti pubblici, individuate dall’art. 164”*

Pur se le interpretazioni giuridiche possono apparire chiare, rimane in capo agli investitori istituzionali l’incertezza applicativa della norma anche perché nel concreto le amministrazioni concedenti applicano in modo letterale l’art. 177 rendendo di fatto non attrattivo per gli investitori l’acquisizione di concessioni affidate in tempi precedenti la normativa attualmente vigente.

Il punto principale che ha indotto il legislatore italiano ad introdurre l’art. 177 del Codice dei contratti pubblici è quello di recuperare a valle la concorrenza violata nell’affidamento della concessione a causa del mancato rispetto degli obblighi imposti dalla normativa di riferimento.

Ma dovrebbero essere coerentemente sottratte in modo espresso alla sfera di applicazione dell'art. 177 le concessioni comunque affidate in conformità al quadro di norme *ratione temporis* applicabile. In altri termini laddove le concessioni siano state affidate secondo la legislazione di riferimento allora vigente non si può attribuire alcuna violazione della concorrenza. Risolvendo come eccezione solo gli eventuali casi di monopoli nazionali che, in ragione di ciò, possono aver esteso il perimetro dell'attività "core" della concessione oltre misura.

Inoltre, la modifica della regolazione intervenuta nel corso della durata della concessione altera in modo pesante le condizioni pattizie liberalmente sottoscritte dalle parti (PA concedente e concessionario privato).

Infine, non si ritrova nella Direttiva Europea sulle Concessioni alcuna disposizione che sia riferibile all'impostazione contenuta nell'art. 177 del Codice dei contratti pubblici vigente in Italia. Pertanto, la legislazione vigente penalizza in modo inappropriato gli investitori che operano in Italia. Soprattutto si impedisce di acquisire concessioni in essere attualmente in capo ad operatori privati locali, spesso corrispondenti alle imprese di costruzioni promotrici di operazioni in project financing, che ritengono utile smobilitare tali investimenti per acquisire liquidità per le proprie attività core e non hanno nel loro modello di business la gestione di lungo periodo di infrastrutture (si veda il settore dei parcheggi).

Per i motivi sopra ricordati si ritiene auspicabile una distinta regolazione degli appalti pubblici da quella delle concessioni (così come avviene nella regolazione europea che ha emanato distinte direttive per gli appalti e le concessioni) al fine della chiarezza e per evitare contaminazioni della visione "appaltistica" nella regolazione delle concessioni, così come si riscontra nella normativa vigente.

La normativa sugli appalti pubblici ha la finalità di regolare l'affidamento ed il controllo della realizzazione di una specifica opera infrastrutturale, la normativa sulle concessioni ha l'obiettivo di regolare la realizzazione e la gestione di lungo periodo di una infrastruttura con utilizzo di capitali privati e particolare attenzione ai servizi resi ai beneficiari finali, e pertanto si configurano come ambiti con profili molto differenti che dovranno essere regolati in modo distinto ed autosufficiente.

Si ritiene inoltre utile una riflessione sull'opportunità di abbandonare linee guida (soft law) in particolare laddove si vuole andare a regolare in modo inappropriato ed artificioso aspetti che vengono naturalmente definiti dal libero mercato (es. rendimenti degli investimenti prefissati a monte secondo regole generali e che non tengono conto della peculiarità di settori/contesti/rischi specifici e di mercato in cui vengono fatti i singoli investimenti). Ciò in quanto l'incertezza del quadro regolatorio prevale sul beneficio teorico della flessibilità con il risultato che i capitali privati sono più spaventati che attratti da questa soluzione.

È più opportuno intraprendere la strada di contratti tipo per specifici settori che possono essere poi calati nella realtà del mercato.



Si può quindi affermare che il DDL delega di riforma dei contratti pubblici sia la strada giusta per rendere più competitivo il nostro sistema economico ed auspicabile che il Parlamento lo approvi senza appesantimenti normativi che nel passato hanno prodotto gravi effetti distorsivi sul mercato.

Sarà ovviamente necessario evitare che, come è avvenuto in passato, la decretazione attuativa restringa o contraddica lo spirito di riforma contenuto nel Disegno di legge delega in discussione.