

ANCE

ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI

Audizione dell'ANCE presso l'VIII Commissione

Ambiente, territorio e lavori pubblici della Camera dei Deputati

15 gennaio 2008

ANCE – Direzione Legislazione Opere Pubbliche

OSSERVAZIONI AI DISEGNI DI LEGGE DI RIFORMA DELLE PROCEDURE SULLA FINANZA DI PROGETTO

DISEGNO DI LEGGE n. 2822 (MARIANI ED ALTRI)

Si tratta di un disegno di legge di modifica alle norme del codice dei contratti pubblici in tema di finanza di progetto. In particolare, si segnalano gli aspetti più significativi della proposta.

- Nella definizione della “finanza di progetto” si comprende, oltre all’affidamento di contratti di concessione, anche quelli di **locazione finanziaria** e di partenariato pubblico privato, ossia tutte quelle forme di realizzazione di opere pubbliche mediante ricorso a finanziamenti privati.
Tale ampliamento, soprattutto con riguardo al c.d. leasing in costruendo, appare condivisibile, poiché consente ai privati di rendersi promotori di iniziative rispetto ad opere che non sono suscettibili di sfruttamento economico (c.d. opere fredde), per le quali è maggiormente indicato lo strumento del leasing finanziario.
- In tema di programmazione, il disegno di legge prevede che l’amministrazione debba pubblicare per le opere da affidare in concessione un **avviso** contenente l’elenco di tali interventi previsti nella programmazione triennale. A seguito di tale avviso, per ciascun intervento, la norma prevede che debba “preferibilmente” essere pubblicato un bando. Il riferimento alla necessità dell’avviso e alla **possibilità del bando** non è invece previsto per il leasing in costruendo. Sembra dunque di poter desumere che tale ultima modalità di finanziamento non debba essere predeterminata dall’amministrazione, ma sia invece rimessa alla proposta del privato, che individui nell’ambito delle opere programmate quelle suscettibili di essere realizzate tramite leasing.
- Quanto alla **procedura** per l’affidamento dei contratti, si evidenziano le seguenti caratteristiche principali:
 1. semplificazione della procedura in due fasi: valutazione della proposta (consistente in studio di fattibilità, progetto preliminare, piano economico finanziario) ed eventuale gara avente ad oggetto la proposta migliore;
 2. eliminazione della fase della negoziazione a valle della gara;
 3. conferma dell’esclusione di qualsiasi posizione privilegiata in capo al promotore.
- Quanto ai **termini di presentazione delle proposte**, ove non vi sia stata la pubblicazione di un bando specifico (che quindi fissa il relativo termine), vengono reintrodotti i termini fissi del 30 giugno e del 31 dicembre previsti originariamente dalla legge n. 109/1994 ed eliminati dal codice dei contratti.
- Per quanto concerne la fase di valutazione della proposta, fermi restando termini e criteri della stessa, si introduce un profilo innovativo, consistente nella possibilità per l’amministrazione di invitare i promotori ad una **fase di dialogo**, che, nel rispetto della parità di trattamento e della riservatezza dei partecipanti, è finalizzata a chiedere integrazioni e adeguamenti delle proposte presentate.

L'introduzione di una sorta di dialogo già nella fase di valutazione delle proposte appare un tentativo interessante di anticipare la definizione delle caratteristiche dell'opera da realizzare, sia nell'interesse dei proponenti di affinare da subito la proposta, sia delle amministrazioni di perseguire le finalità pubbliche.

Inoltre, si specifica che il rigetto delle proposte presentate debba avvenire con un **provvedimento motivato** con riferimento ai criteri di valutazione delle proposte stesse. Si tratta senz'altro di una disposizione condivisibile in un'ottica di piena trasparenza e corretto esercizio dei poteri amministrativi.

Infine, è previsto che in caso di ritardo da parte dell'amministrazione nel pronunciarsi sulle proposte, debbano essere riconosciuti gli **interessi legali** da calcolarsi sull'importo delle spese. Anche tale previsione appare condivisibile, in quanto tutela maggiormente i privati e costituisce un deterrente a comportamenti eccessivamente dilatori da parte delle amministrazioni.

- Quanto alla **scelta della proposta** ed alla **successiva gara**, il disegno di legge distingue due diverse ipotesi, a seconda che vi sia stata o meno la pubblicazione di un bando. Nel primo caso (bando), ove vi sia stata un'unica proposta, ovvero tra più proposte l'amministrazione abbia individuato quella migliore, si procede all'indizione di una gara, ponendo a base della stessa il progetto preliminare relativo a tale proposta. Ove invece l'amministrazione individui più proposte ritenute di pubblico interesse, la procedura si esaurisce in un'unica fase, poiché i partecipanti vengono invitati a presentare proposte migliorative e la concessione è aggiudicata all'offerta ritenuta economicamente più vantaggiosa. Nel secondo caso (senza bando), sia che l'amministrazione abbia ricevuto un'unica proposta, sia che a seguito della valutazione ne abbia individuata una di pubblico interesse, procede all'indizione della gara.
- Quanto alla **fase di gara**, il disegno di legge prevede che il promotore debba partecipare a tale procedura se vuole risultare aggiudicatario; ove non siano presentate offerte economicamente più vantaggiose, la concessione è aggiudicata al promotore; i concorrenti devono presentare in sede di offerta il **progetto definitivo**, a differenza di quanto avviene nella gara per l'affidamento della concessione ordinaria; è **esclusa** qualsiasi fase di **negoziazione finale**, nonché l'attribuzione al promotore del **diritto di prelazione**.
- L'unico profilo per il quale il promotore mantiene una posizione differenziata rispetto ai concorrenti è quello del **rimborso delle spese**: nel caso in cui, infatti, non risulti aggiudicatario, ha diritto al rimborso delle spese; nel caso in cui risulti aggiudicatario non deve rimborsare le spese agli altri concorrenti.

Valutazioni del disegno di legge rispetto alla proposta dell'Ance

Nel complesso, il disegno di legge presenta profili apprezzabili, quali: l'ampliamento della figura del promotore anche al leasing in costruendo, la previsione del dialogo in fase di valutazione delle proposte, il tentativo di apportare snellimenti all'iter procedurale, l'eliminazione, coerente con la disciplina comunitaria, di posizioni privilegiate in capo al promotore.

A fronte di ciò, va segnalata una scarsa coerenza tra l'ampliamento della figura e la relativa disciplina che rimane sostanzialmente ritagliata su quella della concessione; inoltre, non risulta chiaramente comprensibile quale sia l'opportunità di pubblicare un bando a monte, considerato che

tale circostanza non risulta determinante al fine di evitare l'indizione della gara a valle, se non nell'ipotesi in cui l'amministrazione individui più proposte di pubblico interesse.

L'impostazione descritta non risulta in linea con la proposta dell'Ance, che recepisce l'esigenza espressa dalle imprese di un significativo snellimento della procedura. Infatti, laddove il confronto concorrenziale venga attuato immediatamente sulle proposte presentate a seguito di un vero e proprio bando di gara, la procedura può e deve esaurirsi in questa unica fase.

Va altresì segnalato che, nel disegno di legge in esame, non viene presa in considerazione la possibilità che i privati presentino proposte di opere da realizzare in project al di fuori di qualsiasi fase di programmazione, ma proprio al fine di inserire nel programma triennale già approvato opere che ne sono rimaste escluse. In tal senso, la proposta dell'Ance contiene una disciplina specifica della procedura da attuarsi in tale ipotesi.

DISEGNO DI LEGGE N. 170 (LUPI ED ALTRI) RECANTE "DISPOSIZIONI PER LA RIFORMA ORGANICA DELLA PROCEDURA PER LA FINANZA DI PROGETTO"

Si osserva anzitutto che il disegno di legge in esame è stato presentato in momento (28 aprile 2006) antecedente all'entrata in vigore del D.lgs. n. 163/2006 (c.d. il Codice dei contratti pubblici), in cui era ancora pienamente vigente la legge 11 febbraio 1994., n. 109 (c.d. Legge Merloni).

Tale precisazione si rende necessaria perché la proposta di cui trattasi contempla ancora il c.d. "diritto di prelazione" a favore del promotore, mentre tale facoltà è stata recentemente soppressa con l'entrata in vigore del D.lgs. n. 113/2007 che, sul punto, ha modificato il cennato D.lgs. n. 163/2006.

Ciò premesso, e passando all'esame dei suoi contenuti, la proposta di legge si rende apprezzabile per i seguenti principali profili:

- si consente al promotore di formulare proposte anche per lavori non inseriti negli atti di programmazione ma costituenti adempimento di obblighi di legge; in tal modo, infatti, attraverso l'eliminazione di una rigidità, si ampliano le possibilità di coinvolgimento del capitale privato nella realizzazione di interventi pubblici (art. 3, comma 1);
- viene fatto obbligo ai committenti di corrispondere al promotore un indennizzo laddove la pronuncia sulla rilevanza, ai fini del pubblico interesse, della proposta presentata dal promotore stesso non avvenga nei termini previsti (art. 4, comma 6); l'innovazione, quindi, è volta principalmente a contrastare il fenomeno, fortemente negativo, di ingiustificate dilazioni nella fase amministrativa di valutazione delle proposte;
- si prevede uno snellimento della procedura concorsuale, con l'eliminazione della terza fase di gara (c.d. procedura negoziata), laddove venga esercitato il diritto di prelazione da parte del promotore; tale semplificazione, infatti, sebbene appaia subordinata all'esercizio del diritto di prelazione - che, come sopra ricordato, è stato attualmente soppresso - è significativa in quanto ispirata dalla volontà di abbreviare e razionalizzare la procedura sulla finanza di progetto, allo scopo di rendere tale istituto di maggiore interesse per il mondo imprenditoriale (art. 5, comma 3);

Valutazione del disegno di legge rispetto alla proposta dell'Ance

Si tratta di un disegno di legge impostato con riferimento ad un contesto normativo (ossia quello della Legge Merloni) ormai superato.

Tuttavia, la proposta appare per qualche aspetto di principio apprezzabile soprattutto nella parte in cui, per quanto concerne la procedura di gara, introduce misure di snellimento, volte ad una sostanziale abbreviazione del tempo di svolgimento della procedura stessa.

Infatti, l'obiettivo della semplificazione ed accelerazione procedurale è presente anche nella proposta dell'ANCE, ancorché quest'ultima sia stata costruita alla luce delle norme attualmente vigenti e quindi "a valle" della soppressione del diritto di prelazione a favore del promotore.

DISEGNO DI LEGGE n. 171 (LUPI ED ALTRI)

Al pari del DDL n. 170, si tratta di un disegno di legge di modifica alla disciplina in tema di finanza di progetto prevista dalla normativa ormai abrogata della legge n. 109/1994. Comunque, si segnalano gli aspetti più significativi della proposta.

- Il disegno di legge, rispetto al codice dei contratti, tende in linea generale a rafforzare la posizione del promotore.
- Infatti, reintroduce il diritto di prelazione in capo al promotore, mediante l'adeguamento della sua proposta a quella eventualmente ritenuta più vantaggiosa.
- Inoltre, a seguito dell'individuazione della proposta ritenuta di pubblico interesse, è prevista la pubblicazione di un avviso finalizzato ad individuare i soggetti interessati a presentare offerta. In tal modo, laddove non pervenga alcuna manifestazione di interesse, la concessione è aggiudicata direttamente al promotore. Soltanto nel caso in cui vi siano soggetti interessati a presentare offerta, si procede all'indizione di una gara, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a base della quale è posto il progetto preliminare del promotore.

Valutazioni del disegno di legge rispetto alla proposta dell'Ance

Il disegno di legge è impostato sostanzialmente sul mantenimento del diritto di prelazione attribuito al promotore, mentre la proposta dell'Ance prende atto dell'avvenuta eliminazione di tale diritto e ne trae le conseguenze in ordine alla necessaria semplificazione procedurale.

Pertanto, le due proposte appaiono non raffrontabili, ponendosi la prima nell'alveo dell'attuale procedura, suddivisa in tre fasi, e la seconda in un'ottica di superamento di tale impostazione.

Inoltre, la scelta del disegno di legge di privilegiare la posizione del promotore non appare in linea con le valutazioni espresse da più parti, ed in particolare a livello comunitario, in ordine alla censurabilità del diritto di prelazione.