Documento di Posizione dell'AVCP in merito alle novità contenute nelle proposte della Commissione Europea di revisione delle direttive in materia di appalti pubblici del 2004 e nella nuova proposta in materia di aggiudicazione delle concessioni.

Roma 19/03/2012

DOCUMENTO DI POSIZIONE

La riforma delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e la nuova direttiva sulle concessioni

I. Contesto e Priorità

1. Questa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (di seguito "Autorità") ritiene che le **numerose e importanti novità** contenute nelle proposte della Commissione Europea di **revisione delle direttive in materia di appalti pubblici del 2004¹** ed in quella nuova in materia di aggiudicazione delle **concessioni²**, fatta salva ogni opportuna valutazione di aspetti puntuali relativi ai contenuti ed alla redazione dei testi, **debbano essere sostenute con convinzione dal Governo** nella attuale fase di negoziato.

2. Tali proposte realizzano alcuni importanti obiettivi dell'Atto per il Mercato Unico³, sono riconducibili a diverse "azioni faro" della Strategia Europa 2020⁴, e danno attuazione ad una delle dodici azioni prioritarie che il Consiglio dei Ministri ed il Parlamento dell'Unione dovrebbero adottare entro il 2012⁵. Non ultimo, l'Autorità sottolinea la rilevanza della contestuale approvazione da parte della Commissione Europea di una comunicazione che, nell'ambito del c.d. "Pacchetto Almunia", da un lato, afferma la applicabilità delle disposizioni in materia di appalti pubblici ai c.d. "**servizi di interesse economico generale**" (SIEG) e, dall'altro, chiarisce entro quali termini l'utilizzo delle procedure di gara previste nelle direttive comunitarie per la selezione del prestatore di SIEG escluda l'esistenza di aiuti di Stato⁶. Inserendosi nel contesto appena enunciato, l'Autorità auspica che le proposte in esame siano ritenute iniziative strategiche ai fini della **piena valorizzazione del potenziale del mercato unico** dal quale potranno derivare la **crescita strutturale dell'economia e l'aumento della occupazione in Italia** e nell'Unione Europea.

3. L'Autorità condivide l'impostazione secondo la quale un migliore quadro giuridico in materia di appalti e concessioni può costituire uno stimolo per gli **investimenti pubblici e privati in infrastrutture e servizi strategici** in condizioni che assicurino il miglior rapporto tra qualità e prezzo e, conseguentemente, una **accresciuta efficienza della spesa** generata dalla domanda pubblica di contratti di lavori, servizi e forniture in un contesto di risorse vieppiù ridotte. Quanto all'auspicio che gli appalti pubblici siano utilizzati, come prevede la Commissione, a sostegno di ulteriori politiche pubbliche, l'Autorità ritiene che l'"uso strategico" di questi istituti sia particolarmente funzionale a promuovere **l'innovazione** e che sia condivisibile rinviarne la definizione delle modalità di applicazione agli Stati membri; ciò anche in considerazione delle attuali priorità del Paese.

4. Tale valutazione complessivamente positiva è coerente con le più recenti indicazioni del **Consiglio Europeo** che, nella riunione dell'1 e 2 marzo 2012, ha confermato la centralità degli obiettivi sopra richiamati. In quella sede è stata sottolineata, fra l'altro, l'importanza di un rapido avvio della fase pilota dell'iniziativa "**Prestiti obbligazionari Europa 2020**" (project bond) al fine

di stimolare il finanziamento privato dei principali progetti infrastrutturali, nonché la necessità di favorire un uso più efficace degli appalti pubblici pre-commerciali a sostegno delle **imprese innovative e ad alta tecnologia**⁷.

5. Tenuto conto di quanto precede, l’Autorità ritiene opportuno, in questa fase, attirare l’attenzione su alcuni aspetti delle proposte, ed in particolare: la prevista istituzione, al livello di ciascuno Stato membro, di un **“organo di vigilanza”**, le disposizioni rilevanti ai fini della **qualificazione e struttura della domanda pubblica** e la individuazione di un regime separato, in gran parte nuovo, in materia di **aggiudicazione delle concessioni**. A quest’ultimo riguardo, L’Autorità ha apprezzato che il Governo italiano abbia già manifestato la propria adesione all’impostazione delle nuove disposizioni, almeno nel loro complesso. Quanto segue avrà, dunque, ad oggetto gli altri due aspetti richiamati.

II. L’organo di vigilanza

6. Ad avviso dell’Autorità, le disposizioni relative alla istituzione dell’organo di vigilanza, contenute nel titolo IV delle proposte di direttiva in materia di appalti nei settori ordinari ed in quelli speciali presentano diversi caratteri meritevoli di considerazione.

7. E’ significativo che venga prevista la **costituzione obbligatoria** di un **“organo unico indipendente”** responsabile, a valle del recepimento delle direttive, della **vigilanza** e del **coordinamento delle attività di attuazione** (art. 84 paragrafo 1 della proposta di direttiva “settori ordinari” e art. 93 paragrafo 1 della proposta di direttiva “settori speciali”). Si supera, in tal modo, l’impostazione contenuta nelle Direttive 2004/17/CE, art. 72 comma 2, e 2004/18/CE, art. 81 comma 2, che prevedevano la possibilità – e non, dunque, l’obbligo – di istituire o designare un’agenzia indipendente incaricata di assicurare “l’applicazione delle direttive tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti”. L’Autorità ritiene rilevante che la Commissione attribuisca valore alla istituzione a livello nazionale di **singoli centri di responsabilità dell’enforcement** del diritto dell’Unione in materia di appalti, incaricati di assicurare il **coerente ed efficace** svolgimento delle attività di **monitoraggio, vigilanza, e attuazione** delle direttive comunitarie. Nuova e di interesse è, inoltre, la prevista attivazione di una **funzione di ausilio** della Commissione da parte dell’organo di vigilanza nell’espletamento dei suoi compiti di **esecuzione del bilancio comunitario** (v. infra, al punto 9).

8. Inoltre, le proposte di direttiva **collegano** l’esercizio dei **poteri esecutivi** conferiti all’organo di vigilanza ad una capillare **conoscenza e monitoraggio** del mercato (art. 84, paragrafo 2 della proposta di direttiva “settori ordinari” e 93 paragrafo 2 della proposta di direttiva “settori speciali”). La disponibilità di tali conoscenze è, a sua volta, strumentale allo svolgimento delle attività di reporting nei confronti della Commissione delle quali, pure, è investito l’organo di vigilanza. All’importanza di questo collegamento è stato di recente sensibile il Governo italiano allorché ha adottato misure specifiche per lo sviluppo della potenzialità della **Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici**, della quale questa Autorità già si avvale nello svolgimento delle proprie attività, e che sono state ritenute rilevanti anche ai fini della semplificazione e della riduzione degli oneri gravanti su stazioni e appaltanti ed imprese. Anche in ragione della esperienza nazionale al riguardo appare, dunque, opportuno che il Governo sostenga attivamente l’adozione delle norme di cui sopra così come proposte.

9. Come sopra accennato, L’Autorità condivide le ragioni e gli obiettivi che hanno indotto la Commissione a prevedere **poteri rafforzati** per l’organo di vigilanza nel caso di **contratti cofinanziati** dall’Unione Europea (art. 84 paragrafo 4 della proposta di direttiva “settori ordinari” e art. 93 paragrafo 4 della proposta di direttiva “settori speciali”). Tale scelta prefigura, almeno in

questo ambito specifico, la costituzione di una **rete europea** di attori indipendenti nazionali, funzionale ad accrescere l'efficacia delle azioni di controllo da parte dell'OLAF. Allo stesso tempo tale orientamento appare coerente con il perseguimento di obiettivi, prioritari anche per l'**Italia**, del **controllo, risanamento e contenimento della spesa pubblica, della lotta alle frodi, e del contrasto alla corruzione e alla criminalità**.

10. Anche alla luce di queste ultime considerazioni, l'Autorità ritiene che debba **essere corretta la mancata previsione dell'obbligo** di costituire l'organo di vigilanza nelle materie oggetto delle proposte di aggiudicazione delle **concessioni**. In questo ambito, infatti, la Commissione si limita a formulare l'auspicio che venga istituito un organo di vigilanza ed a prefigurare la possibilità che, ove operante, esso eserciti le proprie funzioni anche in materia di concessioni (Considerando n. 41 della proposta di direttiva sulla "aggiudicazione delle concessioni"). Al riguardo, l'Autorità rileva che, se le concessioni fossero effettivamente sottratte alla competenza dell'organo di vigilanza – una asimmetria di regolazione che, di per sé, non appare condivisibile - tale **esclusione opererebbe anche per i progetti cofinanziati dall'Unione**. Si rinunciarebbe così ad applicare un modello di controllo analogo a quello previsto per gli appalti sulla realizzazione di interventi gravanti anche sul bilancio comunitario di importo verosimilmente significativo.

11. Per motivi analoghi, si ritiene che debba essere corretta la mancata **estensione ai settori speciali** della disposizione che, nell'ambito della proposta di riforma della direttiva sugli appalti nei settori tradizionali, comprende le "**informazioni sul monitoraggio e sul seguito di violazioni delle norme in materia di aggiudicazione degli appalti che incidono sul bilancio dell'Unione**" tra le materie che devono formare oggetto della relazione annuale alla Commissione Europea da parte dell'organo di vigilanza [art. 84 paragrafo 2 lettera c) della proposta di direttiva "settori ordinari" e art. 93 paragrafo 2 della proposta di direttiva "settori speciali"]. Al riguardo, si ritiene non debba prevalere la natura degli enti aggiudicatori bensì l'interesse al controllo sulla spesa, soprattutto ove essa incida sul bilancio comunitario. Ancora più in generale, e quindi anche in ambiti ulteriori rispetto ai "settori speciali", si ritiene debbano essere ricompresi nel prefigurato orizzonte informativo gli investimenti che, per quanto di natura privatistica siano, tuttavia, assistiti da garanzie, parziali o totali, a carico della finanza pubblica.

12. Per motivi rappresentati in un atto di segnalazione al Governo e al Parlamento⁸, l'Autorità valuta, inoltre, con molto favore la previsione che conferisce all'organo di vigilanza la **legittimazione processuale attiva** per il riesame delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici su una violazione constatata nel corso delle attività di monitoraggio e di consulenza giuridica (art. 84 paragrafo 3 della proposta di direttiva "settori ordinari" e art. 93 paragrafo 3 della proposta di direttiva "settori speciali"). La disposizione, considerata unitamente al previsto obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di motivare eventuali decisioni difformi, rafforza la **vincolatività di quelle** dell'organo di vigilanza sui singoli casi. Di più, nelle ipotesi di contratti cofinanziati, le proposte di direttiva prevedono che le amministrazioni aggiudicatrici destinatarie di decisioni dell'organo di vigilanza siano tenute ad attenersi, lasciando così intravedere la possibilità di una attivazione diretta dell'inadempimento di obblighi derivanti dall'impiego di risorse comunitarie: una impostazione che appare nell'interesse comune di tutti gli Stati membri, delle imprese e dei cittadini dell'Unione.

13. Concludendo, è opinione della AVCP che il disegno istituzionale così prefigurato dalla Commissione Europea vada **conservato e difeso nella sua organicità**. Ciò non esclude che alcune formulazioni richiedano di essere confrontate con principi nazionali di natura "orizzontale", in particolare in materia di **diritto di accesso** (art. 84 paragrafo 7 della proposta di direttiva "settori ordinari" e art. 93 paragrafo 7 della proposta di direttiva "settori speciali").

III. Qualificazione e struttura della domanda pubblica, efficienza e controllo della spesa

14. L'Autorità attribuisce importanza all'obbligo posto in capo all'organo di vigilanza di fornire alla Commissione Europea **l'elenco completo ed aggiornato annualmente** delle amministrazioni aggiudicatrici, degli enti aggiudicatori, degli organismi di diritto pubblico e delle centrali di committenza, distinto per tipologia di soggetti ed articolato per contratti aggiudicati [art. 86 paragrafo 2 lettere a) e b) della proposta di direttiva "settori ordinari" e art. 95 paragrafo 4 della proposta di direttiva "settori speciali"]. Si tratta di informazioni utili, ad oggi non sistematicamente raccolte né a livello comunitario, né a quello nazionale. L'Autorità ha già rappresentato l'opportunità di disporre di analoghi elementi di conoscenza della struttura della domanda pubblica in Italia⁹; ciò anche in linea con quanto previsto in materia di revisione integrale della spesa pubblica e spending review dal d.l. del 13 agosto 2011 n. 138¹⁰.

15. Le informazioni così acquisite, se rese disponibili dalla Commissione Europea in pubblico accesso tramite una base di dati informatizzata, renderebbero più **trasparente** il mercato comunitario degli appalti e consentirebbero di elaborare metodologie di analisi finalizzate al **benchmarking della struttura della domanda** negli Stati membri ed alla misurazione comparativa della relativa efficienza ed efficacia.

16. L'Autorità considera positivamente l'ampliamento del ventaglio degli strumenti e delle procedure a disposizione delle amministrazioni; esso accresce la **flessibilità** e moltiplica i **modelli di organizzazione degli acquisti** ed incentiva la **specializzazione delle stazioni appaltanti**. Rientrano in questo ambito disposizioni innovative di natura eterogenea, quali: il potenziamento del ricorso ai **mezzi di aggiudicazione elettronica** degli appalti, la previsione di istituti del tutto nuovi quali i **cataloghi elettronici**, gli **appalti comuni occasionali** e gli **appalti comuni tra amministrazioni aggiudicatrici di stati membri diversi**, nonché soprattutto l'obbligo di recepire nel diritto interno le disposizioni in materia di **accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione e centrali di committenza**.

17. L'insieme di queste disposizioni non sembra in alcun modo ledere la competenza esclusiva degli Stati membri di organizzare i propri sistemi di acquisto e le relative competenze. Allo stesso modo, ove di interesse per il Paese, essa non ne preclude una reingegnerizzazione in fase di recepimento. Tuttavia, è altrettanto evidente che esse sembrano incentivare una positiva **razionalizzazione e superiore efficienza** della struttura della domanda pubblica comunitaria, anch'essa strumentale rispetto all'obiettivo della piena **valorizzazione del potenziale del mercato unico**.

18. L'Autorità ritiene che tali novità siano, d'altra parte, funzionali al perseguimento degli obiettivi che anche il legislatore italiano ha perseguito in varie occasioni – sia pure con soluzioni a volte discutibili in quanto basate su criteri meramente quantitativi – per la **riduzione e qualificazione delle stazioni appaltanti**. Essa auspica, quindi, che il Governo voglia sostenere le misure sopra descritte, che si ritiene si rifletterebbero positivamente anche sulla qualità e competitività dell'offerta.

NOTE

¹ Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, COM(2011)895 definitivo del 20 dicembre 2011 (di seguito "proposta di direttiva settori speciali"), e Proposta di

direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici, COM(2011)896 definitivo del 20 dicembre 2011 (di seguito “proposta di direttiva settori ordinari”). Le proposte in discussione, quando approvate, andranno a sostituire, rispettivamente, le direttive numero 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in GU L 134 del 30.4.2004, p. 1 (di seguito “direttiva settori speciali”) e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori, di forniture e di servizi, in GU L 134 del 30.4.2004, p. 114 (di seguito “direttiva settori ordinari”).

² Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, COM(2011)897 definitivo del 20 dicembre 2011. Questa proposta aggiorna le norme già vigenti in materia di concessioni di lavori pubblici ed introduce un complesso normativo del tutto nuovo in materia di concessione di lavori da parte degli enti aggiudicatori e di concessione di servizi.

³ Comunicazione della Commissione del 27 ottobre 2010 “*Verso un atto per il mercato unico. Per un’economia sociale di mercato altamente competitiva*”, COM(2010)608 definitivo.

⁴ “*Strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*”, COM(2010)2020. Si tratta, più specificamente, delle azioni faro “*Un’agenda digitale per l’Europa*” [COM(2010)245], “*l’Unione dell’innovazione*” [COM(2010)546], “*Una politica industriale integrata per l’era della globalizzazione*” [COM(2010)614], “*Energia 2020*” [COM(2010)639] e un’*Europa efficiente in termini di risorse*” [COM(2011) 21].

⁵ In particolare, la dodicesima azione chiave: “*Revisione e ammodernamento del quadro normativo degli appalti pubblici*” illustrata nella *Comunicazione della Commissione del 13 aprile 2011 sull’ “Atto per il Mercato Unico: dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia”* [COM(2011)206].

⁶ Comunicazione della Commissione del 20 dicembre 2011 sulla “*Applicazione delle norme dell’Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale*” [COM (2011) 9404 definitivo].

⁷ Conclusioni del Consiglio Europeo del 1 e 2 marzo 2012, EUCO 4/12 del 2 marzo 2012, rispettivamente, ai paragrafi 24 (p. 8) e 18 (p. 7).

⁸ Segnalazione ai sensi dell’art. 6, comma 7, lettere e) ed f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 sulla predisposizione della legge annuale per il mercato e la concorrenza, disciplinata dall’art. 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99, “*Proposte di modifiche normative per incrementare la concorrenza nel settore dei contratti pubblici*”, all’indirizzo internet www.avcp.it.

⁹ *Ibidem*. Il tema è ripreso anche nella recente Segnalazione ai sensi dell’art. 6, comma 7, lettera f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 n. 1 del 12 gennaio 2012, “*Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici*”, all’indirizzo internet www.avcp.it.

¹⁰ Art. 01 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 recante “*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*” convertito con modificazioni dalla L. 14 settembre 2011, n. 148 (in G.U. 16/09/2011, n. 216).