

**Audizione presso la Commissione 8va - Lavori pubblici, comunicazioni del Senato della Repubblica sulle proposte di direttiva della Commissione UE nn. 895, 896 e 897 def. in materia di appalti e concessioni di lavori pubblici, forniture e servizi**

Roma, 8 maggio 2012<sup>1</sup>

1. Numerose e importanti sono le novità contenute nelle proposte della Commissione europea di revisione delle direttive in materia di appalti pubblici del 2004 ed in quella, nuova, in materia di aggiudicazione delle concessioni.

Un migliore quadro giuridico in materia di appalti e concessioni può certamente 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 viepiù ridotte.

In linea generale, quindi, l'autorità condivide l'auspicio della Commissione circa l'utilizzo degli appalti pubblici a sostegno di altre politiche, nella convinzione che l'"uso strategico" di questi istituti sia particolarmente funzionale a promuovere l'innovazione.

In tal senso, le novità contenute nelle tre proposte, soprattutto lo sforzo chiarificatore compiuto in relazione alla maggiore definizione di numerose fattispecie, possono essere ritenute, nel loro complesso, certamente positive, anche perché attuano un giusto bilanciamento tra le priorità dovute alle restrizioni di bilancio con l'esigenza, ineliminabile, di garantire l'efficacia delle commesse pubbliche.

E' senz'altro positivo, dunque, 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, incentivando una maggiore 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 - come i cataloghi elettronici, gli appalti comuni occasionali e gli appalti comuni tra amministrazioni aggiudicatrici di stati membri diversi -, nonché, soprattutto, l'obbligo di recepire

<sup>1</sup> Deve preliminarmente richiamarsi il documento di posizione dell'Autorità già trasmesso al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Ministri per gli Affari Europei e per la Coesione Territoriale, ed ai Presidenti delle Commissioni VIII della Camera e del Senato, che per comodità si allega alla presente sintesi.

Si ritiene, altresì, auspicabile che il Parlamento partecipi attivamente alla fase di definizione dei testi delle nuove direttive anche mediante atti rivolti direttamente alle istituzioni comunitarie. Si rammenta, al riguardo, che i termini per la presentazione di emendamenti in sede prima lettura sono fissati, rispettivamente, per l'8 giugno 2012 per la proposta di direttiva in materia di appalti, e per il 3 ottobre 2012 per la proposta di direttiva in materia di concessioni.

nel diritto interno le disposizioni in materia di accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione e centrali di committenza.

Tali previsioni vanno nel senso di una necessaria razionalizzazione e maggiore efficienza della struttura della domanda pubblica a livello comunitario, in maniera strumentale rispetto all'obiettivo della piena valorizzazione del potenziale del mercato unico.

Le proposte fanno seguito ad un ampio procedimento di consultazione, sia in tema di appalti che di concessioni, al quale l'Autorità ha preso attivamente parte.

2. Riveste indubbia valenza la previsione nella proposta originaria, della costituzione obbligatoria di un "organo unico indipendente" responsabile, a valle del recepimento delle direttive, della vigilanza e del coordinamento delle attività di attuazione.

Tale previsione, tuttavia, è stata oggetto di importanti modifiche nel negoziato in corso, presso il Gruppo appalti del Consiglio europeo, a seguito della non condivisione delle stesse da parte della maggioranza delle delegazioni degli Stati membri. Le posizioni emerse, ove confermate, comporterebbero la sostanziale soppressione dell'art. 84 arrecando un grave vulnus dell'impianto stesso della direttiva, così come costruito e pensato dalla Commissione europea.

L'Autorità, quindi, non può che esprimere il proprio rammarico per lo stato del negoziato sul punto.

Infatti, la istituzione di un centro unitario di tutela dei valori della concorrenza, della correttezza e della trasparenza degli operatori pubblici, cui sono riconducibili i compiti assegnati all'organo indipendente, è parte di un disegno strategico volto ad assicurare la reale ed uniforme apertura del mercato europeo degli appalti pubblici.

In tal modo, tutti i soggetti, pubblici e privati, potranno rapportarsi ad un'unica autorità di settore, la quale non può che essere specialistica, alla luce dell'elevata diversificazione del mercato dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con particolare riferimento alle esigenze di investimenti con pianificazioni a lungo termine, programmazione a breve termine, studi di fattibilità, analisi costi/benefici, procedure di affidamento, progettazioni, realizzazioni, controlli di tempi/costi/qualità, collaudi, manutenzioni.

La concreta efficacia delle norme comunitarie dipende, in effetti, dal grado di osservanza che tali norme e procedure trovano nella prassi quotidiana delle singole amministrazioni e, quindi, sostanzialmente, dalla funzionalità dei meccanismi e degli strumenti intesi a favorirne la piena applicazione mediante il puntuale controllo, il monitoraggio e l'interdizione dei comportamenti adottati in loro violazione.

Di qui, l'importanza della previsione originaria delle nuove proposte di direttive: maggiori garanzie, rispetto ai meccanismi e agli strumenti attualmente previsti, delineando un sistema di controlli esterni alle amministrazioni aggiudicatrici, attivabili d'ufficio o su segnalazione di soggetti interessati.

Il modello prescelto permette di controllare efficacemente le procedure di affidamento e di esecuzione dei lavori, al di fuori delle ingerenze politico-amministrative. Ecco, quindi, l'importanza dell'elemento dell'indipendenza e dell'autonomia rispetto agli interessi in gioco nel settore di mercato, sul quale l'organo esplica la propria funzione di vigilanza

Il compito fondamentale dell'"organo unico indipendente" è quello di verificare i comportamenti delle amministrazioni aggiudicatrici nell'applicazione delle direttive: tale vigilanza non è fine a se stessa, ma ha, nel tempo, le caratteristiche di una vigilanza funzionale a garantire il conseguimento delle finalità considerate dalle direttive e, cioè, la qualità, economicità, efficienza e trasparenza del public procurement.

La reale portata innovativa delle previsioni della direttiva risiede, inoltre, nella circostanza che detta vigilanza è preordinata a svolgere qualificanti funzioni di *reporting* nei confronti della Commissione.

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 l'Autorità già si avvale nello svolgimento delle proprie attività, che sono state ritenute rilevanti anche ai fini della semplificazione e della riduzione degli oneri gravanti su stazioni appaltanti ed imprese.

Nel contesto della riforma, inoltre, La Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, si connota quale importante strumento al servizio della corretta applicazione del diritto europeo. Particolarmente rilevanti in tal senso devono considerarsi le disposizioni relative ai motivi di esclusione, alle autocertificazioni, ove la Commissione europea pone in evidenza l'esigenza di un efficace e rapido scambio delle relative informazioni tra i Paesi membri, oltre che tra amministrazioni ed operatori nazionali. Le modalità operative che i Paesi membri potranno in essere per lo scambio di tali informazioni, incideranno, certamente, in modo significativo sul mercato transfrontaliero di settore.

L'organo di vigilanza ha rilevanti compiti di monitoraggio e raccolta informazioni. In tal modo, il ruolo di garanzia di una "effettiva concorrenza" viene inteso non solo in senso statico, come interventi di ripristino a seguito di violazioni, ma anche dinamico, per l'adozione di misure pubbliche volte allo sviluppo del mercato e all'instaurazione di assetti concorrenziali, in particolare all'esito della rilevazione di criticità.

3. Occorre, infine, sottolineare come sia espressamente previsto che le amministrazioni aggiudicatrici debbano conformarsi alle decisioni dell'organo di vigilanza od, in mancanza, motivare; è inoltre prevista la legittimazione ad agire in giudizio, nel nostro ordinamento prevista per l'Autorità garante della concorrenza.

Tali disposizioni rafforzano 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 attenervisi, 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.

4. Nel settore delle concessioni la direttiva 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, si può rilevare che, se le concessioni fossero effettivamente sottratte alla competenza dell'organo di vigilanza, vi sarebbe una asimmetria di regolazione che, di per sé, non appare condivisibile. 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.

Per motivi analoghi, è auspicabile l'estensione ai settori speciali.

E' poi di grande importanza l'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. 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 Italia (atto di segnalazione n.1 del 2012).

5. Per quanto riguarda gli obiettivi perseguiti con la proposta di direttiva, occorre sottolineare che diverse disposizioni sono volte ad introdurre una maggiore flessibilità delle procedure di aggiudicazione.

Tali misure vanno dall'ampliamento degli strumenti a disposizione delle stazioni appaltanti, alla riduzione dei termini procedurali, fino all'introduzione di un regime semplificato per le amministrazioni locali. In particolare, con riguardo alle procedure di aggiudicazione, oltre alle procedure ordinarie, sussiste la facoltà – e non l'obbligo – per gli Stati membri di prevedere altre tre tipologie di procedure: la procedura competitiva con negoziato, il dialogo competitivo ed i partenariati per l'innovazione.

I casi in cui è possibile ricorrere alla procedura competitiva con negoziato ed al dialogo competitivo sono i medesimi e sono più ampi rispetto al passato.

L'obiettivo strategico di approntare strumenti di negoziazione più snelli è condivisibile, sottolineando, però, la necessità di coniugare la maggiore flessibilità con una maggiore

trasparenza da assicurarsi in tutte le fasi del contratto, fin dalla programmazione delle esigenze di spesa dell'amministrazione.

Soprattutto in presenza di azioni rigorose di contenimento delle spesa pubblica, è, infatti, opportuno che la riforma delle direttive e la costituzione di un quadro unico per i contratti di concessione diventi un'occasione per riflettere sui limiti di un approccio basato in maniera prevalente sulla semplificazione procedimentale, che rischia, se estremizzata e non adeguatamente controbilanciata, di creare spazi di discrezionalità eccessiva.

La maggiore libertà di azione non deve, quindi, costituire un fine in sé, ma deve essere funzionale al raggiungimento di obiettivi strategici e va "governata" nell'ambito di un sistema di cautele volte ad assicurare un adeguato livello di controllo e prevenire abusi.

Le nuove disposizioni esigono una amministrazione forte capace di individuare quali siano i bisogni e le esigenze della collettività cui occorre dare risposta e di tradurli in atti di programmazione lineari ed efficaci: dalla capacità e competenza dell'amministrazione derivano, in definitiva, le possibilità di costruire partnership tra pubblico e privato destinate al successo sia da un punto di vista imprenditoriale che da un punto di vista sociale e strategico.

Nell'ambito della razionalizzazione del sistema di approvvigionamento pubblico, un deciso impulso viene dato agli strumenti di aggregazione della domanda, pur preservando le possibilità di accesso al mercato da parte delle piccole e medie imprese alle quali è dedicata particolare attenzione (si vedano, ad esempio le disposizioni in tema di pagamento diretto ai subappaltatori, di incentivo alla suddivisione degli appalti in lotti, di limite al fatturato che può essere richiesto per la partecipazione alle gare).

Al fine di non vanificare i vantaggi conseguibili mediante tali strumenti, il regime semplificato per gli acquisti delle amministrazioni locali, dovrebbe essere tuttavia maggiormente strutturato, prevedendo delle condizioni di applicabilità ulteriori rispetto al mero status di amministrazione locale, soprattutto in considerazione dell'ingente mole di risorse pubbliche gestite da tali centri di spesa.

Potrebbe, a tale fine, essere utile realizzare un sistema efficiente di formazione tecnico-professionale dei funzionari degli enti locali addetti all'affidamento degli appalti, affinché possano più efficacemente essere sottratti ad ogni forma di distorsione della concorrenza.

6. Un equilibrio soddisfacente tra flessibilità, trasparenza e controllo dell'azione amministrativa può essere conseguito mediante la previsione di obblighi di trasparenza pervasivi in capo alla pubblica amministrazione (ad esempio, pubblicazione on line della lista degli operatori invitati alla negoziazione, implementazione di sistemi di open data per il monitoraggio degli appalti pubblici e la prevenzione di conflitti di interesse), aggiuntivi rispetto all'accesso libero e gratuito per via elettronica alla documentazione di gara, contemplato nella proposta originaria.

Ciò consentirebbe di attribuire maggiore discrezionalità alle pubbliche amministrazioni, senza rinunciare al controllo.

Anche per conseguire gli scopi descritti, appare di fondamentale importanza valorizzare il ruolo di organismi indipendenti e tecnici, come si è detto che possono fungere da interlocutori qualificati della Commissione europea.

Carattere innovativo riveste, poi, la proposta in tema di concessioni poiché cerca di conferire al quadro normativo maggiore certezza ed organicità, come più volte auspicato dall'Autorità, anche, da ultimo, mediante la partecipazione alla consultazione relativa al Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici.

L'approvazione di una disciplina comune in tema di concessioni rappresenta un passo imprescindibile dell'Unione verso l'omologazione di un quadro normativo uniforme teso a colmare il vuoto ordinamentale che si è venuto a creare in materia sia a livello comunitario che di legislazione interna dei singoli Stati membri.

L'esigenza di completare ed estendere il quadro normativo ha determinato negli anni ricadute negative non solo per l'incertezza ed eterogeneità di discipline che ne sono conseguite sul piano giuridico, ma anche e soprattutto per gli effetti anticoncorrenziali e di freno alla crescita delle imprese nei mercati di riferimento, soprattutto delle PMI.

Le concessioni, infatti, in quanto riconducibili nell'ambito degli strumenti di partenariato pubblico-privato (PPP), fortemente condizionati dagli investimenti privati, necessitano di un intervento regolatore che delinea una disciplina chiara e trasparente sia rispetto alle procedure di selezione del contraente, in ossequio al principio della par condicio tra gli operatori, sia rispetto alla fase esecutiva del rapporto, quantomeno per gli aspetti più rilevanti che incidono sulla convenienza all'investimento, primi fra tutti la durata e le eventuali modifiche delle condizioni contrattuali in corso d'opera.

È necessario inoltre, in materia di partenariato, una più definita delimitazione dell'assunzione dei rispettivi rischi d'impresa delle parti pubblica e privata, per assicurare la parità di trattamento tra tutti gli operatori economici interessati.

7. L'iniziativa della Commissione, pienamente condivisibile nel suo complesso, risponde a tali esigenze, ponendo essa le basi per una disciplina comune che, se approvata, consentirà di approdare ad un quadro giuridico sulle concessioni che nella sua unicità ammette comunque divergenze normative in sede di recepimento, senza tuttavia compromettere la tenuta dell'impianto complessivo della direttiva.

In questi termini il vuoto normativo sulle concessioni di servizi va letto in chiave anticoncorrenziale ed è innegabile l'effetto sfavorevole sulla competitività, sulla crescita ed apertura dei mercati, sulla imparzialità e trasparenza nella scelta del contraente e sull'economicità e qualità della prestazione.

Deve quindi sostenersi con pieno vigore l'approvazione della direttiva concessioni, soprattutto per le ricadute positive che ne derivano in termini di concorrenzialità e tutela della par condicio, ma anche per scopi di contrasto alla criminalità, maggiormente raggiungibili in presenza di procedure di evidenza pubblica ben delineate a livello normativo, nel rispetto della trasparenza, imparzialità e buon andamento della P.A. .

Si arricchisce e si codifica per tale via il complesso di norme e principi generali già contenuti in fonti diverse: principi generali confluiti nei Trattati ed elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, regolamenti, direttive e decisioni, non escluse le direttive nn. 17 e 18 del 2004, cui si aggiungono una serie di Comunicazioni interpretative della Commissione europea ed altri documenti.

La traduzione in regole condivise a livello comunitario dei principi citati consente una gestione più trasparente dei procedimenti di gara e la possibilità per gli operatori economici di agire nell'ambito di un quadro normativo ben definito ed omogeneo, in grado di contrastare più efficacemente l'uso improprio che può farsi dell'istituto della concessione, attualmente sottratto alla normativa comunitaria e nazionale in materia di appalti.

Inoltre, il rafforzamento del principio di evidenza pubblica che scaturisce dalla codificazione di tali regole si traduce, altresì, in un beneficio sostanziale per i committenti pubblici, che possono così fare affidamento -per la predisposizione degli atti di gara- su precisi parametri normativi, predeterminati direttamente dal legislatore.

Diversamente, la fluidità del quadro normativo rischia di generare pesanti costi indiretti aggiuntivi rispetto alla realizzazione dell'opera o all'erogazione del servizio, costi che sono imputabili ad un eccessivo peso del rischio amministrativo dedotto dal mondo imprenditoriale e finanziario.

8. Pienamente condivisibili, pertanto, sono le osservazioni contenute nella Relazione di accompagnamento della proposta di direttiva concessioni del 21.12.2011, che ribadiscono l'opportunità di pervenire ad una disciplina unitaria per gli effetti di stimolo che ne conseguono agli investimenti pubblici e privati in infrastrutture e nei servizi strategici, con conseguente apertura dei mercati alle imprese europee, anche di piccole e medie dimensioni.

Si ritiene per tali motivi che la proposta di direttiva risponda -strategicamente ed in modo generalizzato- ad esigenze di sviluppo dei mercati e di incentivazione degli strumenti di PPP che, oltre a favorire il contenimento della spesa pubblica per lo sfruttamento di capitali privati ad essi connaturati, rappresentano anche un volano per la crescita dell'economia sovranazionale e, indirettamente, dei livelli di occupazione.

Deve infine apprezzarsi il disegno comunitario nella parte in cui prevede un'estensione (con le necessarie modifiche in relazione all'oggetto del contratto) della disciplina delle concessioni di lavori alle concessioni di servizi, trattandosi di disciplina meno restrittiva rispetto a quella prevista per gli appalti, e quindi maggiormente in linea con la politica incentivante degli investimenti privati.