

PAPER ASTRID

La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo

a cura di Alessandro Pajno e Luisa Torchia

OTTOBRE 2015

Il paper è frutto del lavoro di ricerca svolto da un gruppo di studio di Astrid, coordinato da Alessandro Pajno e Luisa Torchia, al quale hanno partecipato: Franco Bassanini, Alessandro Bracaletti, Ginevra Bruzzone, Walter Caizzone, Enzo Cannizzaro, Miriam Cassella, Giulia Chieffo, Mario P.Chiti, Paolo Clarizia, Michele Corradino, Stefano De Marinis, Marta De Matteis, Tommaso Di Nitto, Alessandro Fiocco, Luigi Fiorentino, Fabio Franconiero, Sergio Genco, Lisa Gentili, Edoardo Giardino, Roberto Invernizzi, Massimiliano Lombardo, Mario Lupo, Marco Macchia, Roberta Macii, Carlo Malinconico, Giovanni Mariani, Raffaella Marzulli, Adalgisa Masciotti, Luigi Massa, Alessandro Massolo, Maria Maugliani, Marta Milan, Alessandra Miraglia, Carlo Notarmuzi, Massimo Nunziata, Francesca Ottavi, Silvia Paparo, Cristina Pascucci, Gabriele Pasquini, Paola Patatini, Niccolò Pecchioli, Roberto Pecorario, Anna Petrizzelli, Massimo Ricchi, Fulvio Röhrsen di Limina, Anna Romano, Pina Russo, Carlo Saltelli, Gaetano Santucci, Filippo Satta, Susanna Screpanti, Benedetta Sebastiani, Carlo Mochi Sismondi, Rosario Strazzullo, Catia Tomasetti, Alessandro Tonetti, Massimo Urbani, Valerio Virzì Flavio.

INDICE

1. Introduzione, *di Alessandro Pajno e Luisa Torchia*
2. I profili organizzativi: centrali di committenza ed enti aggregatori, *di Luigi Fiorentino*
3. La riorganizzazione e lo sviluppo delle stazioni appaltanti: per un rating di capacità, *di Giovanni Mariani*
4. Contratti pubblici e procedimenti amministrativi: la necessità di un manuale operativo, *di Carlo Notarmuzi*
5. Il divieto di *gold plating*, *di Ginevra Bruzzone, Miriam Cassella e Raffaella Marzulli*
6. La semplificazione degli oneri a carico delle imprese: soccorso istruttorio e dichiarazioni, *di Tommaso Di Nitto ed Edoardo Giardino*
7. Gli istituti comunitari fin qui non recepiti dal legislatore nazionale, *di Stefano de Marinis*
8. La Il “rischio” come elemento connaturato alla concessione, *di Marco Macchia*
9. La disciplina europea delle concessioni in funzione degli investimenti: questioni aperte e prospettive di recepimento, *di Alessandro Tonetti e Alessandro Bracaletti*
10. Il fattore “tempo” nel rapporto concessorio alla luce della nuova Direttiva 2014/23/UE, *di Niccolò Pecchioli*
11. Le misure di semplificazione per la disciplina nei settori speciali, *di Alessandro Fiocco*
12. I contratti pubblici e il processo, *di Alessandro Pajno*
13. Il processo di recepimento delle direttive europee in Gran Bretagna, *di Paola Patatini*
14. Il processo di recepimento delle direttive europee in Francia, *di Massimo Urbani*

1. INTRODUZIONE

di Alessandro Pajno e Luisa Torchia

Il recepimento delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni è un'occasione importante di modernizzazione del sistema italiano.

Le dimensioni economiche del settore, il numero di imprese e operatori economici e finanziari coinvolti, il coinvolgimento di migliaia di amministrazioni pubbliche, la rilevanza delle procedure pubbliche di acquisto come strumenti di una politica chiara, trasparente e efficiente, che consenta la concorrenza ed assicuri la qualità dell'azione amministrativa: tutti questi elementi richiedono che l'occasione non sia perduta e anzi la si utilizzi per correggere errori e storture emerse nell'applicazione della disciplina oggi vigente e modificare in profondità un sistema di norme troppo complesso e farraginoso, costellato di controlli allo stesso tempo eccessivi e inadeguati, afflitto da un formalismo spesso paralizzante e, soprattutto, terribilmente lento rispetto alle esigenze e alle aspettative di una società moderna.

Il lavoro degli esperti e degli studiosi che hanno partecipato ai lavori del gruppo di Astrid si è concentrato su alcuni aspetti, giudicati centrali ed essenziali, per assicurare che il recepimento non sia una mera operazione di sovrapposizione di ulteriori principi e norme al corpaccione del Codice dei contratti e dei regolamenti oggi vigenti, ma consenta un vero salto di qualità.

Si sono presi in esame e discussi, quindi, prima di tutto i profili organizzativi (illustrati nei pezzi di L. Fiorentino e G. Mariani), partendo dal presupposto che non basta affrontare il problema del numero delle stazioni appaltanti, se non si introducono, al contempo, misure per assicurare la capacità tecnica, professionale e amministrativa delle strutture chiamate a gestire le procedure di aggiudicazione, e se non si mette in campo un sistema di verifiche che consente di misurare i risultati raggiunti e di introdurre via via i necessari correttivi in base alle esperienze maturate.

E' seguito poi l'esame dei principi generali delle direttive e delle conseguenze del loro recepimento nell'ordinamento italiano. Qui emerge innanzitutto la necessità per il legislatore italiano di non indulgere – come purtroppo sembra stia accadendo nell'iter parlamentare della legge di delega – alla sovrapposizione di regole e disposizioni, ma di orientare la propria azione alla semplificazione e alla riduzione del carico normativo sulle

imprese e sulle amministrazioni pubbliche. Lo stesso disegno di legge delega indica quale primo criterio direttivo proprio il divieto di gold plating, al quale è dedicato il pezzo di G. Bruzzone, M. Cassella e R. Marzulli, che dovrebbe essere utilizzato come un rasoio di Occam, per espellere dal testo, o comunque non inserire in esso, criteri direttivi molto dettagliati o vere e proprie norme quasi autoapplicative. Se il recepimento deve essere una occasione di semplificazione e di modernizzazione, il legislatore – delegante e delegato – dovrebbe concentrarsi più su ciò che va espunto che su ciò che va aggiunto.

Occorre, su questo punto, fare una scelta di fondo. O si segue la logica che anima le direttive, che è chiaramente orientata ad attribuire maggiore discrezionalità e capacità di scelta alle amministrazioni pubbliche, o si segue la tradizionale impostazione della legislazione italiana, che cerca di uniformare i comportamenti e di dettare regole per ogni possibile circostanza. La prima soluzione, seguita come si vedrà in altri paesi europei, come la Gran Bretagna e la Francia, è necessaria se si vuole consentire una gestione efficiente delle procedure e potrebbe essere facilitata proprio dalla riduzione del numero delle stazioni appaltanti: l'uniformità fra poche decine di soggetti è più facile da raggiungere, anche senza norme troppo dettagliate, di quanto non possa accadere per migliaia di stazioni appaltanti.

Un secondo strumento utile per assicurare maggiore capacità di scelta alle stazioni appaltanti sulla base comunque di strumenti condivisi, che consentano di mettere a sistema le migliori regole applicative della disciplina in materia di procedure di aggiudicazione, sta nella produzione di strumenti amministrativi, facilmente aggioronabili e modificabili secondo le esigenze. Di qui la proposta di elaborazione di un Handbook, illustrata nel pezzo di C. Notarmuzi, un primo esempio del quale è stato già elaborato ed è disponibile sul sito di Astrid.

Venendo alla disciplina dei singoli istituti, i lavori del gruppo si sono concentrati sul problema della semplificazione degli oneri dichiarativi a carico delle imprese, esaminato nel pezzo di T. Di Nitto ed E. Giardino, ove si propone, fra l'altro, di tenere sempre distinte la disciplina gli oneri informativi necessari per le procedure di aggiudicazione e la disciplina di oneri derivanti da altri plessi normativi (come, in Italia, la legislazione antimafia, o la legislazione sul lavoro, o quella sulla corruzione). Il lavoro di semplificazione delle norme in questione dovrebbe portare, come prevedono le direttive, ad una vera e propria semplificazione, che avrebbe effetti benefici anche

sull'imponente contenzioso che si concentra proprio sull'applicazione delle disposizioni in materia di oneri dichiarativi.

Il recepimento delle direttive dovrebbe poi essere anche occasione per un ripensamento sulla vera e propria ostilità che il legislatore italiano ha sinora mostrato per istituti pur previsti dalle direttive, come le procedure che consentono la negoziazione, anche informale, fra l'amministrazione pubblica e i concorrenti, come dimostra il pezzo di S. de Marinis.

Il recepimento della direttiva in materia di concessioni costituisce una particolare novità, alla quale sono dedicati, sotto diversi profili, i pezzi di M. Macchia, A. Tonetti e N. Pecchioli. Anche qui, il legislatore dovrà scegliere se abbandonare l'orientamento, tralaticio ma sempre presente nel nostro ordinamento, per cui il concessionario è, in fondo un soggetto la cui attività presenta forti profili pubblicistici, oppure aderire all'orientamento chiaramente delineato nella direttiva, secondo il quale il concessionario assume il rischio dell'attività e deve operare, quindi, secondo le regole del mercato e non come una sorta di para-amministrazione pubblica. Per la nuova disciplina in materia di concessioni, come per molti altri profili, sarà sicuramente necessaria, inoltre, una disciplina transitoria, che tenga conto delle concessioni in essere e definisca le modalità di adeguamento al nuovo quadro normativo.

La semplificazione delle regole dovrebbe andare di pari passo con la semplificazione del sistema dei controlli, sia amministrativi, sia giurisdizionali. Su questi ultimi è possibile prevedere misure deflattive, illustrate nel pezzo di A. Pajno, che senza introdurre nuove sedi contenziose, né limitare il diritto di difesa, potrebbero portare ad una significativa semplificazione e riduzione del contenzioso in materia di appalti.

Non bisogna dimenticare, infine, che le direttive europee troveranno applicazione in tutti paesi dell'Unione. Nei pezzi di P. Patatini e di M. Urbani si dà conto dello sviluppo del processo di recepimento, rispettivamente, in Gran Bretagna e in Francia. Si tratta di esperienze differenti, ma che hanno un elemento in comune: la riduzione al minimo delle norme primarie e il ricorso massiccio a fonti secondarie, regolamentari o semplicemente amministrative, facilmente modificabili e aggiornabili.

Dall'insieme dei contributi al paper sono estratti, infine, alcuni suggerimenti e raccomandazioni per il legislatore, con riferimento sia al disegno di legge di delega, sia ai decreti delegati, secondo la consuetudine dei paper di Astrid. Si tratta, naturalmente, di

indicazioni generali e non di proposizioni normative, tutte fondate sul medesimo principio ispiratore: la disciplina dei contratti pubblici va semplificata e non complicata, va alleggerita e non appesantita, va affidata ad amministrazioni capaci e competenti, va liberata da controlli inutili e arricchita di strumenti di misurazione e di valutazione e, soprattutto, va fatta oggetto di un dibattito pubblico, aperto a tutti, consapevole della rilevanza della posta in gioco.

2. GLI ACQUISTI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI. IL MODELLO ORGANIZZATIVO

di Luigi Fiorentino

Premessa

Il sistema organizzativo degli acquisti delle pubbliche amministrazioni è il risultato di una lunga stratificazione normativa avviata sin dal 1998, anno in cui parte il c.d. “modello Consip”¹.

Il legislatore è più volte intervenuto in materia con l’obiettivo di razionalizzare la spesa pubblica e semplificare le procedure di acquisto di beni e servizi, in modo da ridurre la mole di risorse destinate ai cosiddetti costi di gestione delle strutture amministrative².

Dal 1998, pertanto, il modello ha avuto una lunga evoluzione sotto il profilo organizzativo. Per meglio descriverne l’evoluzione, possono essere individuati tre periodi: dall’istituzione al 2004, dal 2005 al 2011, dal 2012 ad oggi.

In questo contesto si inseriscono anche le ultime disposizioni normative contenute nell’art. 9 del D.L. n. 66/2014, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 89/2014, con le quali è stata prevista l’istituzione dell’elenco dei soggetti aggregatori, rafforzando il ruolo delle centrali di committenza che operano a livello regionale.

¹ Per ulteriori approfondimenti sul modello Consip, si veda L. Fiorentino, *Modello Consip: il quadro normativo vigente*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, 2, 122 e ss.

² Per un approfondimento sulle tematiche gestionali collegate al *public procurement*, si veda L. Fiorentino (a cura di), *Lo stato compratore. L’acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, ASTRID, Il Mulino, 2007.

Conviene qui sinteticamente descrivere il sistema centralizzato di acquisti basato sull'aggregazione della domanda pubblica di beni e servizi³, per meglio chiarire i possibili approdi degli ultimi sviluppi, alla luce del recepimento delle direttive europee.

I tratti essenziali del c.d. modello Consip: l'avvio del modello fra obbligatorietà e sistema convenzionale. I processi di revisione della spesa

Per “modello Consip” si intende un sistema organizzativo di acquisti di tipo centralizzato, che si basa sull'aggregazione della domanda pubblica di beni e servizi per la realizzazione di economie di scala. Al centro del modello vi è, per l'appunto, Consip SpA, società a partecipazione totalitaria pubblica, la cui *mission* istituzionale era, in origine, la gestione dell'informatica⁴ per il Ministero del tesoro (oggi Ministero dell'economia e delle finanze).

La particolarità del modello, rispetto al previgente assetto basato sul Provveditorato generale dello Stato successivamente soppresso, consiste essenzialmente nell'utilizzo, quale centrale di committenza, di una società per azioni, non quindi di una tradizionale articolazione amministrativa, a cui dovevano accedere, originariamente in via obbligatoria, soltanto le pubbliche amministrazioni centrali.

Il sistema delle convenzioni⁵ può essere riassunto sinteticamente nei seguenti passaggi: Consip conclude, per conto delle amministrazioni e nel rispetto della normativa in materia di procedure ad evidenza pubblica, convenzioni quadro con i fornitori di beni e servizi. Questi ultimi, stipulando la convenzione, si impegnano ad accettare, fino alla concorrenza della quantità massima prevista e a prezzi e condizioni già determinati, gli ordinativi di fornitura deliberati dalle amministrazioni, che, precedentemente, hanno aderito alla convenzione medesima. Il meccanismo è incentrato pertanto sulla preventiva definizione delle condizioni generali del contratto di fornitura, che tuttavia viene concluso solo successivamente dalle singole amministrazioni con il relativo ordine.

³ Sul tema si veda L. Fiorentino (a cura di), “*Gli acquisti delle amministrazioni pubbliche nella Repubblica federale*”, ASTRID, Il Mulino, 2011.

⁴ La decisione traeva origine proprio dal fatto che la Consip, essendo una società informatica, poteva essere utilizzata per sviluppare strumenti evolutivi di acquisto, riconducibili, più in generale, al sistema di *e-procurement*.

⁵ Le c.d. convenzioni quadro sono state istituite dalla L. n. 488/1999 (finanziaria del 2000) che ne ha affidato la competenza al Ministero del tesoro, autorizzato, per espressa previsione normativa, anche ad avvalersi di società di consulenza specializzate. Con Decreto del 24/2/2000, è stato conferito a Consip l'incarico di stipulare convenzioni e accordi quadro per l'acquisto di beni e servizi.

Particolarmente importante, sotto il profilo organizzativo sia diretto che indiretto, è altresì l'istituzione del sistema di acquisti attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione (MEPA)⁶, con il quale il nostro Paese ha dimostrato di essere all'avanguardia in tema di modernizzazione del sistema degli acquisti pubblici, anticipando anche le previsioni normative che saranno poi contenute nelle direttive comunitarie e successivamente recepite nel codice degli appalti pubblici.

Tali innovazioni si inseriscono nell'ambito di una riconsiderazione della metodologia di contenimento della spesa pubblica sino ad allora seguita. L'obiettivo è di superare la tecnica dei tagli orizzontali e di puntare, invece, ad operazioni di razionalizzazione organizzativa e di reingegnerizzazione dei processi.

Il primo periodo, dall'istituzione al 2004, è quello di avvio “modello Consip”. Durante tale fase, le amministrazioni, diverse da quelle centrali, possono aderire volontariamente alle convenzioni. In un secondo momento, la volontarietà viene di fatto limitata. Gli enti locali, laddove non aderiscano a Consip, devono adottare i prezzi delle convenzioni come base d'asta al ribasso. Anche per gli enti pubblici istituzionali e per il settore sanitario, si prevede la sostanziale obbligatorietà di adesione alle convenzioni. Inoltre, si abbassa la soglia al di sopra della quale le amministrazioni devono applicare la normativa nazionale di recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, portandola a cinquantamila euro, e si rafforza il ruolo di Consip, ampliando di fatto i vincoli per le amministrazioni pubbliche.

Ma è proprio questa revisione del modello a suscitare contestazioni nel mondo delle imprese⁷. Ne deriva che – in un primo momento di quella che può essere considerata la terza fase del modello – il legislatore allenta l'obbligatorietà per le amministrazioni diverse da quelle centrali dello Stato. Esse possono provvedere autonomamente, qualora le condizioni di acquisto siano uguali o migliori rispetto a quelle “spuntate” da Consip.

Successivamente l'adesione diventa facoltativa da parte di tutte le amministrazioni pubbliche. Consip, pertanto, stipulerà convenzioni quadro per ordinativi di fornitura di beni di rilevanza nazionale; tutti gli altri enti potranno invece costituire aggregazioni con

⁶ Il MEPA, introdotto dal D.P.R. n. 101/2002, si è imposto come piattaforma digitale in grado di favorire, in modo trasparente e veloce, l'incontro tra la domanda di beni e servizi da parte delle amministrazioni e l'offerta degli stessi ad opera delle imprese abilitate.

⁷ Le piccole e medie imprese vengono infatti a trovarsi in una posizione di svantaggio rispetto ai grandi gruppi.

il compito di elaborare strategie comuni per la stipula di convenzioni di beni e servizi di rilevanza regionale.

Nel secondo periodo, dal 2005 al 2011, gradualmente si ritorna all'utilizzo del sistema convenzionale. Dapprima in via facoltativa ove l'andamento della spesa risulti tale da pregiudicare il rispetto del patto di stabilità e stimolando le aggregazioni tra enti. Successivamente prevedendo un obbligo per le amministrazioni centrali e per le scuole di ogni ordine e grado, anche per gli importi al di sotto della soglia comunitaria (in questo caso attraverso l'utilizzo del mercato elettronico). Lo stesso vale per le aziende sanitarie, che devono ricorrere alle convenzioni stipulate dalle centrali territoriali o, in mancanza, da Consip.

Va quindi delineandosi un sistema a rete tra Consip e le centrali regionali⁸, con l'obiettivo di armonizzare i piani di razionalizzazione della spesa⁹. Si provvede, altresì, all'individuazione delle categorie merceologiche (combustibile da riscaldamento ed energia elettrica) per le quali vi è l'obbligo per le amministrazioni centrali di aderire alle relative convenzioni¹⁰; per le restanti rimane l'obbligo di conseguire comunque risparmi equivalenti.

Dal 2012 ad oggi, infine, l'azione governativa ha cercato di valorizzare in vari modi un sistema centralizzato e coordinato di acquisti delle pubbliche amministrazioni, in connessione con la crisi finanziaria e con le operazioni di *spending review* avviate¹¹, a.

Rientrano, in tale ambito, le misure volte a rafforzare l'obbligatorietà del ricorso agli strumenti di acquisto centralizzato. Tra queste merita menzione la sanzione della nullità prevista per i contratti stipulati - da parte delle amministrazioni pubbliche statali,

⁸ Cfr. art. 1, c. 457, Legge finanziaria 2007 (L. n. 296/2006).

⁹ La Legge Finanziaria 2008 (L. 244/2007) ha previsto all'art. 2, c. 594 e successivi che, ai fini del contenimento delle spese di funzionamento delle proprie strutture, le amministrazioni pubbliche, adottino piani triennali per l'individuazione di misure finalizzate alla razionalizzazione dell'utilizzo: a) delle dotazioni strumentali, anche informatiche, che corredano le stazioni di lavoro nell'automazione di ufficio; b) delle autovetture di servizio, attraverso il ricorso, previa verifica di fattibilità, a mezzi alternativi di trasporto, anche cumulativo; c) dei beni immobili ad uso abitativo o di servizio con esclusione dei beni infrastrutturali.

¹⁰ La Legge Finanziaria 2010 (L. n. 191/2009) ha infatti previsto, all'art. 2, c. 227, che - nel contesto del sistema a rete costituito dalle centrali regionali e da Consip - possano essere indicati, in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, criteri utili per l'individuazione delle categorie merceologiche di beni e di servizi oggetto di accordi quadro. Ciò al fine di determinare un'elevata possibilità di incidere positivamente e in maniera significativa sui processi di acquisto pubblici.

¹¹ Si pensi, in particolare, alle misure introdotte dal D.L. n. 52/2012 (c.d. decreto *spending review*) e dal D. L. n. 95/2012 (c.d. decreto *spending review* 2).

centrali e periferiche e delle aziende sanitarie locali – in violazione dell’obbligo del ricorso a Consip o ad altre centrali di committenza. Le altre pubbliche amministrazioni, invece, possono ricorrere alle convenzioni o utilizzarne i parametri di prezzo e qualità. Tutte le amministrazioni sono tenute a ricorrere al mercato elettronico gestito da Consip per gli acquisti sotto soglia comunitaria. Inoltre, si prevede - per alcune categorie merceologiche (energia elettrica, gas, carburanti rete e extra rete, combustibile per riscaldamento, telefonia fissa e mobile) – l’obbligatorietà del ricorso a Consip o alle centrali regionali, ovvero l’obbligo di esperire autonome procedure utilizzando, nel rispetto della normativa vigente, i sistemi telematici di negoziazione messi a disposizione dalle suddette centrali.

Gli interventi normativi più recenti

Di recente, norme *ad hoc* sono state previste per facilitare l’aggregazione della spesa dei piccoli comuni, attraverso le unioni dei comuni o l’utilizzo dello strumento convenzionale. Così come le stesse province “enti di area vasta” hanno tra i loro compiti quello di “*esercitare le funzioni di predisposizione dei documenti di gara, di stazione appaltante, di monitoraggio dei contratti di servizio....*”¹².

Le ultime innovazioni introdotte dal legislatore, dal 2014 ad oggi, hanno determinato l’evoluzione del sistema a rete, con l’obiettivo di costruire un sistema nazionale di acquisti pubblici professionalizzato e ridotto nelle sue dimensioni. Come più volte evidenziato, le stazioni appaltanti sono oltre 32000. Tale polverizzazione produce risultati negativi in termini di efficienza complessiva del sistema. Al fine di superare tale situazione, l’art. 9, c. 1, del D.L. n. 66/2014, ha introdotto la nuova categoria dei “soggetti aggregatori” fissandone, al c. 5, il numero massimo, che non può superare le 35 unità. Dell’elenco dei soggetti aggregatori fanno parte: Consip, una centrale di committenza per ciascuna regione, qualora istituita. Altri soggetti che svolgono attività di centrale di committenza potranno richiedere l’iscrizione all’elenco. Quali sono questi ulteriori soggetti? Con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell’11 novembre 2014, sono stati individuati i requisiti per l’iscrizione nell’elenco: le città metropolitane, le province, le associazioni, le unioni e i consorzi di enti locali devono

¹² Cfr. art. 1, c. 88, L. n. 56/2014 (c.d. Legge Delrio). Identica previsione trova applicazione anche per le città metropolitane (cfr. art. 1, c. 44, lett. c) L. n. 56/2014).

aver pubblicato, nei tre anni precedenti, bandi e/o inviato lettere di invito per l'acquisizione di beni e servizi di importo a base di gara, pari o superiore alla soglia comunitaria per almeno duecento milioni nell'ultimo triennio e, comunque, con un valore minimo di 50 milioni di euro per ciascun anno. L'istruttoria finalizzata a valutare le caratteristiche dei soggetti candidati ad essere ammessi tra gli aggregatori è affidata all'Anac.

A tal proposito merita di essere menzionata la Deliberazione n. 32 del 30 aprile 2015, con la quale l'Anac ha escluso che una società consortile operante a livello locale potesse essere inclusa nell'elenco dei soggetti aggregatori, in quanto sprovvista dei requisiti richiesti dalla normativa vigente per espletare le funzioni di centrale di committenza. L'Autorità, pur riconoscendo in astratto ammissibile l'utilizzo di una società di diritto privato per costituire delle centrali d'acquisto, non ha ritenuto sussistenti, nel caso di specie, né i requisiti dell'*in-house providing* né i requisiti necessari ad integrare la fattispecie dell'organismo di diritto pubblico. Una qualificazione pubblicistica, anche se solo sostanziale, risulta infatti fondamentale affinché si configuri un modello organizzativo¹³ tale da operare per l'aggregazione degli appalti degli enti locali.

Un altro strumento previsto dal legislatore è il tavolo dei soggetti aggregatori, istituito con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 14 novembre 2014, con funzioni di programmazione (individuazione categorie merceologiche e soglie di importo) e monitoraggio. In tale sede dovranno essere assunte le determinazioni finalizzate all'adozione, da parte del Presidente del Consiglio, della programmazione integrata.

Con la medesima disposizione normativa è stato istituito un Fondo per l'aggregazione degli acquisti di beni e di servizi destinato al finanziamento delle attività svolte dai soggetti aggregatori.

¹³ I modelli organizzativi che possono operare quali sistemi di aggregazione degli appalti di enti locali sono indicati dall'art. 33, c. 3-bis, del D.Lgs. n. 163/2006, come da ultimo modificato dallo stesso D.L. n. 66/2014. La norma ne definisce, nello specifico, caratteristiche dimensionali e organizzative. Pertanto, come evidenziato nella stessa Deliberazione Anac n. 32/2015, *“accanto ad un livello regionale di centralizzazione, sono state previste delle forme di aggregazione da realizzarsi per iniziativa dei piccoli enti locali, attraverso la condivisione delle proprie risorse umane e strumentali, nell'ambito di Province, Unioni o mediante la stipula di convenzioni”*.

Il sistema centralizzato di acquisti e le nuove direttive europee

Il recepimento delle nuove direttive dell'Unione europea deve essere l'occasione per una semplificazione del quadro normativo in materia di acquisti di beni e servizi.

Fino ad oggi, il sistema si è contraddistinto per il carattere “alluvionale”, con varie e spesso poco coordinate stratificazioni successive. Basti pensare che ogni anno vi è stato almeno un intervento normativo. Il problema risiede nel fatto che le nuove fattispecie normative di volta in volta introdotte non sono state coordinate con le norme emanate in precedenza e pertanto già vigenti.

Le amministrazioni pubbliche – specie i piccoli Comuni – sono disorientate.

Del resto, in sede di acquisizione dell'intesa sullo schema di D.P.C.M. che definisce i requisiti per l'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha chiesto l'impegno formale del Governo a procedere all'istituzione di un Tavolo tecnico in sede di Conferenza unificata, con la partecipazione di rappresentanti della Presidenza del Consiglio, del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministero dell'economia e delle finanze per la risoluzione dei problemi applicativi derivanti dalla normativa che disciplina il sistema di affidamento dei contratti pubblici.

Occorre, in altri termini, definire un quadro semplice, fare chiarezza mediante l'individuazione di poche norme che statuiscano un assetto normativo facilmente applicabile da parte delle pubbliche amministrazioni.

3. LA RIORGANIZZAZIONE E LO SVILUPPO DELLE STAZIONI APPALTANTI: PER UN RATING DI CAPACITÀ

di Giovanni Mariani

Lo stato dell'arte delle stazioni appaltanti

Il sistema Italiano degli acquisiti pubblici è caratterizzato da un 'eccessiva' numerosità e parcellizzazione delle Stazioni Appaltanti che presentano evidenti carenze sia organizzative che professionali.

Nonostante la spinta verso l'accentramento prodotto con i numerosi interventi normativi succedutisi negli ultimi anni, le stime più accreditate parlano ancora di più di 30.000 Stazioni Appaltanti e più di 60.000 centri di costo /centri di spesa.

Queste strutture, anche per limiti dimensionali, non riescono a presidiare correttamente tutte le fasi del processo di acquisto. Si concentrano sugli aspetti formali della gara penalizzando le fasi più importanti come la rilevazione e razionalizzazione dei fabbisogni, la definizione della strategia di gara ed il monitoraggio dei contratti.

In molte di queste strutture mancano le professionalità necessarie per gestire gli acquisti pubblici (Buyer, Amministrativisti, esperti Merceologi, etc..).

L'impatto della nuova direttiva sulle stazioni Appaltanti

La nuova direttiva rende ancora più urgente e necessario intervenire sull'organizzazione e sulla professionalità delle stazioni appaltanti, in quanto ne aumenta molto il ruolo ed il grado di discrezionalità. .

La semplificazione e la flessibilità delle procedure di acquisto, le procedure a prezzo fisso, la valutazione del costo del ciclo di vita del prodotto, il Green Public Procurement , il partenariato per l'innovazione, sono tutte innovazioni della Direttiva 24 che ampliano molto il ruolo e la discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Questa accresciuta discrezionalità delle stazioni appaltanti rischia di produrre dei risultati fortemente negativi se non sarà accompagnata da una forte crescita dell'organizzazione e della professionalità, .

Le novità introdotte dalla nuova direttiva rendono necessario inoltre il ricorso a nuove professionalità, quali esperti ambientali per il Green Public Procurement, esperti di costi di produzione, analisi costi benefici, esperti amministrativisti, informatici per l'eProcurement: tutte professionalità oggi sono totalmente assenti.

La maggiore discrezionalità delle Stazioni appaltanti fa crescere notevolmente sia la possibilità di distorsione nei processi di scelta, sia rischio di contenzioso.

E' quindi importante progettare e costruire un salto di qualità del sistema delle stazioni appaltanti in termini di organizzazione e di professionalità. La vera domanda è come riuscire a far crescere in maniera evidente il livello di professionalità delle stazioni appaltanti

Negli ultimi anni in Italia sono stati fatti numerosi interventi e tentativi di razionalizzare le stazioni appaltanti. Questi interventi basati sostanzialmente sull' obbligo di ricorrere a centrali di committenza accentrate, hanno sicuramente portato dei benefici rilevanti, ma hanno evidenziato anche dei limiti evidenti.

A questi interventi bisogna affiancare un meccanismo virtuoso che “inneschi” una spirale di cambiamento che spinga il sistema verso un miglioramento continuo e l’adozione di standard minimi di qualità organizzativa e professionale delle stazioni appaltanti.

Accreditamento delle stazioni Appaltanti

La strada proposta per rafforzare l’organizzazione e la professionalità delle Strutture Acquisti è l’introduzione di regole che in maniera prescrittiva definiscano quali requisiti organizzativi e professionali l’Ente deve possedere per essere riconosciuto come struttura abilitata ad effettuare determinate procedure di acquisti pubblici.

Per poter, in particolare, espletare procedure di acquisto al di sopra di un certo importo economico e/o per alcune merceologie particolari, la struttura dovrà superare un processo di accreditamento, che può essere definito e gestito dall’ANAC .

Ogni ente pubblico sarà libero di scegliere se accreditare o meno la propria struttura di acquisti o rivolgersi ad altre strutture accreditate.

A livello internazionale esistono varie esperienze di accreditamento di Enti/Amministrazioni Pubbliche e di buyer pubblici, basate su un processo di valutazione continua del possesso di requisiti professionali ed organizzativi.

Forse la più conosciuta e consolidata è quella del *National Institute of Governmental Purchasing* (NIGP), fondato nel 1944, che raggruppa 2.600 agenzie di Public Procurement negli U.S.A. e in Canada, in rappresentanza di 16.000 buyer pubblici, che attraverso un’ente indipendente, lo *Universal Public Procurement Certification Council*, rilascia ai buyer pubblici certificazioni di qualità (ad es. il *Certified Professional Public Buyer*), che attestano le competenze professionali dei partecipanti.

Requisiti per l’accreditamento

Il processo di accreditamento delle strutture di acquisto dovrà valutare/verificare la presenza di standard minimi in termini di :

- **requisiti organizzativi**, definiscono alcune caratteristiche che l'organizzazione deve possedere per poter assolvere pienamente ed adeguatamente al proprio compito (ad esempio: responsabilità unica di tutto il processo di acquisto, autonomia organizzativa, separazione delle funzioni)
- **requisiti di processo** e procedurali, riguardano il rispetto da parte dell'ente di standard qualitativi e procedurali riferiti alle modalità di gestione. Questi requisiti possono andare dalla presenza/utilizzo di procedure scritte, all'utilizzo di bandi tipo, di documentazione di gara standard, di procedure per la gestione del conflitto di interessi, Codice Etico, di anagrafe patrimoniale
- **requisiti di natura professionale**, che mirano alla valutazione e al miglioramento delle competenze dei buyer, mediante un processo di certificazione della qualità del buyer pubblico.
- **indicatori di misurazione delle performance** economiche e tecniche (spesa gestita, prezzi di acquisto, risparmi ottenuti, costo e tempi delle procedure, percentuale di ricorsi e contenziosi).

Il progetto richiede un'attuazione graduale. Il sistema di accreditamento potrebbe partire ad esempio dalle centrali di acquisito più importanti (come gli enti aggregatori), e/o da importi di gara molto elevati, con un primo periodo in cui le strutture effettuano un'auto-valutazione .

L'ANAC dovrebbe inoltre avere la possibilità di migliorare nel tempo il sistema di accreditamento rendendolo sempre più efficace ed accurato modificando ed innalzando gli standard organizzativi e professionali sulla base di *best practices* italiane ed internazionali.

E' importante inoltre prevedere una dotazione economica che consenta all'ANAC di dotarsi delle risorse e dei mezzi per la gestione del Sistema di Accreditamento, e per garantire un incentivo economico per gli enti che investono nell'organizzazione e nella professionalità delle proprie strutture di acquisto per riuscire ad accreditarle.

Dovrebbero essere previsti, infine, meccanismi di premialità per gli Enti e meccanismi incentivanti per i *buyer* in linea con le *best practices*.

4. CONTRATTI PUBBLICI E PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI: LA NECESSITÀ DI UN MANUALE OPERATIVO

di Carlo Notarmuzi

Le difficoltà di applicazione della disciplina dei contratti pubblici

Gli appalti pubblici rientrano indubbiamente fra le procedure amministrative più complesse. Necessità oggettive come la trasparenza, la concorrenza ed il corretto utilizzo delle risorse pubbliche hanno nel tempo stratificato sequenze procedurali particolarmente articolate e soggette a molti vincoli.

Oltre ad un codice di 257 articoli e un regolamento di attuazione di 359 articoli si aggiungono innumerevoli norme contenute in altre leggi. Ciascuna pubblica amministrazione nell'esercizio delle attività di appalto oltre a svolgere la funzione principale connessa alla procedura è chiamata anche a svolgere funzioni di polizia (verifica del certificato antimafia), di controllo della fiscalità (Equitalia), ed anche funzioni da ispettori del lavoro (verifica del corretto versamento dei contributi previdenziali (DURC). A questo si aggiungono anche le numerose pronunce giurisprudenziali interpretative del quadro normativo esistente, oltre ai pareri delle Autorità competenti in materia.

Si tratta quindi di un procedimento amministrativo particolarmente articolato, la cui sequenza non è univocamente definita, ma va ricostruita in base alla tipologia di gara, all'importo della medesima ed alle regole che governano ciascuna amministrazione. In tale quadro le possibilità di errore sono molto elevate in assenza di una "mappa" che indichi passo per passo tutti gli adempimenti necessari.

Perché un Handbook

L'azione amministrativa è caratterizzata dalla tipicità degli atti la cui legittimità è rappresentata dalla conformità dell'atto concreto alla sua fattispecie astratta. Il problema sta nel fatto che non è sempre agevole ricostruire la fattispecie astratta degli atti di gara e non solo degli atti ma della intera procedura.

Di qui la proposta – e il tentativo¹⁴ - di definire in un *Handbook* tutti i passaggi utili e necessari per portare a compimento in modo corretto la procedura.

Descrivere una *Check list* di tutti i passaggi, di tutti gli adempimenti, distinguendo le varie tipologie di gara consente la corretta gestione della procedura di gara, limitando illegittimità, ma consente anche di misurare i tempi di ciascuna attività intervenendo sulle fasi più critiche, al fine di eliminare duplicazioni, e inefficienze che senza una scansione sequenziale difficilmente potrebbero essere individuate.

Se da un lato il legislatore si sta muovendo verso la riduzione delle centrali di acquisto, da altro lato la rotazione del personale, in particolare laddove impegnato su attività classificate “a rischio” come sono gli appalti richiede metodi e modelli di lavoro che non possono essere affidati unicamente alla memoria delle persone o peggio ancora al contenuto dei fascicoli, talvolta non adeguato al mutamento fin troppo rapido della normativa.

Inoltre l'*Handbook* può costituire anche un utile strumento per i controlli sia per ciò che attiene gli autocontrolli, utili e necessari prima dell’adozione dell’atto finale, sia per i controlli di legittimità successivi all’adozione dell’atto. La standardizzazione dei vari passaggi consente inoltre anche di ridurre o quantomeno **monitorare i rischi da corruzione**. Definire puntualmente i vari passaggi consente di individuare i momenti più a rischio anche per porre in essere misure di prevenzione. Soprattutto laddove l'*Handbook* trovi collocazione su un supporto informatico che può agevolmente definire *benchmark* di attività. Vizi tipici dell’atto amministrativo quale ad esempio l’inversione dell’ordine procedimentale verrebbero meno e la procedura nel suo complesso risulterebbe celere e corretta.

I possibili contenuti di un manuale operativo, prima e dopo il recepimento delle nuove direttive europee

Il lavoro svolto per la stesura dell'*Handbook* oltre ad evidenziare l’utilità di fissare un percorso ben definito nello svolgimento della procedura, ha anche messo in luce l’utilità di una modulistica standardizzata Bandi tipo art. 64

Il lavoro che ha ad oggetto i **procedimenti contrattuali per servizi e forniture** è suddiviso in quattro parti: la procedura fino a 5.000 euro, la procedura da 5.001,00 a

¹⁴ dare conto dell’handbook reso disponibile sul sito di astrid

40.000,00 euro, la procedura da 40.001,00 a 134.000,00 e la procedura oltre i 134.001,00 euro. Una quinta parte avrà ad oggetto la procedura di realizzazione delle attività previste, dalla stipula del contratto fino alla completa realizzazione ed al collaudo, unica indipendentemente dalla soglia economica considerata.

Le auspicabili modifiche da apportare con il recepimento delle nuove direttive

Per quanto attiene i profili della tecnica legislativa appare auspicabile un unico testo che contenga le norme attualmente delineate nel decreto legislativo e nel regolamento di attuazione, essendo priva di vantaggi pratici la suddivisione su norme di rango differente; inoltre con un lavoro sul modello dei testi unici, andrebbero raccolte ed abrogate disposizioni contenute in altri testi normativi come ad es. il quinto d'obbligo ancora disciplinato dalla legislazione del 1923.

L'analisi così pedissequamente descrittiva di tutte le fasi della procedura di gara ha evidenziato, tra l'altro, un eccessivo passaggio di documentazione tra l'amministrazione precedente e la commissione di gara; in particolare l'analisi dei requisiti di cui all'articolo 38 e l'eventuale esclusione dalla gara avvengono proprio in virtù di un passaggio di documentazione tra questi due distinti soggetti, passaggio che certo non riduce i tempi della procedura. Di qui anche una proposta per il recepimento delle direttive: sarebbe auspicabile che la verifica dei requisiti di cui all'articolo 38 avvenga ad opera dell'amministrazione (Busta A) e non in Commissione come previsto dall'articolo 226, comma 7 del regolamento di attuazione.

5. IL DIVIETO DI *GOLD PLATING*

di Ginevra Bruzzone, Miriam Cassella e Raffaella Marzulli

Un criterio specifico di delega

Nella delega per il recepimento delle direttive europee sui contratti pubblici vi è un espresso richiamo al divieto di *gold plating*. Nel nostro ordinamento questo divieto già costituisce un criterio generale per il recepimento delle direttive, in base all'articolo 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, ma con scarsi risultati. Ciò spiega la scelta di

ribadire il concetto con un criterio di delega specifico in occasione del recepimento delle nuove direttive¹⁵.

L'enfasi posta sul divieto di *gold plating* nella legge delega dà una importante indicazione al legislatore delegato: il punto da cui partire sono le direttive e non la legislazione nazionale vigente. La disciplina che dobbiamo adottare è infatti solo quella necessaria al recepimento: disposizioni che vanno oltre non possono essere mantenute. Si è così obbligati a seguire un approccio innovativo, che potrebbe realizzare una riforma di ampio respiro nell'ottica della semplificazione.

La disciplina del *gold plating*

Nel recepimento delle direttive si deve tenere conto del “divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall’articolo 14, commi 24-ter e 24-quater della legge 28 novembre 2005, n. 246”.

In base al comma 24-ter, sono considerati livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie:

- a) l’introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l’attuazione delle direttive;
- b) l’espansione dell’ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari;
- c) l’introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi e complessi di quelli strettamente necessari per l’attuazione delle direttive.

La direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 16 gennaio 2013 fornisce ulteriori indicazioni su cosa si debba intendere per livello minimo di regolazione:

- a. nei casi in cui la direttiva specifica un elemento (ad esempio, ambito soggettivo di applicazione, requisito o sanzione), questo rappresenta il livello minimo di regolazione il cui superamento costituisce *gold-plating*;

¹⁵ L’esigenza per gli Stati membri di evitare ingiustificati *gold plating* nel recepimento delle direttive è stata ribadita da ultimo nella comunicazione della Commissione europea, *Better regulation for better results – An EU Agenda*, COM(2015) 215 final.

- b. nei casi in cui la direttiva non specifica alcuno degli elementi di cui all'art.14, comma 24-ter e non ne rimette la definizione agli Stati membri, l'assenza di previsioni circa tali elementi costituisce il livello minimo di regolazione;
- c. nei casi in cui la direttiva contempla diverse alternative, rimettendo la scelta agli Stati, il livello minimo di regolazione è costituito dall'alternativa meno onerosa per i destinatari;
- d. nei casi in cui la direttiva demanda alle autorità dello Stato membro la definizione degli elementi di cui all'articolo 14, comma 24-ter, il livello minimo di regolazione non è predeterminato dalla disciplina europea; anche in questo caso, comunque, la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri raccomanda di privilegiare opzioni che garantiscano minori oneri, standard, requisiti e obblighi per i destinatari, anche attraverso la definizione di procedure e meccanismi operativi che assicurino minori oneri e tempi di attesa per i destinatari.

Il comma 24-quater dell'articolo 14 prevede che il divieto di *gold plating* può essere superato se l'amministrazione “dà conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi dell'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria”. Per gli atti normativi non sottoposti ad AIR, si deve procedere con metodi analoghi, riportando le valutazioni nella relazione illustrativa dell'atto. Il divieto dunque è derogabile ma in via eccezionale, giustificando la scelta¹⁶.

Recepimento delle direttive e identificazione del *gold plating*

In alcuni casi identificare il *gold plating* è semplice. Ad esempio, costituirebbe una palese violazione del divieto mantenere le disposizioni, non previste dalle direttive, che fissano una quota massima, rispetto al valore dell'appalto, oltre la quale non è possibile procedere al subappalto. Parimenti, costituirebbe *gold plating* adottare per le concessioni, che nelle direttive sono oggetto di una disciplina più leggera rispetto a quella degli appalti, l'applicazione di tutte le disposizioni specifiche previste per questi ultimi.

Vi sono però anche ipotesi meno nette, in cui i confini del *gold-plating* vanno identificati alla luce dei principi di necessità e proporzionalità. In particolare, dettare in sede di recepimento disposizioni più dettagliate di quelle contenute nelle direttive (ad

¹⁶ La direttiva 16 gennaio 2013 del Presidente del Consiglio dei Ministri illustra in dettaglio le modalità.

esempio per specificare le modalità da seguire per ottemperare agli obblighi) può non costituire *gold plating* a condizione che gli oneri, le procedure e i meccanismi operativi non siano più gravosi e complessi di quanto strettamente necessario per l'attuazione delle direttive.

Ci si potrebbe chiedere se dettare (o mantenere) una disciplina degli appalti pubblici sotto-soglia possa comportare una violazione del divieto di *gold plating*: le direttive non contemplano infatti disposizioni in materia. Va tenuto però presente che il diritto europeo prevede per i contratti pubblici sotto soglia l'obbligo per gli Stati membri di rispettare alcuni principi giuridici (trasparenza, non discriminazione, imparzialità). Nella prospettiva del coordinamento tra le disposizioni in materia di contratti pubblici sopra e sotto la soglia, si può sostenere che il legislatore delegato potrebbe legittimamente prevedere una minima disciplina dei contratti sotto-soglia nella misura in cui questa risulti strettamente necessaria a dare attuazione ai principi del diritto europeo, secondo un approccio seguito anche in altri Stati membri, tra cui in particolare il Regno Unito. In linea con questo approccio, la delega richiede espressamente che per gli appalti e le concessioni sottosoglia siano garantiti adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure assicurando la valutazione comparativa tra più offerte. Se la disciplina dei contratti sotto-soglia andasse oltre, potrebbe concretizzarsi un rischio di *gold-plating*.

Un tema che merita particolare attenzione è come affrontare, alla luce del divieto di *gold plating*, il recepimento dell'articolo 12 della direttiva 2014/24/UE che regola gli appalti tra enti del settore pubblico e in particolare fissa le condizioni in presenza delle quali la direttiva non si applica in quanto ricorrono le condizioni *in house*. Per questo profilo, la direttiva in parte innova rispetto alla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, ampliando le ipotesi di deroga all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica. In particolare, l'articolo 12 prevede che la disciplina della direttiva non si applichi se sono soddisfatte tre condizioni: controllo analogo; oltre l'80 per cento dell'attività è effettuato nello svolgimento dei compiti affidati dall'amministrazione controllante; assenza di partecipazione di capitali privati ad eccezione di forme prescritte da disposizioni legislative nazionali e che non comportano un'influenza determinante sull'affidatario. Le principali novità sono il riconoscimento delle condizioni *in house* anche se il soggetto svolge sino al 20 per cento dell'attività nei confronti di soggetti

diversi dall'amministrazione controllante e se vi è la partecipazione di capitali privati, laddove richiesto da disposizioni legislative nazionali.

La questione da affrontare è se un recepimento volto a delimitare più strettamente rispetto all'articolo 12 il ricorso agli affidamenti *in house* sia compatibile con il divieto di *gold plating*. Occorre esaminare la questione distinguendo tra la soglia dell'80 per cento e la partecipazione di capitali privati.

Per quanto riguarda la soglia, richiedere a livello nazionale una quota più alta (ad esempio, il 90 per cento) costituirebbe indubbiamente *gold plating*, ma potrebbe essere giustificato, in via eccezionale, dall'esigenza di adottare un regime più favorevole alla concorrenza rispetto a quanto previsto dalle direttive. Come ricordato di recente dal Consiglio di Stato (sentenza 25 maggio 2015, n. 2660) la Corte Costituzionale ha da tempo chiarito che, nei casi in cui la normativa europea non è di armonizzazione completa, è legittimo per il legislatore nazionale introdurre norme più pro-concorrenziali rispetto al livello minimo fissato dal diritto europeo, in particolare limiti più stringenti agli affidamenti diretti (cfr. ad esempio Corte Costituzionale, sentenze n. 325/2010 e n. 46/2013).

Anche qualora il legislatore nazionale volesse seguire la scelta generale compiuta nelle direttive e quindi fissare la soglia all'80 per cento, perlomeno si potrebbe prevedere una limitata deroga al divieto di *gold plating* facendo salve specifiche disposizioni di legge che prevedano limiti più stringenti. Il riferimento, in particolare, è all'articolo 13 del decreto legge n. 223/2006 che non consente alle società strumentali di operare sul mercato ed è stato espressamente riconosciuto dalla nostra Corte costituzionale come disposizione funzionale alla tutela della concorrenza.

Rispetto invece alla partecipazione dei privati nel capitale dei soggetti *in house*, va fugato un possibile equivoco. L'articolo 12 della direttiva non prevede in generale la possibilità di partecipazione dei capitali privati a condizione che non venga pregiudicato il requisito del controllo analogo, né consente agli Stati membri di scegliere se prevedere o meno in via generale questa possibilità. Il legislatore europeo si limita a consentire in via eccezionale la partecipazione dei capitali privati laddove questa sia *prescritta* da disposizioni legislative nazionali in conformità con i Trattati (anche su questo punto, cfr. Consiglio di Stato, n. 2660/2015). Di regola, quindi, in base alle direttive la partecipazione dei privati tuttora non è consentita. Il legislatore nazionale è pertanto

libero, senza incorrere nel rischio di *gold plating*, di recepire letteralmente la condizione prevista dall'articolo 12 e successivamente non adottare, o adottare solo in via del tutto eccezionale, disposizioni normative che prescrivano la partecipazione dei capitali privati.

6. LA SEMPLIFICAZIONE DEGLI ONERI INFORMATIVI A CARICO DELLE IMPRESE: DICHIARAZIONI E SOCCORSO ISTRUTTORIO

di Tommaso Di Nitto e Edoardo Giardino

La semplificazione degli oneri informativi nelle direttive

La riduzione degli oneri amministrativi derivanti dagli obblighi informativi posti a carico degli operatori economici che partecipano alle procedure di gara è un obiettivo delle nuove direttive, che sul punto contengono previsioni sostanzialmente analoghe. Per comodità, di seguito, si fa riferimento alla direttiva 2014/24.

Tanto i considerando¹⁷, come le norme delle direttive, prevedono ampia flessibilità nella gestione degli oneri informativi.

La prima norma della direttiva che riguarda in modo specifico la riduzione degli oneri amministrativi a carico delle imprese è costituita dall'art. 22, paragrafo 2. La norma ammette l'utilizzo della comunicazione orale per “*comunicazioni diverse da quelle*

¹⁷ Il considerando n. 58, pur confermando la necessità che “le richieste di partecipazione, le conferme di interesse e le offerte dovrebbero essere sempre in forma scritta”, ammette la possibilità di utilizzare “la comunicazione orale … purché il suo contenuto sia sufficientemente documentato … con mezzi appropriati, quali registrazioni scritte o audiovisive o sunti dei principali elementi della comunicazione”.

Il considerando n. 84 individua “negli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o altri documenti relativi ai criteri di esclusione e di selezione” un “ostacolo principale” alla partecipazione delle PMI alle gare. La limitazione di tali certificati e documenti è quindi vista come una importante “semplificazione a vantaggio sia delle amministrazioni aggiudicatrici che degli operatori economici”.

Il considerando n. 85 sottolinea a sua volta l’importanza che “le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici siano basate su informazioni recenti” facilmente e rapidamente acquisibili e verificabili. È dunque “preferibile che le amministrazioni aggiudicatrici verifichino tali informazioni, ove possibile, mediante l’accesso alle banche dati pertinenti la cui costituzione dovrebbe essere agevolata mediante apposite misure”. Le amministrazioni non devono richiedere inoltre “documentazioni ancora aggiornate di cui già dispongono da precedenti procedure d’appalto”, anche se tale obbligo, stante la necessità di non imporre alle amministrazioni un onere sproporzionato in materia di archiviazione, potrà essere concretamente imposto “unicamente quando sarà obbligatorio il ricorso a mezzi di comunicazione elettronica”.

I considerando n. 86 e n. 87 individuano, invece, ulteriori misure di semplificazione degli oneri amministrativi nell’uso di “modelli di formulari per le autodichiarazioni, che potrebbero ridurre i problemi connessi alla formulazione precisa delle dichiarazioni formali e delle dichiarazioni di consenso” e nell’implementazione e quindi nell’uso del sistema elettronico e-Certis.

relative agli elementi essenziali della procedura di appalto, purché il contenuto della comunicazione orale sia sufficientemente documentato”. La comunicazione orale è chiaramente consentita come una ipotesi del tutto residuale. Secondo la norma, infatti, “*gli elementi essenziali della procedura di appalto includono i documenti di gara, le richieste di partecipazione, le conferme di interesse e le offerte*”.

Vi è poi un gruppo di norme costituite dagli artt. 57, 59, 60 e 61 dalle quali si ricava che la riduzione degli oneri amministrativi posti a carico degli operatori economici è concretamente perseguita mediante:

- (i) l’introduzione del Documento di gara unico europeo (DGUE), che “*consiste in un’autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi*” a conferma che l’operatore economico non si trova in una delle situazioni di esclusione individuate dall’art. 57, soddisfa i criteri di selezione imposti dalle amministrazioni aggiudicatrici e, “*se del caso, soddisfa le norme e i criteri oggettivi fissati a norma dell’articolo 65*” (art. 59);
- (ii) l’esonero dalla presentazione di documenti o certificati che l’amministrazione aggiudicatrice può ottenere “*direttamente accedendo a una banca dati nazionale che sia disponibile gratuitamente in un qualunque Stato membro*”, oppure di cui è in possesso “*avendo aggiudicato l’appalto o concluso l’accordo quadro*” (art. 59, paragrafo 5);
- (iii) l’implementazione del registro online dei certificati (e-Certis; art. 61).

... e nel disegno di legge delega

La riduzione degli oneri amministrativi derivanti dagli obblighi informativi posti a carico degli operatori economici che partecipano alle procedure di gara costituisce un obiettivo che dovrà raggiungere anche il nostro legislatore.

La bozza del disegno di legge delega per l’attuazione delle tre direttive approvata dal Senato, nell’ottica generale di rispettare il divieto di *goldplating*, posto al fine di evitare che gli Stati membri introducano regole che comportino costi e oneri aggiuntivi per le imprese ed i cittadini, maggiori rispetto a quelli già previsti dal legislatore comunitario, contiene, infatti, criteri direttivi volti alla semplificazione e riduzione del quadro normativo vigente (art. 1, comma 1, lett. c), d) e h)), nonché alla riduzione degli

oneri documentali a carico dei soggetti partecipanti e alla semplificazione delle procedure di verifica dei requisiti dichiarati da parte delle stazioni appaltanti (art. 1, comma 1, lett. *r*) e *s*)).

Gli obblighi informativi previsti dalle norme interne: obblighi necessari e non necessari

Le norme che attualmente disciplinano i procedimenti per l'affidamento degli appalti pubblici impongono agli operatori economici partecipanti alle gare molteplici obblighi informativi.

Tali obblighi sono anche una diretta conseguenza di norme che non sono contenute – e nemmeno richiamate – nel Codice dei contratti pubblici. Ad esempio, l'art. 53, comma 16-ter del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dall'art. 1, comma 42, lett. *l*), della legge 6 novembre 2012, n. 190, obbliga le stazioni appaltanti a richiedere alle imprese di dichiarare di non aver assunto dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni la cui attività ha visto come destinatarie le stesse imprese.

Alcuni di questi obblighi informativi sembrano certamente necessari, perché riguardano dati e informazioni di cui è in possesso solo l'impresa.

Sono obblighi informativi “necessari”, ad esempio, quelli inerenti al possesso da parte dei fornitori e dei prestatori di servizi dei requisiti di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale richiesti dalla stazione appaltante.

In questo caso, infatti, i dati e le informazioni che le stazioni appaltanti possono richiedere riguardano elementi strettamente attinenti all'attività svolta dall'impresa. Fermo restando, però, che anche in questo caso trova comunque applicazione il principio per il quale non possono essere richiesti documenti o certificati di cui la stazione appaltante è già in possesso (TAR Lazio, sez. III ter, 17 settembre 2014, n. 9777).

Altri obblighi informativi sembrano invece essere “non necessari”, perché riguardano dati e informazioni che le stazioni appaltanti sono in grado di verificare autonomamente e che, dunque, dovrebbero essere acquisiti d'ufficio in applicazione sia delle specifiche previsioni contenute nelle direttive sia di quanto già oggi dispongono l'art. 18, comma 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e l'art. 43, comma 1 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

In questa seconda categoria rientra, ad esempio, gran parte dei dati e delle informazioni contenute nell'art. 38, comma 1 del Codice dei contratti. Difatti, tra le quattordici fattispecie previste dalla norma, non sembrano rientrare nella categoria soltanto i dati e le informazioni relativi alle fattispecie regolate:

- (i) dalla lettera d), riferita alla violazione del divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55;
- (ii) dalla lettera m-*quater*), riferita al divieto di partecipazione alle gare degli operatori economici che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo o in una qualsiasi relazione tali da comportare che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

Gli obblighi informativi nelle direttive

L'esistenza di obblighi informativi "necessari" e "non necessari" è rinvenibile anche nelle disposizioni contenute negli articoli 57 e 58 della direttiva 2014/24, negli articoli 78 e 80 della direttiva 2014/25 e nell'articolo 38 della direttiva 2014/23, che disciplinano i motivi di esclusione e i criteri di selezione.

Anche tali norme fanno riferimento, infatti, a dati e informazioni che possono essere forniti esclusivamente dall'operatore economico partecipante alla procedura di affidamento (si vedano, in particolare, i dati e le informazioni necessari per dimostrare il possesso della capacità economica e finanziaria e delle capacità tecniche e professionali), nonché a dati e informazioni verificabili autonomamente dalle stazioni appaltanti (si vedano, in particolare, i dati e le informazioni necessari per dimostrare l'inesistenza dei motivi di esclusione obbligatori e facoltativi).

Eliminare gli obblighi informativi "non necessari"

Il recepimento delle tre direttive potrebbe essere l'occasione per distinguere i dati e le informazioni che le stazioni appaltanti debbono necessariamente richiedere agli operatori economici partecipanti alle procedure di affidamento, dai dati e dalle informazioni che le stesse stazioni appaltanti possono autonomamente acquisire, con l'obiettivo di eliminare gli obblighi informativi "non necessari".

Il raggiungimento di tale obiettivo – che naturalmente non esclude l’irrogazione di sanzioni a carico degli operatori economici che partecipano ad una gara senza essere in possesso dei requisiti previsti – pone evidenti problemi organizzativi, che però potrebbero trovare soluzione nell’ambito del processo già avviato di aggregazione delle stazioni appaltanti e di digitalizzazione della p.a.

I vantaggi sarebbero notevoli:

- (i) si semplificherebbe il procedimento di affidamento dei contratti pubblici,
- (ii) si consentirebbe alla Commissione giudicatrice di concentrare la sua attività sulla valutazione delle offerte,
- (iii) si ridurrebbe il contenzioso derivante dalla violazione degli obblighi formali e dallo scorretto esercizio del potere di soccorso istruttorio.

Il soccorso istruttorio e le sanzioni pecuniarie

Il soccorso istruttorio, che è evidentemente un istituto volto a semplificare ulteriormente gli oneri informativi a carico delle imprese, è disciplinato dagli articoli 56, paragrafo 3 e 59 paragrafo 4, comma 2 della direttiva 24/2014 che, tuttavia, non prevedono alcuna sanzione pecunaria e men che meno, quindi, il regime sanzionatorio di cui agli articoli nell’art. 6, comma 11 e 38, comma 2 bis del Codice dei contratti pubblici.

Nel recepimento nelle direttive il legislatore dovrebbe, dunque, consentire un’integrazione documentale “non onerosa”, come del resto emerge dal criterio di cui all’art. 1, comma 1, lett. g) del disegno di legge delega.

7. GLI ISTITUTI COMUNITARI FIN QUI NON RECEPITI DAL LEGISLATORE NAZIONALE

Stefano de Marinis

Il legislatore nazionale ha fino ad ora scelto di non recepire alcuni istituti storicamente presenti nella legislazione comunitaria, confermati nei testi più recenti, come la procedura ristretta in materia di lavori, la procedura negoziata per tutte le diverse tipologie contrattuali e le modalità di scelta del contraente per le concessioni ancora una volta in tema di lavori.

Il legislatore italiano ha infatti, con una norma risalente alla legge Merloni, ripresa fedelmente dal Codice dei contratti all'art.55, comma 6, previsto che *alle procedure ristrette per l'affidamento di lavori sono invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando.*

Si tratta di una regola vincolante anche per i settori speciali - dove appare, se possibile - ancor più singolare, mitigata solo da una deroga per il caso di appalti di importo pari o superiore ai 40 milioni di euro e per gli affidamenti cosiddetti *a contraente generale*. La scelta si presta a critica soprattutto perché le fasce di mercato di più elevato importo sono quelle caratterizzate da minore concorrenza, dato che il valore dei contratti da affidare riduce di per sé il numero dei soggetti in grado di vantare adeguati requisiti per accedervi, il che rende le procedure ristrette in tale contesto meno necessarie.

L'ordinaria distinzione esistente nelle direttive comunitarie, così come in tutte le legislazioni europee (compresa la vecchia legge di Contabilità di Stato italiana), tra procedure ristrette e procedure aperte si fonda sul fatto che quando l'amministrazione che bandisce una gara stima la presenza sul mercato di un ampio novero di operatori interessati fa ricorso alla procedura ristretta, per poterne agevolmente selezionare un numero sufficiente ad attivare l'utile confronto in vista dell'aggiudicazione; laddove, viceversa, l'aspettativa sia in senso inverso, con potenziali rischi di chiusura della concorrenza, l'opzione sarà verso la procedura aperta che consente fino all'ultimo di avere in gara tutti i soggetti idonei.

Il legislatore nazionale ha invece stabilito che, proprio in quelle fasce di mercato dove operano grandi quantità di imprese dotate dei requisiti per concorrere queste debbano essere tutte invitate, rinunciando di fatto all'ausilio della procedura ristretta (formalmente tuttora prevista ma nella sostanza in tutto e per tutto parificata alla procedura aperta).

Le conseguenze della scelta sono sotto gli occhi di tutti: gare affollate oltre ogni utilità, e per questo ingestibili anche ai fini della valutazione dell'anomalia dell'offerta, che in luogo di essere indirizzata verso un numero limitato di concorrenti (2-3 sui 7-10 invitati) oggi ne riguarda decine, generando procedimenti *monstre* che occupano mesi di inutile lavoro per le amministrazioni, oltre al frequente contenzioso da parte degli esclusi che sfruttano gli equilibrismi argomentativi delle commissioni volti a legittimare decisioni basate su minime differenze nei prezzi offerti.

Le soluzioni fino ad ora messe in campo per ovviare a tale situazione di obiettivo disagio sono, per certi versi, addirittura peggiori del male: esclusione automatica delle offerte anomale sotto soglia comunitaria e gare ad inviti senza pubblicazione di bando per le fasce di importo più basso.

Sarebbe opportuno, invece, recuperare nel recepimento delle direttive l'effettività della procedura ristretta, onde restituire alle stazioni appaltanti per la generalità degli affidamenti un contesto logico e praticabile in termini di efficacia delle relative azioni.

Considerazioni analoghe possono svolgersi per le procedure negoziate. Il diritto comunitario ha da tempo consentito modalità di scelta del contraente, ammesse solo in base a specifici presupposti, in cui le amministrazioni aggiudicatrici consultano gli operatori economici da esse stesse individuati, negoziando con uno o più di essi le condizioni del contratto da affidare, in modo da acquisire lavori, forniture o servizi perfettamente adeguati alle specifiche esigenze del committente.

L'elemento caratterizzante di tali procedure non è, dunque, la sospensione del regime di preventiva pubblicità dell'affidamento, posto che storicamente la disciplina comunitaria contempla procedure negoziate con pubblicazione di bando, bensì la possibilità che alla determinazione dell'offerta aggiudicataria si pervenga attraverso una trattativa con uno o più interlocutori sui contenuti della prestazione da affidare.

Anche in questo caso, l'art.56, comma 7, del Codice dei contratti prevede che *“la stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa”*, cioè sulla scorta di modalità di aggiudicazione in cui l'offerta è predeterminata e fissa dato che il concorrente può solo presentarla, ma non trattarne i contenuti.

Si privano così le stazioni appaltanti di uno strumento che, sebbene a determinate condizioni, può ben essere utilizzato per dare risposta ad esigenze specifiche qualificando tanto l'offerta che la domanda: il che spiega la particolare attenzione riservata alle procedure negoziate dalle più recenti disposizioni comunitarie.

La terza storica differenziazione della legislazione nazionale rispetto a quella comunitaria riguarda il tema delle concessioni, e segnatamente le procedure fissate per la scelta del concessionario.

A livello comunitario, infatti, l'impostazione è chiaramente definita nel senso che,

a differenza della disciplina riguardante l'affidamento degli appalti compiutamente regolata in tutti i passaggi, dalla pubblicità ai termini per concorrere, dai requisiti di qualificazione alle modalità di aggiudicazione dei contratti, la disciplina applicabile alle concessioni è semplificata, riguardando solo gli aspetti riguardanti la pubblicità e i termini.

Tale duplice approccio, peraltro ribadito con la Direttiva 2014/23, si spiega semplicemente con il fatto che l'applicazione delle regole per gli appalti alle concessioni costituirebbe un sensibile deterrente per l'accesso dei capitali privati al finanziamento degli investimenti, accesso al quale, non da oggi, punta con deciso interesse il legislatore comunitario.

Sul punto, l'Italia ha storicamente seguito un'impostazione diversa, rinunciando all'opzione comunitaria e parificando, in tema di procedure per l'individuazione del contraente, la disciplina delle concessioni a quella degli appalti.

Anche in questo caso, l'aspetto più evidente riguarda la rinuncia alla possibilità di avvalersi di modalità negoziate per l'attribuzione della concessione, scelta che peraltro si estende a tutto il resto delle regole procedurali, che non soffre eccezioni rispetto alla disciplina dell'appalto.

Rinviano per un esame più dettagliato alle parti del paper dedicate alle concessioni, occorre comunque rilevare che il mantenimento di questo indirizzo farebbe perdere di significato proprio il carattere del “rischio operativo”, che rappresenta uno dei tratti salienti della nuova Direttiva sulle concessioni.

Su tali differenze di impostazione, così come sul formalismo che in generale contraddistingue l'approccio legislativo nazionale rispetto a quello comunitario, peraltro più volte contestatoci dalla giurisprudenza comunitaria¹⁸, occorrerà seriamente riflettere in sede di recepimento per verificare la necessità e l'opportunità di mantenere le specificità che connotano in maniera particolare la nostra disciplina dei contratti pubblici.

¹⁸ Dall'annosa tematica del trattamento cui sottoporre le c.d. offerte anomale, alla disciplina dell'esclusione dalle gare delle imprese che si trovano in situazione di controllo (art.38, comma 1, lett. m-quater del Codice), alle più recenti indicazioni sulle modalità di disciplinare il potenziale conflitto di interessi tra progettista ed esecutore dei lavori.

8. IL “RISCHIO” COME ELEMENTO CONNATURATO ALLA CONCESSIONE

di Marco Macchia

Non è agevole il compito di recepire una disciplina europea mirante a superare carenze definitorie e regolatorie, nonché asimmetrie normative nello spazio giuridico europeo, nel momento in cui essa contiene numerosi elementi di innovazione e di difformità rispetto ai precedenti regimi domestici. Questo è quanto sta accadendo con la direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione delle concessioni, parte di un ampio disegno di armonizzazione progressiva, che soddisfa l’esigenza di dare un *corpus* giuridico, ispirato a criteri di uniformità, a tutte le modalità di *procurement* indette da amministrazioni pubbliche.

L’incertezza giuridica è un fattore di ostacolo alla libera fornitura di servizi e provoca distorsioni nel funzionamento del mercato interno. Viceversa, obiettivo sovranazionale è favorire gli investimenti pubblici e privati in infrastrutture, al fine di superare la crisi economica, aprire maggiormente i mercati delle commesse pubbliche, beneficiare delle competenze e dei capitali del settore privato per migliorare i beni e i servizi offerti ai cittadini, rafforzando la concorrenza e promuovendo efficienza e innovazione.

Le novità nella regolamentazione dei contratti di concessione sono numerose, ma possono essere sintetizzate in tre direttive. La prima riguarda la *ratio* dell’istituto concessorio. Originariamente erano attribuiti al concessionario diritti speciali o esclusivi, in virtù dei quali quest’ultimo si sostituiva all’amministrazione, era soggetto a controlli pubblici, svolgendo attività strategiche per il benessere della collettività. Nell’ottica sovranazionale, all’inverse, la concessione è integralmente piegata alle esigenze del mercato: non solo il concessionario è scelto a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, ma quest’ultimo è un *partner* privato che si confronta con il mercato, che sottostà alle regole concorrenziali, mirando a contenere i costi e a realizzare un lavoro o a gestire un servizio in modo efficiente.

La seconda concerne un elemento caratterizzante del rapporto concessorio e idoneo a distinguere la concessione rispetto al contratto di appalto, ossia il trasferimento del rischio operativo. Elemento essenziale sia nelle concessioni di lavori che di servizi diviene l’assunzione del rischio, ossia il fattore connesso all’incertezza del ritorno

economico dell'attività di gestione. L'attuale disciplina già prevede il trasferimento dell'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera in capo al concessionario, nonché una effettiva allocazione dei rischi gestori sull'operatore economico. Ciò che cambia ora è che: a) il rischio di gestione si tramuta da fattore accessorio alla concessione in elemento qualificante proprio di questo contratto; b) corre l'obbligo per le parti di perimetrazione esattamente tale grandezza economica.

La terza coinvolge, invece, il regime del rapporto concessorio. A differenza del modello precedente, connotato da una cristallizzazione degli accordi durante la fase della gara e degli impegni presi in sede di esecuzione, la nuova disciplina della concessione presuppone una negoziazione tra le parti e riconosce a queste ultime la facoltà di modificare nel tempo il contratto in base alle esigenze dell'*iter* esecutivo, in quanto rapporto di durata, sebbene entro limiti sostanziali e procedurali ben definiti.

Occorre approfondire le novità che può presentare la disciplina europea dedicata al rischio operativo, nonché mettere in evidenza le difficoltà che possono seguire ad un suo recepimento nell'ordinamento giuridico interno. Occorre in particolare verificare se l'elemento del rischio integri concretamente una parte essenziale dell'accordo contrattuale, da cui discendono una serie di conseguenze, tipo il possibile fallimento del concessionario ovvero il fatto che lo stesso sia posto nelle condizioni di organizzare liberamente beni e fattori produttivi, senza che sia necessaria specifica autorizzazione, dovendo unicamente rendere conto a consuntivo dei risultati raggiunti.

Non sembra esservi dubbio sul fatto che l'automatico trasferimento del rischio operativo corrisponda concretamente ad un obbligo di "internalizzare" nel rapporto concessorio l'eventualità di non riuscire a coprire gli investimenti effettuati e i costi sopportati per realizzare i lavori o per l'esecuzione e la gestione dell'opera o del servizio reso. Ma il rischio operativo non è un requisito del contratto. Difatti, qualora lo stesso dovesse mancare, non si ritiene che il contratto sia nullo per assenza di un elemento essenziale, bensì che lo stesso debba essere qualificato in modo diverso, applicando una differente disciplina rispetto a quella delle concessioni amministrative.

La normativa europea precisa che il rischio operativo deve essere valutato e che ai fini di tale valutazione devono essere presi in considerazione «in maniera coerente ed uniforme il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario» (cons. n. 20). Nondimeno l'obbligo di quantificazione di tale grandezza

economica non è di facile recepimento, poiché non si chiarisce in quale fase occorra misurare il rischio, se *a monte* o *a valle* del rapporto concessorio. È evidente che l'alea debba sussistere per tutta la durata della concessione, ma la valutazione di convenienza da parte dell'investitore dovrebbe potersi basare su condizioni stabili fissate *ex ante* che restano immutate nel corso del rapporto.

È centrale la definizione dei fattori causali che possono essere contemplati rispetto a quelli che devono essere esclusi. Il rischio operativo deve ricomprendere fattori che esulano dall'area di controllo delle parti contrattuali (cons. n. 20). Perciò le categorie di rischio connesse alla cattiva gestione, o derivanti da inadempimenti contrattuali non bastano per la sua effettiva configurazione, poiché sono strettamente riconducibili al comportamento delle parti e possono ricorrere pure in altre tipologie contrattuali. Fattori causali dipendenti dalle risorse umane (perdite discendenti da fatti ascrivibili al personale, quali errori, frodi, incompetenza o negligenza professionali), dai processi produttivi (lacune del sistema dei controlli ovvero malfunzionamento di procedure interne), dagli impianti o da elementi tecnologici si riscontrano in qualunque accordo negoziale e non hanno alcun pregio rispetto al regime concessorio.

Il rischio di gestione e di perdite dirette o indirette connesse al rapporto contrattuale deve inoltre essere posto a carico del concessionario in “condizioni operative normali”. Il che implica che non rilevano fattori esogeni, come le minacce ambientali, le cause di forza maggiore o le ragioni di necessità, rispetto alla sussistenza del rischio operativo in capo all'operatore economico. Nondimeno, difficoltoso è l'inquadramento dei fattori causali rientranti nel *factum principis*, ossia i mutamenti del contesto legislativo, regolamentare o fiscale, in grado di incidere sulla capacità di recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'investitore. Sebbene si tratti di rischi “al di fuori del controllo delle parti” e, dunque, apparentemente rilevanti se letti con gli occhiali della direttiva europea, sembra corretto affermare che i mutamenti legislativi debbano essere trattati al pari delle ragioni di necessità, giacché integrano ragioni di pubblico interesse che rendono impossibile – se non al prezzo di una eccessiva onerosità – la prestazione indipendentemente dal comportamento dell'obbligato e senza alcuna colpa da parte sua riguardo alle cause che l'hanno determinata. Non a caso, attualmente, il *factum principis* può essere causa di revisione del piano economico-finanziario ovvero può essere contemplato tra le cause che giustificano una cessazione anticipata del

rapporto. Sul punto il legislatore nazionale dovrebbe assumere posizione, al fine di evitare incertezze regolatorie suscettibili di provocare distorsioni nel mercato.

Ai sensi della direttiva il rischio operativo è, in particolare, la reale – e non “nominale” – esposizione del concessionario alle fluttuazioni del mercato, può essere legato alla gestione dei lavori o dei servizi e comprende un rischio sul lato della domanda, ossia che la domanda dei servizi oggetto della concessione sul mercato sia inferiore rispetto al *quantum* offerto dal concessionario, e/o dell’offerta, comprendente i casi in cui la fornitura dei servizi sul mercato non sia idonea alla soddisfazione della domanda. Si può tradurre nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nello squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate o nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio. Non deve essere garantito, insomma, a monte il recupero degli investimenti effettuati ovvero dei costi sostenuti per la gestione del rapporto convenzionale. Le potenziali perdite non devono essere né meramente ipotetiche né trascurabili. Al riguardo, è decisivo il coinvolgimento – in una prospettiva non bilaterale, ma trilaterale – nell’obbligo di assunzione del rischio degli istituti bancari ed è opportuno che di ciò tenga conto il legislatore domestico, giacché questi ultimi nella realtà dei fatti scelgono di finanziare e di rendere così “bancabili” unicamente i progetti connotati da ritorni certi rispetto alle somme investite per l’esecuzione del contratto.

Non è escluso poi che una parte del rischio resti a carico dell’amministrazione (cons. n. 18). Ciò accade nei servizi a tariffe regolamentate, in cui il rischio è limitato sin dall’inizio con previsioni di compensazione parziale delle perdite subite (si pensi alle tariffe autostradali che tengono conto delle previsioni di traffico e sono adeguate annualmente in base alla domanda, al tasso d’inflazione e alla remunerazione degli investimenti). Lo stesso accade quando, mediante un accordo, viene dalle parti prevista una modalità di compensazione delle perdite in caso di cessazione anticipata della concessione. In ogni caso, nei servizi a tariffa amministrata, la somma deve essere versata in misura commisurata al servizio al quale si accede, e non corrisposta al fine di retribuire l’opera come controprestazione versata dall’utenza per i lavori e i servizi svolti (altrimenti si tratterebbe di un appalto). Cosa diversa, invece, quando vi è assenza di rischio. Se, infatti, l’amministrazione solleva il concessionario da ogni perdita potenziale

connessa all'esecuzione del contratto, il contratto affidato non è una concessione ai sensi della normativa europea. La criticità sta nel definire in quale misura l'amministrazione possa legittimamente mitigare il rischio: fino a che punto possono essere regolamentate le forme di garanzia delle perdite eventualmente subite, o elisa l'alea connessa a tale fattispecie contrattuale? Quando diversamente si esce dal perimetro del contratto di concessione? Non vi è dubbio che ciò richieda un'indagine caso per caso, in cui si tenga conto complessivamente della regolamentazione specifica del settore.

Si nota, infine, una forte distonia tra l'obbligo di assunzione del rischio operativo, che porta con sé una sua logica, e il sistema di controlli, vincoli, oneri amministrativi e burocratici, che costituiscono costi e caratterizzano l'esecuzione del rapporto concessorio nel nostro ordinamento. Tali vincoli incidono economicamente e non collimano con il modello di un'impresa concessionaria che sta sul mercato. Delle due l'una: o l'investitore assume il rischio di fallire, sta sul mercato, si espone alle fluttuazioni e nel tempo di durata delle concessione il suo unico limite è il rispetto delle regole privatistiche; oppure il concessionario è protetto dallo Stato, ne è garantita la remunerazione degli investimenti, è controllato dall'amministrazione e opera di fatto come fosse un ente pubblico. La via di mezzo non appare praticabile.

Per questa ragione sembra, per fare solo un esempio, che la previsione di un obbligo *«per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare tutti i contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato»*, attualmente contenuta nel disegno di legge A.S. 1678-A per l'attuazione delle direttive europee, sia contraria nello spirito a queste ultime e rappresenti un ostacolo ad un concreto trasferimento del rischio che presuppone una valutazione dell'imprenditorialità e della buona gestione economica da parte dell'operatore.

9. LA DISCIPLINA EUROPEA DELLE CONCESSIONI IN FUNZIONE DEGLI INVESTIMENTI: QUESTIONI APERTE E PROSPETTIVE DI RECEPIMENTO

di Alessandro Tonetti e Alessandro Bracaletti

La nuova direttiva 2014/23/Ue in materia di contratti di concessione (di seguito, direttiva) può essere esaminata sotto diverse prospettive. Quella che qui si propone attiene agli investimenti privati in infrastrutture pubbliche. Una scelta, questa, che si giustifica per almeno due ragioni. Innanzitutto, perché, in un contesto di crisi della finanza pubblica, la realizzazione di infrastrutture è in misura crescente legata alla capacità di coinvolgere i capitali privati, mediante strumenti di partenariato pubblico privato (PPP), di cui la concessione è lo strumento principe¹⁹. In secondo luogo, perché tale capacità sconta in Italia ancora elementi di forte debolezza, molti dei quali dipendono anche da una normazione inadeguata, a cui il legislatore ha tentato di rimediare negli ultimi cinque anni con interventi però estemporanei e mai risolutivi²⁰.

Di qui l'interesse a valutare la direttiva e conseguentemente la possibile normativa di recepimento sia in ordine alle questioni che essa pone nell'ottica di un investitore/finanziatore, sia in ordine alle prospettive che essa apre per una rivisitazione generale della disciplina nazionale.

* Le opinioni espresse nel presente scritto sono a titolo esclusivamente personale e non impegnano in alcun modo le Istituzioni di rispettiva appartenenza.

¹⁹ Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per la programmazione e il Coordinamento della politica economica, *Il project financing per la realizzazione delle opere pubbliche in Italia. Stato dell'arte, criticità e prospettive*, settembre 2015, disponibile sul sito internet del Dipartimento, RGS, *A focus on PPPs in Italy. 8th Annual Meeting of Senior PPP Officials*, 23-24 March 2015, OECD Conference center, Paris, 2015 disponibile sul sito internet di RGS e Project Financing Osservatorio Nazionale, *10 anni di partenariato pubblico privato in Italia*, Cresme, ottobre 2011, 5.

²⁰ RGS, *A focus on PPPs in Italy*, cit., Project Financing Osservatorio Nazionale, *10 anni di partenariato pubblico privato in Italia*, cit., e Epec, *Italy. PPP Units and Related Institutional Framework*, agosto 2012. Tra i più recenti interventi legislativi, si v. decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 (c.d. "salva Italia", artt. 41 ss.), decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 (c.d. "cresci Italia", artt. 41 ss.), decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito dalla legge 4 aprile 2012, n. 35 (c.d. "semplifica Italia", artt. 20 ss.), decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 (c.d. "crescita" artt. 1 ss.), decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221 (c.d. "crescita 2.0.", artt. 33 ss.), decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, (c.d. decreto "del fare", art. 19), decreto legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito dalla legge 11 novembre 2014, n. 164 (c.d. "sblocca Italia", artt. 5 ss.).

Si esaminano, quindi, di seguito le principali questioni problematiche ascrivibili a quattro fondamentali aree tematiche: l'ambito di applicazione, la costituzione, la modifica e la cessazione del rapporto di concessione²¹.

L'ambito di applicazione

Se è vero che la certezza delle regole è una condizione essenziale per gli investimenti privati e che la direttiva ha un alto contenuto innovativo, è evidente che la prima questione problematica riguarda il suo ambito di applicazione sotto un duplice profilo, quello oggettivo e quello temporale.

Quanto al profilo oggettivo, a una prima lettura la questione sembrerebbe di facile soluzione. Da un lato, la direttiva, all'art. 1, stabilisce che essa si applica alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori o di servizi il cui valore stimato non è inferiore a 5.186.000 euro. Dall'altro, agli artt. 10 – 17, definisce i casi di esclusione. Conseguentemente, stante la lettera dell'articolato, rientrerebbero nell'ambito di applicazione della direttiva tutte le concessioni sopra soglia comunitaria per le quali non vi è una espressa esclusione.

Diversamente, la questione è piuttosto complicata. Per un verso, la direttiva, in numerosi “considerando”, solleva forti dubbi in ordine alla sua applicazione ai c.d. “settori regolati” (evidenziando, in alcuni casi, persino aspetti tra loro in potenziale contraddizione, laddove si afferma che la remunerazione del concessionario in base a tariffe regolamentate escluderebbe l'applicazione della direttiva e, al contempo, si sostiene che la limitazione del rischio, come nel caso dei settori regolamentati, non esclude la configurazione del rapporto quale concessione)²²; e lo stesso può dirsi con riguardo alle “concessioni demaniali” con particolare riferimento ai settori “portuale” e “aeroportuale”, laddove si esclude la concessione in mancanza di acquisizione di “lavori o servizi specifici”²³. Per altro verso, la direttiva non fornisce alcuna indicazione in ordine all'eventuale applicazione - anche limitata, ad esempio, ai soli principi generali - ai settori esclusi, per cui sembra prefigurare tante discipline diverse, con ciò alimentando il rischio di un'eccessiva frammentazione normativa.

²¹ Quanto all'altro tema di grande rilevanza, ossia il rischio operativo, che costituisce elemento qualificante del contratto di concessione, si rinvia al contributo di Marco Macchia.

²² Si v. considerando 15, 17, 19 e 40.

²³ Si v. considerando 15.

Quanto al profilo temporale, la direttiva pone dubbi in ordine alla sua applicazione a contratti di concessione le cui procedure di affidamento sono state avviate addirittura prima della sua entrata in vigore. Da un lato, all'art. 51, impone agli Stati membri di recepirla entro il 18 aprile 2016. Dall'altro, all'art. 54, dispone che “*non si applica all'aggiudicazione di concessioni per le quali è stata presentata un'offerta o che sono state aggiudicate prima del 17 aprile 2014*”²⁴: di converso, la nuova disciplina si applicherebbe alle concessioni per le quali è stata presentata un'offerta o che comunque sono state aggiudicate dopo il 17 aprile 2014, sulla base di bandi di gara definiti in conformità ad una disciplina anteriore al recepimento della direttiva e quindi non necessariamente in linea con essa. Di qui un sostanziale effetto retroattivo, che mina gravemente la certezza del rapporto concessorio. Non può sfuggire, infatti, che alcuni rilevanti aspetti della concessione sono già definiti nel bando di gara, talvolta persino con legge²⁵, per cui qualora emergesse una difformità tra procedura avviata (ivi compresa la documentazione di gara) e le previsioni della direttiva, tale difformità risulterebbe difficilmente sanabile: aspetto, questo, tanto più grave se solo si considera che in particolari ipotesi – di cui si dirà più avanti – la stessa direttiva ne fa discendere la cessazione del rapporto concessorio.

Sarebbe quindi opportuno che il legislatore nazionale, con riferimento al profilo oggettivo, si facesse carico di definire con maggiore precisione l'ambito di applicazione della nuova normativa, stabilendo i necessari raccordi con le discipline settoriali: si potrebbe, ad esempio, configurare espressamente la disciplina derivante dal recepimento quale disciplina generale delle concessioni, almeno con riguardo ai principi, evitando che a tale conclusione si possa giungere mediante processi interpretativi che per loro natura non sono in grado di soddisfare le esigenze di certezza delle regole rappresentate dagli investitori. Con riferimento invece al profilo temporale, appare essenziale che il legislatore chiarisca in modo inequivocabile le procedure alle quali si applica la nuova normativa: la soluzione migliore sarebbe quella di disporne l'applicazione ai soli bandi di gara pubblicati successivamente all'entrata in vigore della disciplina nazionale di

²⁴ Lo stesso art. 54 dispone “La presente direttiva entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell’Unione europea”, vale a dire il 16 aprile, posto che è stata approvata il 26 febbraio 2014 e pubblicata il 28 marzo 2014, da cui appunto decorrono i venti giorni per l’entrata in vigore.

²⁵ Si v., ad esempio, l’art. 5, co. 4, del decreto legge n. 133 del 2014 relativamente alla concessione autostradale Cremona - Piacenza A21.

recepimento (oppure, in caso di ritardato recepimento, alla scadenza del relativo termine); diversamente, occorrerebbe introdurre una disciplina transitoria, almeno facendo salvi i contratti aggiudicati con procedure avviate anteriormente alla data di entrata in vigore della direttiva²⁶.

La costituzione del rapporto

Posto che il contratto di concessione è uno strumento molto più complesso di un ordinario contratto di appalto e che deve confrontarsi in misura maggiore con la disponibilità del mercato a finanziare il progetto, la seconda questione problematica attiene alla costituzione del rapporto, anche in questo caso, sotto un duplice profilo, quello della definizione delle procedure di affidamento e quello della definizione degli atti connessi.

Quanto alla definizione delle procedure, la direttiva, diversamente da quanto previsto per gli appalti²⁷, afferma un sostanziale principio di libertà delle forme, prevedendo, all'art. 30, co. 1, che, fatto salvo il rispetto della direttiva, ivi compresi i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità espressamente richiamati, “*l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario*”.

Quanto alle definizione degli atti, nella stessa prospettiva di cui sopra, la direttiva stabilisce un sostanziale principio di libertà di negoziazione, disponendo, all'art. 37, co. 6, che “[I]’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti”: negoziazione, questa, che trova

²⁶ Occorre, peraltro, tener conto che – come efficacemente spiega una recente sentenza del Consiglio di Stato proprio in materia di appalti e concessioni (n. 2660/2015, punto 23) – “è vero che la giurisprudenza comunitaria riconosce una forma di rilevanza giuridica alla direttiva anche prima che sia scaduto il termine per il suo recepimento. Si tratta, però, di una rilevanza giuridica certamente minore rispetto al c.d. effetto diretto (che implica l’immediata applicazione della direttiva dettagliata ai rapporti c.d. verticali), che si traduce semplicemente, in nome del principio di leale collaborazione, in un dovere di standstill, ovvero nel dovere per il legislatore di astenersi dall’adottare, nel periodo intercorrente tra la pubblicazione della direttiva nella GUUE e il termine assegnato per il suo recepimento, qualsiasi misura che possa compromettere il conseguimento del risultato prescritto (C. giust. 18 dicembre 1997, C-129/96) e per il giudice di astenersi da qualsiasi forma di interpretazione o di applicazione del diritto nazionale da cui possa derivare, dopo la scadenza del termine di attuazione, la messa in pericolo del risultato voluto dalla direttiva (C. giust. Ue, 15 aprile 2008, C-268/08). Non si tratta, quindi, del dovere di immediata applicazione o dell’obbligo di interpretazione conforme (che operano solo dopo che è scaduto il termine di recepimento), ma soltanto di un obbligo negativo, che si sostanzia nel dovere di astenersi dall’interpretazione difforme potenzialmente pregiudizievole per i risultati che la direttiva intende conseguire”.

²⁷ Si v. direttiva 2014/24/Ue, artt. 25 – 39, e direttiva 2014/25/Ue, artt. 43 – 57.

l'unico limite espresso nella non modificabilità dell'oggetto della concessione, dei criteri di aggiudicazione e dei requisiti minimi di partecipazione.

In sostanza, la direttiva attribuisce alle amministrazioni ampia flessibilità nell'organizzazione della procedura e nella definizione degli atti connessi²⁸, tanto che la mancata previsione del meccanismo previsto dalla direttiva appalti della consultazione preliminare di mercato²⁹ non può che essere letto nel senso che per le concessioni le amministrazioni possono fare molto di più. Aspetto, questo, tanto più rilevante se solo si considera il fatto che in Italia – a dispetto di quanto accade in altri Stati membri che da tempo affidano le concessioni mediante la procedura negoziata o il dialogo competitivo³⁰ - la legislazione e la pratica hanno sempre mostrato una grande diffidenza nei confronti di soluzioni improntate a maggiore flessibilità. Ne è prova il fatto, da un lato, che il Codice dei contratti pubblici per le concessioni richiama in modo espresso unicamente la procedura aperta, quella ristretta e quella speciale di “finanza di progetto”³¹ (tutte ben regolate) e, dall'altro, che, nonostante l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (ora Autorità nazionale anticorruzione) abbia ammesso l'applicabilità anche per le concessioni del dialogo competitivo³², nei fatti questa procedura non sia mai stata utilizzata.

Sarebbe, quindi, opportuno che il legislatore nazionale rivedesse l'attuale impostazione, sviluppando le innovazioni introdotte nel 2013 relative al preliminare coinvolgimento degli operatori e dei finanziatori³³ ed inducendo l'amministrazione a seguire modalità operative più funzionali alla specificità della concessione da affidare.

A tal fine, con riguardo alle procedure di affidamento, sono prospettabili due orientamenti: il primo, più radicale, circoscriverebbe l'intervento alla fissazione dei limiti della procedura di affidamento, lasciando l'amministrazione libera di articolare la concreta procedura nel modo più confacente alla specificità del progetto; il secondo, più tradizionale, si spingerebbe a disciplinare le procedure di affidamento, magari ispirandosi

²⁸ Si v. considerando 68.

²⁹ Si v. direttiva 2014/24/Ue, art. 40.

³⁰ Si v., al riguardo, Epec, *L'aggiudicazione di un PPP e l'utilizzo del dialogo competitivo in Europa*, dicembre 2011.

³¹ Artt. 153 e 175. Si precisa comunque che l'art. 153, co. 16, lett. a), fa rinvio alla procedura del dialogo competitivo.

³² Si v. parere del 17 aprile 2008, rif. AG3-08. Si v. anche Anac, *Bozza di Determinazione "Linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi ai sensi dell'articolo 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"*, p. 20, e Consultazione online "Linee guida sulla finanza di progetto" scaduta il 2 marzo 2015.

³³ Si v. artt. 143 e 144 del Codice dei contratti pubblici, come integrati dal decreto legge n. 69 del 2013.

a quelle più flessibili previste dalla direttiva sugli appalti pubblici 2014/24/UE³⁴. Con riferimento poi alla definizione degli atti di gara e del successivo contratto, si ritiene che la normativa di recepimento non debba fissare limiti più stringenti di quelli definiti dalla direttiva appalti per le procedure appena richiamate che, è utile segnalare, prevedono, con diverse modalità ed entro certi limiti, la possibilità di modificare la documentazione di gara durante lo svolgimento della procedura e successivamente di negoziare il contratto con il soggetto aggiudicatario³⁵.

La modifica del rapporto

Tenuto conto che il contratto di concessione, essendo un contratto di durata, è naturalmente suscettibile di essere modificato e che tale dinamica potrebbe confliggere con la tutela della concorrenza e del legittimo affidamento, la terza questione problematica concerne l'ammissibilità di modifiche all'originario contratto sotto un triplice profilo, quello soggettivo delle parti contraenti, quello oggettivo dei lavori e quello temporale della durata del rapporto.

Quanto alla modifica delle parti, la direttiva offre qualche elemento utile a meglio definire la questione circa la legittimità del c.d. “subentro” da parte dei finanziatori previsto dall’art. 159 del Codice dei contratti pubblici in caso di decadenza del concessionario. In particolare, la direttiva esplicitamente consente la sostituzione di un nuovo concessionario a quello inizialmente aggiudicatario della concessione quando ciò avvenga in forza di una clausola inequivocabile prevista nei documenti di gara iniziali ed il cui esercizio non alteri la natura generale della concessione³⁶. Si legittimerebbe per questa via la possibilità di sostituzione del concessionario già delineata dal legislatore nazionale, superando così i dubbi, nel tempo sollevati, circa la coerenza con la normativa comunitaria in materia di concorrenza.

³⁴ Si pensi alla procedura competitiva con negoziazione (art. 29), al dialogo competitivo (art. 30) e ai partenariati per l’innovazione (art. 31).

³⁵ Si evidenzia che la possibilità di adeguare lo schema di convenzione in ragione delle criticità (in particolare quelle afferenti la sfera della finanziabilità del progetto) eventualmente emerse nel corso della procedura determinerebbe importanti benefici: favorire il buon esito della gara, ottenere offerte maggiormente efficienti ed affidabili (anche con riferimento alla finanziabilità), incrementare la concorrenza tra i candidati. Si segnala, peraltro, che nell’esperienza attuale importanti modifiche alla convenzione – essenziali per il finanziamento dell’opera - sono introdotte successivamente all’aggiudicazione o, persino, alla stessa sottoscrizione della convenzione.

³⁶ Si v. considerando 77 e art. 43, co. 1, lettera d), i).

Quanto alla modifica dell'oggetto, la direttiva aiuta anche a meglio definire la questione circa la legittimità dell'affidamento al concessionario di maggiori lavori rispetto a quelli previsti nel contratto originario. In particolare, la direttiva consente incrementi, anche plurimi, del valore della concessione a condizione che ciascun incremento non superi il 50 per cento del valore iniziale e che le modifiche non siano intese ad aggirare la direttiva³⁷. Si formalizza, quindi, il limite del 50 per cento finora ricavato in via interpretativa dalla normativa sugli appalti³⁸, addirittura prospettandone un'estensione mediante modifiche successive.

Quanto all'estensione della durata, la direttiva consente di meglio definire la questione circa la legittimità della proroga del termine di scadenza della concessione quale strumento di revisione del piano economico finanziario (del resto espressamente previsto dall'art. 143, co. 8 e 8-bis, del Codice dei contratti pubblici). In particolare, la direttiva, pur riconoscendo che la limitazione della durata consente di evitare la preclusione dell'accesso al mercato e le restrizioni della concorrenza, stabilisce che la durata massima corrisponde al tempo ragionevolmente necessario al concessionario per recuperare l'investimento e conseguire un ritorno sul capitale investito, precisando altresì che gli investimenti presi in considerazione includono sia quelli iniziali, noti al momento dell'aggiudicazione, sia quelli successivi, individuati nel corso del rapporto³⁹.

Peraltro, la proroga della concessione non è inclusa tra le modifiche del rapporto considerate, in ogni caso, sostanziali⁴⁰. Sembra che, quindi, che la durata acquisisca una valenza dinamica (non statica) con l'unico limite rappresentato dal tempo strettamente necessario per conseguire l'equilibrio del piano economico finanziario (o, con le parole del legislatore comunitario, il recupero degli investimenti effettuati unitamente al ritorno sul capitale investito): in quest'ottica, l'estensione della durata rappresenterebbe un possibile strumento cui ricorrere in tutti i casi (non solo derivanti da incremento dei lavori) in cui si realizzhi un'alterazione dell'equilibrio economico-finanziario della concessione e nella misura strettamente necessaria a ripristinarlo. Il che potrebbe aprire

³⁷ Si v. considerando 79 e art. 43, co. 1, lettera c), iii).

³⁸ Si confronti art. 57, co. 5, lettera a), del Codice dei contratti pubblici.

³⁹ Si v. considerando 52 e art. 18, co. 2.

⁴⁰ Si v. articolo 43, co. 4.

prospettive nuove in sede applicativa, laddove si registrano posizioni di ferma chiusura rispetto all'utilizzo della proroga⁴¹.

Sarebbe quindi opportuno che in sede di recepimento o in sede di successiva applicazione fossero chiarite le facoltà dell'amministrazione di porre in essere modifiche al rapporto concessorio. In particolare, sotto il profilo soggettivo, è auspicabile la conferma del c.d. "diritto di subentro" che rappresenta per i finanziatori un'importante forma di mitigazione del rischio di decadenza della concessione. Sotto il profilo oggettivo, si dovrebbero chiarire i termini e le condizioni per l'incremento del valore della concessione. Sotto il profilo temporale, infine, si presenterebbe la possibilità di chiarire l'utilizzo della proroga della concessione quale strumento di riequilibrio, nel caso, anche circoscrivendola a un periodo massimo, onde introdurre elementi di flessibilità e, al contempo, evitarne l'abuso.

La cessazione del rapporto

In considerazione del fatto che nel contratto di concessione il corrispettivo per l'esecuzione dei lavori consiste nel diritto di gestire l'opera (o in tale diritto accompagnato da un prezzo) ed è essenziale per il contraente privato fare affidamento sul rispetto della durata della gestione per poter valutare compiutamente la sostenibilità economico-finanziaria del progetto, la quarta questione attiene alla individuazione di possibili cause di patologia del rapporto concessorio tali da determinarne la cessazione anticipata.

Al riguardo, la direttiva, all'art. 44, prevede che gli Stati membri assicurano che le amministrazioni abbiano la *"possibilità, alle condizioni fissate dal diritto nazionale applicabile, di porre termine alla concessione in vigenza della stessa"*, in tre casi: a)

⁴¹ Si v. Corte dei conti – Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, Massima deliberazione n. SCCLLEG/33/2014/PREV depositata il 16 dicembre 2014, in tema di deliberazione n. 20/2014 del CIPE del 18 aprile 2013 avente ad oggetto la concessione autostradale "Via del Mare", ove si legge: *"pur non sussistendo allo stato e in via generale l'obbligo del preventivo assenso della Commissione Europea sulla proroga di una concessione, alla luce della giurisprudenza nazionale e comunitaria, una clausola convenzionale che ne preveda la possibilità - ancorché finalizzata a riportare in equilibrio il piano economico-finanziario - non può non essere sorretta dal formale richiamo al rispetto delle norme e dei principi comunitari: ed invero, il ricorso all'istituto della proroga è utilizzabile solo in via eccezionale, in quanto di per sé realizza una violazione dei principi e delle norme del Trattato in tema di tutela della concorrenza, non discriminazione, parità di trattamento, pubblicità e trasparenza"*; più ampiamente si v. punto 4.2 della pronuncia. Si pensi altresì al fatto che la Commissione europea ha assentito un unico caso, quello relativo alla concessione autostradale Brescia – Padova con riguardo alla realizzazione del nuovo tratto Valdastico nord). Sempre in tema, sarà interessante verificare quanto accadrà in relazione al caso Brebemi sulla delibera Cipe 6 agosto 2015, n. 60.

allorché la concessione abbia subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione; b) quando, al momento dell'aggiudicazione, il concessionario avrebbe dovuto essere escluso in quanto condannato con sentenza definitiva per specifici gravi reati (quali partecipazione ad organizzazioni criminali, corruzione, frode, terrorismo, lavoro minorile e tratta di essere umani); c) ove la Corte di giustizia dell'Unione europea, ad esito di una procedura di infrazione ai sensi dell'articolo 258 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfue), abbia constatato che la concessione è stata aggiudicata in violazione degli obblighi previsti dai trattati e dalla stessa direttiva.

In questo ambito, le fattispecie di cui alle lettere a) e b), sebbene non presentino profili di particolare novità, pongono rilevanti questioni sul piano della tutela del legittimo affidamento ingenerato nei terzi (investitori e finanziatori), i quali potrebbero subire la cessazione del rapporto concessorio per un errore dell'amministrazione, che avrebbe dovuto, nel primo caso, avviare una nuova procedura di gara e, nel secondo, negare l'aggiudicazione.

Ancora più problematica poi è la fattispecie di cui alla lettera c). La prescrizione, infatti, di porre termine alla concessione in caso di accertamento da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea della violazione dei trattati o della direttiva in questione rende particolarmente incerta la sussistenza stessa della concessione. Basti pensare all'ampiezza ed indeterminatezza di alcune prescrizioni, quale quella del trasferimento del “rischio operativo”, da apprezzare tenuto conto delle “*condizioni operative normali*”⁴². Peraltro, a ciò si somma l'imprevedibilità delle modalità di attivazione della procedura e dai tempi di pronunciamento della Corte di giustizia.

Sarebbe quindi opportuno, con riferimento alle prime due fattispecie, indicare termini prescrittivi per l'accertamento delle violazioni decorsi i quali al risarcimento in forma specifica possa essere sostituito un risarcimento per equivalente in modo da preservare il rapporto. Con riferimento alla nuova fattispecie di cui alla lettera c), sarebbe opportuno sollecitare l'introduzione di un qualche meccanismo di verifica preventiva, che possa se non annullare quanto meno mitigare il rischio. In generale, con riferimento alle vicende estintive del rapporto concessorio, è auspicabile che siano disciplinate in modo distinto e compiuto le diverse fattispecie di cessazione anticipata, quali la risoluzione, la

⁴² Si v. art. 5, co. 1, n. 1, della direttiva.

decadenza, la revoca e il recesso (rispetto al quale si riscontra oggi una pericolosa lacuna rispetto alla precedente disciplina contenuta nella legge n. 109 del 1994)⁴³, fornendo indicazioni in ordine alla determinazione dell'indennizzo e alle modalità e tempi di corresponsione dello stesso. Sempre sul piano generale, ugualmente auspicabile è che si affronti la problematica connessa con l'eventuale prosecuzione della gestione oltre la scadenza naturale della concessione nelle more del subentro di altro soggetto.

10. IL FATTORE “TEMPO” NEL RAPPORTO CONCESSORIO ALLA LUCE DELLA NUOVA DIRETTIVA 2014/23/UE

di Niccolò Pecchioli

Nell'ordinamento vigente esiste un meccanismo, dettato per le sole concessioni di lavori, in favore del concessionario per il riequilibrio delle condizioni economico-finanziarie della concessione, quando queste siano state modificate da evenienze sopravvenute; meccanismo che, in base all'art. 143 comma 8 del D.Lgs. 163/2006, si sostanzia in tre diverse soluzioni, peraltro variamente combinabili, ossia quella dell'aumento delle tariffe, quella dell'aumento di eventuali corrispettivi a carico dell'amministrazione concedente e soprattutto quella della proroga della durata contrattuale.

La nuova direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, stabilisce oggi, in relazione al fattore tempo, nuove disposizioni in materia di durata delle concessioni⁴⁴ e introduce criteri di flessibilità⁴⁵. La direttiva stabilisce, in proposito che

⁴³ Si segnala, infatti, che, mentre nella legge n. 109 del 1994, in caso di recesso, al concessionario era espressamente riconosciuto l'indennizzo, con l'indicazione delle relative componenti, il Codice dei contratti pubblici non ha mantenuto tale espressa previsione, ingenerando non pochi dubbi e difficoltà applicative.

⁴⁴ Al 52 considerando: *“la durata di una concessione dovrebbe essere limitata al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato e restrizioni della concorrenza. Inoltre, le concessioni di durata molto lunga possono dar luogo alla preclusione dell'accesso al mercato, ostacolando così la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento. Tuttavia, tale durata può essere giustificata se è indispensabile per consentire al concessionario di recuperare gli investimenti previsti per eseguire la concessione, nonché di ottenere un ritorno sul capitale investito”.*

⁴⁵ Al 78° considerando si prevede che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori *“possono trovarsi ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere quando hanno aggiudicato la concessione”*, il che rende necessaria *“una certa flessibilità per adattare la concessione alle circostanze senza ricorrere a una nuova procedura di aggiudicazione. Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione”*.

la durata del contratto di concessione può essere modificata senza una nuova procedura di aggiudicazione in presenza di circostanze imprevedibili con la normale diligenza.

Il campo di applicazione della regola non appare settorialmente limitato, quindi non è ristretto all'ambito delle concessioni di lavori.

Ne consegue che la regola per cui in costanza di contratto ed in presenza di circostanze sopravvenute e non prevedibili negli atti di gara è possibile il riequilibrio delle condizioni economico-finanziarie a favore del concessionario, deve intendersi alla luce della nuova direttiva sia nel senso che ciò possa avvenire anche attraverso la proroga della durata della concessione, sulla falsariga di quanto già disposto dall'art. 143 comma 8 del D.Lgs. 163/2006 in materia di concessioni di lavori, sia in relazione alla necessità di un'applicazione uniforme rispetto a tutte le tipologie di rapporto concessorio, senza distinzioni e limitazioni tipologiche o qualitative, che paiono ormai superate dallo *jus superveniens*.

Le implicazioni di tale *jus superveniens* emergono anche sotto un ulteriore profilo.

Dalla direttiva si può trarre, infatti, un immediato obbligo di conformazione della vigente disciplina statale in materia, in ragione della rilevanza giuridica delle direttive per le quali non sia ancora scaduto il termine di recepimento⁴⁶, come ha affermato il giudice amministrativo, riconoscendo l'esistenza di . “*un obbligo negativo, che si sostanzia nel dovere di astenersi dall'interpretazione difforme potenzialmente pregiudizievole per i risultati che la direttiva intende conseguire*” (Cons. Stato, sent. n. 2660/2015).

Occorre nondimeno considerare quando si ha riguardo al riequilibrio delle condizioni economico-finanziarie della concessione nel nostro ordinamento le soluzioni sono tre e rinvengono il loro ambito di applicazione in riferimento alle sole concessioni di

dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice” (76° considerando); tanto è vero che “*le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori dovrebbero avere la possibilità di prevedere modifiche alla concessione per mezzo di clausole di revisione o di opzione*”

⁴⁶ Più esattamente, come ha chiarito una recente pronuncia del Consiglio di Stato, si tratta di una valenza senza dubbio minore rispetto al c.d. effetto diretto (implicante l'immediata applicazione della direttiva dettagliata ai rapporti c.d. verticali) e che “si traduce semplicemente, in nome del principio di leale collaborazione, in un dovere di standstill, ovvero nel dovere per il legislatore di astenersi dall'adottare, nel periodo intercorrente tra la pubblicazione della direttiva nella GUUE e il termine assegnato per il suo recepimento, qualsiasi misura che possa compromettere il conseguimento del risultato prescritto (C. giust. 18 dicembre 1997, C-129/96, Inter-EnvironnementVallonie) e per il giudice di astenersi da qualsiasi forma di interpretazione o di applicazione del diritto nazionale da cui possa derivare, dopo la scadenza del termine di attuazione, la messa in pericolo del risultato voluto dalla direttiva (C. giust. UE, 15 aprile 2008, C-268/08, Impact)”. (in tali termini: Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015 n. 2660).

lavori, ai sensi dell'art. 143 comma 8 del D.Lgs. 163/2006. La disciplina non appare contrastante con quella sopravvenuta, perché dice "meno" di quest'ultima.

Le nuove direttive, infatti, e per quanto qui interessa l'art. 17 della direttiva concessioni, generalizzando il principio di "rideterminazione" delle condizioni di equilibrio del rapporto concessorio, non confliggono con il disposto dell'art. 143 comma 8 del D.Lgs. 163/2006, ma ne ampliano la portata applicativa al di là del circoscritto ambito della concessione di lavori, giacché la predetta direttiva reca disposizioni in tema di modifica del contratto per cause sopravvenute non imputabili alle parti, riferite a tutte le tipologie di concessioni.

Si deve allora verificare se a fronte del divieto di interpretazione difforme volto ad evitare la vanificazione del risultato perseguito dalla direttiva, in pendenza del termine per il suo recepimento, non si richieda che l'art. 143 comma 8 del D.Lgs. 163/2006 attualmente vigente debba essere fatto oggetto di una lettura che, pur senza essere abrogativa, risulti quantomeno adeguatrice ed estensiva, nel senso che esso debba oggi - e finché la direttiva in questione non venga trasposta - intendersi riferito a tutte le tipologie di concessioni e non solo a quella di lavori.

Laddove infatti il problema sia quello di non vanificare il risultato perseguito dalla direttiva in pendenza del termine per il suo recepimento, *sub specie* di flessibilità del rapporto concessorio per garantirne la preservazione a fronte di mutate condizioni dell'originario equilibrio economico-finanziario, i valori in gioco, che richiamano la libertà di intrapresa economica, fondamentale per l'ordinamento dell'Unione e finanche dotata di rilevanza costituzionale per il nostro, mal tollerano rinvii o differimenti di tutela che potrebbero segnarne la definitiva compromissione.

La questione appare di evidente interesse per la possibilità, ad es., di ritenere già oggi legittimamente prorogabili concessioni di servizi in corso allorché, per fatti non imputabili alle parti, ed in particolar modo al concessionario, le originarie condizioni dell'equilibrio economico finanziario del rapporto risultino mutate e quindi si prospetti di ricostituirle.

11. LE MISURE DI SEMPLIFICAZIONE PER LA DISCIPLINA NEI SETTORI SPECIALI

di Alessandro Fiocco

Cenni sul quadro normativo vigente

Il 18 aprile 2014 è entrata in vigore la nuova Direttiva Europea 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 *“Procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali”*, che disciplina e ridefinisce le condizioni, modalità e termini che gli enti aggiudicatori operanti nell'ambito dei settori speciali devono adottare nella conduzione delle proprie procedure di affidamento.

Sarebbe auspicabile, nella fase di recepimento della stessa Direttiva, consolidare un quadro normativo organico e definitivo in materia di appalti.

Vale la pena al riguardo ricordare che tale formula non fu adottata in occasione del recepimento della previgente Direttiva 2004/17/CE, che vide l'introduzione successiva di ulteriori vincoli normativi (generando così il fenomeno della sovrabbondanza di regole di processo, noto con l'espressione di *“goldplating”*).

Ci si riferisce in particolare:

- all'obbligo di applicare la normativa sui subappalti anche ai lavori c.d. similari;
- all'obbligo, in caso di Raggruppamenti Temporanei di Concorrenti, di Consorzi ordinari ovvero stabili, di essere in possesso di un determinato assetto ai fini della partecipazione alle gare;
- all'obbligo di verificare quanto dichiarato dall'offerente attraverso l'acquisizione d'ufficio di diversi certificati quali ad esempio il Casellario giudiziale, il Certificato dell'Anagrafe dell'Agenzia delle entrate, etc., diversamente da quanto previsto dall'art. 45 della previgente Direttiva 2004/18/CE.

L'aspettativa è che la nuova Direttiva venga recepita senza livelli di regolazione superiori a quelli minimi previsti dalla stessa e priva di rinvii a successivi Regolamenti attuativi, in perfetta aderenza al principio statuito dall'art. 14 *“Semplificazione della legislazione”*, comma 24-bis, della L. 246/2005 nonché all'indicazione fornita dall'art. 1

comma a) dello schema di disegno di legge di delega recante principi e criteri direttivi per l'attuazione delle direttive.

Oltre all'obiettivo di armonizzare e semplificare il quadro normativo in materia di appalti, il legislatore dovrà valorizzare le specificità dei settori cui le diverse Direttive si riferiscono, introducendo delle discipline che tengano conto delle rispettive caratteristiche e peculiarità.

Con riferimento, infine, alle disposizioni a carattere facoltativo presenti nella medesima Direttiva, sarebbe opportuno che l'adozione delle stesse sia rimessa di volta in volta alla discrezionalità dell'ente aggiudicatore.

Natura giuridica degli enti aggiudicatori operanti nei settori speciali e mercato di riferimento

Nell'ambito dei settori speciali gli enti aggiudicatori sono spesso società quotate in borsa orientate alla salvaguardia degli interessi degli stakeholders, primo fra tutti lo Stato.

Si tenga presente che i mercati di riferimento in cui operano detti settori sono di norma caratterizzati dalla presenza di un ridotto numero di operatori in grado di svolgere, con il livello di specializzazione tecnica e tecnologica, l'appalto posto in gara.

In tale contesto, gli enti aggiudicatori devono essere posti nelle condizioni di poter stimolare un confronto quanto più possibile competitivo tra gli operatori di settore, ferme restando le garanzie di parità di trattamento, concorrenza e trasparenza.

Nei settori speciali inoltre gli enti aggiudicatori investono nella formazione del proprio personale e dei rispettivi buyer, attraverso organizzazioni dedicate ad accrescerne la competenza e monitorando lo svolgimento delle procedure di affidamento, al fine di assicurarne la *compliance* normativa.

Possibili problematiche connesse al disegno di legge delega in materia di appalti: brevi considerazioni su tre snodi cruciali della nuova normativa con riferimento ai settori speciali.

Dalla lettura del disegno di Legge Delega sugli Appalti, in esame presso la Commissione Ambiente della Camera dei Deputati, e della Direttiva 2014/25/UE, si rilevano diverse e ulteriori criticità. In sede di eventuale applicazione, tali aspetti

potrebbero comportare degli aggravi amministrativi in palese contrasto con le esigenze di armonizzazione e semplificazione che dovrebbero ispirare la revisione normativa, quanto mai necessarie nel nostro Paese in questo momento storico.

Di seguito si espone una breve analisi di alcune novità contenute nel disegno di Decreto Legislativo destinato a recepire la Direttiva sopra citata, nonché ulteriori norme di cui si auspica una applicazione meno incerta e più efficace.

La previsione di una **“regolazione espressa di casi e soglie di importo”** in cui è ammesso il ricorso al criterio del prezzo più basso, dovrebbe tener conto che gli enti aggiudicatori che operano nei settori speciali gestiscono al proprio interno, con risorse qualificate e processi interni verificati, autonomi e consolidati sistemi di qualificazione e certificazione di prodotto/soluzione.

Tale circostanza consente di rendere il processo di qualificazione/certificazione un vero e proprio sistema di **“verifica di idoneità all’entrata”** che può agevolmente tradursi in un requisito per la partecipazione alla gara. Tanto è necessario, infatti, perché i prodotti/le soluzioni oggetto di gara possano soddisfare pienamente gli standard previsti per la realizzazione delle infrastrutture di portata e interesse nazionale. Va notato, poi, che detta verifica risponde ai criteri di parità di trattamento, neutralità e obiettività in modo più strutturato e organico rispetto all’assegnazione di punteggi tecnici, inevitabilmente soggetti a un sindacato di discrezionalità ed a possibili aree di contenzioso, anche soltanto strumentale, da parte delle imprese partecipanti.

Pertanto, risulta naturale che la scelta più appropriata del criterio di aggiudicazione, per gare che assumano come dato di input il sistema di qualificazione/certificazione, sia quella del prezzo più basso, poiché la valutazione della qualità tecnica e delle modalità di svolgimento dell’appalto sono state già effettuate ed assicurate ex ante.

Una diversa impostazione (prevalenza preconcetta e pervasiva della gara economicamente più vantaggiosa) rischierebbe di spuntare le armi a disposizione delle stazioni appaltanti per perseguire l’efficienza dell’approvvigionamento, obiettivo di indubbia utilità in tempi di spending review e di modicità tariffaria.

Quanto sopra non annulla le prospettive di un’applicazione efficace del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa per i settori speciali. Anzi, esso potrebbe diventare una utile soluzione di default in caso di acquisti mirati ad individuare soluzioni

innovative e di sviluppo tecnologico, che incontrano uno spazio crescente nel mondo delle concessionarie di pubblica utilità.

Con riferimento all'**obbligo per l'operatore economico di indicare in sede di offerta i nominativi degli eventuali subappaltatori** e di dimostrare in tale occasione l'assenza dei motivi di esclusione, implica un onere di verifica da parte dell'ente aggiudicatore che inevitabilmente dovrà essere replicato in fase di esecuzione contrattuale.

Bisogna considerare che, nella maggior parte dei casi, l'affidamento del subappalto ha luogo in tempi notevolmente differiti rispetto alla fase di affidamento, quasi a ridosso dell'esecuzione dei lavori.

Inoltre gli enti aggiudicatori dei settori speciali tendono a controllare l'intera catena di delivery ed a sottoporre la scelta dei subappaltatori a processi approvativi quando non a veri e propri sistemi di qualificazione per ovvie ragioni di *quality assurance*.

Tali attività di controllo della catena di fornitura porta a restringere di per sé il parco di subappaltatori qualificati/certificati. Quindi, l'obbligo di indicazione precoce dei subappaltatori potrebbe spingere – certo in modo non desiderabile – a cristallizzare ulteriormente le “coalizioni” appaltatori-subappaltatori, a tutto discapito del livello di concorrenza e, in ultima analisi, dell'efficiente svolgimento delle operazioni di gara.

Inoltre si auspica che il legislatore in sede di recepimento si faccia carico di coordinare e razionalizzare le innumerevoli e diversi **norme che fanno da corollario alla normativa sugli appalti**, come ad esempio il D.Lgs. 159/2011 (c.d. “*Codice antimafia*”), il cui ambito soggettivo ricomprende anche figure che non sono in grado di impegnare verso l'esterno la società in cui essi operano, si pensi ad esempio ai sindaci (effettivi e supplenti) oppure ai membri dell'organismo di vigilanza. Sarebbe forse opportuno considerare l'ipotesi di sottoporre alla verifica antimafia esclusivamente i soggetti richiamati nell'articolo 38 del D.Lgs. 163/2006 (c.d. “*Codice Appalti*”), che di fatto e di diritto sono quelli che hanno poteri tali da impegnare sul piano decisionale e gestionale la società che rappresentano.

Sempre in tema di semplificazione, si potrebbe ipotizzare di introdurre, in fase di gara, anche il c.d. “*Rating di legalità*”, di cui all'art. 5-ter del D.L. 1/2012, come modificato dal D.L. 29/2012, convertito con modificazioni dalla L. 62/2012, quale

documento alternativo da presentare, a discrezione e cura dell'operatore economico, in luogo della dichiarazione ex art. 38.

Appare pertanto evidente che l'effetto delle modifiche suddette sarebbe non solo quello di contrarre i tempi di conduzione del procedimento di affidamento e di stipula contrattuale, ma di rispettare i principi di economicità, efficacia, tempestività dettati dal Trattato CE a tutela della concorrenza.

Le sintetiche considerazioni che precedono hanno tentato di puntualizzare, con riferimento ad alcuni aspetti specifici dell'emananda normativa comunitaria, quanto diverso sia il contesto applicativo fra settori ordinari e settori speciali.

Dunque, l'auspicio di chiusura è che, in sede di recepimento della Direttiva, si possa utilizzare ogni opportunità per modulare convenientemente le scelte legislative in vista di obiettivi comuni di efficienza e di garanzia. A ciò gioverebbe, sin dalla fase di redazione del Decreto Legislativo di recepimento, un confronto trasparente con le principali stazioni appaltanti operanti nei settori speciali che permetta di mettere a servizio dell'interesse generale la consolidata esperienza e competenza tecnico-specialistica maturata dagli stessi enti in materia di procedure di affidamento degli appalti pubblici.

12. I CONTRATTI PUBBLICI E IL PROCESSO

di Alessandro Pajno

La rilevanza del settore dei contratti pubblici, con specifico riferimento agli appalti, ha già trovato un riconoscimento nel Codice del processo amministrativo, con la previsione, da una parte, di un rito accelerato, finalizzato a consentire la chiusura del contenzioso sulle procedure di aggiudicazione in tempi molto ristretti e, dall'altra, di un significativo aumento del contributo unificato, che rende il ricorso alla giustizia amministrativa particolarmente oneroso.

Il rito appalti consente in effetti di arrivare abbastanza rapidamente alla sentenza definitiva, ma nella sua disciplina attuale presenta due profili critici. Per un verso, l'accelerazione dei processi in materia di appalti avviene a scapito degli altri giudizi, che non godono delle stesse misure acceleratorie. Per altro verso, l'aumento dei costi ha solo in parte frenato il contenzioso, che rimane frequente e continua spesso a produrre rallentamenti sull'azione amministrativa, specie per quanto riguarda la realizzazione delle opere.

A questo si devono aggiungere le incertezze ancora perduranti sull'applicazione delle sanzioni, sulla dichiarazione di inefficacia del contratto e sui criteri di quantificazione del risarcimento del danno. Si tratta di elementi che hanno riflessi importanti sulla responsabilità delle stazioni appaltanti e che a loro volta producono spesso inerzia o ritardi, anche quando, ad esempio, l'esito del giudizio cautelare è favorevole alla stazione appaltante. Questa preferisce, infatti, attendere comunque l'esito finale del giudizio, per non correre il rischio di assumere decisioni che potrebbero poi essere smentite in sede giurisdizionale.

Il sistema nel suo complesso non si applica, poi, alle concessioni, per le quali sarebbe necessario, in sede di recepimento della direttiva, prevedere un apposito rinvio alle norme processuali applicabili in materia di appalti.

L'individuazione di misure efficaci per migliorare la "resa" del processo amministrativo e, allo stesso tempo, ridurre le dimensioni del contenzioso, deve muovere dall'individuazione del tipo di contenzioso. Questo si concentra in misura molto significativa (al 70-80%, secondo recente analisi) sulle fase di ammissione, ed esclusione, delle imprese alla gara e, quindi, su questioni relative ai requisiti soggettivi, ai requisiti di qualificazione e di capacità, alle modalità di presentazione delle offerte e alle prescrizioni derivanti da altri plessi normative, come la legge fallimentare, le norme antimafia o la disciplina delle cessioni di azienda.

Il restante contenzioso si concentra, invece, sulle modalità di svolgimento della procedura (ad esempio, sulla conservazione della busta e sulle modalità di comunicazione e verbalizzazione), sulla scelta dei criteri di aggiudicazione e su eventuali decisioni di autotutela della stazione appaltante.

La razionalizzazione del contenzioso potrebbe allora prendere le mosse da una separazione fra il contenzioso relativo alla fase dei requisiti, rispetto alla fase di

aggiudicazione vera e propria, in modo anche da indirizzare le strategie processuali delle parti verso domande sostanziali e non strumentali, come ad esempio spesso accade con il ricorso incidentale.

Si potrebbe allora immaginare di dare al processo in materia di appalti una struttura simile a quella oggi vigente per il processo elettorale, prevedendo che le eventuali ammissioni o esclusioni debbano essere impugnate immediatamente e preliminarmente, in quanto provvedimenti immediatamente lesivi. Il processo si svolgerebbe, così, sulle condizioni di legittimazione e di partecipazione alla procedura di aggiudicazione. La stessa procedura potrà poi proseguire con le imprese la cui partecipazione è sicuramente legittima e concentrarsi, quindi, solo sulla valutazione dell'offerta.

Questa soluzione comporta anche una modifica del procedimento, prevedendo una fase autonoma e preliminare sui requisiti, con la presentazione della documentazione all'inizio e non alla fine della gara.

13. IL PROCESSO DI RECEPIMENTO DELLE NUOVE DIRETTIVE EUROPEE IN GRAN BRETAGNA

di Paola Patatini

Con il Public Contract Regulations 2015 (PCR2015), entrato in vigore il 26 febbraio scorso, il governo britannico ha recepito la direttiva 2014/24/UE, in netto anticipo rispetto al termine del 17 aprile 2016, previsto dal legislatore europeo per l'attuazione delle nuove direttive.

La Gran Bretagna ha infatti avviato tempestivamente l'iter per il recepimento della nuova normativa, così da sfruttarne quanto prima i vantaggi da questa approntati alle procedure di public procurement in termini di flessibilità, celerità ed efficienza.

Il PCR 2015 è il frutto di un lungo lavoro, condiviso dal governo sia con gli operatori interni, attraverso un sondaggio svolto nell'ottobre 2014, sia con gli altri partners europei, attraverso un'intensa attività di lobby e di studio portata avanti sin dal 2011, al fine di trovare possibili soluzioni per facilitare l'ingresso delle SME (piccole e

medie imprese) nel mercato e rendere più semplici, e allo stesso tempo più competitive, le procedure di approvvigionamento.

In tale ottica, si spiega quindi l'attenzione, se non l'entusiasmo, con cui la Gran Bretagna ha accolto le nuove direttive e l'impegno che ha messo, e continua a mettere, nel loro recepimento.

Il processo di attuazione continua difatti ancora oggi, procedendo a passi veloci, per quanto riguarda le direttive sulle concessioni e le utilities, col preciso intento di adottare il testo di recepimento definitivo entro aprile 2016⁴⁷.

Come evidenziato dallo stesso Crown Commercial Service nei documenti che accompagnavano la consultazione, il metodo seguito nell'attuazione delle direttive è stato quello del cd. “copy-out”, ossia quello di ricopiare il testo stesso, ricalcandone forma e sostanza quanto più possibile, evitando così l'introduzione di ostacoli o limitazioni non necessari.

Tale approccio ha ricevuto l'assenso anche degli stakeholders nazionali in sede di consultazione, i quali, salvo alcune osservazioni formali o richieste di chiarimenti, hanno sostanzialmente condiviso l'impostazione governativa⁴⁸.

Il risultato finale di questo procedimento è quindi un testo che ricalca, anche nella struttura, le nuove direttive.

Il PCR2015, in particolare, e' un regolamento composto da 122 disposizioni, a fronte dei 94 articoli della direttiva 2014/24, che segue pedissequamente lo schema europeo, ad eccezione della Parte Terza, “Remedies”, non presente nel testo da recepire e dedicata agli aspetti processuali. Questa parte non è sostanzialmente nuova, in quanto riprende integralmente le previsioni della precedente regolamentazione, contenute nel PCR 2009⁴⁹.

⁴⁷ Sono invero appena terminate le quattro settimane di consultazione degli stakeholders, svoltesi dal 21 agosto al 18 settembre scorso, chiamati a dare il loro contributo sui relativi draft regulation elaborati dal Crown Commercial Service. A tale fase seguirà poi quella di analisi dei feedback ricevuti e loro pubblicizzazione, fino alla stesura della versione finale del testo di recepimento. Per seguire le varie fasi, si rinvia a <https://www.gov.uk/government/consultations/transposing-the-eu-procurement-directives-utilities-contracts-regulations>, e <https://www.gov.uk/government/consultations/transposing-the-eu-procurement-directives-concessions-contracts-regulations>.

⁴⁸ Ci si riferisce ovviamente alla consultazione allora svolta sulla bozza del PCR2015, ora in vigore, al quale, non essendo ancora attuato il pieno recepimento delle altre direttive, si farà riferimento nel testo.

⁴⁹ Analoga parte (Part 5) sui Remedies e' presente anche nei “draft 2016 regulation” sulle concessioni e le utilities. Essa deriva dalla Remedies Directive, recepita in Gran Bretagna nel 2009, ed e'

La tecnica britannica del copy-out, se da un lato ha comportato il diretto, quanto celere, trasferimento delle norme europee in norme dell'ordinamento nazionale, operando pertanto sul piano delle fonti, dall'altro, ha inteso favorire la logica di fondo delle direttive, chiaramente ispirata ad una maggiore flessibilità delle stazioni appaltanti, ossia una maggiore discrezionalità delle amministrazioni pubbliche.

Al di là delle previsioni a carattere obbligatorio infatti, le nuove direttive lasciano in realtà un notevole margine di scelta agli Stati membri su diversi aspetti del public procurement, margine di scelta che la Gran Bretagna ha tuttavia deciso di non esercitare a livello legislativo, al fine di evitare il gold-plating, lasciando di conseguenza ampio spazio alle stazioni appaltanti.

Si pensi ad esempio all'art. 37, co. 1, par. 3, dir., che prevede la facoltà per gli Stati membri di rendere obbligatorio il ricorso alle centrali di committenza per la realizzazione di determinati appalti; oppure, al successivo art. 46, co. 4, secondo il quale gli Stati membri possono rendere obbligatoria l'aggiudicazione del contratto sotto forma di lotti separati.

In entrambi i casi, il governo britannico ha scelto di non vincolarsi a livello normativo, rimettendo invece alla libera determinazione delle stazioni appaltanti la scelta sul se, o quando, ricorrere alla centrale di committenza, ovvero quella se lottizzare, o meno, l'appalto.

Con particolare riferimento all'obiettivo della maggiore competitività nelle procedure, perseguito dal legislatore europeo, la decisione britannica di non prefissare normativamente la lottizzazione per alcuni appalti può essere, però, anche un'occasione mancata per favorire l'accesso al mercato delle SME, oltretutto contraddittoria con le politiche centrali perseguiti dal governo.

Da un report del 2014⁵⁰, è infatti emerso che una delle più grandi barriere all'accesso al mercato per le piccole e medie imprese, risulta essere proprio il valore

stata inserita nei nuovi testi, adattandola, con piccole e opportune modifiche, ai particolari ambiti oggetto delle direttive.

⁵⁰ "SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU", studio preparato nel febbraio 2014 per la Commissione europea, disponibile su http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/smes-access-and-aggregation-of-demand_en.pdf.

dell'appalto, in un rapporto inversamente proporzionale: più alto è l'importo, meno successo hanno le piccole e medie imprese di aggiudicarsi la gara; con la conseguenza che la suddivisione in lotti rappresenterebbe invece un'utile contromisura in grado di aumentare la loro competitività.

Va comunque rilevato che la direttiva contiene anche altre e diverse disposizioni a favore delle SME. Basti pensare a quelle in materia di comunicazioni in via elettronica (artt.22, 48, 53, 61), di autocertificazione (art.59), di accordi quadro (art.33), ovvero all'obbligo di motivare la mancata lottizzazione dell'appalto (art.46).

Tali previsioni sono state favorevolmente accolte dalla Gran Bretagna che le ha integralmente recepite, rendendole vincolanti per tutte le procedure di aggiudicazione avviate dal momento dell'entrata in vigore del PCR2015, salvo prevedere per le comunicazioni informatiche un periodo transitorio (fino all'ottobre 2018), così da permettere a tutti gli operatori, ed in particolare alle stazioni appaltanti, di munirsi delle dotazioni tecniche necessarie, riconoscendo ovviamente la facoltà a chi fosse già pronto, di accettare le documentazioni elettroniche anche prima del termine fissato.

Il processo di coinvolgimento dei soggetti interessati, ha comportato poi che, nella Parte 4 del PCR2015, siano state recepite alcune osservazioni formulate dagli stessi stakeholders in merito alle misure a favore delle SME, come quella che ha richiesto l'inserimento di una clausola contrattuale che fissi un termine massimo di 30 giorni per il pagamento del corrispettivo all'appaltatore o al subappaltatore.

Anche con riferimento all'aggregazione della domanda – fenomeno come noto finalizzato all'aumento del risparmio e dell'efficienza degli acquisti – cui la direttiva dedica gli artt. 33-39, l'approccio britannico è stato quello di non vincolare a livello legislativo le stazioni appaltanti, lasciandole, come visto, libere di determinare se ricorrere a tali strumenti o meno, favorendo anzi la possibilità di rivolgersi a soggetti aggregatori presenti in altri Stati membri. Pure per questo aspetto infatti, la Gran Bretagna ha scelto di non avvalersi della facoltà riconosciutale a livello europeo, di limitare tale ricorso per certe attività di centralizzazione (art.39).

Accanto alle politiche dirette a favorire le SME e ad aumentare l'efficienza dei mercati, la Gran Bretagna ha inoltre investito molto sulla formazione degli operatori del settore degli appalti, con la cd. Better Supplier Management Policy, diretta alla sensibilizzazione di tutti i soggetti, sia delle amministrazioni che del mondo

imprenditoriale, nell'ottica di ottimizzare quanto più possibile gli aspetti positivi offerti della nuova normativa.

Il Cabinet Office ha infatti predisposto e reso disponibile, già prima dell'entrata in vigore delle nuove direttive, materiale formativo composto da slides, FAQs e handbook, e svolto più di 200 sessioni face to face.

Sono state inoltre elaborate diverse linee guida dirette a chiarire alcuni profili rimessi alla discrezionalità delle amministrazioni, quali quelle sul light touch regime, sullo standstill period, ovvero sui sistemi dinamici di acquisizione (si rinvia all'apposita pagina: <https://www.gov.uk/transposing-eu-procurement-directives>).

Alla base di tale politica, oltre ai chiari vantaggi che ne derivano in termini di maggiore competenza ed efficienza del personale, va posta la nuova considerazione data dalla nuova normativa europea all'esperienza dei soggetti che partecipano alle gare.

Da un lato, infatti, questa può venire in rilievo quale causa di esclusione, in quanto è data ai governi - e quindi alle stazioni appaltanti inglesi - la possibilità di escludere fornitori a causa di una loro significativa e persistente bassa performance; dall'altro, essa può rilevare quale criterio concorrente alla definizione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, atteso che l'amministrazione aggiudicatrice nell'individuazione dell'offerta può valutare anche “organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'esperienza significativa sul livello di esecuzione dell'appalto”.

Per concludere, una breve considerazione sulla fattibilità del modello di recepimento seguito oltremanica, nel nostro ordinamento.

Come visto, la Gran Bretagna ha scelto di lasciare alle amministrazioni aggiudicatrici (quasi 300, solo a livello di amministrazioni centrali, v. All. 1, PCR2015) l'esercizio dell'ampia discrezionalità riconosciuta dalle direttive, rinviando a delle linee guida governative la definizione di aspetti secondari e chiarimenti ulteriori; ha scelto quindi di scommettere sul concetto di flexibility, di discrezionalità, perché, come visto, ha prima ancora investito sulla competenza delle stesse stazioni appaltanti.

Un simile approccio implica una “cultura amministrativa della gestione dei contratti pubblici” ben radicata, nonché un’assunzione del rischio e di responsabilità a carico di tutti gli operatori del settore, che richiederebbe, per realizzarsi in Italia, prima ancora un cambio di mentalità e di contesto culturale che pare tuttavia di difficile

realizzazione nel breve e medio periodo, a fronte della tradizionale tendenza della legislazione italiana a regolamentare e tipizzare, ad uniformare i comportamenti e a dettare regole per ogni possibile circostanza (si pensi ad esempio alle cause di esclusione, ipotesi tassative nel D.lg. n.163/2006, viceversa libere e rimesse all'apprezzamento dell'amministrazione aggiudicatrice nel PCR 2015).

14. FRANCIA: STATO DELL'ARTE DEL RECEPIMENTO DELLE NUOVE DIRETTIVE EUROPEE SUI CONTRATTI PUBBLICI

di Massimo Urbani

Premessa

In linea con il dato a livello UE, il mercato degli appalti pubblici rappresenta per la Francia circa il 15% del PIL⁵¹. Per questo motivo, il governo francese non ha perso tempo e, già all'indomani dell'approvazione da parte di Parlamento e Consiglio, il ministro dell'economia ha presentato il programma per il recepimento delle tre nuove direttive⁵².

Nelle intenzioni del governo, il recepimento deve essere l'occasione per una riforma del diritto dei contratti pubblici (appalti, partenariati pubblico-privati e concessioni), seguendo due linee guida. Da un lato, la razionalizzazione delle fonti normative e dei principali istituti; dall'altro lato, gli obiettivi mutuati dalle stesse direttive, quali semplificazione, flessibilità, innovazione, competitività e utilizzazione strategica della domanda pubblica. Da rilevarsi, poi, l'impegno ad evitare, tanto nei confronti delle SA che degli operatori economici, fenomeni di *gold plating*. Assenti, invece, temi quali la riduzione dei centri di spesa e la professionalizzazione della domanda pubblica, che, al contrario, rivestono per il panorama italiano una rilevanza strutturale.

Appalti e partenariati pubblico-privati

⁵¹www.of-conseilmarchespublics.com/e042015.pdf, p. 1.

⁵²Discorso del ministro dell'economia, 12.3.2014, <http://proxy-pubminefi.diffusion.finances.gouv.fr/pub/document/18/17150.pdf>

Ordinamento degli appalti pubblici <i>pre-recepimento</i>		
Campo di applicazione soggettivo	Stato, collettività territoriali, enti pubblici (<i>établissements publics</i>) statali e locali	1. “Organismi di diritto pubblico” ai sensi della dir. 2004/18, non soggetti al Codice 2. “Enti aggiudicatori” ai sensi della dir. 2004/17, non soggetti al Codice.
Fonti legislative		Ord. ⁵³ 649/2005
Fonti regolamentari	Codice degli appalti pubblici (decr. ⁵⁴ 975/2006)	- Decr. 1308/2005 (v. <i>supra</i> n. 2) - Decr. 1742/2005 (v. <i>supra</i> n. 1)

L’ordinamento degli appalti pubblici è attualmente caratterizzato soprattutto da norme regolamentari, che, in quanto tali, sono emendabili direttamente dal governo. In particolare, il testo normativo più importante, ossia il Codice degli appalti pubblici (di seguito anche “Codice”), è di natura esclusivamente regolamentare. Peraltro, anche l’ord. 649/2005, che “chiude” il sistema applicandosi ai soggetti non sottoposti espressamente al Codice e ricompresi nella definizione di “organismo di diritto pubblico” e “entità aggiudicatrici” ai sensi delle direttive del 2004, prevede importanti provvedimenti di attuazione di natura regolamentare.⁵⁵

La riforma provvede al superamento della suddetta frammentazione, con l’entrata in vigore di un unico *corpus* normativo composto di un’ordinanza e uno/due decreti attuativi.

Il Parlamento ha concesso l’autorizzazione al governo alla fine dello scorso mese di dicembre.⁵⁶ L’ultima versione del progetto di ordinanza è del 15 aprile scorso⁵⁷ (di

⁵³L’ordinanza è adottata dal Consiglio dei ministri su autorizzazione del Parlamento, che si esprime attraverso una “legge di abilitazione”. Deve, inoltre, essere successivamente ratificata dalla legge. Decade se il progetto di legge di ratifica non è depositato in Parlamento entro il termine stabilito dalla legge di abilitazione (artt. 13, co. 1, e 38 Cost.).

⁵⁴I decreti caratterizzanti l’ordinamento degli appalti pubblici, rientrano nella categoria di *décrets en Conseil d’Etat*, adottati dal Presidente del Consiglio, previo parere del Consiglio di Stato. Il decreto può, inoltre, modificare quelle disposizioni che, sebbene in veste legislativa, abbiano natura regolamentare riconosciuta dal *Conseil constitutionnel* (artt. 21, co. 1, e 37 Cost.).

⁵⁵La differenza tra il regime del Codice e quello dell’ord. 649/2005 (+ decreti) sta, in sostanza, nella maggiore onerosità e complessità del primo rispetto al secondo.

⁵⁶Art. 42, legge 20 dicembre 2014, n. 1545.

⁵⁷www.of-conseilmarchespublics.com/projetOrdoMP042015.pdf; per la prima versione del progetto di ordinanza (12.2014), www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/projet-ordonnance-volet-legislatif-directives-mp.pdf.

seguito anche “progetto”) e il governo ne prevede l’approvazione entro giugno⁵⁸. Non ci sono ancora, invece, progetti pubblici e date relativi ai decreti di attuazione.

Tuttavia, in attesa della conclusione dell’*iter* dell’ordinanza, il governo ha voluto trasporre con urgenza quelle disposizioni che non ponevano difficoltà di recepimento, in grado di avere un impatto immediato in termini di semplificazione, flessibilità ed innovazione. Il 26 settembre 2014 è stato, così, adottato il decreto n. 1097, che interviene, con le medesime disposizioni, sia sul Codice degli appalti che sui decreti attuativi dell’ord. 649/2005.⁵⁹

Quanto ad innovazione e flessibilità, il provvedimento in questione introduce il nuovo partenariato per l’innovazione. L’immediata trasposizione di questa nuova procedura non stupisce se si considera, in particolare, che la Francia è tra gli Stati membri che già in occasione del recepimento delle direttive del 2004 aveva deciso di trasporre da subito il dialogo competitivo.

Quanto, poi, alle misure di semplificazione, il decreto, con l’obiettivo di facilitare la partecipazione delle PMI, ha recepito sia le disposizioni che limitano il valore di fatturato che la SA può richiedere quale indice di capacità finanziaria⁶⁰ sia quelle che esonerano gli operatori economici dalla presentazione di documenti che la SA può reperire in banche dati gratuite⁶¹. Al contrario, l’esonero dalla presentazione di documenti già in possesso della SA⁶² (il cd. “*dites-le nous une fois*”) è stato rimesso alla discrezionalità della stessa SA: sfruttando una facoltà concessa dalle direttive, il governo sembra intenzionato ad introdurre l’obbligatorietà solo una volta recepite anche le nuove disposizioni sulle comunicazioni elettroniche e, dunque, al più tardi entro il 18 aprile 2018⁶³.

E’ da notare, poi, come, contrariamente al DDL di delega attualmente all’esame del Parlamento italiano, l’autorizzazione concessa dal Parlamento francese si distingua per brevità e genericità. Quest’ultimo ha lasciato al governo ampio margine di azione, limitandosi a corrispondere la volontà manifestata dal ministro dell’economia in merito

⁵⁸ www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/textes-en-cours/tableau-textes-en-cours.pdf. Ai sensi della delega, il governo ha tempo fino a settembre (art. 58, par. 3, l. 1545/2014).

⁵⁹ In vigore dall’1.10.2014, il decreto si applica alle procedure indette dopo questa data.

⁶⁰ Artt. 58, par. 3, co. 2, dir. 2014/24, 80, par. 2, dir 2014/25 e 5, 17, 22, decr. 1097/2014.

⁶¹ Artt. 59, par. 5, co. 1, dir. 2014/24, 80, par. 3, dir. 2014/25 e 5, 17, 22, decr. 1097/2014.

⁶² Artt. 59, par. 5, co. 2, dir. 2014/24, 80, par. 3 e 5, 17, 22, decr. 1097/2014.

⁶³ Cons. 85 e art. 90, par. 3, dir. 2014/24, art. 36, seconda vers. progetto di ordinanza sugli appalti, cit.

alla razionalizzazione di fonti ed istituti (spec. “contratti complessi”: partenariati e appalto “globale”).

La scelta di procedere con ordinanza si deve alla volontà di consacrare a livello legislativo principi e regole generali che oggi, in massima parte, sono contenuti nel Codice. Per il resto, il sistema continuerà ad essere fortemente caratterizzato da uno/due⁶⁴ decreti di natura regolamentare, che non avranno compiti meramente operativi o di dettaglio, ma avranno un ruolo determinante, sia in termini di numero di norme ivi contenute che in termini di rilevanza di dette norme per il funzionamento del sistema. Al riguardo, ad esempio, i decreti copriranno parte/gran parte della disciplina relativa a: svolgimento delle procedure di gara, pubblicità, soglie, durata dei contratti, modalità di fissazione del prezzo, comunicazioni elettroniche, criteri di selezione dei candidati e delle offerte, esecuzione del contratto.

La razionalizzazione operata dall’ordinanza (e dalle future norme di attuazione) non si limita al formale superamento della frammentazione delle fonti ma determina conseguenze sostanziali.

In primo luogo, l’unificazione del campo di applicazione soggettivo. Con la riforma, infatti, tutte le “amministrazioni aggiudicatrici” e gli “enti aggiudicatori” di cui alle nuove direttive vengono sottoposti alla medesima disciplina. All’attuale bipartizione si sostituisce, così, un sistema unitario decisamente più semplice.

A ciò si aggiunga la decisione di estendere l’applicazione del nuovo *corpus* normativo anche al contratto di partenariato. Quest’ultimo è una *species* del *genus* dei “partenariati pubblico-privati” e, ad oggi, ha una disciplina che manca anch’essa di unitarietà, che, peraltro, non comprende gli “organismi di diritto pubblico”.

Ordinamento del contratto di partenariato <i>pre-recepimento</i>		
Campo di applicazione soggettivo	Stato, enti pubblici statali	Collettività territoriali, enti pubblici locali
Fonti legislative	Ord. 559/2004	CGCT
Fonti regolamentari	Decr. 243/2009 e 1093/2012	

⁶⁴Documento di presentazione della prima versione del progetto di ordinanza, http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/fiche-impact-volet-legislatif-directives-mp.pdf, p. 9.

Il contratto di partenariato attualmente in vigore ha ad oggetto finanziamento (totale o parziale)-costruzione-gestione (o manutenzione, ecc.) di un'opera, con facoltà di includervi anche la progettazione (totale o parziale). Non è consentito, tuttavia, che vi sia trasferimento del rischio in capo all'aggiudicatario, il quale viene remunerato dalla SA con un pagamento differito nel corso della gestione dell'opera, affinché ammortizzi gli investimenti effettuati e i costi di gestione. L'istituto in questione ha, pertanto, nell'ordinamento francese, natura di appalto pubblico ai sensi del diritto UE. Ciononostante, esso è oggi sottoposto ad una disciplina autonoma.

Inoltre, il quadro delle altre figure di partenariati pubblico-privati si distingue, attualmente, per una confusa molteplicità di istituti contrattuali che pur essendo sempre annoverati tra i contratti pubblici, non hanno, però, natura di appalti ai sensi della disciplina unionale.

La frammentazione e caoticità della complessiva disciplina su partenariati, determina grande incertezza sia per gli attori del sistema e rischi conseguenti in termini di rispetto diritto UE sugli appalti. Per queste ragioni, oggetto dell'ordinanza è una drastica riduzione degli strumenti a disposizione delle SA e l'eliminazione di ogni incertezza giuridica. Tutto ciò, da un lato, attraverso la sicura riconduzione del fenomeno dei partenariati nel quadro normativo degli appalti pubblici, dall'altro, con il consolidamento delle attuali differenti formule contrattuali dei partenariati in una figura unica: un rinnovato contratto di partenariato, che assume il nome di “appalto di partenariato” e sostituisce l'attuale molteplicità di partenariati pubblico-privati, divenendone l'unica forma esistente⁶⁵. Al riguardo, la scelta, tra le molteplici formule di partenariati esistenti, del contratto di partenariato, è da ricondursi al vantaggio che questo tipo di contratto ha di essere già di per sé un appalto e di avere una forma contrattuale generica e trasversale.

Quali ulteriori conseguenze della razionalizzazione di cui sopra, non si deve trascurare la semplificazione derivante dal fatto che, rispetto ad oggi, il nuovo partenariato viene ad assumere lo stesso campo di applicazione soggettivo e la stessa disciplina generale degli appalti pubblici, di cui al progetto di ordinanza.

Quanto, poi, alla sua disciplina specifica, al nuovo contratto, sempre rispetto ad oggi, viene conferita maggiore flessibilità, salvo, tuttavia, la previsione di presupposti di

⁶⁵Seconda versione, cit., artt. 58-82; documento di presentazione, cit., pp. 9-10 e 65-70.

utilizzo più restrittivi. La prudenza espressa dall'attuale quadro normativo e dal progetto di ordinanza nei confronti del partenariato si deve, principalmente, al fatto che è l'aggiudicatario ad anticipare il finanziamento (totale o parziale) dell'opera. Di conseguenza, il meccanismo del pagamento differito da parte della SA se, da un lato, ha determinato la fortuna dell'istituto, dall'altro, tuttavia, porta con sé il rischio che la SA, e in particolar modo le collettività territoriali, sovrastimino le proprie capacità di copertura finanziaria, con effetti nefasti per le generazioni future⁶⁶. A tal riguardo, icastica è l'espressione adoperata nel Rapporto di informazione del Senato del luglio 2014 per definire il contratto di partenariato: *une bombe à retardement*⁶⁷. Tenuto conto quanto detto, le restrizioni all'utilizzo dell'istituto acquistano maggiore significato se si considera che l'appalto di partenariato rimarrà l'unica figura di partenariato in vigore e che, pertanto, ci sarà un forte aumento della domanda di questa tipologia di contratto.

Nel merito, la nuova flessibilità dell'oggetto dell'appalto sta in una nuova modulabilità della prestazione. Come unico contenuto obbligatorio, infatti, si prevede solo il finanziamento (totale o parziale) e la costruzione dell'opera, cui, quale contenuto facoltativo, la SA può sommare la progettazione (totale o parziale) e/o la gestione dell'opera (o manutenzione, ecc.) e/o – opzione introdotta *ex novo* – la gestione di un servizio pubblico.

Quanto alle novità relative ai presupposti per poter ricorrere all'appalto di partenariato – che saranno in parte meglio specificati nei decreti attuativi – il progetto, come detto, scoraggia l'uso disinvolto dell'istituto. In primo luogo, il partenariato si prevede possa essere impiegato solo per contratti il cui valore non sia inferiore ad una certa soglia, che sarà fissata a livello regolamentare. In secondo luogo, il regime relativo alla “valutazione preliminare”, che già oggi deve precedere la decisione di ricorrere ad un contratto di partenariato esplicitandone i motivi economici, finanziari, giuridici e amministrativi, viene rafforzato, obbligando anche le collettività/enti pubblici territoriali ad includere un'analisi di sostenibilità di bilancio. Da ultimo, quale aspetto maggiormente carico di conseguenze, si attira l'attenzione sul fatto che l'efficienza economica

⁶⁶Rapporto del Senato, 16.7.2014, www.senat.fr/espaces_presse/actualites/201407/la_commission_des_lois_se_penche_sur_les_partenariats_publics_privés_p.html. Il suddetto Rapporto ha evidenziato criticità in merito all'utilizzo dell'istituto del contratto di partenariato, avanzando proposte di modifica del relativo regime. Tali proposte sono state tenute in alta considerazione nel progetto di ordinanza sugli appalti pubblici.

⁶⁷*Idem.*

dell’operazione per la SA non è più condizione alternativa insieme alla complessità del progetto o all’urgenza, ma resta l’unica valida: a tal fine, la valutazione preliminare deve dimostrare che il ricorso al contratto di partenariato presenta un bilancio più favorevole rispetto ad altre tipologie di contratti pubblici⁶⁸. Il contratto di partenariato viene ad assumere, pertanto, i caratteri di un istituto residuale.

Da ultimo, poi, il progetto introduce anche nel regime dei partenariati una particolare tutela per le PMI. È obbligo, infatti, di chi si aggiudica l’appalto, riservare alle PMI una parte (fissata per via regolamentare) dell’esecuzione del contratto. Ma vi è di più. Difatti, la parte che il candidato si impegna ad affidare a PMI è anche oggetto di “valutazione”, in quanto rientra obbligatoriamente tra i criteri di aggiudicazione.

Più in generale, l’attenzione nei confronti delle PMI è oggi una costante della disciplina francese degli appalti pubblici. Non stupisce, dunque, che in linea con uno degli obiettivi delle direttive e sfruttando il nuovo margine di discrezionalità offerto da queste ultime⁶⁹, il progetto di ordinanza rafforzi quest’attenzione, generalizzando l’obbligo di suddivisione in lotti, oggi previsto solo dal Codice. Confermate, invece, le condizioni di esenzione dal suddetto obbligo: nel caso in cui la suddivisione restringa la concorrenza o renda l’esecuzione tecnicamente difficile o economicamente costosa; oppure se la SA non sia in grado di gestire un appalto lottizzato. Per quanto generalizzato, l’obbligo in questione, tuttavia, non si applica al partenariato e all’appalto “globale”.

L’appalto globale è un altro istituto la cui disciplina, contenuta oggi nel Codice e nell’ord. 649/2005, viene sottoposta all’opera di razionalizzazione e semplificazione. Secondo la disciplina in vigore, esso è un contratto che, come il partenariato, permette l’affidamento di una prestazione “complessa” modulabile: *a)* progettazione-esecuzione di lavori⁷⁰; *b)* solo per i soggetti di cui al Codice, progettazione-esecuzione-gestione (o manutenzione, ecc.) o esecuzione-gestione (o manutenzione, ecc.)⁷¹. Al contrario del partenariato, invece, non ha ad oggetto anche il finanziamento.

Anche l’appalto globale prevede puntuali presupposti per potervi ricorrere. Da un lato, salvo che per i soggetti di cui all’ord. 649/2005, l’affidamento della progettazione ed

⁶⁸Le modalità che devono essere utilizzate per dimostrare l’efficienza economica del contratto saranno stabilite per via regolamentare. Si consideri che l’attuale quadro normativo in vigore non permette di considerare il pagamento differito quale elemento che comporti un vantaggio in termini economici.

⁶⁹Artt 46, par. 4, dir. 2014/24 e 65, par. 4, dir. 25/2014.

⁷⁰Artt. 37 e 69, Codice, 41-1, decr. n. 1742/2005, 41-1, decr. n. 1308/2005.

⁷¹Art. 73, Codice.

esecuzione è previsto solo se associato ad obblighi contrattuali di efficienza energetica o se motivi di ordine tecnico rendono necessario il coinvolgimento dell'operatore anche in fase di progettazione; dall'altro lato, per un appalto esecuzione-gestione (o manutenzione, ecc.) o progettazione-esecuzione-gestione (o manutenzione, ecc.) è richiesto che siano assegnati all'aggiudicatario obiettivi di *performance* definiti, in particolare, in termini di qualità del servizio, efficienza energetica o d'incidenza ambientale.

Si aggiunga, poi, che accanto alla sussposta figura generale, leggi speciali hanno, nel tempo, introdotto figure settoriali create appositamente per aggirare i suddetti limiti di utilizzo ed essere impiegate – esclusivamente da parte dello Stato o di organismi di settore – in risposta a specifici bisogni di alcuni settori pubblici, quali, in particolare, sanità, ordine pubblico, immigrazione, politiche sociali.⁷²

Nelle intenzioni del governo l'appalto globale dovrebbe diventare per le SA un'alternativa credibile al nuovo contratto di partenariato. Difatti, la messa in sicurezza del regime di utilizzo di quest'ultimo, imposta dal progetto di ordinanza, obbligherà le SA a cercare altrove un valido strumento per l'affidamento di prestazioni complesse. In questo contesto, l'appalto globale, considerato meno rischioso per le SA, soprattutto a livello finanziario, sarebbe lo strumento più sicuro per colmare questo vuoto⁷³. Il progetto, quindi, si occupa di rendere l'appalto globale un istituto più generale, semplice ed accessibile. In tal senso, da un lato, la decisione di consolidare in unico articolo del nuovo provvedimento le figure settoriali, abrogando, così, le discipline speciali e applicando la disciplina generale; dall'altro, l'estensione del campo di applicazione soggettivo dell'ordinanza sia alla figura generale che alle figure settoriali.

Quale ulteriore aspetto dell'ordinanza da mettere in luce, poche parole sull'istituto dell' *in-house*. Al riguardo, se il recepimento non suscita particolare interesse, limitandosi ad una trasposizione fedele delle direttive, è il quadro attuale che deve essere richiamato. In Francia, infatti, contrariamente all'Italia, l'*in-house* in tema di appalti pubblici è diritto positivo già da tempo. In particolare, l'ordinamento francese, già nella prima versione del Codice (2001) e, successivamente, nell'ord. 649/2005, ha positivizzato quanto affermato dalla Corte UE nella sentenza *Teckal*⁷⁴. Da notare, peraltro, che la disciplina attualmente in vigore prevede una sorta di “affidamento *in-house* rafforzato”: il soggetto *in-house*,

⁷²Documento di presentazione, cit., p. 18.

⁷³Documento di presentazione, cit., pp. 18-19.

⁷⁴CGUE, 18.11.1999, C-107/98.

infatti, una volta divenuto aggiudicatario, deve applicare nei propri acquisti le regole di cui al Codice o all'ord. 649/2005, in quanto rappresenta un prolungamento amministrativo della SA⁷⁵. Tale condizione, tuttavia, scompare nel progetto di ordinanza. ISecondo le previsioni del governo, la complessiva opera di razionalizzazione e semplificazione, che sarà inaugurata dall'ordinanza e conclusa dai decreti attuativi, dovrebbe portare ad una riduzione di circa il 40% delle norme applicabili⁷⁶.

Concessioni

Ordinamento delle concessioni <i>pre-recepimento</i>					
Campo di applicazione oggettivo	Servizi pubblici (“ <i>délegation de service public</i> ”)		Lavori pubblici		
Campo di applicazione soggettivo	Stato, collettività territoriali, enti pubblici statali e locali	Collettività territoriali, enti pubblici locali	Stato, enti pubblici locali, soggetti ord. 649/2005	“Organismi di diritto pubblico” ai sensi della giurisp. UE	Collettività territoriali, enti pubblici locali
Fonti legislative	L. 122/1993 “ <i>Legge Sapin</i> ”	Codice generale delle collettività territoriali (CGCT) (<i>avente in parte natura legislativa, di cui alla legge n. 142/1996, e in parte regolamentare, di cui al decreto n. 318/2000</i>)		Ord. 864/2009	
Fonti Regolamentari			Decr. 406/2010		CGCT

Secondo il programma del governo per il recepimento, i contratti di concessione continueranno ad avere una normativa separata da quella degli appalti e saranno, come questi ultimi, ricompresi in un unico *corpus* normativo: un'ordinanza attesa nel primo trimestre del 2016 (la legge di autorizzazione è attesa, invece, nel primo semestre del 2015), accompagnata, probabilmente, da uno o più decreti attuativi.⁷⁷

⁷⁵ www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/champs-application/contrats-quasi-regie.pdf, p. 1.

⁷⁶ Documento di presentazione, cit., p. 9.

⁷⁷ www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/textes/textes-en-cours/tableau-textes-en-cours.pdf.

In attesa della suddetto *corpus* normativo, il governo ha approvato il decreto 6 novembre 2014, n. 1341, sulle concessioni di lavori pubblici, che modifica il decreto 406/2010 e traspone parte delle disposizioni della nuova direttiva disciplinanti la modifica dei contratti. Facile immaginare i motivi di opportunità che hanno spinto il governo ad anticipare l'introduzione nell'ordinamento di una norma che conferisce al sistema grande flessibilità e che incide su una materia molto delicata e dai grandi risvolti economici quale la “proroga” dei contratti di concessione di lavori⁷⁸. Operazione che si delinea con ancora più chiarezza se si considera che la norma in questione, entrata in vigore l'1 gennaio 2015, si applica anche ai contratti in corso.

Il decreto in questione recepisce solo parzialmente le nuove disposizioni sulla modifica dei contratti. Segnatamente, si tratta delle modifiche aventi ad oggetto lavori o servizi *supplementari*⁷⁹.

Si tenga conto, da ultimo, che il decreto 406/2010 già recepisce le disposizioni della direttiva appalti 2004 che permettono, in caso di lavori o servizi complementari, di procedere con una procedura negoziata senza pubblicazione del bando.⁸⁰

Conclusioni

All'esito del recepimento, l'ordinamento dei contratti pubblici dovrebbe apparire, in sostanza, nel modo seguente.

Nuovo ordinamento contratti pubblici <i>post-recepimento</i>		
Campo di applicazione oggettivo	Appalti pubblici	Concessioni (servizi e lavori pubblici)
Campo di applicazione soggettivo	“Amministrazioni aggiudicatrici” e “enti aggiudicatori” di cui alle nuove direttive appalti	“Enti aggiudicatori” di cui alla nuova direttiva concessioni
Fonti legislative	Ordinanza (prev. 6.2015, ca. 90 articoli)	Ordinanza (prev. I trim. 2016)
Fonti regolamentari	Uno/due decreti di attuazione	Uno/due decreti di attuazione (?)

⁷⁸In Italia, si veda l'art. 5, decreto-legge 133/2014 “Sblocca Italia” (convertito con l.164/2014).

⁷⁹Artt. 43, par. 1, lett. b, dir. 2014/23 e 1, decr. 1341/2014.

⁸⁰Artt. 31, par. 4, lett. a, dir. 2004/18 e 13, decr. 406/2010.

Il governo si è impegnato inoltre, una volta concluso il recepimento, ad aprire i lavori per l'elaborazione di un unico codice che comprenda la disciplina di tutti i contratti pubblici.