



Istituto Grandi Infrastrutture

**IL RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE**  
**APPALTI E CONCESSIONI NEGLI STATI MEMBRI**  
**a cura del Dr. Claudio Rangone**

**MARZO 2016**

**INDICE**

1. Il punto sul recepimento negli altri Stati Ue [pag. 2]
2. Francia - La trasposizione delle direttive appalti settori classici e speciali [pag. 3]
3. Francia - *Allotissement e contrats globaux* [pag. 3]
4. Francia - Il bilancio della consultazione pubblica online [pag. 5]
5. Francia - Il recepimento della direttiva concessioni [pag. 6]
6. Francia - Le disposizioni sull'esecuzione nella direttiva concessioni [pag. 7]
7. Francia - Il decreto applicativo delle norme di trasposizione della D. 23 [pag. 8]
8. Belgio - Il progetto di legge di trasposizione delle direttive appalti [pag. 10]
9. Spagna - Il recepimento delle direttive: proposta di legge [pag. 12]
10. Regno Unito - Il recepimento delle direttive appalti [pag. 13]
11. Regno Unito - *Public Contract Regulations* 2015 [pag. 15]
12. Cause di esclusione: Francia [pag. 16]
13. Cause di esclusione: Spagna [pag. 18]
14. Cause di esclusione: Belgio [pag. 20]
15. Criteri reputazionali [pag. 22]
16. Qualificazione delle imprese in Francia, Germania e Regno Unito [pag. 23]
17. Contenzioso: Francia - La composizione amichevole dei litigi [pag. 27]
18. Contenzioso: Francia - Il "*saper transigere*" della P.A. [pag. 28]
19. Contenzioso: Francia - La risoluzione amichevole delle controversie [pag. 29]
20. Contenzioso: Polonia - Il sistema dei ricorsi [pag. 30]
21. Qualificazione delle stazioni appaltanti: Australia [pag. 31]



Istituto Grandi Infrastrutture

## **IL RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE**

***(dati ufficiosi all'1/3/2016 forniti dal Dr. Claudio Romanini - Commissione Ue)***

### **IL PUNTO SUL RECEPIMENTO NEGLI ALTRI STATI UE**

I Paesi che hanno completato il recepimento sono fino ad ora ancora in numero limitato (ancor meno quelli che hanno notificato alla Commissione UE i relativi provvedimenti): tra i grandi Paesi, troviamo il Regno Unito (norme di recepimento della direttiva appalti già in vigore dal febbraio 2015) e la Francia (recepimento completo delle tre direttive con norme che entreranno in vigore dal 1° aprile).

Un recepimento parziale è stato notificato dal Portogallo (direttive appalti e concessioni relativamente alle disposizioni sulle procedure elettroniche, tema che vede il Portogallo all'avanguardia nell'Unione, con percentuali di *e-procurement* intorno all'80% delle procedure soprasoglia).

Notizia di recepimento (ma senza notifica degli atti) è giunta agli Uffici della Commissione Ue anche da Lettonia e Ungheria (per ora, con testi solo in lingua originale).

Progetti di legge di recepimento risultano in corso più o meno avanzato di esame da parte degli organi legislativi per Germania, Spagna, Belgio, Polonia, Olanda.

Certamente molti altri Paesi di cui non si hanno notizie dettagliate paiono in ritardo (come peraltro successe nella trasposizione delle D. 17 e 18, con ben 7 Paesi condannati dalla Corte a multe importanti per sforamento temporale superiore ai 3 mesi di "*tacita tolleranza*"): tra il gruppo di ritardatari, pare ormai certo che non riusciranno a rispettare i termini Spagna, Belgio e forse anche Polonia.

La Germania è solo ora arrivata allo sprint finale, ma giungerà probabilmente in tempo per il 18 aprile.

Va peraltro notato che, anche chi, come la Francia, ha già formalizzato il recepimento, proseguirà nell'opera di riforma generale della disciplina di settore attraverso un'azione di affinamento e sistematizzazione della normativa che dovrebbe concludersi soltanto a fine 2016 con un nuovo, organico *Code de la Commande publique*, onnicomprensivo della materia, che vuole rappresentare la risposta finale della Francia alle istanze di Bruxelles sulla



Istituto Grandi Infrastrutture

semplificazione, informatizzazione e qualificazione contrattualistica della P.A. in epoca di globalizzazione.

## **FRANCIA**

### **LA TRASPOSIZIONE DELLE DIRETTIVE APPALTI SETTORI CLASSICI E SPECIALI (D. 2014/24/UE e D. 2014/25/UE)**

*(Pubblicata al JO il 24 luglio l'Ordonnance n° 2015-899 del 13 luglio 2015, assunta dal Governo sulla base della delega dell'art. 42 della legge n° 2014-1545 del 20 dicembre 2014, relativa alla semplificazione e trasparenza del diritto delle procedure amministrative)*

L'*Ordonnance* costituisce il primo passo di un percorso di semplificazione del diritto degli appalti pubblici che si completerà in autunno una volta conclusa la consultazione pubblica sui decreti applicativi.

Nel merito, l'*Ordonnance* si compone di 102 articoli (di cui una decina specifici per i diversi territori *de l'outre-mer*) che contengono disposizioni "*di principio*", da rendere concretamente applicabili mediante molteplici decreti ("*par voi réglementaire*").

Anche la data di entrata in vigore non è fissata, ma è previsto il termine ultimo ("*al più tardi*") indicato nel 1° aprile 2016: sarà il Governo a deciderlo e da quella data avranno effetto le abrogazioni delle tante leggi, *Codes* e *Ordonnances* precedentemente in vigore (una ventina, a cominciare dal *Code des marchés publics* 2006).

## **ALLOTISSEMENT E CONTRATS GLOBAUX**

Nel capitolo II - *Passation des marchés publics*, la sez. 3<sup>a</sup> è dedicata all'*allotissement* e la 4<sup>a</sup> ai *marchés publics globaux*.

L'art. 32, riprendendo il principio generale fissato nell'art. 10 del *Code* 2006, ribadisce che gli appalti, salvo quelli della sez. 4 - cioè i *marchés globaux* e quelli della difesa e della sicurezza - sono attribuiti per lotti, salvo che l'oggetto non consenta l'identificazione di prestazioni distinte. Sempre il I par. I, 2<sup>a</sup> parte, precisa che la decisione di non suddividere in lotti si può fondare su 1) l'incapacità di assicurare l'organizzazione o 2) il *pilotage* e 3) la coordinazione dell'esecuzione, ovvero 4) se la suddivisione in lotti crea una restrizione alla concorrenza, 5)

rischia di rendere tecnicamente difficile l'attuazione oppure 6) finanziariamente più costosa l'esecuzione delle prestazioni.

L'ente può limitare il numero di lotti per i quali un offerente può concorrere o può essere aggiudicatario. Le offerte sono valutate lotto per lotto a meno che l'ente abbia autorizzato gli offerenti a presentare offerte variabili secondo il numero dei lotti suscettibili di aggiudicazione.

Il par. II prevede l'obbligo di motivazione, secondo una modalità da fissarsi per via regolamentare, nel caso di decisione di non suddividere in lotti.

La sez. 4 relativa ai *marchés globaux* è suddivisa in 3 sottosezioni, ciascuna costituita da un articolo: la *sous-section - marchés publics de conception-réalisation*, all'art. 33, par. 1, 2° c., precisa che la formula dell'appalto integrato (che unisce appaltatore e progettista) è consentita (come già previsto dalla *Loi Sapin* del 12 luglio 1985) soltanto 1) per motivi di ordine tecnico o 2) per interventi di miglioramento dell'efficacia energetica. Nel caso di infrastrutture è possibile tuttavia affidare l'intervento ad un solo operatore economico.

Il par. II disciplina invece l'ipotesi dell'edilizia convenzionata e sovvenzionata.

Nella sottosezione 2, l'art. 34 (5 righe in tutto!) disciplina i *marchés globaux* destinati alla *performance* energetica, abilitando gli enti ad affidare appalti integrati che prevedano specificamente la gestione o la manutenzione degli impianti ovvero che associno tali prestazioni integrate al raggiungimento di obiettivi quantificati definiti in termini di livello d'attività, qualità del servizio, efficacia energetica o incidenza ecologica. "*Tali appalti pubblici comportano degli impegni di performances misurabili*".

La sottosezione 3 - *Marchés publics globaux sectoriels* - all'art. 35 enumera 8 casi di ricorso all'appalto integrato settoriale (*mission globaux*) retti da leggi speciali:

- 1) strutture *de la police nationale*;
- 2) infrastrutture relative a sistemi di comunicazione;
- 3) strutture dei pompieri di Parigi;
- 4) strutture statali del personale della difesa;
- 5) strutture penitenziarie;
- 6) strutture di detenzione o zone di attesa e di sorveglianza;
- 7) strutture dedicate alla salute;
- 8) strutture per la rivitalizzazione artigianale e commerciale.



Istituto Grandi Infrastrutture

## **IL BILANCIO DELLA CONSULTAZIONE PUBBLICA ONLINE**

**Il contesto.** Nel quadro della legge n° 2011-525 del 17 maggio 2011 sulla semplificazione e miglioramento della qualità del diritto si è svolta la consultazione pubblica on line (conclusasi tra novembre e dicembre 2015) sul progetto di Decreto in oggetto assunto sulla base dell'*Ordonnance* n° 2015-899 del 13 luglio del 2015.

L'obiettivo della semplificazione viene inserito nel contesto della specificazione disciplinare dei diversi settori e dell'armonizzazione delle regole a scala dell'Unione.

**I risultati della consultazione su internet.** Sul piano statistico, i contributi sono stati 307.

Quanto alla ripartizione tra i vari soggetti, risulta quanto segue: Ministeri (23%); Stazioni appaltanti (57%); Federazioni professionali (12%).

Gli aspetti critici hanno riguardato principalmente:

- 1) l'obbligo di un passaggio progressivamente completo alla procedura elettronica;
- 2) gli obblighi in materia di pubblicità;
- 3) il mantenimento della flessibilità in determinati settori, sociali e assistenziali *in primis*;
- 4) l'utilizzo dei criteri di attribuzione;
- 5) la presa in conto delle obbligazioni sociali e ambientali;
- 6) il livello minimo delle soglie per il ricorso ai contratti di partenariato.

I vari contributi hanno toccato molti degli articoli del progetto di decreto, ma la percentuale maggioritaria (55%) è concentrata nei primi 10 articoli, cioè negli articoli che contengono le disposizioni relative alle varie definizioni e ripartizioni delle competenze e dei poteri.

Più in particolare, i pareri (in numero di 35) di maggiore importanza sono stati espressi dalle Federazioni professionali e dalle imprese del settore e riguardano principalmente:

- 1) limiti all'utilizzo del criterio unico del prezzo;
- 2) abbassamento dei limiti di possibile ricorso ai contratti di partenariato.



Istituto Grandi Infrastrutture

Le stazioni appaltanti a loro volta hanno presentato complessivamente 180 contributi, che hanno toccato quattro aspetti principali:

- 1) mantenimento della “*souplesse*” per i settori sottoposti alla *Ordonnance* 6 giugno 2005 (principalmente i settori ammessi ai contratti di partenariato);
- 2) mantenimento della distinzione tra settori classici e speciali;
- 3) soppressione dell’obbligo della pubblicazione di un bando/avviso per gli appalti sottosoglia e salvaguardia completa delle procedure semplificate (applicabili nel sotto soglia);
- 4) chiarimenti sulla redazione delle nuove norme, relativi soprattutto a *a)* regolarizzazione delle candidature e delle offerte e *b)* durata massima della conservazione dei documenti.

## **IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA CONCESSIONI**

*Approvazione del progetto d’Ordonnance e del progetto del Décret attuativo  
da parte del Consiglio dei Ministri*

Il Consiglio dei Ministri del 23/7/2015 ha approvato il progetto di *Ordonnance* e del *Décret* applicativo relativi al recepimento della Direttiva concessioni: fino al 30 settembre tali testi, accompagnati dalla relativa *fiche d’impact*, sono sottoposti a consultazione pubblica.

I due testi (*Ordonnance* e *Décret*, circa 120 articoli complessivi) sono concepiti quali testi normativi contenenti, il primo, i principi e le norme principali, il secondo la disciplina di maggior dettaglio.

L’obiettivo generale (come dichiarato nelle due relazioni d’accompagnamento, 100 pagine complessivamente) è quello di 1) mettere ordine in una materia attualmente disciplinata da una pluralità di testi normativi specifici rispondenti a esigenze settoriali e che hanno avuto origine in un arco di tempo lungo e con finalità non organiche né tra loro coerenti; 2) semplificare la disciplina creando le premesse per una maggiore garanzia di accesso per le PMI; 3) garantire gli investitori circa il quadro normativo generale inserendo meccanismi concorsuali in un settore fino ad ora poco trasparente e poco aperto alla concorrenza, ma insieme fornendo elementi di maggior certezza giuridica attraverso norme di rango primario.



Istituto Grandi Infrastrutture

**LE DISPOSIZIONI SULL'ESECUZIONE NELLA DIRETTIVA CONCESSIONI:  
IN PARTICOLARE, IL SUBAPPALTO  
(Considerando 72 e art. 42 della D. 23)**

Il *projet d'Ordonnance* dedica a tale istituto un solo articolo di poche righe: infatti, il Titolo IV - *Esecuzione dei contratti di concessione da parte di terzi*, all'art. 44 prevede due brevi commi.

Nel 1° c. è prevista la facoltà del concessionario di servizi e lavori di affidare a terzi una parte delle prestazioni restando responsabile di tutte le obbligazioni verso il concedente.

Nel 2° c. è specificato che il concedente può imporre all'offerente: 1) di conferire a PMI una parte dei lavori e dei servizi oggetto del contratto di concessione, che non può essere inferiore ad una percentuale dell'importo totale da stabilirsi per via regolamentare; 2) d'indicare all'atto dell'offerta se intende conferire una parte di servizi e lavori a terzi e, in caso affermativo, la percentuale prevista.

*"Tale previsione deve essere indicata nel bando o nel documento di consultazione".*

Nella *fiche d'impact* allegata all'*Ordonnance*, al punto 2.3, si chiarisce che l'obiettivo primario è quello di un inquadramento dell'esecuzione della concessione, *"attualmente non previsto da alcuna norma generale (di diritto UE o interno), ma operato solo a livello contrattuale"*.

Con riferimento specifico al conferimento a terzi, la *fiche* (pag. 43) specifica che la previsione di una disposizione normativa (e non più solo contrattuale o giurisprudenziale come è stato fino ad ora) indicante tale facoltà generale del concessionario relativa ad ogni tipologia di prestazioni è fonte di sicurezza giuridica e di maggior trasparenza.

La *fiche* (pag. 44) considera le concessioni dei *levier de la commande publique* destinate a facilitare l'accesso a tali affidamenti delle imprese specializzate, delle PMI attraverso una definizione chiara della catena dei soggetti esecutori.

Il *projet de décret* affronta il tema dell'esecuzione con terzi al Capitolo II, il cui art. 33 prevede due commi: il 1° precisa l'obbligo dell'art. 44 dell'*Ordonnance* fissando in via obbligatoria la percentuale non inferiore del 10% del valore globale del contratto di concessione da affidare a PMI; il 2° c. disciplina il caso specifico di concessioni di servizi o di lavori da eseguire nei locali del concedente e sotto la sua sorveglianza, cui sono correlati obblighi specifici di comunicazione all'ente concedente dei soggetti terzi che eseguono gli interventi o parte di essi.



Istituto Grandi Infrastrutture

La *fiche d'impact* del *Décret* (pagg. 51 e ss: punto 2.2.) riassume le tante e variegate disposizioni nazionali che prevedono l'affidamento a terzi di parte dell'esecuzione, affermando che ora sono state portate a nuova chiarezza con la trasposizione, per concludere (pagg. 52-53) che il 1° c. dell'art. 33 (che precisa la disposizione dell'art. 42 della D. 23) garantisce ad ogni tipologia di concessione di servizi e lavori per tutti i concedenti la facoltà dell'affidamento a terzi, mentre il 2° c. ribadisce l'obbligo fissato dal par. 3 del citato articolo della D. 23 di prevedere l'indicazione completa e dettagliata di nominativi e prestazioni dei terzi, in fase di attribuzione della concessione o, al più tardi, all'avvio di esecuzione dei soggetti terzi incaricati, a scelta dell'ente concedente.

**Considerazioni conclusive.** L'impressione che si ha analizzando queste norme è duplice: 1) da un lato, quella di norme semplici e brevi (in 2 commi si specifica la facoltà di esecuzione mediante terzi "*quando eseguono le prestazioni nei locali del concedente*") e 2) dall'altro, di una disciplina poco articolata, quasi carente, che non copre neppure le indicazioni di cui all'art. 42 della Direttiva (ad esempio, nulla si dice a proposito di subappalto dei subappaltatori del concessionario né sul par. 4 dell'art. 42 della Direttiva relativamente alla responsabilità solidale).

Ulteriore notazione: lascia esterrefatti l'estrema frammentazione della vastissima disciplina nazionale sul tema e la multiforme varietà della giurisprudenza venutasi a creare nel tempo attorno all'istituto concessorio, con disposizioni declinate in modo diverso a secondo delle molteplici specificità tipologiche delle prestazioni, ovvero delle caratteristiche territoriali ("*l'exagon et l'oultre mer*") come pure a seconda delle caratteristiche dei concedenti.

## **IL DECRETO APPLICATIVO DELLE NORME DI TRASPOSIZIONE DELLA DIRETTIVA CONCESSIONI**

Il Decreto attuativo delle norme di principio contenute nell'*Ordonnance* n° 2016-165 del 29 gennaio 2016 relativa alla trasposizione della D. 23 sulle concessioni, è stato pubblicato nel JO n° 27 del 2 febbraio 2016 (*Décret n° 2016-86 du 1er février 2016*).

Obiettivo del *Décret* è quello di fissare le regole di applicazione dell'*Ordonnance* citata per l'attribuzione e l'esecuzione dei contratti di concessione affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici e dai poteri aggiudicatori.

L'*Ordonnance* di trasposizione della D. 23 è stata assunta dal Governo previa autorizzazione del Parlamento sulla base della legge 6 agosto 2015 relativa alla crescita e allo sviluppo delle opportunità dell'economia.



Come indicato nel *Rapport au Président de la République*, l'obiettivo essenziale risulta, nell'ambito del recepimento delle nuove regole Ue, l'unificazione e la semplificazione delle regole nazionali relative ai diversi contratti di concessione.

La trasposizione si pone quindi l'obiettivo di una riscrittura organica delle regole in tema di concessione, ben oltre l'esigenza dell'attuazione delle nuove regole UE. In particolare, l'*Ordonnance* procede ad un riordino organico delle tante regolamentazioni accumulate nel tempo per le diverse tipologie comunitarie.

Questo fine di semplificazione e di armonizzazione ha pure un obiettivo di rafforzamento della certezza giuridica per gli investitori. Più specificamente, l'*Ordonnance* supera definitivamente il regime giuridico duale della concessione di lavori e della *délégation de service public* instaurata nel 1993 con la famosa *loi Sapin* (*loi n° 93-122 du 29 Janvier 1993*): tutto ciò, nella salvaguardia, pienamente riaffermata nell'*Ordonnance* in esame, della totale libertà delle *"personnes publiques"* di scegliere autonomamente le modalità di gestione dei servizi pubblici. Inoltre, l'aspetto cardine della *loi Sapin*, cioè la grande *souplesse* procedurale dell'affidamento, è pienamente preservato, soprattutto nel consentire il ricorso alla procedura c.d. *simplifiée* nel caso di concessioni sottosoglia e/o che non rilevano al campo di applicazione della direttiva Ue indipendentemente dal valore del contratto.

L'*Ordonnance* riprende tutti i nuovi istituti previsti dalla Direttiva, nell'intento di promuovere a pieno l'uso strategico *"de la commande publique"* attraverso innovazione ed efficienza.

In 56 articoli (di cui una decina dedicati specificamente ai territori dell'*outre-mer*) il testo riproduce molto fedelmente le disposizioni della direttiva: l'entrata in vigore è fissata al 1° aprile 2016 per quei contratti per i quali a quella data è stato pubblicato un avviso di consultazione.

L'impressione dell'osservatore è che la vera novità di questo recepimento consista non tanto nella disciplina in sé, molto scarna e riproduttiva del testo della direttiva, bensì nello sforzo duplice di 1) riconduzione ad un unico dato normativo/procedurale di un corpus normativo nazionale vastissimo e disorganico, in quanto forgiato su esigenze settoriali e di specifiche tipologie contrattuali e su di una molteplicità di decisioni e di indirizzi giurisprudenziali accumulatisi nel tempo; 2) definizione di una disciplina legislativa dell'esecuzione dell'istituto della concessione che superi l'attuale carenza legislativa, ponendo termine alla prassi dell'esecuzione *"regolata solo a livello contrattuale"*.

Da notare poi che il *Décret* disciplina tutte le concessioni anche nel sottosoglia e per ogni tipologia di soggetti concedenti e di contratti.

Nel merito dei 56 articoli del *Décret*, suddivisi in 7 titoli (I-Campo di applicazione; II-Attribuzione dei contratti di concessione; III-Esecuzione dei contratti di concessione; IV-Disposizioni relative alle collettività territoriali e loro raggruppamenti; V-Disposizioni relative a "l'outre-mer"; VI-Disposizioni diverse; VII-Disposizioni finali), ben una decina sono quelli relativi all'outre-mer, mentre il corpo principale del *Décret* riguarda l'attribuzione dei contratti (Titolo II, con ben una trentina di articoli ed esattamente dal 2 al 31).

Con riferimento all'esecuzione dei contratti di concessione vi sono due annotazioni da fare: la prima, già ricordata, è la novità della previsione in Francia di una normativa di rango primario (*Ordonnance*: art. 54) e secondario (*Décret*: art. 35 e ss.) che sanciscono (e non più solo a livello contrattuale o giurisprudenziale, come è stato fino ad ora) la ricordata facoltà generale del concessionario, relativa ad ogni tipologia contrattuale e di prestazioni, dell'esecuzione mediante terzi: tale previsione formale è fonte di sicurezza giuridica e di maggiore trasparenza; la seconda, che tale facoltà è correlata all'obbligo di 1) indicare la percentuale del valore totale della concessione che si intende affidare a terzi; di 2) aggiudicarne almeno il 10% a PMI ovvero 3) in generale a soggetti terzi (e non sono tali - par. III, art. 54 dell'*Ordonnance* - gli operatori economici raggruppati titolari della concessione ovvero legati al concessionario).

## **BELGIO**

### **IL PROGETTO DI LEGGE DI TRASPOSIZIONE DELLE DIRETTIVE APPALTI**

Depositato in Parlamento il 4 gennaio 2016, il Progetto di legge ha per oggetto la trasposizione delle Direttive 24 e 25 e la sostituzione della legge esistente del 15 giugno 2006 relativa agli appalti pubblici dei settori ordinari e speciali: il progetto di legge si compone di 191 articoli e 4 allegati. La trasposizione nel diritto belga della direttiva appalti non è ancora prevista e comunque avverrà con apposita legge.

Quanto alla struttura del progetto di legge, la Relazione di accompagnamento chiarisce che si compone di 5 titoli dai contenuti così ripartiti:

- I. Disposizioni introduttive, definizioni e principi generali.
- II. Regole applicabili agli appalti del settore classico, così articolate:
  - Cap. I: *Campo di applicazione*
  - Cap. II: *Procedure di applicazione*
  - Cap. III: *Regole e metodi delle procedure elettroniche e aggregate*
  - Cap. IV: *Svolgimento delle procedure*
  - Cap. V: *Esecuzione degli appalti*



Istituto Grandi Infrastrutture

Cap. VI: *Servizi sociali e regole specifiche degli appalti di servizi*

Cap. VII: *Appalti di importo limitato*

III. Appalti nei settori speciali

IV. Regole relative alla “Governance”

V. Disposizioni diverse

Una novità importante che distingue il progetto di legge rispetto alla legge 2006 in vigore è la soppressione della distinzione, nell’ambito dei settori speciali, tra poteri aggiudicatori e persone giuridiche di diritto privato beneficianti di diritti speciali o esclusioni ovvero di imprese pubbliche, distinzione, spiega la Relazione, che viene meno indipendentemente dal fatto che queste realizzino acquisizioni (di opere, beni o servizi) nel quadro dei compiti loro propri o dei compiti di servizio pubblico.

In altri termini, prosegue la Relazione, *“la distinzione nell’ambito dei settori speciali tra quelli detti pubblici e quelli detti privati, viene abrogata, creando così un effetto di semplificazione importante della legislazione e una flessibilizzazione delle regole”*.

Nel quadro degli obiettivi di maggior efficienza fissati da Europa 2020, il progetto di legge aderisce all’idea di semplificazione delle procedure e di favore per l’accesso delle PMI: in particolare, la Relazione cita al proposito 1) la regola della generalizzazione dell’*allotissement* per tutti gli appalti al di sotto della soglia di 134.000 €, 2) l’ampliamento della possibilità di regolarizzazione degli obblighi fiscali e sociali per le PMI e 3) la progressiva espansione delle procedure informatiche.

La Relazione mette anche in evidenza la difficile situazione generata dalla successione relativamente a breve termine della disciplina del settore (infatti, l’entrata in vigore del recepimento completo delle D. 17 e 18 data soltanto dal 1° luglio 2013!!) e lo sforzo fatto, nei limiti del possibile, per mantenere al massimo la continuità normativa tra la vecchia e la nuova disciplina: a questo proposito la Relazione specifica che è stato sfruttato a pieno lo spazio di applicazione facoltativa delle nuove norme Ue, mentre una novità importante è introdotta nel diritto nazionale a seguito della disciplina UE dell’*in house* (la trasposizione prevista agli artt. 30 e 31- pagg. 451 e ss. è, in effetti, molto fedele al testo della direttiva).

Quanto all’*allotissement* (art. 57, pagg. 491 e ss.), ne è prevista una trasposizione fedele delle direttive e una tendenziale generalizzazione obbligatoria nel sottosoglia.

Quanto al subappalto, è prevista una riforma organica che introduce e generalizza la responsabilità solidale per gli obblighi sociali e fiscali, la limitazione della catena dei



Istituto Grandi Infrastrutture

subappalti, oggi ammessi e praticati a cascata (punto che trova l'accordo di tutte le Associazioni di categoria) e il pagamento diretto dei subappaltatori (al contrario, tema su cui le Associazioni delle PMI e dei *général contractors* come l'ADEB sono in forte contrasto).

## **SPAGNA**

### **IL RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE: PROPOSTA DI LEGGE**

La proposta di legge (*Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público*, datata 14 settembre 2015) di trasposizione delle tre direttive prevede 339 articoli, suddivisi in 4 libri (per complessive 440 pagine di testo, compresa la relazione): a questi si devono aggiungere una trentina di norme relative all'Albo delle imprese.

Come si legge nella Relazione, l'obiettivo principale del Progetto di legge consiste nella trasposizione, ma in parallelo si intende perseguire anche più efficienza negli affidamenti attraverso un quadro normativo modernizzato, dotato di maggiore semplificazione e con la previsione di una migliore relazione qualità/prezzo nelle aggiudicazioni, come espressamente previsto nella strategia di Europa 2020.

I contenuti dei quattro libri in cui si suddivide il Progetto di legge, che intende costituire una disciplina organica della intera materia degli appalti e delle concessioni, sono così sintetizzati dalla Relazione di accompagnamento: aspetti generali della contrattualistica e elementi strutturali dei contratti (Libro I); preparazione della gara, qualificazione e selezione del contraente e criteri di aggiudicazione (Libro II); contratti del settore pubblico allargato (Libro III); organizzazione amministrativa e gestione del contratto (Libro IV).

Il Progetto prevede una trasposizione accurata delle nuove direttive, ma appare altresì preoccuparsi di trovare un raccordo con le novità del Codice vigente introdotte a seguito delle direttive del 2004.

Una delle novità significative del Progetto riguarda l'abolizione dell'istituto del partenariato pubblico-privato, in quanto, spiega la Relazione (pag. 37), *"l'esperienza ha dimostrato che l'obiettivo di tale tipo di contratto può essere raggiunto con altre modalità contrattuali, ad esempio, la concessione"*.



Istituto Grandi Infrastrutture

Un'attenzione particolare è riservata ad un tema molto sentito e dibattuto in Spagna e cioè quello *“della delimitazione degli enti del settore pubblico”*, leggasi organismo di diritto pubblico, concetto entrato nella legislazione solo a seguito di varie condanne della Corte.

Il Progetto specifica anche che *“tutti i contratti che fanno riferimento ai settori speciali indipendentemente dalla natura degli enti aggiudicatori sono sottoposti alla legge in esame”* quando sono soprasoglia (pag. 38 della Relazione): per quelli sottosoglia il Progetto prevede norme semplificate.

Norme semplificate sono previste anche per le gare sottosoglia (sia nella procedura aperta che negoziata), mentre il Progetto di legge prevede una completa adesione alle norme delle direttive in favore delle PMI sulla suddivisione in lotti degli appalti (pag. 44 della Relazione) e sulla introduzione progressivamente obbligatoria della procedura elettronica.

Infine, completa adesione agli aspetti innovativi delle Direttive attinenti l'ambito soggettivo, le norme di favore delle PMI, la modificabilità dei contratti e le tematiche sociali, ambientali e di tutela dei diritti dei lavoratori.

## **REGNO UNITO**

### **IL RECEPIMENTO DELLA NUOVE DIRETTIVE APPALTI IN VIGORE DAL 26 FEBBRAIO: THE PUBLIC CONTRACTS REGULATIONS 2015**

**(estratto dalla relazione alla Camera dei Deputati sulla Legge obiettivo  
e dal sito del Governo inglese)**

Il Regno Unito ha recepito anticipatamente la direttiva appalti (D. 24) con effetto dal 26 febbraio 2015. Il recepimento anticipato rispetto al termine è spiegato con l'esigenza di approfittare pienamente della maggiore flessibilità e semplicità delle nuove norme, soprattutto per le PMI. Le altre direttive, quella appalti settori speciali e quella concessioni, saranno recepite dopo una fase di consultazione obbligatoria con gli *stakeholders* entro il 2015 per entrare in vigore entro il termine fissato dell'aprile 2016.

Da ricordare che il Governo del Regno Unito ha pubblicato il 19 settembre 2014 un documento con le misure che intende adottare nella trasposizione delle direttive sugli appalti pubblici, aperto alla consultazione terminata il 17 ottobre.

Sulla base di tale documento il Regno Unito ha poi previsto, come è avvenuto, che le nuove regole sui contratti pubblici diverranno operative già nel 2015 (mediante la pubblicazione di



Istituto Grandi Infrastrutture

nuove *Public contracts regulations*). Nessun documento di proposta è invece apparso fino ad ora sulla direttiva appalti n. 25 e sulla D. concessioni.

La approvazione definitiva della D. 24 fa seguito alla apparizione il 30 gennaio 2015 (*Government response to the consultation on UK transposition of new EU procurement directives*) di un documento in risposta alla consultazione: il Governo ha adottato un documento da cui emerge che l'approccio generale utilizzato nel recepimento è quello di aderire allo spirito e al testo delle direttive (come già avvenuto con quelle in vigore) e di utilizzare al massimo la flessibilità prevista dalle nuove direttive, ma di non aggiungere misure che potrebbero alterare la sostanza delle norme precettive ovvero potrebbero tradursi in ulteriori oneri amministrativi. Così è stato e si può riscontrare nel testo finale che si presenta come un *copy out* semplificato, costituito di 78 articoli.

Relativamente ai nuovi istituti previsti dalle direttive, verrà incoraggiato il partenariato per l'innovazione anche se non è ancora chiaro a quali settori si applicherà e saranno recepite le disposizioni concernenti la suddivisione in lotti.

L'attuazione di alcune disposizioni facoltative è rimessa alla discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici: ciò vale, ad esempio, per quelle riguardanti le cause di esclusione, il subappalto, la verifica delle offerte anormalmente basse ecc.

Il Regno Unito ha adottato una strategia ambiziosa, rendendo l'uso degli strumenti di simulazione elettronica per le informazioni edilizie obbligatorio a partire dal 2016, per tutti i progetti di costruzione dello Stato. Varie indagini realizzate nel Regno Unito hanno peraltro certificato che il 43% delle principali imprese inglesi utilizza già strumentazioni di questo tipo e che nei prossimi cinque anni questa percentuale salirà al 93%.

Il Regno Unito pone l'utilizzo di tali strumenti al centro di una nuova strategia industriale dal titolo "*Construction 2025. Industrial strategy government and industry in partnership*", avviata nel mese di luglio 2013. Sulla base di quanto prevede tale strategia, l'implementazione degli strumenti di simulazione elettronica per le informazioni edilizie è suscettibile di produrre quattro risultati strategici per l'economia e il settore delle costruzioni, e in particolare:

- riduzione dei costi di costruzione del 33%;
- riduzione dei tempi di realizzazione delle opere del 50%;
- riduzione delle emissioni di gas serra del 50%;
- aumento delle esportazioni del 50%.



Istituto Grandi Infrastrutture

**PUBLIC CONTRACT REGULATIONS 2015:  
formalizzato il recepimento della Direttiva 2014/24/CE**

Il Regno Unito ha recepito la direttiva appalti classici con i 122 articoli e 6 allegati del *Public Contract Regulations* 2015, entrato in vigore in Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord dal 26 febbraio (un anticipo di più di un anno dal termine del 18 aprile 2016 previsto nelle direttive): tuttavia, l'obbligo di ricorso alla procedura elettronica scatterà per tutte le amministrazioni aggiudicatrici soltanto dal 18 ottobre 2017.

Queste nuove *Regulations* 2015 abrogano le precedenti *Public contract Regulations* 2006 di recepimento della Direttiva 2004/18/CE.

Le *Regulations* 2015, ancor più delle precedenti, costituiscono un completo e fedele *copy out* del testo della Direttiva 24: il corpo sostanziale delle disposizioni attinenti la fase dell'aggiudicazione è trasposto in circa 85 articoli, con una quasi completa corrispondenza di testo e di successione numerica rispetto alla normativa dell'Unione.

Le stesse note ufficiali di commento al testo delle nuove *Regulations* 2015 evidenziano che l'opera di *lobby* preventiva attuata in sede di discussione e definizione delle nuove direttive ha avuto un buon successo e che gli istituti previsti nel nuovo diritto dell'Unione sono largamente conformi alla tradizione del *procurement* nazionale.

Alla luce di quanto evidenziato, non vi sono molte osservazioni specifiche da fare relative alle *Regulations* 2015 rispetto al testo della direttiva 24: vale però la pena di ricordare che il Regno Unito ha trasposto letteralmente anche tutte le disposizioni facoltative previste nella direttiva, riconfermando in pieno la tradizionale centralità delle amministrazioni aggiudicatrici nella gestione della procedura con la loro piena e diretta responsabilità circa le relative scelte contrattuali. Così è, ad esempio, circa la scelta della procedura di gara e dei criteri di aggiudicazione (compresi il *life cycle costing*) come pure dei criteri di selezione e delle esclusioni. A quest'ultimo riguardo, l'art. 57 - *Duration of exclusion*, ai punti (11) e (12) fissa rispettivamente in 5 e 3 anni il periodo massimo di esclusione tarandolo in base alla gravità delle ipotesi previste e a seconda che si tratti di eccezione all'esclusione obbligatoria ovvero facoltativa.

Altro aspetto che va evidenziato è che per ragioni di necessaria riorganizzazione della domanda, l'obbligo di utilizzo di centrali di committenza è posticipato al 2017 e l'azione del Governo si dispiega per un pieno sviluppo delle forme volontarie di aggregazione del *procurement*.



Istituto Grandi Infrastrutture

Va pure notato che l'art. 63 relativo all'avvalimento precisa che, nel caso questo riguardi capacità attinenti aspetti di qualificazione professionale e educativa ovvero elementi riferibili all'esperienza professionale specifica, risulta ammissibile solo se (par. 2) *"tali soggetti risulteranno esecutori diretti dei lavori o servizi per i quali le competenze risultano prestate"*.

La Parte 4 - *Miscellaneous obligations*, al *Chapter 8* contiene con soli 4 articoli (dal 109 al 112) la disciplina del sottosoglia che si applica a tutti i contratti sottosoglia ad eccezione del settore sanitario (che mantiene una legislazione specifica, le *National Health Service Regulations 2013*) e dei contratti sotto le 10.000 sterline per le autorità centrali e le 25.000 sterline per quelli sub-centrali (regionali e locali).

I cardini della disciplina del sottosoglia risultano estremamente *"light"* e sono rappresentati dai principi dei Trattati e dal criterio del *best value for money*, cioè dell'ottimizzazione della spesa. In effetti, soltanto due risultano gli obblighi esplicitati da detti articoli, che poco hanno a che fare con aspetti procedurali in senso stretto: 1) l'obbligo di pubblicazione dei dati nel *Contract Finder*, il sito dedicato del Ministero delle Finanze (che è il vero collettore di tutti i dati dalla programmazione della spesa all'aggiudicazione fino al completamento dell'esecuzione dell'appalto, con relative eventuali variazioni di spesa) e 2) l'osservanza delle *Guides* pubblicate dal *Minister for the Cabinet Office*, paragonabili alle nostre Circolari, ma meno giuridiche e molto più tese a esplicitare le buone pratiche per un *procurement* di qualità.

Tra le ultime *Guides* pubblicate in attuazione delle *Regulations 2015*, vi è quella relativa ai criteri di pre-qualificazione e selezione dei candidati, con l'obbligo, in caso di scelte divergenti in una gara specifica da quelle indicate dal *Cabinet Office*, di formulare una previa *"question"* via e-mail: l'obiettivo dichiarato è quello di rendere la trasposizione un'occasione di miglior accesso delle PMI agli appalti (c.d. *Lord Young reform*) e pur nella estrema libertà gestionale della procedura di aggiudicazione garantire *standards* minimi di trasparenza e concorrenzialità che agevolino l'apertura ulteriore e l'innovazione del già concorrenziale e dinamico mercato inglese degli appalti pubblici.

## **LA DISCIPLINA DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE**

### **FRANCIA**

#### **TRASPOSIZIONE DIRETTIVE APPALTI SETTORI CLASSICI E SPECIALI**

**(D. 2014/24/UE e D. 2014/25/UE)**





Istituto Grandi Infrastrutture

*(Pubblicata al JO il 24 luglio l'Ordonnance n°2015-899 del 13 luglio 2015, assunta dal Governo sulla base della delega dell'art. 47 della legge n° 2014-1545 del 20 dicembre 2014, relativa alla semplificazione e trasparenza del diritto delle procedure amministrative)*

L'*Ordonnance* contiene le norme della trasposizione delle direttive appalti dei settori ordinari e speciali e la disciplina delle cause di esclusione comune a tutti i settori è prevista nel capitolo II - *Procedura di aggiudicazione*, e in particolare: Sez. 5 - *Divieto di partecipazione*, sottosez. 1 - *Cause obbligatorie e generali di esclusione*, sottosez. 4 - *Cause facoltative di esclusione*, art. 48.

L'analisi riguarda dunque l'art. 48, le cause di esclusione facoltative, in cui le direttive concedono una certa facoltà di valutazione agli Stati in sede di recepimento.

L'articolo 48 nella versione che entrerà in vigore dal 1° aprile (e in attesa del decreto applicativo in corso di pubblicazione) prevede testualmente:

**I.** Gli enti appaltanti possono escludere dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico:

1° - I soggetti che, nel corso dei 3 anni precedenti si sono resi colpevoli di comportamenti che hanno creato azioni di danni, sono stati sanzionati con una risoluzione contrattuale o sono stati sanzionati con modalità comparabile ad una mancanza grave o persistente delle loro obbligazioni contrattuali attinenti una concessione o un appalto anteriore.

2° - I soggetti che hanno influenzato indebitamente il processo decisionale dell'ente o hanno tentato di ottenere informazioni confidenziali suscettibili di attribuzione di un vantaggio nell'ambito della procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ovvero hanno fornito false informazioni suscettibili di avere una influenza determinante sulle decisioni d'esclusione, di selezione o di attribuzione.

3° - I soggetti che, per la loro preliminare partecipazione diretta o indiretta alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico, hanno avuto accesso a delle informazioni suscettibili di creare una distorsione della concorrenza in rapporto agli altri candidati, nel caso in cui non si possa porre rimedio altrimenti a tale situazione.

4° - I soggetti verso cui l'ente dispone di elementi sufficientemente probanti o costituenti un insieme di indicatori gravi, seri e concordanti da cui dedurre che è stata conclusa un'intesa con altri operatori economici con l'intento di falsare la concorrenza.



Istituto Grandi Infrastrutture

5° - I soggetti che, in ragione della candidatura, fanno sorgere una situazione di conflitto di interesse, nel caso in cui non vi sia altro modo di porvi rimedio. Costituisce una situazione di conflitto di interesse ogni situazione in cui un soggetto che partecipa allo svolgimento della procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico è in grado di influenzare l'esito, direttamente o indirettamente, verso un interesse finanziario, economico ovvero qualsiasi altro interesse personale che potrebbe compromettere la sua imparzialità o la sua indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione dell'appalto.

**II.** Un operatore economico non può essere escluso in applicazione del I se ha potuto consentire all'ente di stabilire, entro un termine ragionevole e con qualsiasi mezzo, che la sua professionalità e la sua affidabilità non possono più essere rimessi in causa e, se del caso, che la sua partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto non è suscettibile di attentare alla legalità della stessa.

## **SPAGNA**

### **RECEPIMENTO DIRETTIVA APPALTI:**

**Progetto di legge di iniziativa del Ministerio de Hacienda y  
administraciones públicas del 15 settembre 2015**

**1) Cause obbligatorie di esclusione: art. 71**

**2) Cause facoltative di esclusione: art. 72**

*(Apreciación de la prohibición de contratar. Competenza y procedimiento)*

Il Progetto di legge elenca all'art. 71 le cause di esclusione obbligatoria in aderenza all'art. 57 della D. 24; l'art. 72 - *Valutazione della proibizione di contrattare* - riprende le cause di esclusione dell'articolo precedente indicando i limiti di valutazione riconosciuti alla stazione appaltante.

Così, il 1° punto dell'art 72 fa obbligo agli enti appaltanti della valutazione diretta delle circostanze che hanno determinato l'esclusione di cui al punto 1 dell'art. 71, lett. c) (dichiarazioni di insolvenza, di sottoposizione a intervento del giudice e simili in base alla legislazione nazionale), d) (inadempimento agli obblighi fiscali e/o previdenziali ai sensi delle leggi vigenti in caso di imprese con 50 o più addetti per un importo di meno del 2% degli obblighi previdenziali secondo la legge spagnola), f) (sanzione amministrativa definitiva in

base alla legge 38/2003) e h) (causa di incompatibilità per due anni degli alti dirigenti pubblici per attività in imprese operanti nello stesso settore della attività precedente).

Il punto 2 sancisce l'apprezzamento diretto della stazione appaltante per le ipotesi di cui alle lett. a) e b) dell'art. 71, rispettivamente per condanna definitiva per gravi reati e per sanzione erogata in ragione di infrazione grave in campo professionale: nel caso (previsto al 2° c., punto 2) di decisioni senza determinazione della entità e della durata, questa dovrà essere assunta con apposito procedimento in conformità di quanto previsto ai punti successivi del medesimo articolo e dovrà portare ad un atto di dichiarazione del divieto.

Infine, i punti 3, 4 e 6 delineano una procedura di verifica e determinazione che, su iniziativa dell'organo contraente, vede coinvolto il Ministero competente, l'organo responsabile della *Junta Consultiva del Contratación del Estado* (assimilabile all'Albo costruttori) e il Tribunale e/o organo amministrativo erogante la decisione/infrazione amministrativa.

In particolare, nel punto 6 è stabilito il principio per cui in caso di condanna definitiva di natura penale, questa resta quella fissata dalla sentenza del Tribunale e per le eventuali pene accessorie o infrazioni amministrative non completamente definite, queste non possono avere l'effetto di una preclusione superiore a 5 anni dalla data di estinzione della pena, mentre il procedimento declaratorio non potrà avviarsi dopo 3 anni dal termine di estinzione della pena prevista dalla sentenza ovvero 3 mesi per le misure amministrative dall'effettuazione dell'aggiudicazione.

Negli altri casi (punto 7, par. II), non si potrà avviare il procedimento teso a dichiarare l'esclusione dalla possibilità di contrarre trascorsi 3 anni dai seguenti momenti:

- a) erogazione dell'infrazione amministrativa per grave errore professionale;
- b) data di trasmissione delle comunicazioni false o incomplete secondo la lettera b) del par. 1 dell'art. 71;
- c) dalla data della risoluzione del contratto;
- d) dall'aggiudicazione del contratto conseguente alle false notizie che hanno portato al ritiro di altri candidati;
- e) dalla data di venuta a conoscenza della stazione appaltante della notizia della non aderenza alle condizioni speciali richieste al contraente.



Istituto Grandi Infrastrutture

## **BELGIO**

### **Recepimento delle direttive appalti con progetto di legge (DOC 54-1541-001) depositato nella Camera dei rappresentanti il 4 gennaio 2016**

Gli articoli attinenti i motivi di esclusione sono: l'art. 52 - *Conflitto di interessi*; l'art. 66 - *Cause obbligatorie di esclusione*; l'art. 67 - *Motivi di esclusione relativi alle obbligazioni fiscali e previdenziali*; l'art. 68 - *Motivi di esclusione facoltativa* e l'art. 69 - *Misure correttive*.

L'analisi riguarderà in particolare gli artt. 67, 68 e 69.

L'art. 67 traspone l'art. 57, par. 2, e 57, par. 3, della D. 24: il Progetto di legge ne riprende fedelmente il testo prevedendo che, in base al criterio di proporzionalità, 1) l'esclusione sarà obbligatoria per debiti fiscali e/o previdenziali superiori ad una soglia che dovrà essere definita con provvedimento del Re; 2) sempre che l'impresa non vanti un credito certo ed esigibile di analoga natura ed importo (disposizione già presente nella *Arrêté royal* del 15 luglio 2011); 3) la facoltà del par. 3 dell'art. 57 è recepita nella proposta di legge per consentire la regolarizzazione in corso di procedura con dimostrazione dell'avvenuta regolarizzazione da esibire entro un termine di 5 giorni lavorativi; 4) l'accettazione del superamento del termine di comunicazione della regolarizzazione avvenuta nei termini di legge può essere oggetto di valutazione caso per caso da parte dell'ente; 5) il Re determina importi e natura del debito fiscale/previdenziale e le modalità di dettaglio della materia.

Quanto all'art. 68, è sancito che gli enti possono escludere un candidato o un offerente in qualsiasi stadio della procedura nei seguenti casi:

- 1) nel caso in cui l'ente può dimostrare, con qualsiasi mezzo appropriato, la mancanza ad obbligazioni di legge in materia ambientale, sociale o del lavoro;
- 2) nel caso il candidato o l'offerente si trovi in stato di fallimento, liquidazione, cessazione di attività, riorganizzazione giudiziaria ovvero abbia confessato il fallimento o versi in procedura di liquidazione o di riorganizzazione giudiziaria, ovvero in tutte le situazioni analoghe risultanti da una procedura della medesima natura disciplinati da altre regolamentazioni nazionali;
- 3) nel caso in cui l'ente può dimostrare con qualsiasi mezzo appropriato che il candidato possa rimettere in causa la sua integrità;



Istituto Grandi Infrastrutture

- 4) nel caso in cui l'ente disponga di elementi sufficientemente plausibili per concludere che il candidato o l'offerente ha commesso degli atti, concluso accordi o attuato delle intese in vista di falsare la concorrenza;
- 5) nel caso in cui non sia possibile porre rimedio con altri messi meno intrusivi a un conflitto di interesse;
- 6) nel caso in cui non sia possibile rimediare a una distorsione della concorrenza con misure meno intrusive come conseguenza della partecipazione preliminare del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura di gara;
- 7) nel caso siano state constatate carenze gravi e persistenti del candidato o dell'offerente nella esecuzione di una obbligazione essenziale che a lui competeva in occasione di un contratto pubblico antecedente, di un appalto anteriore stipulato con un ente ovvero una concessione anteriore, allorquando tale carenza ha dato luogo a misure d'ufficio, con danni e interessi o altre sanzioni analoghe;
- 8) nel caso di un candidato o offerente che si sia reso colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste per la verifica dell'assenza di motivi di esclusione, ovvero dell'aderenza ai criteri di selezione, ovvero ha nascosto informazioni ovvero non ha potuto presentare i documenti giustificativi richiesti;
- 9) nel caso in cui il candidato o l'offerente abbia tentato di influire indebitamente sul processo decisionale o di ottenere delle informazioni confidenziali suscettibili di fornirgli un vantaggio ingiusto nella procedura di aggiudicazione ovvero di fornire per negligenza informazioni erronee suscettibili di influenzare in modo determinante le decisioni di esclusione, di selezione o di aggiudicazione.

Le esclusioni dalla partecipazione di cui al par. 1 si applicano unicamente per un periodo di 3 anni a partire dalla data del fatto ovvero in caso di infrazione continuata, dalla data della fine della infrazione.

Salvo disposizioni contrarie nei documenti di gara, l'ente non è tenuto a verificare l'assenza di motivi di esclusione in capo ai membri dell'organo amministrativo di gestione o di sorveglianza del candidato o dell'offerente ovvero delle persone che detengono il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo dello stesso.

La relazione allegata al progetto, a commento dell'art. 68, precisa: il recepimento è stato attuato con una generale aderenza al testo della D. 24, salvo alcuni "*ampliamenti*" come nel caso del punto 4) che indica gli elementi atti a determinare la nozione di "*errore professionale*



Istituto Grandi Infrastrutture

*grave*”, anche riferibile ad atti che falsano la concorrenza e che costituiscono motivo di esclusione in base alla legislazione sulla concorrenza.

Quanto al punto 7), la relazione specifica che le carenze contrattuali devono aver portato all’irrogazione di sanzioni in via formale e non solo alla mera constatazione nel processo verbale dell’ente.

### **I CRITERI REPUTAZIONALI**

In Italia si è invocata una legge, in Europa i criteri reputazionali si applicano da sempre nell’esercizio del potere discrezionale di qualificazione/selezione delle imprese.

Il tema dei criteri reputazionali è ritornato di moda a seguito delle discussioni per l’approvazione della delega appalti.

Vediamo allora come è trattato il tema nei principali Paesi dell’Unione europea, dove peraltro non è presente alcuna disciplina legislativa o regolamentare specifica, cioè relativa in modo esplicito ai criteri reputazionali, anche se tali criteri trovano uno spazio, più o meno implicitamente, nelle scelte discrezionali delle stazioni appaltanti.

Infatti, il ricorso anche a tali criteri reputazionali appare strutturalmente collegato al potere discrezionale, più o meno ampio, previsto nei diversi ordinamenti degli Stati membri.

Di seguito, alcuni esempi a dimostrazione dell’affermazione.

In Francia, il *Code des marchés publics* autorizza espressamente le stazioni appaltanti ad invitare alle gare anche PMI non in possesso di tutti i requisiti, ma “*reputate*” idonee alle prestazioni messe in gara e comunque interessanti per il tipo di organizzazione e/o prodotto innovativo proposto.

In Germania, il VOB/A (contenente la disciplina dell’aggiudicazione degli appalti di lavori) impone di affidare soltanto ad offerenti idonei e capaci di eseguire la prestazione, il che significa nello specifico ad appaltatori che normalmente eseguono in proprio senza ricorrere al subappalto, se non per lavorazioni realmente specialistiche. Va da sé, sebbene nessuna norma lo dica esplicitamente, che la qualificazione/selezione operata dalle stazioni appaltanti nelle poche gare non aperte tiene conto anche di tale criterio reputazionale, che nasce dall’esperienza concreta legata all’esecuzione, più o meno diretta da parte dell’appaltatore, delle prestazioni affidate.



Istituto Grandi Infrastrutture

Nel Regno Unito, che pratica prevalentemente gare ristrette (anzi ristrettissime, dato che le *Regulations* riportano la massima secondo cui una gara valida deve farsi con un buon progetto e pochi offerenti motivati, dato che “*molti partecipanti fanno perdere tempo*”), è previsto, tra i criteri di selezione, quello tipicamente reputazionale della preparazione e competenza dello staff tecnico dedicato all’esecuzione, desunto non solo sulla base di dati oggettivi (come la percentuale media di spese di formazione sul fatturato annuo), ma anche soggettivi, come l’attitudine al lavoro di gruppo e alla logica di *partnership* desunta dai colloqui e dalle verifiche pre-concorrenziali avuti dall’ente e/o ricavate da esperienze di successo di altri enti.

Si potrebbe continuare, ma gli esempi riportati relativi a sistemi-Paese di tipo amministrativo, come la Francia, civilistico, come la Germania e di *common law*, come il Regno Unito, paiono sufficienti ad evidenziare quanto affermato all’inizio circa la mancanza di normative specifiche a ciò dedicate, a fronte invece di un’applicazione diffusa dei criteri reputazionali in connessione con l’applicazione dei normali poteri discrezionali.

L’unico sistema strutturato in modo formale sul tema criteri reputazionali risulta essere extraeuropeo, ed è quello della metodologia di *rating* della Banca Mondiale, disposto per misurare il rischio-Paese e valutare la qualità del *procurement* della Pubblica amministrazione destinataria dei fondi.

Si tratta di un sistema con finalità chiaramente diverse, ma ciò che può rendere interessante per tentare un parallelismo è il fatto che tale metodo sia applicato (mutuato dal *Public Financial Management Performance Measurement Framework - June 2005 - PEFA Secretariat - della World Bank*) come normale da lungo tempo da una prestigiosa organizzazione internazionale che opera investimenti annuali di svariate decine di miliardi di dollari attraverso l’affidamento di circa 1500/2000 contratti di appalto/concessione: si tratta di un sistema di *rating* a punti basato su di una complessa serie di indicatori che misura l’efficienza e la trasparenza del *procurement* del sistema-Paese destinatario dei prestiti, dato che sono i Paesi ad avere la competenza diretta ed esclusiva ad espletare le procedure di aggiudicazione del programma di intervento concordati con la Banca.

## **LA QUALIFICAZIONE DELLE IMPRESE NEI PAESI UE,**

### **CON PARTICOLARE RIFERIMENTO A FRANCIA, GERMANIA E REGNO UNITO**

La qualificazione, intesa quale modalità di accertamento dei requisiti dell’impresa per partecipare alle gare e per contrarre con la pubblica amministrazione risulta, in estrema sintesi, riconducibile a due grandi modelli nell’Unione a 28 Stati:



Istituto Grandi Infrastrutture

- a) la qualificazione preventiva obbligatoria delle imprese, che si esprime mediante 2 modalità: 1) l'attestato SOA - l'Italia è l'unico paese nella Ue ad avere tale modalità - e 2) il certificato rilasciato da un Albo a gestione pubblica e relativo ai lavori e ai servizi;
- b) la qualificazione delle imprese gara per gara.

Tale distinzione fa riferimento esclusivo al settore classico degli appalti pubblici, dato che nei settori speciali si riscontra in tutta Europa una diffusa presenza di sistemi di qualificazione preventiva gestiti dalle diverse stazioni appaltanti e relative ai lavori come ai servizi e alle forniture.

**I Paesi a sistema preventivo obbligatorio di qualificazione delle imprese (tipo attestato SOA o certificato Albo costruttori).** La qualificazione preventiva a carattere obbligatorio è radicata prevalentemente nel Sud Europa: oltre che in Italia, la troviamo presente in 6 Paesi Ue e cioè a Cipro, in Grecia, in Spagna, in Portogallo, cui si aggiungono due Paesi continentali, il Belgio e il Lussemburgo.

Si tratta di Stati che sono tutti retti da un sistema amministrativo: la Francia che, pure è Paese a sistema amministrativo per eccellenza, non ha un sistema preventivo di qualificazione obbligatorio né per opere né per servizi.

Detti sistemi preventivi obbligatori hanno caratteristiche largamente simili tra di loro e in genere riconducibili a criteri propri anche al nostro sistema imperniato sul certificato dell'Albo costruttori precedente al sistema Soa.

**Il sistema di qualificazione gara per gara.** Come accennato, nella maggior parte dei Paesi UE (compresi tutti i più grandi: dunque per circa il 70% del mercato unico), la qualificazione è gestita gara per gara dalle singole stazioni appaltanti con esame del dossier di qualificazione dell'impresa candidata o offerente: l'esame che normalmente operano le stazioni appaltanti consiste il più delle volte in una valutazione di sostanza dei requisiti dell'impresa ben prima che di pura forma, nel senso cioè che è teso a verificare le reali capacità e le effettive competenze ad eseguire la prestazione prevista dal bando. La verifica sarà dunque condotta con ogni mezzo: esame della documentazione prodotta sulle caratteristiche e specializzazioni aziendali, valutazione dei certificati di esecuzione dei lavori e di quelli analoghi in particolare, ma anche valutazione delle informazioni sull'organizzazione e affidabilità aziendale proveniente da ogni fonte (anche giornalistica) e di norma sarà estesa allo staff tecnico indicato per l'opera e agli eventuali subappaltatori con le loro maestranze previsti per l'esecuzione.

Insomma, volendo sintetizzare l'approccio dell'analisi ai *dossiers*, si tratta nei diversi sistemi-Paese di una valutazione più sostanziale che formale, condotta con una logica vicina a quella usualmente utilizzata in campo privato per scegliere un fornitore. Ciò implica un esercizio di



facoltà valutative ampiamente discrezionali e pur tuttavia il contenzioso resta a livelli fisiologici in quasi tutti i Paesi Ue che utilizzano tale sistema.

La qualificazione gara per gara avviene anche in un Paese come la Francia, campione del diritto amministrativo e della centralizzazione statale, che non ha un sistema preventivo obbligatorio ed effettua la qualificazione gara per gara, anche se le certificazioni delle imprese e dunque l'attestazione della loro qualificazione (rilasciate da organismi privati o parapubblici) con evidenziazione e valutazione delle capacità ed esperienze delle imprese nelle diverse prestazioni sono molto diffuse e normalmente richieste nei bandi di gara restando però facoltative (il più famoso è il certificato OPQCB). Il *Code des marchés public* non disciplina in modo specifico la materia, ma varie *Circulaire* da sempre inibiscono la possibilità di escludere le imprese per mere carenze formali e comunque mai prima di avere avuto il contraddittorio con l'interessato per cercare di porvi rimedio.

**Che cosa regola l'accesso al mercato nei sistemi di qualificazione gara per gara.** In estrema sintesi, si può dire che due sono i fattori essenziali, strettamente interconnessi e largamente comuni alla maggioranza di tali paesi UE, che regolano l'accesso al mercato:

- 1) competenza, discrezionalità e responsabilità della stazione appaltante;
- 2) centralità del progetto, degli atti tecnici di gara e del contratto.

A questi si deve aggiungere un terzo fattore, non direttamente connesso alla qualificazione, ma ad essa correlato in termini di contesto complessivo di mercato: la programmazione e la razionalizzazione della spesa, anche attraverso la riduzione del numero delle stazioni appaltanti e del numero delle gare (mediante il sempre più vasto ricorso agli accordi quadro).

Quanto ad 1): competenza, discrezionalità e responsabilità delle stazioni appaltanti.

La centralità del dato della competenza, responsabilità e discrezionalità delle stazioni appaltanti è determinante per capire il buon funzionamento della qualificazione gara per gara, al pari dell'importanza attribuita a tale ruolo dai vari Governi e che trova una conferma esemplare in Francia, che contempla nel vigente *Code des marchés publics* tre norme specifiche sul punto:

- 1) l'obbligo di suddivisione in lotti degli appalti, per favorire le PMI e insieme per spingere le stazioni appaltanti a svolgere compiti tecnici di coordinamento e di controllo;
- 2) la responsabilizzazione della P.A. sempre dotata di vasti poteri decisionali, compresa la discrezionalità negli inviti alle gare, inviti estensibili, nel caso di PMI, anche a chi non ha tutti i requisiti previsti dal bando, purché dimostri alla stazione appaltante di

possedere le capacità e i tecnici adatti alla prestazione messa in gara;

- 3) l'ampliamento legislativo dell'utilizzabilità del dialogo competitivo anche nel sottosoglia, per allenare le stazioni appaltanti alla negoziazione, che conta una lunga tradizione oltralpe, essendo la procedura negoziale considerata la procedura più delicata e complessa, ma, se ben gestita, la migliore in termini di efficienza.

Altro esempio viene dal Regno Unito che nelle sue *"Regulations 2015"* di trasposizione delle direttive UE e ancor più nelle tante Guide pratiche *"consiglia"* di svolgere solo gare ristrette, da aggiudicare soltanto all'offerta economicamente più vantaggiosa (formula questa obbligatoria per legge per gli enti locali dagli anni '90), giustificando tale indicazione con il motivo che "una valida concorrenza espressa nel principio base del *best value for money* si fa con pochi affidabili offerenti: 3/5 sono sufficienti, mentre più di 5/8 fanno sprecare tempo e soldi" e, soprattutto, perché vale il principio che *"la concorrenza è assicurata da un buon progetto e da documenti tecnico-contrattuali adeguati"*.

**Cenni sulla selezione alle gare ovvero la discrezionalità nei vari Paesi.** Collocando i Paesi UE su di un'ideale scala di minore/maggiore discrezionalità nella scelta delle imprese, possiamo distinguere, in prima approssimazione, tre gruppi:

- 1) Paesi a discrezionalità sostanzialmente nulla, come Belgio, Spagna e Portogallo;
- 2) Paesi con discrezionalità marcata, come Francia;
- 3) Paesi a discrezionalità molto marcata come Regno Unito, Olanda, Danimarca, Paesi nordici e dell'Est.

Da notare che i Paesi in 1) e 2) sono quelli a sistema amministrativi, in 3) invece a sistema civilistico/*common-law*).

In posizione particolare la Germania, che non utilizza se non marginalmente le gare ristrette, ma opera una selezione *"implicita"* nelle gare aperte mediante l'estrema precisione progettuale e completezza degli atti tecnici di gara, che costringe gli offerenti a *"selezionarsi"* da soli per essere concorrenziali.

In via generale, possiamo dire che al crescere della discrezionalità, troviamo un parallelo incremento della responsabilità in capo alla stazione appaltante ed in senso lato a tutte le parti contrattuali per i compiti di rispettiva competenza, accompagnato da una attenzione costante alla precisione e completezza tecnica.

Inoltre, alcuni Paesi praticano politiche mirate di qualificazione della spesa che hanno



Istituto Grandi Infrastrutture

un'incidenza anche sulla selezione nelle gare: oltre alla Francia di cui già si è detto, la Germania pratica diffusamente la suddivisione in lotti delle opere e nelle poche procedure ristrette che svolge seleziona le imprese da invitare anche in base al minor ricorso al subappalto nonché alla qualità ed affidabilità dei subappaltatori normalmente utilizzati.

Infine, il Regno Unito con la logica sempre più diffusa del c.d. "*collaborative procurement*" (cioè di un *procurement* che ha superato la logica dell'appalto tradizionale caratterizzato da ruoli contrapposti stazione appaltante/appaltatore) punta decisamente alla selezione delle imprese (essendo la quasi totalità delle sue gare, gare ristrette), scegliendole tra quelle più propositive e dotate di staff tecnici e gestionali ad alta capacità innovativa, ritenendo che l'aspetto decisivo non sia tanto il prezzo offerto quanto il tasso di innovazione espresso nell'offerta.

## **LA RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE**

### **FRANCIA**

#### **LA COMPOSIZIONE AMICHEVOLE DEI LITIGI**

L'art. 27 del *Code des marchés publics* prevede la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici/poteri aggiudicatori di fare ricorso alla composizione amichevole dei litigi. In realtà, la relativa *Circulaire* del 19 dicembre 2009 (*Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*) enumera tre diversi dispositivi: 1) la conciliazione, 2) l'arbitraggio, 3) i Comitati per l'amichevole composizione dei litigi.

Quest'ultimo dispositivo è quello che probabilmente vede sul piano pratico la maggiore estensione, almeno secondo i dati 2013 del Ministero, forse anche per il suo carattere gratuito.

I Comitati di composizione amichevole (CCRA) sono organismi consultivi di conciliazione che possono essere investiti di ogni tipo di litigio intervenuto nel corso dell'esecuzione del contratto. Questi Comitati non sono giurisdizioni e neppure istanze arbitrali: emettono pareri che l'amministrazione è libera di seguire o meno, così come l'aggiudicatario. Sono interpellati in via facoltativa, anche se il contratto di appalto può rendere il ricorso a tali Comitati obbligatorio. Possono essere interpellati sia dall'appaltatore che dalla stazione appaltante per ogni tipo di litigio connesso all'esecuzione dell'appalto affidato secondo il Code.

È previsto un Comitato nazionale per i contratti affidati centralmente dallo Stato e, per tutti gli altri, sette Comitati locali per gli enti locali e per gli altri enti di ambito locale, dislocati a



Istituto Grandi Infrastrutture

Parigi, Versailles, Nantes, Bordeaux, Lione, Nancy e Marsiglia e competenti per i relativi territori.

La domanda di parere accompagnata dalla memoria esplicativa dei motivi del litigio e del contratto può essere inviata in cartaceo e/o per e-mail.

Il Presidente del Comitato investito della richiesta istruisce la pratica, che può essere completata e corretta a richiesta: la domanda è gratuita e solo le spese di riproduzione degli atti per i componenti del Comitato devono essere rimborsate.

La richiesta di composizione al Comitato trasmesso nei modi dovuti e non dichiarata irricevibile dal Presidente, produce la sospensione dei termini di ricorso giurisdizionale fino alla notifica del parere del Comitato.

Il parere del Comitato si deve basare su di un criterio di soluzione amichevole e equa e non solo sul diritto (art. 12 del Code e *décret* n° 2010-1525 dell'8/12/2010).

I Comitati sono organismi paritetici presieduti da un membro delle giurisdizioni amministrative o contabili e sono costituiti da rappresentanti delle amministrazioni e degli organismi professionali degli imprenditori.

Secondo l'art. 8 del citato decreto n° 2010-1525, il CCRA deve fornire il parere entro il termine massimo di 6 mesi, termine prolungabile di un solo mese a titolo eccezionale con decisione motivata dal Presidente.

Se le parti decidono di accettare il parere, possono giungere a una transazione, con sottoscrizione di una variante al contratto.

### **IL "SAPER TRANSIGERE" DELLA P.A.: LA CIRCULAIRE DELLA DAJ**

La *Direction des affaires juridiques* istituita presso il Ministero delle Finanze e degli Affari economici è, dalla Rivoluzione del 1789, l'Organo di rappresentanza e difesa dello Stato in giudizio.

Con tale autorità di ruolo, la DAJ si esprime in forma moderna appoggiando caldamente il ricorso alla transazione attraverso una riconosciuta competenza.



Istituto Grandi Infrastrutture

Proprio la nuova direttrice della DAJ, Catherine Bergeal, consigliere di Stato, ha redatto una *Circulaire* datata 6 aprile 2014 in cui si invitano le P.A. a sviluppare correttamente il ricorso alla transazione per regolare le divergenze in via amichevole.

La *Circulaire* si colloca in un tradizionale filone di pensiero che risale agli anni '90 con una famosa presa di posizione del supremo organo giurisdizionale amministrativo, il Consiglio di Stato, dal titolo "*Règles autrement les conflits*".

Come è sancito nella citata *Circulaire*, saper transare significa, innanzitutto, saper riconoscere i propri errori, cosa che la stessa *Circulaire* evidenzia quale cosa *pas évident* per degli enti abituati al ruolo decisionale e protetti in modo significativo nella fase decisione e procedurale.

Innanzitutto, viene riconosciuto in via generale alla transazione il duplice effetto della rapidità della soluzione dei conflitti e dell'ottimizzazione nell'uso del denaro pubblico. Pertanto, la Circolare invita caldamente (che nel contesto transalpino equivale ad un quasi-obbligo di legge!) le P.A. "*in tutti i casi di lamentela fondata (sul piano giuridico) a ricorrere alla transazione*". Le parole utilizzate sono eloquenti: "*l'administration s'honore en entrant, sans tarder, dans un de marche transactionnelle, sans contraindre les intéressés à saisir le juge*".

La transazione è dunque un modo onorevole di riparare ai propri errori e di spendere al meglio i denari pubblici: nel merito, il titolo 1.3.4.1 della Circolare tratta delle reciproche concessioni che caratterizzano la transazione, che devono essere fondate sui principi elaborati al riguardo dalla giurisprudenza: sarà infine il giudice a verificare "*la reciprocità e l'equilibrio*" di tali concessioni secondo una giurisprudenza pluridecennale culminata nella decisione in plenaria del *Conseil D'Etat* 11 luglio 2008, società Krupp e Hazemag.

## **LA RISOLUZIONE AMICHEVOLE DEL CONTENZIOSO IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI**

La Circolare del Primo Ministro del 6 aprile 2011 relativa allo sviluppo del ricorso alle transazioni amichevoli tra Pubblica Amministrazione e privati rappresenta la base formale e sostanziale dell'indirizzo consolidato negli anni dei diversi Governi e del Consiglio di Stato in materia di risoluzioni amichevoli del contenzioso.

Per prevenire il sorgere di contenzioso della Pubblica Amministrazione in materia di contratti pubblici già nella metà degli anni '90 sia il Governo che il supremo organo di giustizia amministrativa avevano spinto per il ricorso più ampio possibile alla risoluzione amichevole: la transazione è dunque indicata come la via maestra che consente di evitare un contenzioso costoso per tutti e di comporre rapidamente i conflitti. Inoltre, consente di limitare il rinvio



Istituto Grandi Infrastrutture

giurisdizionale soltanto ai casi aventi un reale contenuto di complessità giuridica che necessita dell'intervento del giudice.

Da qui il rinnovato invito del Primo Ministro a considerare con serietà il ricorso alla transazione in materia di contratti pubblici secondo le buone pratiche indicate nella *Circulaire* del 7 settembre 2009, cui si richiama quella sopra citata.

I principi generali in materia di transazioni sono così riassumibili:

- 1) la transazione deve avere la forma di contratto scritto;
- 2) tre sono le forme tecniche della transazione: conciliazione, mediazione e arbitrato.

Le prime due sono forme di regolazione amichevole delle controversie prima dell'insorgere o del concludersi di procedure giurisdizionali.

L'arbitrato è invece una modalità propriamente giurisdizionale di regolamentazione dei conflitti: in generale, i soggetti pubblici non vi possono ricorrere salvo che nei casi tassativi di cui all'art. L311 del Codice della Giustizia amministrativa, di cui il caso principale è il contratto internazionale.

La transazione in forma di conciliazione o di mediazione deve comportare delle concessioni reciproche: la giurisprudenza è costante su tale aspetto sostanziale, secondo cui

- 1) le concessioni tra le parti devono essere reali, anche se
- 2) non necessariamente equivalenti; ma sempre
- 3) equilibrate e reciproche.

Il giudice amministrativo tradizionalmente si muove nella logica della valutazione delle concessioni che la parte pubblica accetta o propone alla parte privata sanzionando la mancanza palese di equilibrio di tali concessioni, pur riconoscendo sempre un importante margine di manovra al contraente pubblico (da ultimo: *Conseil d'Etat* - CE, Ass. 11 luglio 2008, société Krupp Hazemag).

## **POLONIA**

### **IL SISTEMA DEI RICORSI**



Istituto Grandi Infrastrutture

Il sistema dei ricorsi è stato istituito con il *Public Procurement Act* del 1994 e consente l'impugnativa di qualsiasi contratto di valore superiore a 30.000 € prima in via arbitrale e poi giurisdizionale.

Nel momento in cui il ricorso è presentato, l'amministrazione aggiudicatrice deve sospendere la stipula del contratto.

In prima battuta, l'offerente può presentare ricorso al Capo dell'Ufficio del *Public Procurement* (PPO) contro la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice e può procedere in appello se entro 7 giorni non ha ottenuto risposta o risposta negativa.

L'appello va presentato allo stesso PPO (collegio costituito da 3 arbitri scelti dal *Chairman* del PPO tra quelli iscritti nell'apposito registro e nominati uno dal ricorrente, uno dall'ente e uno dal *Chairman*, che nomina anche il Presidente), che è tenuto a decidere in forma collegiale entro 14 giorni.

Il Collegio arbitrale decide anche sulle spese ed ha poteri coercitivi verso la P.A.

Entro 30 giorni dalla emanazione della decisione del Collegio, ciascuna parte può impugnare la decisione davanti alla Corte, chiedendone l'annullamento.

## **LA QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI**

### **AUSTRALIA**

#### **LA DISCIPLINA DEL PROCUREMENT DELLO STATO DEL SOUTH AUSTRALIA - SA E L'ACCREDITAMENTO DELLE STAZIONI APPALTANTI (AGENCIES)**

Sotto il profilo della qualificazione delle stazioni appaltanti, non si rinvencono tracce di alcuna disciplina nei Paesi Ue. Pertanto, un punto di riferimento può essere rintracciato solamente nell'esperienza australiana.

Lo Stato del South Australia - SA (Capitale: Adelaide; 2 milioni di abitanti; territorio vasto all'incirca quanto l'Italia; spesa in appalti negli ultimi anni oscillante intorno ai 4 miliardi di dollari AU/anno) dispone di una propria legislazione sul *procurement* in linea con i principi e le *Guidelines* dello Stato Federale (da notare che l'Australia conosce le direttive UE, come le altre normative internazionali, ma non essendo membro di organismi internazionali con



Istituto Grandi Infrastrutture

vincoli relativi al *procurement* - è solo osservatore dell'Organizzazione mondiale del Commercio - WTO non ne tiene conto in modo vincolante, pur aderendo integralmente ai principi ispiratori delle direttive UE).

Tale legislazione statale presenta natura di normativa attuativa e si basa su poche norme (circa un centinaio) e varie *Guidelines* (una decina le principali) emanate da un apposito organismo - *State Procurement Board* - *SPB* - indipendente (i cui membri sono nominati in base a criteri oggettivi di competenza dal Parlamento dello Stato sulla base di un accordo tra forze di governo e di opposizione).

L'*SPB* è titolare della responsabilità tecnica della pianificazione strategica e operativa del *procurement* dello Stato ed opera in collaborazione con il Ministero del Tesoro e delle Finanze.

Tra i vari compiti dell'*SPB* vi è quello fondamentale dell'*Accreditation* delle *Agencies* che sono chiamate ad operare in concreto come soggetti attuatori del *procurement* dello Stato e che quindi rivestono un ruolo centrale nel sistema.

Nei vari atti normativi e nei documenti di indirizzo si ribadisce che, al di là delle normative - *rules* - sostanziali e procedurali proprie dei vari enti centrali e periferici, l'elemento essenziale per realizzare un *procurement* valido e anche innovativo è costituito dalla diretta responsabilità delle stazioni appaltanti, che devono assumersi in pieno le conseguenze delle proprie scelte.

A tal fine sono soggette a verifica tecnica-organizzativa-gestionale, diretta a poter ottenere l'autorizzazione preventiva (*procurement qualification*) a svolgere l'attività di *procurement*.

Al riguardo occorre evidenziare che l'operare tramite accreditamento delle *Agencies* rappresenta una lunga tradizione australiana che nello Stato del South Australia è diventata disciplina legislativa organica strettamente connessa all'istituzione dell'*SPB*.

In pratica, *SPB*, seguendo una procedura disciplinata in apposita *Guidelines*, attribuisce la *capability* alle varie *Agencies* per l'attribuzione degli appalti, provvedendo alla sua conferma o meno di norma ogni 4 anni attraverso una procedura di verifica dell'operato che porta al nuovo accreditamento (per importi e categorie (di rischio) di appalti).

Ciò implica che, per i 4 anni di validità dell'accreditamento, l'*Agency* mette in atto le procedure di *procurement* senza controlli preventivi per tutti gli appalti entro il limite di valore e di categoria (di rischio) dell'appalto cui si riferisce la propria *capability*.

Invece, se intende operare per appalti oltre il valore autorizzato o per tipologie di appalti a forte complessità e quindi con rischio superiore a quanto accreditato, deve preventivamente





Istituto Grandi Infrastrutture

chiedere l'autorizzazione al *Board* presentando un piano di gestione di tale appalto con indicazione del responsabile e delle competenze tecniche, finanziarie e legali che si intendono attivare per far fronte alle maggiori difficoltà legate a tale *procurement*.

Una volta acquisita la richiesta, il *Board* valuta i requisiti in possesso dell'*Agency* e decide anche sulla base dei *Reports* annuali sull'attività svolta che tutte le *Agencies* devono inviare in forma dettagliata e può autorizzare il (singolo) *procurement* anche imponendo condizioni, come l'avvalersi di uno o più consulenti aventi determinati requisiti ovvero di operare per *steps* procedurali distinti, ciascuno dei quali dovrà essere sottoposto all'autorizzazione preliminare del *Board*.

I criteri ed i requisiti specifici di accreditamento dell'*Agency* sono contenuti nel documento dello *State Procurement Board* intitolato *Market Analysis and Acquisition Strategy Guidelines*, capitolo *Public Authority Requirements* (Requisiti delle Pubbliche Autorità), dove è previsto:

- 1) per appalti di importo pari o superiore a 1,1 ml di dollari australiani, l'utilizzo facoltativo del modello di analisi di mercato contenuta nell'indicata *Guideline*;
- 2) per appalti di importo oltre la soglia di 4,4 ml di dollari australiani, l'obbligo per tutte le Autorità pubbliche, di utilizzo del modello di analisi definito nella citata *Guideline* per garantire lo sviluppo di una adeguata strategia di acquisizione di forniture, servizi e lavori.

Inoltre, se l'impatto sulle "caratteristiche" del mercato del bene, servizio o lavoro oggetto dell'appalto risulta significativo, le *Agencies* devono dimostrare di aver sviluppato una analisi specifica relativa a tali caratteristiche del mercato attinente l'appalto da aggiudicare.

*"Tale analisi dovrà essere sviluppata da personale con competenze specifiche di procurement professionale e non da personale generico della P.A. solo marginalmente coinvolto nelle tematiche delle procedure del procurement [...]. Qualora tale personale non sia rinvenibile all'interno della struttura l'autorità pubblica è tenuta a reperire tali competenze con altri mezzi appropriati".*

La qualificazione delle autorità contraenti si basa dunque essenzialmente sulla dimostrazione di competenze tecnico-gestionali e di conoscenze del mercato attinenti gli appalti: in particolare, deve riguardare, come specificato nel Cap. *Introduzione all'Analisi del Mercato*, le strutture (della produzione e distribuzione), i dati di settore, i fornitori/imprese attive nel mercato, la regolamentazione specifica dell'oggetto dell'appalto e la competizione (natura, livello, sviluppo ecc.).



Istituto Grandi Infrastrutture

Lo sviluppo della conoscenza del mercato è considerato essenziale per una corretta ed efficace strategia di acquisizione di beni, servizi e lavori che si deve fondare sui seguenti aspetti:

- 1) scelta adeguata della modalità di gara;
- 2) scelte progettuali coerenti con le esigenze della P.A. e delle condizioni di mercato;
- 3) individuazione delle prescrizioni di capitolato;
- 4) previsione delle corrette condizioni di gestione/manutenzione;
- 5) scelta dei criteri di aggiudicazione, con preferenza per criteri di costo/qualità e di costi nell'intero ciclo di vita piuttosto che di puro prezzo;
- 6) scelta dei materiali da prescrivere anche in rapporto alle più recenti innovazioni presenti sul mercato statale o nazionale ecc.

Elemento essenziale che accompagna questo complesso approccio analitico che deve sorreggere le scelte di *procurement* da esplicitarsi nell'apposito *report* (obbligatorio per ogni appalto) è la valutazione del rischio cui si sottopone con tale appalto l'Agency, da svilupparsi secondo vari punti di valutazione indicati nella *Guideline*.

Nel definire il livello di competenza di ciascuna *Agency* quale base per l'attribuzione del livello di accreditamento, il *Board* esamina i *reports* dei singoli appalti degli ultimi anni (raffronto tra analisi preliminari effettuate dall'*Agency* e dati a consuntivo dell'appalto nonché *report* sull'attuazione finale dell'appalto), valuta la completezza e coerenza degli stessi e l'aderenza ai risultati effettivi ottenuti negli ultimi 3/5 anni, oltre ad esaminare i *curricula* dei responsabili e dei singoli membri degli *staff* preposti agli uffici di *procurement* delle varie *Agencies*.