Avcp
Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture

A.S. 3110

Conversione in legge del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività

AUDIZIONE 2 FEBBRAIO 2012

Commissione 10ª Industria, commercio, turismo

Il decreto legge in discussione rappresenta un ulteriore progresso nella normativa che si è accumulata negli ultimi mesi e che denota tra l'altro che la codificazione dei contratti pubblici adottata nel 2006 non ha retto dal punto di vista sistematico ed anzi le azioni di intervento normativo dovranno continuare sia per la gestione delle conseguenze della crisi economica che per l'elaborazione delle nuove direttive europee sugli appalti che impegnerà tutto l'anno in corso in approfondimenti.

L'esito complessivo di queste normative che hanno creato un certo disorientamento negli operatori per la frammentarietà della disciplina ha comunque sospinto il sistema verso il contenimento della spesa, la semplificazione delle procedure, l'apertura dei mercati. In particolare, per quanto riguarda il settore dei lavori pubblici e servizi, la previsione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici presso l'Autorità prevista nel decreto sulla semplificazione come importante potenziamento degli strumenti di conoscenza e di controllo sui mercati, consente ai futuri interventi di disporre azioni più mirate. Tale misura contribuirà certamente ad una consistente riduzione dei costi amministrativi per le imprese e per le amministrazioni contribuendo ad un miglior assetto della finanza pubblica.

Meno comprensibile sul piano della qualità dell'intervento è che si sia incrinata l'unitarietà della vigilanza sui contratti pubblici, affidata, ad un'autorità terza, estrapolando quella sulle autostrade che viene affidata alla competenza ministeriale. In questo senso, in questa o altra sede, si auspica la ricomposizione di uno schema unitario e maggiormente garantista.

Per quanto riguarda taluni aspetti specifici del provvedimento, tra le innovazioni più rilevanti va evidenziata l'incentivazione al ricorso dei capitali privati per la realizzazione di opere pubbliche ed

in particolare le infrastrutture strategiche, tese a migliorare il sistema dei trasporti, la rete idrica e il patrimonio edilizio nazionale, proprio in virtù dei cospicui investimenti pubblici che tali opere comportano.

È pur vero, però, che tali investimenti, se rapportati all'importo complessivo della spesa pubblica impegnata per appalti di lavori, ne rappresentano mediamente oltre 10%. A conforto di tale considerazione intervengono i dati estratti dalla Banca dati dell'Osservatorio dai quali emerge che mediamente l'importo complessivo annuo di tutti gli appalti pubblici di lavori ammonta circa a 34,5 miliardi di euro mentre l'importo annuo medio degli investimenti in infrastrutture strategiche è di circa 4,4 miliardi di euro. E' evidente, quindi, che la scelta effettuata privilegia interventi di qualità e immediatamente operativi, il rilancio della crescita complessiva richiama investimenti di più ampia e diffusiva portata.

L'Autorità si è occupata delle forme di PPP, fin dalla sua creazione, con molte deliberazioni e determinazioni, linee guida e bandi tipo, delle varie modifiche ed adattamenti apportati, di volta in volta, dall'ordinamento.

Lo strumento del PPP in Italia, fino ad oggi, in effetti, non è mai pienamente decollato, per varie motivazioni riconducibili ad alcuni aspetti:

- la continua modifica delle "regole del gioco" che dovrebbero essere invece chiare e stabili, soprattutto con riferimento ai procedimenti di affidamento dei contratti di PPP, che consentano alle pubbliche amministrazioni e agli operatori privati di operare in un quadro di certezze;
- la carenza di competenze negoziali all'interno del settore pubblico, capaci di mettere a punto modelli contrattuali adeguati alla complessità tecnica, legale ed economico finanziaria delle operazioni di PPP;
- la inadeguatezza di operatori privati in grado per dimensione, esperienza e competenze di proporre al settore pubblico soluzioni innovative e finanziariamente sostenibili;
- i problemi relativi alla bancabilità dei progetti soprattutto per il settore delle infrastrutture strategiche.

Il decreto legge interviene soprattutto sull'ultimo aspetto, sul quale si era già pronunciato il decreto cd "salva Italia" .

La piena attivazione dei capitali privati nelle opere ordinarie è anche ostacolata dalla frammentazione delle stazioni appaltanti, in particolare dei Comuni medio piccoli che cercano sempre di più di affidarsi al PPP per portare avanti i programmi di spesa per investimenti

(soprattutto per opere di taglio medio - piccolo). La mancanza di adeguate competenze nelle fasi di stesura delle clausole contrattuali, in particolare quelle relative alla allocazione dei rischi, di affidamento e di gestione del contratto durante la fase di esecuzione, rende incerto il perfezionamento del PPP e rischia di renderlo eccessivamente oneroso per l'Amministrazione; inoltre, gli investitori sono ovviamente attenti anche ai profili di copertura finanziaria del progetto per la parte eventualmente a carico dell'Amministrazione.

L'accumulazione di maggiori professionalità all'interno delle amministrazioni pubbliche è quindi necessaria per consentire una valutazione efficace del ventaglio degli strumenti messi a disposizione, ora ampliati dal decreto legge in discussione.

Occorre sicuramente una standardizzazione dei contratti, come avviene a livello internazionale volta a garantire la previsione di più appropriati meccanismi di applicazione delle penali per inadempimenti contrattuali del concessionario, soprattutto in fase di gestione, e di meccanismi premiali; l'inserimento di clausole relative alla condivisione dei documenti di finanziamento da parte delle amministrazioni aggiudicatrici; l'adeguato richiamo agli elementi quantitativi del piano economico-finanziario in fase di gara; il rafforzamento dell'attività di controllo da parte dell'amministrazione concedente nel corso delle varie fasi del contratto.

L'*assessment* dei rischi è centrale per il corretto funzionamento del mercato delle commesse pubbliche, indipendentemente dalla loro realizzazione con PPP o con le procedure tradizionali. La PA e i privati, in un Paese con variegati ed elevati rischi come l'Italia (geologici, idrogeologici, archeologici, sismici, ecc.), sono poco attrezzati per valutare e allocare i medesimi rischi.

Da questo punto di vista, alcune delle disposizioni introdotte dal decreto, volte ad incentivare la finanza di progetto per le "opere fredde" quali le disposizioni per le infrastrutture carcerarie o il contratto di disponibilità, devono essere accompagnate da una traslazione effettiva di una parte significativa dei rischi al contraente privato. L'amministrazione pubblica, prima di realizzare l'opera, deve, preliminarmente, stabilire quale sia la forma a lei più conveniente, sulla base di valutazioni che attengono alle caratteristiche e dimensioni dell'intervento che si prevede debba essere realizzato ed alle risorse economiche disponibili. Ove l'amministrazione ritenga conveniente l'utilizzazione di forme di partenariato pubblico privato, dovrà studiare quale delle forme a disposizione sia da considerare la scelta migliore, valutando i rischi che dovranno essere chiaramente identificabili, al fine di poterli allocare adeguatamente sui diversi soggetti partecipanti all'iniziativa e conseguentemente poter distribuire le rispettive responsabilità.

Il contratto di disponibilità, previsto dal decreto, è uno strumento similare a quello già previsto all'articolo 143, comma 9 del Codice riferito all'utilizzo della finanza di progetto per le cosiddette "opere fredde". L'articolo 44 introduce una nuova fattispecie contrattuale che sembra porsi in alternativa allo strumento concessorio. Tale strumento, in effetti, trasferisce totalmente al privato il controllo della realizzazione dell'opera.

Inoltre, l'art. 50 del dl n. 1 del 2012 prevede una modifica dell'articolo 144, comma 1 del Codice che prevede che lo schema di contratto ed il PEF posti a base di gara sono definiti "in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità dell'opera".

Tale disposizione non appare sufficiente a garantire il coinvolgimento dei finanziatori sul lato del concorrente per le opere ordinarie: si potrebbe valutare l'opportunità di estendere alle opere ordinarie quanto previsto all'articolo 175 del Codice per le infrastrutture strategiche circa il previo coinvolgimento dei finanziatori nel PEF da presentare a corredo dell'offerta, apportando una modifica all'articolo 153.

Il decreto contiene, poi, una modifica all'articolo 175 del Codice volta ad incentivare la presentazione di proposta da parte dei privati al di fuori della programmazione anche per le opere strategiche, attribuendo al privato un diritto di prelazione sulla aggiudicazione della concessione, modifica già apportata lo scorso anno all'articolo 153, comma 19, per le opere ordinarie. La norma potrebbe nuovamente sollevare questioni di legittimità a livello comunitario, attribuendo al soggetto che, autonomamente, ha formulato la proposta un vantaggio rispetto agli altri operatori economici. In sostanza, mentre nella procedura a doppia gara prevista dall'articolo 153 c'è una gara per l'attribuzione del diritto di prelazione, in questo caso l'attribuzione del diritto di prelazione deriva solo dalla presentazione della proposta presa in considerazione dal soggetto aggiudicatore. Peraltro mentre da una parte l'attribuzione del diritto di prelazione potrebbe attrarre i privati, dall'altra può scoraggiare la concorrenza nella fase di gara.

Sempre sul tema del PPP, si segnala, in linea generale che le numerose modifiche apportate negli ultimi mesi nell'intento di attrarre i capitali privati, non hanno tuttavia inciso significativamente sulla procedura di aggiudicazione sotto il profilo di una maggiore flessibilità da parte dei committenti per poter negoziare in fase di gara i contenuti del progetto con il privato. Si pensi alla procedura del dialogo competitivo che dovrebbe essere incentivata.

Si suggerisce al riguardo un ripensamento dell'intera materia con una riflessione generale in modo da non intervenire più per il futuro in modo emergenziale .

La tematica dei servizi pubblici locali ha anch'essa visto una intensificazione degli interventi negli ultimi tempi sui quali l'Autorità si è a suo tempo pronunciata con due atti di segnalazione. Una norma di particolare rilevanza contenuta nel decreto che si sta esaminando riguarda la previsione di un incentivo all'utilizzo di procedure concorrenziali. E' infatti previsto che a decorrere dal 2013, l'applicazione di procedure di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di Regioni, Province e Comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai fini dei successivi trasferimenti. A tal fine, la Presidenza del Consiglio dei Ministri definirà annualmente l'elenco dei comuni virtuosi: potrà risultare certamente utile per tale analisi il contributo dei dati forniti dall'Autorità attraverso la propria Banca Dati che attualmente contiene tutte le informazioni sulle procedure di affidamento e di stipula di contratti pubblici; infatti tutte le stazioni appaltanti o enti affidanti prima di indire una procedura di gara o di stipulare un contratto di appalto devono acquisire un apposito Codice Identificativo Gara rilasciato dall'Autorità. Interrogando la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici si possono quindi conoscere tutti gli appalti affidati da un dato ente .

Più in generale, si osserva che la valutazione della virtuosità degli enti dovrebbe essere effettuata anche alla luce dei risultati di gestione ottenuti, evitando previsioni punitive per quelle gestioni pubbliche che dimostrano di essere pienamente competitive sul mercato.