

Parere della Camera sulla proposta di direttiva sulle concessioni

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

L'istituto della concessione sempre più si configura come un mezzo di cooperazione tra pubblico e privato finalizzato al coinvolgimento di capitali privati e capacità imprenditoriali nei servizi alla collettività

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha individuato quale caratteristica essenziale di una concessione il rischio inerente alla gestione di un'opera o di un servizio che il concessionario deve assumersi. La Commissione ha messo in evidenza l'assenza di disposizioni che definiscano, tra l'altro, il livello e i tipi di tale rischio, nonché - soprattutto - il contenuto minimo degli obblighi di trasparenza e non discriminazione sanciti dal Trattato.

La Commissione ritiene che gli ostacoli all'accesso al mercato delle concessioni siano dovuti alle significative differenze tra le varie discipline nazionali, con particolare riferimento - tra l'altro - alle norme procedurali, ai requisiti di pubblicità e trasparenza, e ai criteri di selezione e di aggiudicazione. Tale frammentazione giuridica sarebbe ulteriormente aggravata da talune pratiche (non prive di profili di opacità) attuate dalle autorità e dagli enti aggiudicatori, quali l'affidamento diretto dei contratti di concessione o comunque l'applicazione di criteri non oggettivi. Tutto ciò - secondo la Commissione - produce condizioni di disparità per gli operatori economici, i quali sono esposti all'aggravio dei costi per le consulenze giuridiche oper l'acquisizione di conoscenze approfondite delle specifiche condizioni locali.

Ulteriore motivo d'intervento indicato dalla Commissione è l'attuale insufficiente tutela giuridica degli offerenti, poiché le vigenti norme concernenti i mezzi di ricorso nel settore degli appalti pubblici[2] non si applicano alle concessioni di servizi (e in una certa misura anche alle concessioni di lavori),

A tal proposito si segnala che solo alcuni Stati membri hanno esteso l'applicazione delle disposizioni in materia di tutela giurisdizionale alle concessioni di servizi, mentre per gli altri non vi sono norme che consentano un adeguato ricorso contro eventuali violazioni dei principi del trattato UE in tale materia.

Normativa nazionale

La proposta di direttiva comunitaria sull'aggiudicazione delle concessioni presenta caratteri di novità sui quali sarà opportuno un approfondimento ai fini del recepimento nell'ordinamento interno. Ciò vale, in primo luogo, per la definizione di un'unica disciplina delle concessioni di lavori e di servizi. Al fine di organizzare il processo di aggiudicazione in maniera efficiente la proposta di direttiva non contiene un elenco prefissato di procedure di aggiudicazione in quanto le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori potranno ricorrere a una maggiore flessibilità nell'utilizzo delle medesime applicando una serie di garanzie procedurali in fase di negoziazione. Meritevoli di riflessione in vista di un adeguamento della normativa interna sono inoltre le previsioni riguardanti:

- a) la precisazione della definizione di concessione in base al concetto di "rischio operativo sostanziale", il cui trasferimento al concessionario deve comprendere il possibile mancato recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati;
- b) la durata delle concessioni, che deve essere limitata al periodo di tempo ritenuto necessario per il recupero degli investimenti effettuati dal concessionario;
- c) le modifiche delle concessioni in corso di esecuzione, volte a precisare le condizioni in base alle quali tali modifiche esigono una nuova aggiudicazione.

Talune disposizioni presenti nella direttiva riproducono analoghe previsioni contenute nelle proposte di

direttive sugli appalti pubblici[3]: ciò vale, ad esempio, per le modifiche in corso di esecuzione, per le quali occorre appunto un approfondimento, e per il criterio del costo del ciclo di vita del prodotto, in cui dovranno essere considerati tutti gli elementi che concorrono a formare il costo, anche quelli esterni collegati pertanto a fattori di carattere ambientale.

Camera dei deputati

XVI LEGISLATURA

Documentazione per le Commissioni

ESAME DI ATTI E DOCUMENTI DELL'UNIONE EUROPEA

Proposta di direttiva

sull'aggiudicazione dei contratti di concessione

(COM(2011)897)_ n. 121 21 maggio 2012

Di seguito si evidenzieranno alcune disposizioni del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, d'ora in avanti Codice), riferite in particolare alle concessioni di lavori e di servizi, che potranno essere interessate dall'entrata in operatività della nuova disciplina comunitaria in vista del suo recepimento nell'ordinamento interno.

Preliminarmente si rammenta che il Codice definisce sia la concessione di servizi che quella di lavori pubblici per la quale è prevista anche una specifica disciplina agli articoli da 142 a 147 del Codice. La concessione di servizi e quella di lavori pubblici sono ricomprese, a titolo esemplificativo nella definizione di “contratti di partenariato pubblico privato (PPP)”, di cui al comma 15-ter dell’articolo 3, qualificati come i contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un’opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico dei privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. In tale categoria rientrano anche la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità recentemente istituito dal decreto-legge n. 1 del 2012[4], l’affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste.

Il decreto-legge n. 201/2011[5] e il decreto-legge n. 1/2012[6] hanno introdotto talune modifiche al fine di favorire l’apporto di capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche e garantire l’equilibrio economico-finanziario delle iniziative. Tali modifiche riflettono l’evoluzione che ha interessato anche in Italia, sulla scorta del diritto comunitario, l’istituto della concessione, che sempre più si configura come un mezzo di cooperazione tra pubblico e privato finalizzato al coinvolgimento di capitali privati e capacità imprenditoriali nei servizi alla collettività.

Contenuti

Definizioni, campo di applicazione, ed esclusioni: artt. 1-21

Campo di applicazione

La disciplina riguarda le procedure applicate da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori per concessioni, sia di lavori sia di servizi, il cui valore sia pari o superiore ai 5.000.000 di euro.

Per quanto riguarda le concessioni il cui valore sia compreso tra i 2.500.000 e i 5.000.000 di euro si applicano solo alcune disposizioni recanti l'obbligo di pubblicare l'avviso di aggiudicazione della concessione.

La Commissione ha inteso fissare in via normativa i criteri per il calcolo del valore stimato delle concessioni: tale valore si basa sull'importo totale pagabile (al netto dell'IVA) stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, compresa qualsiasi forma di opzioni e qualsiasi proroga della durata della concessione.

Tra detti criteri si segnala, tra l'altro, l'introduzione - sulla falsariga di quanto previsto nella proposta di direttiva sugli appalti - del concetto di appalto unico, alla stregua del quale il valore stimato della concessione deve calcolarsi facendo riferimento al valore della globalità dei lavori e dei servizi, anche se acquistati tramite appalti differenti, qualora tali appalti facciano parte di un progetto unico. In particolare, l'esistenza di un progetto unico (rappresentato ad esempio da una concezione e pianificazione complessive impostate inizialmente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore) è riconducibile al fatto che i diversi elementi acquistati svolgono un'unica funzione economica e tecnica oppure sono altrimenti legati da una connessione logica.

Si precisa inoltre che la scelta del metodo per il calcolo del valore stimato della concessione non può avvenire con l'intenzione di escludere la concessione stessa dal campo di applicazione, e che un progetto di lavori o una globalità di servizi non possono essere frazionati allo scopo di escluderli, a meno che ciò non sia giustificato da ragioni obiettive.

Le concessioni disciplinate dalla proposta hanno ad oggetto l'acquisizione sia di lavori sia di servizi (comprese le forniture accessorie rispetto all'oggetto principale della concessione) da parte di operatori economici scelti da uno dei seguenti soggetti (per la cui definizione vedi oltre):

a) amministrazioni aggiudicatrici, indipendentemente dal fatto che i lavori o servizi, comprese le relative forniture, siano destinati a un fine pubblico;

b) enti aggiudicatori, purché i lavori o i servizi, comprese le relative forniture, siano destinati allo svolgimento di una delle attività indicate nell'allegato III della proposta.

Le attività di cui al punto b), in sintesi, sono riconducibili alla messa a disposizione, gestione e alimentazione di reti di gas, energia termica, elettricità, acqua, nonché alla messa a disposizione, gestione e fornitura di servizi nel settore dei trasporti ed in quelli dei servizi postali, ed infine allo sfruttamento di aree geografiche a fini estrattivi di petrolio, gas ed altri combustibili.

L'ambito di applicazione della proposta dovrebbe quindi estendersi a tutti i servizi, anche quelli di interesse economico generale. In sede di esame della proposta presso la Commissione IMCO (Mercato interno e tutela del consumatore) del Parlamento europeo, il rappresentante della Commissione europea ha precisato che ai servizi sociali si applicano esclusivamente le disposizioni relative agli obblighi di informazione.

Si segnala l'opportunità di acquisire l'avviso del Governo in ordine alla precisa determinazione dell'ambito di applicazione della proposta, in particolare per quanto riguarda le concessioni di servizi portuali e le concessioni di uso di beni demaniali.

(...)

Disposizioni specifiche sono dedicate ai criteri di selezione e valutazione qualitativa dei candidati. A tal proposito le amministrazioni aggiudicatrici nel bando di concessione devono specificare, le condizioni di partecipazione in materia di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, capacità economica e

finanziaria, capacità tecniche e professionali. Le condizioni di partecipazione devono rispondere a principi di non discriminazione e di concorrenza effettiva nonché di proporzionalità all'oggetto della concessione.

Ai fini del giudizio di sussistenza delle condizioni di partecipazione è consentito ad un operatore economico candidato di affidarsi alle capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi rapporti con loro, purché dimostri all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore di poter disporre delle risorse necessarie per l'intera durata della concessione; in tal caso, ai fini del riscontro della capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire il requisito della responsabilità solidale per l'esecuzione della concessione in capo all'operatore economico e ai soggetti cui quest'ultimo intende affidarsi.

(...)

Costo del ciclo di vita

Per quanto riguarda il costo del prodotto/lavoro/servizio oggetto della concessione la proposta consente ai soggetti aggiudicatori un approccio che tenga in considerazione i seguenti costi relativi al ciclo di vita:

- costi interni, quali i costi di acquisizione, l'uso (ad esempio, consumo energetico e costi di manutenzione) e il fine vita (ad esempio, costi di raccolta e riciclaggio);
- costi esterni ambientali direttamente connessi al ciclo di vita, purché determinabili in termini monetari (ad esempio il costo delle emissioni inquinanti, nonché i costi per la mitigazione dei cambiamenti climatici).

<https://www.diritto.it/parere-della-camera-sulla-proposta-di-direttiva-sulle-concessioni/>