

**Audizione al Senato
Commissione VIII
Lavori Pubblici, Comunicazioni**

**Il Libro Verde sulla modernizzazione della politica
dell'UE in materia di appalti pubblici**

**Intervento del Presidente dell'ANAS S.p.A.
Dott. Pietro Ciucci**

Roma, 9 giugno 2011

Indice

1.	Premessa	pag. 3
2.	Proposte in ordine all’ambito di applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici	pag. 7
3.	Proposte tese a garantire una maggiore efficienza nell’uso dei fondi pubblici migliorando gli strumenti normativi a disposizione per l’aggiudicazione degli appalti pubblici	pag. 9
3.1	Estensione ai settori ordinari di alcuni profili della disciplina detta per i settori speciali	pag. 10
3.1.1	<u>Elevazione delle attuali soglie di rilevanza comunitaria degli appalti pubblici</u>	pag. 10
3.1.2	<u>Ampliamento delle ipotesi di ricorso alla procedura negoziata previa pubblicazione del bando</u>	pag. 11
3.1.3	<u>Ampliamento delle ipotesi di ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando</u>	pag. 11
3.1.4	<u>Il ricorso ai sistemi di qualificazione previsti nei settori speciali</u>	pag. 12
3.1.5	<u>L’avviso periodico indicativo</u>	pag. 13
3.2	Altre proposte di semplificazione della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici	pag. 14
3.2.1	<u>Inversione temporale tra la fase di verifica delle offerte e quella di selezione degli operatori</u>	pag. 14
3.2.2	<u>Introduzione di un terzo criterio di aggiudicazione</u>	pag. 15
3.2.3	<u>Alleggerimento del divieto di commistione tra i requisiti di partecipazione ed i criteri di valutazione delle offerte</u>	pag. 15
3.2.4	<u>Valutazione dei risultati passati</u>	pag. 16
3.2.5	<u>Estensione del ricorso alla procedura accelerata</u>	pag. 17
3.2.6	<u>Semplificazione delle forme di pubblicità</u>	pag. 17
3.3	Strumenti per l’aggregazione della domanda ed appalti comuni	pag. 18
3.4	Problemi relativi all’esecuzione dell’appalto	pag. 18
3.5	Migliorare l’accesso al mercato degli appalti pubblici	pag. 20
3.6	Prevenire comportamenti anticoncorrenziali	pag. 21
4.	Proposte tese ad assicurare un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali di interesse comune	pag. 22
4.1	Le regole comunitarie sul “come acquistare”	pag. 23
4.2	Le regole comunitarie sul “cosa acquistare”	pag. 26
5.	Proposte finalizzate ad attuare una politica più sensibile alla prevenzione ed al contrasto della corruzione nel mercato degli appalti pubblici	pag. 26

1. Premessa

Desidero in primo luogo esprimere un sincero ringraziamento al Presidente della Commissione, Sen. Grillo, e a tutti i Senatori presenti per l'invito a partecipare a questa importante audizione sul tema della Modernizzazione Normativa degli Appalti Pubblici, argomento che riveste una particolare rilevanza per l'ANAS, considerato il suo ruolo di prima stazione appaltante in Italia.

Un vivo ringraziamento deve, inoltre, essere rivolto da ciascuno di noi – indipendentemente dal ruolo istituzionale ricoperto, alla Commissione UE ed in particolare alla Direzione Appalti Pubblici per la sensibilità e lo spirito di iniziativa che costantemente manifesta nello sviluppare riflessioni e dibattiti su tematiche di particolare interesse ed attualità. Basti pensare ai numerosi atti di indirizzo (comunicazioni interpretative, decisioni), agli atti consultivi (come il recente Libro verde sugli appalti elettronici) e ai diversi documenti a scopo divulgativo (diffusione di best practises e di dati statistici, come le valutazioni attualmente in corso circa i costi determinati dalla politica UE in materia di appalti), in tutto oltre trenta, emanati dalla Commissione negli ultimi anni.

In questo contesto si inserisce anche la consultazione recentemente svolta dalla Commissione UE con **il Libro Verde sulla Modernizzazione degli appalti pubblici**, attraverso il quale si è chiesto ai principali soggetti che a diverso titolo operano nel settore degli appalti di rilevanza comunitaria di fornire il proprio contributo con l'obiettivo di rivedere l'attuale quadro normativo in materia nell'ottica di una sempre maggiore flessibilità, efficienza, semplificazione nonché modernizzazione del sistema degli appalti. Anche ANAS ha accolto l'invito trasmettendo alla Commissione UE un documento contenente risposte puntuali ed analitiche ai 114 quesiti oggetto della consultazione; per pronta lettura tale documento è reso disponibile in allegato al presente.

Al riguardo non possiamo non dimenticare **il fondamentale contributo** che nel perseguimento di tali finalità hanno **già fornito le attuali direttive 2004/17 e 2004/18**, le quali hanno posto in essere una importante opera di coordinamento e di semplificazione dell'impianto esistente nell'ambito dei diversi ordinamenti nazionali, con il duplice obiettivo di rendere la regolamentazione più flessibile ed adattabile alle nuove esigenze delle amministrazioni e ai più moderni sistemi di comunicazione, e, al contempo, di rafforzare le garanzie di concorrenza e di trasparenza. In tale chiave interpretativa devono essere lette le novità più significative introdotte da tali provvedimenti, tra le quali basti ricordare l'unificazione della disciplina dei lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, l'elevazione delle soglie di rilevanza comunitaria, l'unificazione e l'ampliamento della cause di esclusione, l'introduzione di nuove procedure di aggiudicazione come il dialogo competitivo e l'accordo quadro, la legittimazione delle centrali di committenza, la previsione di importanti puntualizzazioni della normativa tecnica con potenziamento del principio di equivalenza nonché la previsione di nuovi strumenti di tutela di esigenze sociali e ambientali (quali l'utilizzabilità di criteri ispirati a tali aspetti nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la possibilità di prevedere clausole di esecuzione rivolte alla tutela di tali interessi).

E' proprio in adempimento degli obblighi di recepimento delle predette direttive che il nostro quadro normativo di riferimento in materia di appalti ha subito, a partire dall'anno 2006, una profonda rivisitazione, in primo luogo, con l'emanazione - in attuazione di quanto richiesto dalla legge comunitaria 2004 - del **Codice degli Appalti pubblici**. Tale provvedimento ha successivamente subito, come noto, **tre interventi correttivi**, anche al fine di superare profili di incompatibilità con l'ordinamento comunitario. L'opera di "codificazione" e semplificazione prevista dalla citata legge comunitaria è stata, da ultimo, portata a compimento con l'emanazione del **Regolamento di esecuzione del Codice** (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) entrato in vigore l'8 giugno. Oltre agli interventi normativi sopra ricordati, la cornice giuridica di riferimento per il settore degli appalti pubblici si è ulteriormente arricchita di numerosi altri interventi, volti, per un verso, **al perseguimento di una maggiore semplificazione ed efficienza nel settore degli appalti**¹ e, per altro verso, **all'adeguamento del nostro ordinamento ai principi comunitari**².

Questo rapidissimo *excursus* rende evidente come **gli ultimi anni siano stati caratterizzati da una profonda e continua mutazione del quadro normativo, sia comunitario sia interno**, di riferimento, che se, per un verso, ha reso più moderno e flessibile il sistema degli appalti pubblici, per altro verso, **richiede ora di una opportuna sedimentazione e sperimentazione nella pratica**, anche al fine di **soddisfare l'esigenza**, sentita da parte di tutti gli operatori del settore, di **una certezza del diritto**, certezza che l'entrata in vigore del regolamento attuativo del Codice - prevista per il prossimo 8 giugno - dovrebbe contribuire a raggiungere a livello nazionale.

Ciò non significa che non residuino **spazi ulteriori di accrescimento dell'efficienza e di modernizzazione nel settore degli appalti pubblici** - esigenza questa resa ancora più pressante dall'attuale quadro di crisi economica internazionale - ed è proprio in quest'ottica che ANAS partecipa attivamente ai tavoli tecnici che sono stati istituiti a partire dal 2009 dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti³, suggerendo in quelle sedi l'adozione di diverse modifiche normative e di alcuni provvedimenti amministrativi finalizzati a conseguire l'obiettivo di una maggiore efficienza e rapidità di realizzazione degli investimenti pubblici senza, peraltro, dare luogo a maggiori oneri per la finanza pubblica e sempre nel rispetto della cornice di riferimento rappresentata dai principi dell'ordinamento comunitario⁴. Alcune di tali proposte sono state poi

¹ si ricordano, ad esempio, le modifiche apportate dall'art. 4 quater del D.L. 1 luglio 2009 n. 78 conv. in L. 3 agosto 2009, n. 102 alla disciplina delle procedure di affidamento degli appalti pubblici, con particolare riguardo alla verifica delle offerte anomale e all'abbreviazione dei tempi di approvazione dei progetti preliminari e definitivi delle opere c.d. strategiche, nonché dalla Legge n. 2/2009, di conversione del DL n. 185/08 con riguardo ai termini di adozione delle determinazioni da parte delle Conferenze di Servizi. Da ultimo non si può non accennare alle modifiche al Codice dei Contratti contenute nell'art. 4 del D.L. 13 maggio 2011, n. 7 recante "*Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia*".

² basti ricordare l'art. 3 del D.L. n. 135/09 conv. in L. n. 166/2009 - c.d. decreto salva infrazioni -, che ha modificato la disciplina della partecipazione alla medesima gara di appalto di imprese in rapporto di controllo tra loro, sostituendo al precedente meccanismo di esclusione automatica sulla base del semplice accertamento di una situazione di controllo formale o fattuale, l'accertamento concreto e fattuale della sussistenza nel caso specifico di un'influenza della situazione di controllo nella formulazione delle offerte. Sempre nell'ottica di adeguamento all'ordinamento comunitario, si ricorda il D.lgs. 20 marzo 2010 n. 53, che al fine di attuare nel nostro ordinamento la Direttiva c.d. Ricorsi, ha introdotto alcune importanti modifiche al Codice dei Contratti Pubblici, tali da incidere significativamente sull'attività di Anas S.p.A..

³ quali, ad esempio, il tavolo di confronto sullo schema di regolamento attuativo del Codice dei Contratti Pubblici, il tavolo di confronto sistematico per la definizione di misure volte all'accelerazione degli investimenti, il Tavolo tecnico promosso dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e coordinato dalle fondazioni ASTRID, ITALIADECIDE e REPUBBLICA.

⁴ Le proposte messe a punto da Anas riguardano i seguenti profili: semplificazione dei meccanismi di adozione delle determinazioni da parte della conferenza dei servizi; chiarimenti in materia ambientale; progettazione; rafforzamento del sistema di qualificazione

recepite nell'ambito del **Decreto Legge 13 maggio 2011, n. 70** recante “*Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia*”, attualmente in fase di conversione, che all'art. 4 contiene alcune significative modifiche al Codice dei Contratti Pubblici, volte a ridurre i tempi di costruzione delle opere pubbliche, a semplificare le procedure di affidamento dei relativi contratti, a garantire un più efficace sistema di controllo ed a ridurre il contenzioso.

Proprio in considerazione dell'impegno e della sensibilità che ANAS ha sempre manifestato in merito alla tematica in questione, **non può non essere condivisa da un punto di vista generale l'intenzione manifestata dalla Commissione nel Libro Verde di procedere ad un'ulteriore revisione del sistema UE degli appalti pubblici per accrescerne l'efficienza, l'efficacia e la flessibilità**, anche nell'ottica di fronteggiare l'attuale contesto di difficoltà economica che ha colpito molti Stati Membri.

La materia degli appalti pubblici assume, in effetti, un ruolo strumentale – come peraltro evidenziato dalla stessa Commissione UE – **nell'ottica del conseguimento degli obiettivi strategici che l'Unione Europea si è prefissata per il 2020⁵** e che consistono nello sviluppo di **un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse, all'avanguardia dal punto di vista tecnologico e ambientale e capace di garantire concorrenza, coesione sociale e un alto tasso di occupazione.**

Al fine di poter efficacemente raggiungere i predetti risultati e conferire al mercato degli appalti pubblici un effettivo ruolo “propulsore”, **la Commissione UE individua alcuni obiettivi** che occorre conseguire anche mediante l'adozione delle opportune modifiche della disciplina comunitaria di riferimento:

- a) **una maggiore efficienza nell'uso dei fondi pubblici, rendendo più flessibili gli strumenti normativi a disposizione per l'aggiudicazione degli appalti pubblici** (anche sulla base dell'esperienza dei Paesi di stampo anglosassone e dei contenuti degli accordi stipulati dall'Unione Europea in ambito internazionale). Ciò al duplice scopo di accrescere il grado di concorrenza (in grado di assicurare un miglior rapporto qualità/prezzo nelle offerte) e di semplificare le procedure (con conseguente risparmio in termini di costi e tempi per le amministrazioni e le imprese). In tale quadro si inseriscono anche le riflessioni in ordine all'opportunità di rafforzare i meccanismi di aggregazione della domanda e di migliorare le condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici.
- b) **un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali di interesse comune**, come la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica, una maggiore attenzione alle esigenze sociali, la promozione dell'innovazione e delle migliori tecnologie;
- c) **una politica più sensibile alla prevenzione ed al contrasto della corruzione e delle infiltrazioni della criminalità organizzata** nel mercato degli appalti pubblici.

delle imprese; disciplina per la valutazione delle offerte anomale; perfezionamento delle procedure per l'utilizzo della finanza di progetto, del leasing in costruendo e dell'affidamento a c.g. ; individuazione di meccanismi per il deflazionamento del contenzioso.

⁵ Cfr. in proposito la comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 COM 2010 (2010) “Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”.

In tale quadro ANAS è ovviamente a disposizione per fornire il proprio contributo, segnalando alcuni specifici profili normativi che, nell'ambito del proprio settore di operatività ed alla luce dell'esperienza maturata nella sua qualità di principale stazione appaltante del Paese, **potrebbero essere suscettibili di modifica, nell'ottica di consentire un più efficace perseguimento degli obiettivi sopra sintetizzati.**

Nel procedere a tale opera di rivisitazione, **ANAS ritiene** in ogni caso doveroso **tenere in considerazione alcuni profili che**, a nostro avviso, **devono ispirare ogni riflessione in questo ambito:**

- il primo attiene all'esigenza – a cui si è già fatto cenno – di **preservare comunque un certo grado di stabilità della cornice giuridica comunitaria** nell'ambito della quale si trovano a legiferare gli Stati membri e ad operare le stazioni appaltanti e le imprese, evitando al contempo il **rischio del cd. gold-plating**, ovvero il ricorso ad una sovra-regolamentazione a livello nazionale rispetto agli standard previsti dalle norme UE. A tale esigenza generale si aggiunge poi quella – evidenziata anche nel Libro Verde – di **non stravolgere il contenuto degli impegni assunti dall'UE a livello internazionale**⁶;
- il secondo riguarda la circostanza che **non sempre possono essere raggiunti allo stesso livello tutti gli obiettivi sopra rappresentati**, dovendosi in taluni casi compiere una scelta di quale tra di essi debba ritenersi prevalente, con conseguente sacrificio degli altri. Ad esempio, la disciplina in materia di legalità, che persegue lo scopo di contrastare il fenomeno delle infiltrazioni della criminalità organizzata nel delicato settore degli appalti pubblici produce inevitabilmente un appesantimento procedurale ed operativo, di cui è, tuttavia, doveroso farsi carico. ANAS è infatti profondamente convinta che lo sviluppo, di cui gli appalti pubblici costituiscono un volano assolutamente essenziale, non vada visto come un fenomeno di ordine soltanto economico, ma anche di avanzamento sociale, che può essere efficacemente perseguito solo seguendo procedure che assicurino il rispetto della legalità. Altrettanto si può dire con riguardo all'introduzione di clausole nei bandi di gara che, con diverse modalità, privilegino la propensione delle imprese ai profili di ordine sociale e ambientale ovvero ancora all'incremento degli standard di sicurezza: tali previsioni producono inevitabilmente un appesantimento procedurale ed operativo, di cui è, tuttavia, doveroso farsi carico;
- infine, non si possono non citare **le inevitabili conseguenze negative in termini di efficienza derivanti dal contenzioso**, promosso sia fase di aggiudicazione che di esecuzione degli stessi, il quale costituisce indiscutibilmente una significativa criticità per tutto il settore degli appalti pubblici. Peraltro, i recenti interventi normativi in materia (da un lato il D.lgs. n. 53/2010 di recepimento della c.d. Direttiva ricorsi, e dall'altro, il D.lgs. n. 104/2010 contenente il nuovo Codice del processo amministrativo) sembrano aver determinato un appesantimento procedurale ulteriore per quanto attiene sia alla fase di contrattualizzazione con le imprese sia alla

⁶ Basti pensare all'accordo sugli appalti pubblici (c.d. GPA) sottoscritto dall'UE nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del Commercio.

competenza per territorio del giudice amministrativo in caso di instaurazione di una controversia. Anche se tale profilo non è fatto oggetto di specifica riflessione nell'ambito del Libro Verde, si ritiene opportuno un intervento anche in tale ambito al fine di trovare un equilibrio tra esigenze spesso non facilmente conciliabili (l'interesse dell'impresa esclusa o non aggiudicataria di una procedura ad evidenza pubblica a proporre le proprie contestazioni in ordine alla stessa e l'interesse pubblico alla celere realizzazione dell'opera nel rispetto del principio di economicità della spesa). In tale ottica, potrebbe essere utile prevedere a livello comunitario idonei meccanismi per sanzionare la condotta di quegli operatori economici che risultino statisticamente dediti a promuovere ricorsi pretestuosi nonché per porre un limite all'iscrizione di riserve da parte delle imprese nella fase esecutiva del rapporto. In questa direzione, peraltro, si è mosso nel nostro ordinamento il recente D.L. n. 70/2011 che ha introdotto, da un lato, una sanzione pecuniaria per la parte soccombente⁷ da applicarsi se la decisione del giudice è fondata su ragioni manifeste ed orientamenti giurisprudenziali consolidati e, dall'altro, un limite alla proponibilità delle riserve⁸.

Altro profilo che dovrebbe essere oggetto di adeguate misure di contenimento a livello comunitario riguarda l'entità dei risarcimenti danni disposti dal giudice in favore delle imprese, ad esempio parametrando alla percentuale di utile indicata in sede di offerta.

Tanto premesso, di seguito vengono segnalati alcuni aspetti dell'attuale quadro normativo comunitario in materia di appalti pubblici in ordine ai quali l'esperienza maturata da ANAS rende più opportuna una riflessione. Da un punto di vista metodologico, le proposte verranno rappresentate seguendo l'ordine di esposizione del Libro verde.

2. Proposte in ordine all'ambito di applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici

Prima di entrare nel vivo dei singoli argomenti che costituiscono il cuore del Libro Verde, occorre soffermarsi brevemente sul tema preliminare **dell'ambito di applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti** (capitolo 1 del Libro Verde) ed, in particolare, su alcune delle proposte formulate dalla Commissione per aggiornare tale profilo.

a. In primo luogo non appare auspicabile la possibilità, astrattamente ipotizzata dalla Commissione di rivedere la tripartizione classica tra appalti pubblici di lavori, servizi e forniture⁹. Ciò in quanto, anche se l'unificazione della disciplina dei tre settori, posta in essere dalle attuali Direttive comunitarie e recepita in Italia nel Codice dei Contratti, ha ridotto in maniera consistente le differenze preesistenti, il settore dei lavori pubblici continua a presentare dei

⁷ non inferiore al doppio e non superiore al triplo del contributo unificato; ciò con fermezza della disciplina sulla condanna alle spese contenuta nel Codice del Processo Amministrativo.

⁸ con la fissazione di un tetto all'importo complessivo delle stesse che non può essere superiore al 20 % dell'importo contrattuale e con il divieto di iscrivere riserve se il progetto è stato validato.

⁹ prevedendo, ad esempio, soltanto appalti e di forniture e di servizi e riconducendo i lavori nell'ambito di questi ultimi, come avviene nell'ambito del già citato GPA.

profili del tutto peculiari sia per quanto attiene alla fase di selezione delle imprese sia con riguardo al momento esecutivo.

b. Per quanto attiene alla disciplina degli appalti misti di lavori con servizi o forniture (cfr. art. 1 Direttiva 2004/18), si ritiene adeguata la regolamentazione vigente anche se potrebbe essere ulteriormente arricchita con l'introduzione, accanto all'attuale criterio qualitativo, vale a dire di accessorietà, (così come arricchito anche dall'elaborazione giurisprudenziale) anche di un criterio quantitativo (in linea con quanto previsto dall'art. 14 del nostro Codice dei Contratti) nonché con la previsione espressa di una apposita disciplina anche per le concessioni miste di lavori e servizi.

c. Per quanto attiene ai servizi elencati nell'allegato 2A e 2BA della Direttiva 2004/18 (distinzione recepita anche dall'art. 20 del nostro Codice dei Contratti Pubblici), come noto, essi sono regolati con un diverso regime: per i primi la soggezione integrale alle norme della Direttiva; per i secondi un'applicazione limitata alle prescrizioni afferenti alle specifiche tecniche e agli avvisi di avvenuta aggiudicazione degli appalti¹⁰. La scelta compiuta dall'ordinamento comunitario di un regime differenziato per le due classi di servizi risiede nell'intenzione del legislatore di limitare, per un periodo transitorio, l'applicazione integrale della direttiva ad alcuni specifici appalti di servizi che si riteneva potessero offrire un maggiore potenziale di crescita degli scambi transfrontalieri. Al riguardo si auspica, in primo luogo, una semplificazione del regime dei servizi dell'allegato 2A nei termini di cui si dirà di seguito.

Inoltre, appare di particolare importanza ripensare all'attuale collocazione nell'ambito dell'Allegato 2A di alcune tipologie di servizi (quali, ad esempio, i servizi bancari finalizzati all'approvvigionamento di capitali privati occorrenti per sostenere la realizzazione di un'opera pubblica, ivi compresi i servizi di consulenza finanziaria, ovvero i servizi assicurativi) estendendo anche ad essi le procedure semplificate previste per i servizi dell'Allegato 2B, in ragione delle peculiari caratteristiche dei mercati bancario ed assicurativo che sono caratterizzati da una ridotta concorrenza tra gli operatori. Ciò anche considerato che i servizi legali sono attualmente già collocati nell'Allegato 2B e che, in ogni caso, per tutti i servizi compresi in tale Allegato, sia la giurisprudenza della Corte di giustizia europea sia la *“Comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici”* della Commissione richiedono che le amministrazioni aggiudicatrici rispettino, comunque, le norme fondamentali del diritto primario dell'Unione, con particolare riguardo ai principi generali di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, nel caso in cui gli appalti in questione presentino un interesse transfrontaliero certo. In aggiunta, si ritiene opportuno un intervento comunitario volto a chiarire la definizione di alcune tipologie di servizi (si pensi alla genericità di alcune definizioni quale, ad esempio, quella di servizi di *“Consulenza gestionale e affini”* contenuta

¹⁰ anche se per tale categoria di appalti la giurisprudenza della Corte di Giustizia, come anche l'art. 27 del Codice dei Contratti, richiede in ogni caso il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità.

nell'Allegato 2A) al fine di garantire maggiore certezza alle stazioni appaltanti nell'applicazione del diverso regime giuridico ad oggi previsto.

- d. Per quanto attiene alla disciplina delle esclusioni contemplata dalla Direttiva 2004/18, si evidenzia l'opportunità di rivedere l'ipotesi prevista dall'art. 18 di "*appalti di servizi aggiudicati sulla base di un diritto esclusivo*"¹¹, da un lato, estendendo l'applicazione di tale norma anche ai lavori e alle forniture e, dall'altro, meglio chiarendo il concetto di diritti esclusivi, che finora ha determinato diverse difficoltà interpretative e, se del caso, estendendolo fino a ricomprendere i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici nell'adempimento dei propri compiti istituzionali.
- e. Non si può escludere l'opportunità di un ulteriore affinamento del concetto di "organismo di diritto pubblico"¹² anche sulla base dell'elaborazione giurisprudenziale degli ultimi anni ed in particolare del requisito consistente nel soddisfacimento di esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale¹³.
- f. Per quanto riguarda le forme di cooperazione pubblico-pubblico, l'assenza ad oggi di una norma comunitaria che delimiti chiaramente l'ambito di applicazione della disciplina in materia di appalti con riferimento alle forme di cooperazione interne (c.d. in house providing) che a quelle cd. "orizzontali" ha determinato notevoli dubbi applicativi. Per quanto riguarda, in particolare, il fenomeno dell'in house, frutto finora solo di un'intensa elaborazione giurisprudenziale, si auspica un intervento comunitario volto a codificare in maniera espressa la legittimità e i presupposti per l'applicazione dell'istituto nel settore degli appalti pubblici. Tale occasione potrebbe anche consentire di puntualizzare alcuni concetti chiave, come quello del c.d. controllo analogo che, come noto, costituisce uno dei requisiti per la configurabilità nel caso concreto di tale forma di cooperazione tra enti. Parimenti, sarebbe auspicabile una codificazione delle condizioni al ricorrere delle quali possa escludersi l'applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti anche in relazione a forme di cooperazione orizzontale, ossia tra enti non sottoposti a controllo bensì indipendenti gli uni dagli altri ma impegnati nell'esercizio congiunto di una funzione pubblica per il perseguimento di un obiettivo comune. Tali presupposti potrebbero riguardare, tra l'altro: l'assenza di capitale privato, la limitata vocazione commerciale degli enti coinvolti e la natura non prettamente commerciale dell'attività esercitata.

3. Proposte tese a garantire una maggiore efficienza nell'uso dei fondi pubblici migliorando gli strumenti normativi a disposizione per l'aggiudicazione degli appalti pubblici

In via preliminare appare opportuno evidenziare come le attuali procedure previste dalle Direttive sembrano essere in linea generale idonee a garantire lo scopo di una maggiore efficienza nel settore

¹¹ Testualmente trasfusa nell'art. 19, comma 2, del codice dei Contratti.

¹² Per quanto riguarda Anas S.p.A. si ricorda che la questione è risolta dalla normativa nazionale, in quanto la società è espressamente indicata nell'elenco esemplificativo che costituisce l'Allegato III del Codice dei Contratti.

¹³ Al riguardo, si potrebbero recepire a livello normativo gli indici enucleati dalla Corte di Giustizia sul punto, quali: il perseguimento di uno scopo di lucro, l'assunzione dei rischi connessi allo svolgimento dell'attività, il livello di concorrenza presente sul mercato, ecc..

degli appalti pubblici. Al riguardo, non si può non considerare che nell'ambito dei settori ordinari la Direttiva 2004/18 ha introdotto diverse opzioni procedurali (ci si riferisce al **dialogo competitivo, agli accordi quadro, ai sistemi dinamici di acquisizione, alle aste elettroniche, alle centrali di committenza**), in grado di assicurare un certo margine di flessibilità alle stazioni appaltanti nell'aggiudicazione degli appalti, consentendo alle stesse di selezionare di volta in volta la soluzione più confacente alle specifiche esigenze, ovvero di aggregare la domanda, con conseguenti risparmi di costi. **Tuttavia, molti di tali strumenti hanno avuto ad oggi scarse applicazioni pratiche** (in Italia, ad esempio, l'utilizzo del dialogo competitivo è stato sospeso fino all'entrata in vigore del Regolamento attuativo del Codice, avvenuta lo scorso 8 giugno), **con la conseguenza che finora non risultano ancora essere state sfruttate a pieno le potenzialità di tali istituti.**

3.1 Estensione ai settori ordinari di alcuni profili della disciplina detta per i settori speciali

Ciò posto, ANAS suggerisce, in primo luogo, l'adozione di una serie di **misure di semplificazione del quadro vigente** di seguito sintetizzate, **che mirano ad estendere ai settori ordinari alcuni strumenti già operativi nell'ambito dei settori speciali.**

3.1.1 Elevazione delle attuali soglie di rilevanza comunitaria degli appalti pubblici

In merito alla possibilità di elevare le attuali soglie di rilevanza comunitaria degli appalti, le già citate esigenze di semplificazione e di accelerazione del processo di affidamento degli appalti pubblici, particolarmente avvertite nell'attuale contesto di crisi economica internazionale, potrebbero rendere opportuno un innalzamento delle stesse¹⁴. Ciò anche in considerazione della circostanza che nei settori speciali, tali soglie (quantomeno per i servizi e le forniture)¹⁵ sono già molto più elevate di quelle attualmente fissate dal regolamento (CE) 1177/09 per i settori ordinari. Appare necessario, in ogni caso, tenere presente, con riguardo agli appalti sottosoglia, che la Commissione Europea ha fornito utili indicazioni operative in ordine alle regole comunitarie applicabili a tali ipotesi, ritenendo necessario nel caso di appalti di interesse comunitario il rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità discendenti dal Trattato¹⁶. Ne consegue come, qualora venisse ampliato tale ambito di affidamenti, occorrerebbe in ogni caso privilegiare il massimo ricorso a strumenti tecnologicamente evoluti di gestione, a sistemi trasparenti di qualificazione dei fornitori e a presidi di controllo delle attività, proprio al fine di preservare comunque il rispetto degli anzidetti principi. In tale quadro potrebbe essere utile la previsione di forme di pubblicità semplificate in ambito UE (che potrebbero essere gestite, ad esempio, attraverso un servizio

¹⁴ favorendo al contempo sotto-soglia il massimo ricorso a sistemi di qualificazione dei fornitori, ispirati a criteri di trasparenza e rotazione.

¹⁵ La soglia comunitaria è infatti fissata dall'art. 16 della direttiva 2004/17 in 387.000 euro, a fronte di quella pari a 193.000 Euro prevista per le amministrazioni non centrali dello Stato nei settori ordinari.

¹⁶ Comunicazione interpretativa 2006/C 179/02.

informatico comunitario) in relazione agli appalti sottosoglia che presentino comunque un interesse transfrontaliero.

Per quanto riguarda, poi, nello specifico l'ordinamento italiano, la disciplina dei contratti sottosoglia è per molti versi assimilata dal Codice dei Contratti a quella degli appalti di rilevanza comunitaria: Peraltro, nell'attuale contesto di crisi economica, si registra la tendenza del legislatore ad introdurre forme di semplificazione per gli appalti sottosoglia, a partire dal settore dei lavori pubblici¹⁷. Si tratta, in ogni caso, come già evidenziato in premessa, di una scelta politica tra esigenze spesso non conciliabili, da un lato, quella di semplificazione e riduzione degli oneri amministrativi, dall'altro quella di garantire la massima concorrenza tra gli operatori comunitari.

3.1.2. Ampliamento delle ipotesi di ricorso alla procedura negoziata previa pubblicazione del bando

Per quanto attiene nello specifico al ricorso **alla procedura negoziata nei settori ordinari**, si condivide la proposta di un ampliamento delle **possibilità di utilizzo della procedura negoziata previa pubblicazione del bando**, seppur nel rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione. Tale estensione avrebbe il duplice vantaggio di assicurare una maggiore semplificazione delle procedure ed un più elevato livello di flessibilità nella scelta del contraente e nella definizione delle condizioni dell'appalto (dando al contempo maggior rilievo anche ai c.d. requisiti reputazionali degli offerenti). Del resto, non si può non considerare come nell'ambito dei settori speciali vi sia una assoluta equiparazione tra procedura aperta, ristretta e negoziata previa pubblicazione del bando, senza che il ricorso a quest'ultima sia in qualche modo subordinato al ricorrere di specifiche condizioni. Il ricorso a tale procedura potrebbe essere, nei casi di appalti più complessi, una valida alternativa al dialogo competitivo che costituisce uno strumento molto costoso per le imprese e di difficile gestione per la stazione appaltante.

Tale soluzione ha inevitabilmente l'effetto di ampliare i margini di discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti (con il conseguente rischio di una limitazione della par condicio tra i concorrenti) e presuppone quindi, da un lato, l'assunzione da parte delle stesse di una maggiore responsabilità e, dall'altro, potrebbe rendere opportuna l'introduzione di idonei meccanismi di tutela atti a garantire la necessaria trasparenza del procedimento (quali, ad esempio, la preventiva e specifica indicazione dei requisiti oggetto di valutazione).

3.1.3 Ampliamento delle ipotesi di ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando

¹⁷ In particolare, l'art. 4 del DL n. 70/2011 ha innalzato i limiti di importo per l'affidamento degli appalti di lavori mediante procedura negoziata, prevedendo la possibilità di affidare i lavori di importo inferiore ad 1 milione di euro con procedura negoziata senza bando (con invito rivolto ad almeno 10 operatori per lavori superiori a 500.000 euro e a 5 operatori per importi inferiori). Inoltre il medesimo provvedimento prevede l'esclusione automatica delle offerte anomale nelle gare sottosoglia fino a fine 2013 nonché l'estensione del criterio di autocertificazione per la dimostrazione dei requisiti speciali per gli appalti di servizi e forniture di importo pari o inferiore a 150.000 Euro. Nella medesima direzione si muove anche il DDL 2626 "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese" (che contiene, tra l'altro, la previsione generalizzata dello strumento dell'autocertificazione per l'attestazione dei requisiti di idoneità).

Con specifico riferimento alla **procedura negoziata senza pubblicazione del bando**, si potrebbe riflettere sulle possibilità di ampliamento delle ipotesi attualmente previste dall'art. 31 della Direttiva 2004/18, al fine di contemperare i principi di massima concorrenza e *par condicio* degli operatori con l'esigenza di accelerare quanto più possibile i tempi di realizzazione delle opere pubbliche.

In questa chiave si potrebbe:

- a) consentire il ricorso a tale procedura in caso di fallimento, revoca dei certificati attestanti le qualificazioni tecniche, recesso a seguito di accertamento di elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa, risoluzione per grave inadempimento o per reati accertati, modifiche significative concernenti il contraente, qualora non sia possibile procedere allo scorrimento della graduatoria e tali circostanze intervengano allorchè l'appalto sia stato eseguito per una percentuale consistente (ad esempio il 70%);
- b) estendere l'applicazione di tale procedura in caso di appalto integrato, per le ipotesi di non approvazione – ad esempio per eccessiva lievitazione dei costi - del progetto sviluppato dall'aggiudicatario e qualora non sia possibile ricorrere allo strumento dello scorrimento della graduatoria;
- c) riformulare l'attuale disciplina dettata dall'art. 31 della Direttiva 2004/18, par. 1, punto 4) per l'affidamento di lavori e servizi complementari, allineandola a quella meno rigorosa prevista per i settori speciali, la quale non richiede che le prestazioni complementari non superino il limite del 50% dell'importo dell'appalto iniziale.

3.1.4 Il ricorso ai sistemi di qualificazione previsti nei settori speciali

Altro strumento specifico dei settori speciali di cui potrebbe essere utile valutare le possibilità di estensione anche ai settori ordinari è il ricorso **ai sistemi di qualificazione**, che costituiscono, nell'assetto delineato dagli artt. 51 e 54 della Direttiva 2004/17, una delle modalità alternative (insieme al bando e all'avviso indicativo) con cui indire una procedura di gara e quindi, al pari degli altri summenzionati, mezzo per assicurare la piena concorrenza tra gli operatori¹⁸. Inoltre, gli albi di fiducia costituiscono uno dei criteri per l'accertamento dei requisiti tecnico-professionali ed economico - finanziari degli operatori economici, ai fini della loro qualificazione nei settori speciali.

Attualmente, come noto, per i settori ordinari l'art. 52 della Direttiva 2004/18¹⁹ consente solo di far ricorso ad elenchi ufficiali di operatori economici ma le differenze tra i due istituti sono significative, avuto riguardo a:

¹⁸ Si tratta, come noto, di un elenco di soggetti di cui sia stata valutata preventivamente l'idoneità, rispetto ai requisiti stabiliti dallo stesso committente; a detti elenchi, l'esistenza dei quali deve essere oggetto di adeguata pubblicità, i soggetti interessati possono chiedere di essere ammessi, in qualsiasi momento. I soggetti aggiudicatori che intendano istituire un proprio sistema di qualificazione debbono assicurare allo stesso adeguata pubblicità, mediante avviso dell'esistenza di un sistema di qualificazione: la pubblicità risponde all'evidente obiettivo di mettere in condizione tutti i soggetti potenzialmente interessati di poter richiedere l'iscrizione al sistema stesso.

¹⁹ In Italia tale previsione è stata trasfusa nell'art. 45 del Codice dei Contratti.

- le tipologie di prestazioni potenzialmente interessate all'iscrizione negli elenchi (che nei settori speciali si estendono anche ai lavori);
- i requisiti tecnico-professionali e economico-finanziari richiesti per l'iscrizione (mentre nei settori ordinari l'iscrizione avviene sulla base di parametri ben determinati, nei settori speciali, invece, la direttiva non contiene alcuna indicazione circa i criteri ai quali deve ispirarsi il sistema di qualificazione demandando l'individuazione di essi alla discrezionalità degli enti aggiudicatori, con l'unico limite dell'oggettività e ragionevolezza degli stessi²⁰);
- le conseguenze dell'iscrizione (nel caso dei settori speciali l'iscrizione in tali albi comporta la presunzione del possesso, da parte dell'operatore economico, di tutti i requisiti generali, mentre nei settori ordinari solo di alcuni di essi);
- il valore da attribuire all'iscrizione agli elenchi (in quanto nei settori ordinari l'iscrizione agli elenchi non può essere imposta ai concorrenti e pertanto essa non si configura mai come condizione di partecipazione alla gara, rappresentando solamente una presunzione di idoneità alla prestazione, mentre nei settori speciali il sistema di qualificazione ha lo scopo di definire elenchi di operatori economici di comprovata idoneità e capacità, nell'ambito dei quali l'ente aggiudicatore può individuare i soggetti da invitare alle singole procedure di affidamento, con la conseguenza che, una volta formati gli elenchi l'ente è tenuto ad invitare i soggetti in precedenza ammessi al sistema di qualificazione);
- l'individuazione dei soggetti competenti a istituire e gestire gli elenchi (mentre nei settori ordinari gli elenchi hanno una valenza nazionale, nei settori speciali sono istituiti dagli enti aggiudicatori che ne curano direttamente la gestione e la loro valenza è quindi limitata agli appalti indetti da questi enti).

Ne consegue come l'introduzione anche nell'ambito dei settori ordinari di tale istituto potrebbe **avere effetti positivi sullo snellimento delle procedure, soprattutto riguardo agli appalti di manutenzione e ad altre categorie con caratteristiche omogenee e ripetitive, riconoscendo al contempo alle stazioni appaltanti maggiori margini di discrezionalità nell'individuazione di ulteriori requisiti di selezione** (consentendo così di dare rilievo anche alle esperienze maturate in precedenza con gli operatori), ovviamente nel rispetto dei principi di imparzialità, proporzionalità, adeguatezza e trasparenza, al fine di consentire la massima partecipazione delle imprese.

ANAS ha potuto apprezzare l'utilità di tali meccanismi, seppur limitatamente agli appalti in economia, mediante la formazione degli elenchi fornitori ispirata a criteri di trasparenza e rotazione **e la creazione di un sistema di Vendor Rating** che consente, attraverso la definizione di indici oggettivi di analisi delle prestazioni, una valutazione globale di fornitori.

3.1.5 L'avviso periodico indicativo

Altro strumento peculiare dei settori speciali, di cui si potrebbe estendere l'applicazione anche ai settori ordinari, sempre nell'ottica di uno snellimento procedurale, è rappresentato **dall'avviso**

²⁰ Va ricordato, infine, che nei settori speciali, l'iscrizione agli albi di fiducia può essere subordinata anche al possesso di specifiche tecniche.

periodico indicativo. Tale mezzo di pubblicità ha per oggetto una serie di appalti (di forniture, servizi o lavori) con caratteristiche omogenee che il soggetto aggiudicatore intende indire nel corso dell'anno e deve contenere la specificazione che i singoli appalti saranno aggiudicati mediante procedura ristretta o negoziata senza previo bando, invitando al contempo gli operatori a manifestare il proprio interesse. Ciò consentirebbe di **aggiudicare nel corso dell'anno di riferimento categorie di appalti omogenei (come ad esempio sfalcio erba e sgombero neve) ricompresi nell'avviso, senza ricorrere ad ulteriori forme di pubblicità, con un indubbio risparmio di tempo e di oneri amministrativi.** Ovviamente l'utilizzo di tale strumento presuppone **una puntuale capacità di programmazione anche nei settori delle forniture e dei servizi che ANAS già pone in essere da alcuni anni,** associata alla pianificazione delle procedure di gara.

3.2. Altre proposte di semplificazione della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici

Sempre nell'ottica di una maggiore efficienza del quadro normativo in materia di appalti, ANAS, tenuto conto della propria esperienza operativa e delle problematiche affrontate nell'ambito dei tavoli tecnici, auspica l'adozione di ulteriori misure di semplificazione, di seguito sintetizzate.

3.2.1 *Inversione temporale tra la fase di verifica delle offerte e quella di selezione degli operatori*

Si è favorevoli alla possibilità ipotizzata dalla Commissione UE di disciplinare in maniera più flessibile le fasi di selezione e di aggiudicazione, in un'ottica di snellimento della procedura e di contenimento degli oneri amministrativi. Come noto, infatti, l'attuale assetto delineato dalla Direttiva 2004/18 prevede la verifica dei criteri di selezione per tutti i candidati prima di procedere all'esame dei criteri di aggiudicazione: è di tutta evidenza come tale attività di verifica preventiva comporti spesso un notevole dispiego di tempo e di risorse per le amministrazioni. Non vi è dubbio quindi che, in linea astratta, **l'inversione di tali fasi (verificando il possesso dei requisiti di selezione in capo al solo aggiudicatario) consentirebbe – ferma restando la distinzione tra i due momenti - un significativo risparmio in termini di tempo e di oneri amministrativi.** Un'apertura in tale direzione è contenuta anche nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia secondo la quale le Direttive sugli appalti pubblici non escludono in teoria che l'accertamento della idoneità degli offerenti e l'aggiudicazione dell'appalto possano avvenire contemporaneamente a condizione che tali operazioni costituiscano due operazioni distinte e siano disciplinate da norme diverse²¹.

Ne consegue come nel rispetto dei limiti evidenziati dalla giurisprudenza citata, **non sembrano esservi condizioni ostative per introdurre una diversa procedura di selezione nella quale**

²¹ Cfr. ad esempio la sentenza 24 gennaio 2008 nella causa C-532/06 (Lianakis) e sentenza del 12 novembre 2009 nella causa C-199/2007 (Commissione/Grecia).

l'esame dei criteri di aggiudicazione (quantomeno in relazione agli appalti aggiudicati al prezzo più basso, nei quali la valutazione delle offerte avviene di solito con maggiore celerità) abbia luogo prima di quello dei criteri di selezione.

3.2.2. Introduzione di un terzo criterio di aggiudicazione

Si ritiene opportuno approfondire la possibilità di introdurre, in linea anche con gli spunti emersi anche dai lavori dei Tavoli Tecnici ai quali partecipa ANAS, **accanto ai due criteri classici, un terzo criterio di aggiudicazione che presupponga una scelta del contraente totalmente svincolata dall'elemento economico** (ovvero con prezzo di aggiudicazione invariabile già fissato dall'amministrazione) e si concentri viceversa sulle proposte tecniche dei singoli concorrenti. All'utilizzo di tale criterio in fase di aggiudicazione dovrebbe poi corrispondere il divieto di iscrizione di riserve da parte dell'impresa in fase esecutiva.

3.2.3 Alleggerimento del divieto di commistione tra i requisiti di partecipazione ed i criteri di valutazione delle offerte

Altro profilo sul quale la Commissione UE richiede una riflessione attiene **all'opportunità o meno di mantenere il rigido divieto, vigente nell'ordinamento comunitario²², di commistione tra i requisiti di partecipazione ed i criteri di valutazione delle offerte.**

Al riguardo, preme evidenziare come se, da un lato, tale divieto è finalizzato a porre i diversi concorrenti in una posizione di assoluta parità al momento della valutazione delle offerte (in applicazione dei principi di concorrenza e parità di trattamento), dall'altro, se ne potrebbe limitare l'operatività per i dati e le qualità soggettive del concorrente che risultino del tutto disancorate dal dato oggettivo dell'appalto da eseguirsi. In tale ottica, il riconoscimento della possibilità di inserire, nell'ambito dei criteri di aggiudicazione, anche le referenze legittimamente acquisite sul mercato ovvero dallo svolgimento di attività analoghe a quella oggetto dell'appalto potrebbe consentire all'amministrazione di operare una scelta del contraente più aderente alle sue esigenze²³.

Prendendo le mosse da tali "aperture" di prospettiva potrebbe valutarsi la possibilità di introdurre **una previsione comunitaria volta a consentire alle amministrazioni aggiudicatrici, in casi particolari, (ad esempio, per tipi specifici di appalti o per i casi in cui le qualità e le caratteristiche personali del concorrente siano di eccezionale rilevanza) di tener conto di alcuni criteri legati all'offerente nella fase di aggiudicazione dell'appalto** (escludendo solo i dati e le qualità soggettive dell'operatore che risultino del tutto disancorate dal dato oggettivo della

²² In particolare la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha affermato in molte occasioni che non possono essere utilizzati come criteri di aggiudicazione elementi non diretti ad identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma essenzialmente collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto di cui si tratta, quali l'esperienza, le referenze, le risorse di cui essi dispongono. Ciò significherebbe che, una volta riconosciuta l'astratta idoneità dei concorrenti, questi sono posti in una posizione di assoluta parità, in applicazione dei principi concorrenziali del diritto comunitario.

²³ Aperture in questo senso si trovano in alcune recenti pronunce del nostro giudice amministrativo, quali, ad esempio, Cons. Stato, sez V, 16 giugno 2009, n. 3848; Cons. Stato sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5808; C.G.A., 22 giugno 2006, n. 296, C.d.S. Sez. V, 18 settembre 2009, n. 5626.

A livello europeo si fa presente, inoltre, che anche il GPA pur prevedendo la distinzione tra criteri di selezione e criteri di aggiudicazione, non vieta esplicitamente la possibilità di tener conto, nella fase di aggiudicazione, di criteri che non siano connessi ai beni e ai servizi offerti.

prestazione da eseguirsi). In tal modo si potrebbe contemperare l'esigenza di rispettare i principi di concorrenza e parità di trattamento con quella di consentire all'amministrazione di operare una scelta del contraente più aderente alle sue concrete esigenze, dando rilievo anche alle esperienze maturate in precedenza con gli operatori economici. Peraltro, sul superamento di tale divieto si è soffermata di recente anche l'AVCP nel documento di consultazione "*Linee guida per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di servizi e forniture*", diffuso nei giorni scorsi.

In ogni caso, l'eventuale previsione normativa dovrebbe specificare quali possano essere i comportamenti o fatti rilevanti, assicurando:

- 1) che possano tradursi in dati oggettivi e misurabili a garanzia dei principi di concorrenza, trasparenza e parità di trattamento;
- 2) che siano acquisiti dalla stazione appaltante garantendo sempre il rispetto del principio del contraddittorio.

3.2.4 Valutazione dei risultati passati

Si condivide l'ipotesi prospettata dalla Commissione, e strettamente legata al profilo di cui al precedente punto, di **prevedere normativamente la possibilità per le stazioni appaltanti di tenere conto delle esperienze maturate in precedenza con gli operatori economici**. Del resto, tale possibilità appare in linea con l'esigenza espressa nell'ambito dell'ordinamento italiano, sia da soggetti istituzionali che dagli operatori privati, di sviluppare meccanismi per la valutazione della reputazione "positiva" delle imprese, in grado di mettere a disposizione dell'amministrazione degli indici di *performance*, al fine di assicurare una maggiore qualità delle future prestazioni ed, al contempo, un rafforzamento della competitività.

Infatti, in base all'attuale quadro normativo comunitario e nazionale, la stazione appaltante, fuori dalle specifiche ipotesi di esclusione previste dall'art. 45 della Direttiva 2004/18²⁴, è tenuta a valutare le offerte sulla base del prezzo più basso ovvero di una serie di parametri nell'ambito dell'offerta più vantaggiosa, con la conseguenza che in alcuni casi l'impresa aggiudicataria potrebbe non essere, in effetti, la più idonea a soddisfare le esigenze dell'amministrazione.

Ciò posto, si ritiene che la **riflessione debba concentrarsi essenzialmente intorno ai seguenti aspetti**:

- a) la selezione delle informazioni nelle quali si concreta la reputazione positiva delle imprese: le informazioni da richiedere devono essere quanto più possibile oggettive, non discriminatorie e proporzionali rispetto all'oggetto dell'appalto, al fine di consentire di salvaguardare i principi comunitari di parità di trattamento e massima partecipazione, evitando al contempo possibili distorsioni connesse all'ampliamento della sfera di discrezionalità delle stazioni appaltanti o, addirittura, fenomeni degenerativi di collusione

²⁴ In particolare la lett. d) del par. 2 prevede la facoltà di escludere dalle procedure di appalto gli operatori economici che nell'ambito della propria attività professionale abbiano commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dalla stazione appaltante. La norma è stata recepita in maniera più rigorosa dall'art. 38 comma 1 lett. f) del Codice dei Contratti.

- tra imprese e stazioni appaltanti. Altro aspetto che occorre garantire è la massima trasparenza, e quindi la conoscibilità ex ante per gli operatori economici, la cui *performance* è valutata tramite tali informazioni. Infine, altro profilo da considerare con particolare attenzione attiene alla compatibilità di tale sistema con il principio comunitario che vieta la commistione tra i requisiti di partecipazione ed i criteri di valutazione delle offerte, di cui si è già detto sopra. Tra le informazioni che potrebbero assumere rilevanza si segnalano, ad esempio, la completezza della documentazione presentata in sede di partecipazione a procedure di gara (sia in fase di offerta che di aggiudicazione); l'applicazione di penali a fronte di inadempimenti contrattuali, il rispetto dei tempi di realizzazione, le eventuali non conformità tecniche riscontrate; la sistematica promozione di contenziosi in fase di partecipazione alle gare ovvero in sede di esecuzione dei lavori, la sicurezza sul lavoro, sulla base di indici statistici di incidentalità;
- b) la definizione di un sistema uniforme per misurare tale reputazione, attribuendo un punteggio che consenta di valutare i profili di efficienza ed affidabilità del singolo operatore, in termini oggettivi e sulla base di criteri chiari ed uniformi, al fine di garantire il pieno rispetto della par condicio tra i diversi concorrenti;
- c) l'individuazione – anche mediante apposite modifiche della normativa comunitaria – di idonei meccanismi che consentano di attribuire un rilievo a tali profili ai fini della selezione delle imprese che partecipano alle gare di appalto. Al riguardo, un indubbio contributo potrebbe venire dall'auspicato superamento, seppure parziale, del divieto comunitario di commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione nonché dall'introduzione dei sistemi di qualificazione anche nei settori ordinari, di cui si è già detto. In particolare, a livello nazionale, nell'ambito dei tavoli tecnici a cui partecipa ANAS, si sta ragionando sulla possibilità di valorizzare il profilo delle esperienze passate, in fase di selezione degli operatori (ad esempio nell'ambito delle procedure ristrette o negoziate aggiudicate con il meccanismo della c.d. forcella; riconoscendo in via generale alle stazioni appaltanti la facoltà di utilizzare tale requisito ulteriore per selezionare, nell'ambito delle procedure ristrette e negoziate, le imprese da invitare che siano già dotate dei requisiti generali; ampliando le possibilità di negoziazione delle stazioni appaltanti; introducendo i sistemi di qualificazione, ecc) ovvero prevedendo dei meccanismi premiali (come, ad esempio, la riduzione dell'importo delle cauzioni dovute dagli operatori). Tali soluzioni scontano tuttavia il limite dei vincoli comunitari sopra ricordati;
- d) l'introduzione di idonei meccanismi che consentano lo scambio di informazioni tra le Autorità pubbliche che nei diversi Stati membri sono deputate alla vigilanza sul settore degli appalti, al fine di creare una banca dati comune.

3.2.5 estensione del ricorso alla procedura accelerata

Si suggerisce l'estensione, anche per il triennio 2011-2013, della possibilità di ricorso in via generalizzata alla procedura accelerata (art. 38, par. 8 della Direttiva 2004/18), in linea con quanto già consentito dalla Commissione UE per il biennio 2009-2010²⁵.

3.2.6 semplificazione delle forme di pubblicità

Appare infine opportuna l'introduzione di misure di semplificazione rispetto alle attuali costose forme di pubblicità previste a livello nazionale (si pensi in primo luogo alla pubblicità legale sui quotidiani) a favore di strumenti che sfruttino il progresso tecnologico (ad esempio mediante l'istituzione di un portale comune telematico delle gare ovvero generalizzando l'obbligo di pubblicazione sul profilo del committente, che attualmente comporta solo la possibilità di abbreviare i termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte).

3.3 Strumenti per l'aggregazione della domanda ed appalti comuni

Si ritiene che l'attuale normativa comunitaria fornisca già utili strumenti che consentono di procedere a forme di aggregazione della domanda, come gli accordi quadro (estesi dalla Direttiva 2004/18 anche ai settori ordinari) e la possibilità di ricorrere alle centrali di committenza.

Si tratta quindi di sfruttare adeguatamente a livello nazionale le potenzialità di tali istituti. Per quanto riguarda, in particolare, il ricorso alle centrali di committenza, oggi maggiormente possibile anche in virtù dei continui progressi tecnologici, che rendono agevole lo scambio in tempo reale e per via telematica di dati e informazioni, tale strumento consentirebbe di coniugare positivamente l'esigenza di una maggiore efficienza (grazie alla specializzazione della stazione appaltante in grado di assicurare l'espletamento di un'attività tecnico – amministrativa con margini di errore assai ridotti) con quella, altrettanto sentita (e sulla quale si tornerà a breve) del controllo (che sarebbe agevolato dalla centralizzazione dei risultati delle procedure, archiviati secondo schemi informatici accessibili alle autorità competenti in tempo reale). In quest'ottica, del resto, si sta muovendo anche l'ordinamento italiano come emerge dalla Legge n. 136/2010²⁶.

In tale quadro ANAS potrebbe svolgere un ruolo centrale, assumendo la funzione di centrale di committenza (gestendo quindi le attività organizzative ed amministrative connesse all'affidamento dei relativi appalti) quantomeno per tutte le opere stradali di competenza degli Enti Locali, per le quali potrebbe anche svolgere le funzioni di "validazione" dei progetti.

²⁵ In ogni caso ANAS, nell'ultimo triennio, ha fatto un uso assai prudente di tale facoltà, applicando la decurtazione dei termini ad una percentuale di bandi intorno al 10%, sempre supportandola con motivazioni ulteriori rispetto alla mera applicazione della circolare UE che prevedeva tale possibilità.

²⁶ L'art. 13 della Legge rinvia ad un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (da adottare entro 6 mesi dall'entrata in vigore della legge) la definizione delle modalità per promuovere l'istituzione, nell'ambito regionale, di una o più Stazioni uniche appaltanti (SUA) al fine di assicurare la trasparenza, la regolarità e l'economicità della gestione dei contratti pubblici e prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose. In attuazione di tale previsione è stata recentemente elaborata una bozza di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, che dovrebbe definire le modalità per l'istituzione della SUA.

3.4 Problemi relativi all'esecuzione dell'appalto

La Commissione UE invita a riflettere anche in ordine **all'opportunità che il diritto comunitario – che attualmente non disciplina le fasi di esecuzione dell'appalto – introduca specifiche disposizioni anche con riguardo ad alcuni profili problematici che sorgono di frequente in tale ambito.**

In tale contesto, un profilo particolarmente delicato attiene alle **modifiche soggettive che intervengano in corso di esecuzione dell'appalto.** Al riguardo si evidenzia che la normativa italiana, posto il principio generale dell'inceditività del contratto (salvi i casi di cessione di ramo d'azienda ed operazioni analoghe), disciplina tale profilo solo in relazione alle ATI, con una previsione peraltro limitata a tassative ipotesi in cui sono consentite variazioni nella compagine.

Ne consegue come potrebbe risultare utile **una regolamentazione uniforme a livello comunitario delle varie vicende modificative della compagine del raggruppamento** (ad esempio per il caso di recesso, inversione mandante-mandatario, estromissione di mandante o mandatario, ecc).

Più in generale, si auspica una **disciplina comunitaria che perimetri il concetto di “modifica soggettiva”,** non solo con riferimento alle ATI, ma **in maniera generalizzata** avendo riguardo al “soggetto” esecutore, **attraverso una tipizzazione, anche solo esemplificativa, delle vicende che danno luogo a modifiche soggettive** (ad es. modifica della compagine azionaria all'interno di una società singola) definendo al contempo i limiti entro i quali queste possono ritenersi consentite. Nelle ipotesi poi in cui la modifica non sia consentita, e sia pertanto necessario risolvere il contratto e riaffidare i lavori, appare poi auspicabile introdurre una **procedura semplificata per sostituire il precedente contraente** (come l'interpello ovvero la procedura negoziata senza previo bando), in quanto funzionale ad accelerare i tempi di realizzazione delle opere pubbliche.

Per quanto riguarda la **disciplina del subappalto**, attualmente la normativa comunitaria si limita ad precisare che l'offerente deve indicare nell'offerta le eventuali parti che intende subappaltare, non prevedendo alcun limite a tale facoltà. D'altro canto, come noto, la normativa interna già prevede un limite quantitativo percentuale alla possibilità per l'affidatario di subappaltare le lavorazioni d'appalto (30%), strumento che – unitamente alla necessità di una preventiva autorizzazione della stazione appaltante – può garantire la qualità delle prestazioni e tutelare le esigenze di ordine pubblico che sono alla base della previsione di tali forme di controllo. **Ciò posto non si ritiene necessario che l'Unione Europea intervenga in tale settore imponendo particolari forme di controllo alle amministrazioni**, essendo più opportuno che ciascuno Stato Membro regolamenti la materia, tenendo conto delle peculiarità del mercato e delle proprie esigenze di ordine pubblico. In merito poi all'utilità di **prevedere ipotesi di esclusione a livello comunitario del subappalto**, si ricorda che di recente il divieto di subappalto previsto dall'ordinamento italiano in relazione alle opere superspecialistiche (cfr. art. 37, comma 11 del Codice) è stato eliminato proprio per superare le censure mosse dalla Commissione europea. Al riguardo si ritiene che una maggiore apertura nei confronti di un'eventuale legislazione in deroga da parte dei singoli Stati sia da guardare con favore, soprattutto ove il divieto del subappalto sia funzionale a quel contrasto contro le infiltrazioni della

criminalità che costituisce, come si è visto, uno degli obiettivi postisi dalla stessa UE in sede di predisposizione del Libro Verde.

3.5 Migliorare l'accesso al mercato degli appalti pubblici

Le Direttive comunitarie sugli appalti pubblici, emanate a partire dagli anni 70, hanno contribuito notevolmente ad accrescere la competitività tra le imprese dei diversi Stati e a rendere più accessibile alle stesse il mercato europeo degli appalti. Tale risultato è stato conseguito attraverso una progressiva opera di coordinamento e di semplificazione dell'impianto esistente nell'ambito dei diversi ordinamenti nazionali, con il duplice obiettivo di rendere la regolamentazione più flessibile ed adattabile alle nuove esigenze delle amministrazioni, e, al contempo, di rafforzare le garanzie di concorrenza e di trasparenza.

Nel riconoscere quindi il significativo contributo assicurato in questo ambito dalla normativa comunitaria, **si condivide l'opportunità di introdurre ulteriori misure a livello UE per garantire la libertà di accesso al mercato degli appalti pubblici, riservando, al contempo, una particolare attenzione alle piccole e medie imprese**, anche tenendo conto delle utili indicazioni contenute nel *"Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici"* pubblicato dalla Commissione UE nel 2008. Tali misure dovrebbero, in ogni caso, configurarsi come indicazioni di principio al fine di evitare che successive disposizioni nazionali possano essere sanzionate come lesive dei principi del Trattato UE. Da quanto emerge anche nel Libro Verde, infatti, molti Stati Membri hanno adottato politiche volte a rendere meno gravosa la partecipazione alle gare d'appalto delle PMI.

Tali profili sono oggetto di particolare attenzione anche nell'ordinamento italiano, dove è attualmente in discussione al Senato il disegno di legge AS 2626 recante *"Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese"* ²⁷.

Per quanto concerne, nello specifico, le misure normative ipotizzate dal Libro Verde per ridurre gli ostacoli esistenti per tali imprese nella fase di selezione:

- si ritiene che **l'introduzione a livello comunitario di previsioni specifiche sui requisiti** (in particolare di un eventuale tetto a quelli di ordine economico-finanziario) **limiterebbe eccessivamente i margini di discrezionalità della stazione appaltante** nella scelta degli standard ritenuti necessari per garantire un'efficiente esecuzione dell'appalto²⁸;

²⁷ Il provvedimento contiene, oltre ad alcune modifiche alla disciplina degli appalti pubblici sottosoglia, diverse misure tese a promuovere il sistema economico delle micro e piccole imprese, quali: a) la facoltà per gli enti locali di introdurre modalità di coinvolgimento delle piccole imprese presenti nei territori nei quali sono localizzati gli investimenti nella realizzazione delle grandi infrastrutture, nonché nelle opere connesse a queste ultime, integrative o compensative; b) la previsione di strumenti per la semplificazione dell'accesso al mercato che può realizzarsi, ove possibile e sempre nel rispetto del Codice, attraverso la suddivisione degli appalti in lotti o lavorazioni; c) il divieto per le s.a. di richiedere alle imprese documentazione e certificazione già in loro possesso, o di prevedere il deposito di documentazione ultronea rispetto a quella prevista dal Codice; d) la previsione generalizzata dello strumento dell'autocertificazione per l'attestazione dei requisiti di idoneità; e) il divieto per le s.a. di richiedere alle imprese requisiti finanziari sproporzionati rispetto al valore dei beni e dei servizi oggetto dei contratti.

²⁸ Del resto, i concorrenti possono ricevere adeguata tutela mediante l'applicazione del principio comunitario di proporzionalità (che vieta, tra l'altro, alle stazioni appaltanti di imporre requisiti di selezione sproporzionati).

- si condivide la soluzione proposta di **consentire in via generalizzata agli operatori di fornire in fase di gara un'autocertificazione dei requisiti richiesti** (provvedendo poi alla verifica solo nei confronti dell'aggiudicatario o a campione). Sul tema è di recente intervenuto anche il D.L. n. 70/2011 estendendo il criterio dell'autocertificazione per la dimostrazione dei requisiti richiesti per l'esecuzione dei contratti pubblici²⁹. Si potrebbe inoltre valutare la possibilità che le stazioni appaltanti effettuino i riscontri circa la veridicità delle dichiarazioni attraverso una banca dati gestita da un'Autorità indipendente. Sul punto si segnala sul fronte nazionale il predetto D.L. n. 70/2011 che ha, tra l'altro, previsto un sistema di individuazione, accertamento e prova dei requisiti tecnico organizzativo ed economico finanziari di partecipazione alla gare mediante collegamento telematico alla banca dati nazionale dei contratti pubblici;
- si auspica, inoltre, **l'adozione a livello comunitario di misure volte a favorire il migliore riconoscimento reciproco dei certificati**, quali la costituzione di una **banca dati comune** dalla quale risultino le equivalenze tra le diverse tipologie di certificati e **una regolamentazione uniforme dei titoli che attestano il possesso di specifiche qualificazioni** di carattere giuridico, economico e tecnico. In tal modo si potrebbero anche porre le basi per l'eventuale futura costituzione da parte dell'Unione Europea di un **sistema comune di qualificazione**³⁰;
- si ritiene opportuno approfondire la possibilità di **introdurre delle quote di appalto riservate esclusivamente alle PMI in generale, ovvero, per determinate categorie di appalti, a quelle presenti nei territori nei quali è localizzata l'attuazione dell'appalto**. In aggiunta, si potrebbero **prevedere a livello comunitario**, mediante l'istituzione di un apposito fondo, **forme di incentivazione a favore delle stazioni appaltanti** (affinchè accrescano l'impiego di strumenti e tecnologie che favoriscano la partecipazione delle PMI) **ovvero delle imprese stesse**³¹.

Spetterebbe, in ogni caso, alle competenti Autorità nazionali o comunitarie procedere ad indagini e intervenire con diffide e irrogare sanzioni relativamente a comportamenti illeciti o discriminatori posti in essere da grandi imprese e da pubbliche amministrazioni.

3.6 Prevenire comportamenti anticoncorrenziali

²⁹ in particolare, viene previsto l'obbligo per le s.a. di richiedere di norma l'autocertificazione per l'attestazione dei requisiti di ordine generale nonché, per gli appalti di servizi e forniture di importo pari o inferiore a 150.000 Euro, dei requisiti speciali. I modelli di autocertificazione sono predisposti dalle s.a. sulla base di standard definiti con decreto del MIT previo parere dell'AVCP.

³⁰ La creazione di un sistema europeo di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici non solo favorirebbe la partecipazione transfrontaliera degli offerenti di altri stati membri, ma consentirebbe altresì di eliminare i rischi di discriminazione derivanti dalla difformità delle legislazioni nazionali.

³¹ In quest'ultima direzione, peraltro, si sta muovendo, come noto, anche l'ordinamento italiano con il recente **disegno di legge "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese"** (AS 2626) laddove intende garantire alle micro, piccole e medie imprese e alle reti di imprese una riserva percentuale minima degli incentivi di natura automatica o valutativa. Il provvedimento in questione consente, inoltre, agli enti locali di introdurre modalità di coinvolgimento delle piccole imprese presenti nei territori nei quali è localizzata l'attuazione di grandi opere, nella fase realizzativa delle stesse nonché delle relative opere connesse, integrative o compensative.

Il mercato degli appalti è **particolarmente soggetto a comportamenti collusivi ed anticoncorrenziali da parte dei concorrenti** anche a causa della prevedibilità della domanda pubblica, come del resto evidenziato nel corpo del Libro Verde.

In tale quadro, **le Direttive UE** sugli appalti pubblici, disciplinando le procedure in termini trasparenti e rispettosi della par condicio tra i concorrenti, **hanno avuto il merito di accrescere la competitività tra gli operatori economici dei diversi Stati** e rendere più accessibile agli stessi il mercato europeo degli appalti.

Ad oggi, peraltro, manca una disciplina comunitaria specifica finalizzata alla prevenzione di comportamenti concorrenziali. In considerazione della rilevanza economica degli appalti pubblici, pari a circa 17% del Pil dell'Unione Europea, si ritiene che le strategie adottate dalle stazioni appaltanti possano contribuire notevolmente a contrastare fenomeni anticoncorrenziali del mercato e, quindi, a garantire l'applicazione dei principi comunitari.

Nell'esperienza nazionale, tale comportamento è stato rilevato soprattutto con riferimento agli ambiti di seguito esposti. Particolarmente delicato è, in primo luogo, il fenomeno dei raggruppamenti di imprese di tipo orizzontale. Infatti, tale istituto, che nasce con l'obiettivo di ampliare il novero dei partecipanti, abbattendo le barriere costituite dai requisiti dimensionali e tecnico-finanziari di volta in volta fissati dalle stazioni appaltanti, spesso nella pratica viene utilizzato con finalità distorte da parte di imprese che possiedono singolarmente i requisiti richiesti dal bando. Si auspica quindi l'introduzione di una previsione atta a limitare la possibilità di associarsi in ATI per quelle imprese che singolarmente già posseggano i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara, scongiurando così il pericolo di comportamenti anticoncorrenziali dei partecipanti, quali ad esempio i cartelli di imprese.

Al di fuori di tali patologie, si potrebbe, valutare la possibilità di introdurre a livello normativo alcuni strumenti che disincentivino comportamenti collusivi e cartelli tra le imprese (anche traendo spunto dall'esperienza maturata nell'ordinamento italiano), quali, ad esempio, la previsione di regole di esclusione più severe per il caso di turbativa d'asta, l'introduzione del reato - previsto nel nostro Paese - di turbativa di bando, che potrebbe trovare una codificazione anche a livello comunitario, l'estensione delle possibilità di utilizzo della procedura negoziata e l'introduzione di una sorta di attestazione da parte degli offerenti di determinazione indipendente del contenuto dell'offerta (anche traendo spunto dalla disciplina introdotta nell'art. 38 del Codice dei Contratti Pubblici italiano per le ipotesi di partecipazione ad una stessa gara di imprese appartenenti ad uno stesso gruppo).

4. Proposte tese ad assicurare un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali di interesse comune

Come già anticipato in premessa, si condivide la valutazione operata dalla Commissione UE circa la valenza strategica che il settore degli appalti pubblici assume nell'ottica del conseguimento di obiettivi "politici" ulteriori, quali la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica, una

particolare attenzione alle esigenze sociali, la promozione dell'innovazione e delle migliori tecnologie.

ANAS ha dimostrato negli ultimi anni una particolare attenzione al concetto di responsabilità sociale di impresa, cioè all'integrazione di preoccupazioni sociali ed ecologiche in tutte le operazioni che compie, sia di natura industriale che commerciale. In tale ottica, particolarmente significativa è **la redazione da parte della Società, a partire dall'esercizio 2008, del Bilancio di Sostenibilità**, che persegue l'obiettivo di dar conto ai cosiddetti stakeholder dell'Azienda, cioè ai portatori di interessi che concorrono a sostenerne l'iniziativa economica (clienti, fornitori, finanziatori, dipendenti, manager, Stato, enti locali, altri gruppi di interesse), delle *performance* di "responsabilità sociale" e di "sostenibilità" conseguite dalla Società, ovvero dell'impatto sociale ed ambientale delle attività svolte, intese come l'insieme degli effetti prodotti che ricadono sulla comunità. Grazie a questa scelta, l'ANAS può vantare di far parte del Global Compact delle Nazioni Unite, un network che unisce governi, imprese, agenzie delle Nazioni Unite, organizzazioni sindacali e della società civile, con lo scopo di promuovere su scala globale la c.d. "cultura della cittadinanza d'impresa", termine con il quale si indica la propensione per soggetti non pubblici, come le imprese, di farsi carico di beni comuni quale l'ambiente, e che è divenuto il punto di riferimento per la pubblicazione dei bilanci delle aziende.

Considerata la rilevanza di tale documento, si potrebbe valutare di renderne obbligatoria la redazione per le società di grandi dimensioni.

Ciò posto, nell'attuale contesto normativo comunitario di riferimento, si rinvengono, da un lato, un articolato complesso di regole procedurali che attengono al "come acquistare", e, dall'altro, alcuni provvedimenti promozionali di "*soft law*" in ordine al "cosa acquistare", che potrebbero essere più efficacemente utilizzate ovvero ulteriormente arricchite.

4.1 Le regole comunitarie sul "come acquistare"

Con riguardo al primo profilo (le norme comunitarie sul "come acquistare"), si ritiene in linea generale che le previsioni comunitarie vigenti già consentano alle stazioni appaltanti di poter soddisfare, oltre che la specifica necessità oggetto dell'appalto, anche ulteriori esigenze di carattere "politico". Ci si riferisce in particolare a:

- **le norme in materia di specifiche tecniche**, quanto più tali specifiche sono definite dall'amministrazione "*in termini di prestazioni e di requisiti funzionali, che possono includere anche caratteristiche ambientali*" (in linea con quanto consente l'art. 23, comma 3, lett. b) della direttiva 2004/18, riprodotto nell'art. 68 del nostro Codice dei Contratti³²) con l'unico limite di avere un grado di precisione sufficiente per consentire di determinare con esattezza l'oggetto dell'appalto;

³²Sempre con riguardo al nostro ordinamento, si segnala che l'art. 138, comma 3, del nuovo Regolamento stabilisce che le stazioni appaltanti, nella definizione dei contenuti del capitolato e dei contratti, tengono in considerazione, ai sensi dell'articolo 68 del Codice, ove possibile, i criteri di tutela ambientale di cui al decreto del Ministro dell'ambiente 11 aprile 2008 e successivi decreti attuativi.

- **le previsioni in tema di criteri di selezione qualitativa dei concorrenti** ed in particolare l'art. 48 della direttiva 2004/18 in materia di capacità tecniche e professionali³³;
- **alcune procedure di affidamento previste dall'ordinamento comunitario** (come, ad esempio, il dialogo competitivo ed i concorsi di progettazione) che si prestano particolarmente a dare spazio ai profili di carattere tecnologico, ambientale e sociale. In quest'ottica, un ulteriore margine di flessibilità potrebbe essere acquisito mediante l'ampliamento delle possibilità di ricorso alla procedura negoziata previa pubblicazione (a cui si è fatto prima cenno);
- **la previsione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa** (in luogo del prezzo più basso) che può rappresentare indubbiamente uno strumento utile per dare rilievo a criteri di ordine ambientale e sociale³⁴. Sullo specifico tema non si condivide tuttavia l'ipotesi prospettata dal Libro verde di prevedere per le stazioni appaltanti l'obbligo di adottare tale procedura di aggiudicazione per determinate categorie di appalti ovvero di prevedere un tetto preventivo al punteggio massimo da attribuire ai criteri ambientali, sociali, tecnologici: si tratta, infatti, di scelte che devono essere rimesse alla discrezionalità dell'amministrazione;
- **la facoltà per la stazione appaltante** (cfr. art. 26 direttiva 2004/18, trasfuso nell'art. 69 del nostro Codice dei Contratti), **in sede di definizione delle condizioni di esecuzione dell'appalto, di tener conto anche di considerazioni sociali ed ambientali**³⁵.

In ogni caso, nell'usufruire dei margini di discrezionalità che le norme sopra citate attribuiscono alle amministrazioni in fase di selezione dei requisiti (consentendo eventualmente di dare rilievo

³³ Tra i profili che possono venire in rilievo vi sono, ad esempio, quelli relativi al possesso di un sistema di qualità dei processi e dei metodi di produzione o di idonee certificazioni od attestazioni in ordine all'esperienza e competenza in merito agli aspetti ambientali e tecnologici e al miglioramento dell'accessibilità ai disabili (ivi compresa l'indicazione del personale specializzato di cui dispone il concorrente con riguardo a quei profili) nonché il riferimento all'esecuzione di precedenti appalti con caratteristiche analoghe.

Anas S.p.A. ha dato seguito alle suddette indicazioni nelle seguenti modalità:

- acquistando prodotti/servizi che hanno un basso o minore impatto sull'ambiente per il modo in cui sono realizzati (ad esempio vestiario, cancelleria, mobili, accumulatori e pneumatici);
- verificando tutti gli appaltatori in materia di diritti umani;
- introducendo nei capitolati di specifici elementi che stimolano i fornitori ad offrire i prodotti con le migliori prestazioni ambientali presenti nel mercato;
- utilizzo di criteri sostenibili per la valutazione delle offerte;
- dematerializzando i documenti di gara mediante l'utilizzo della tecnologia.

³⁴ Nell'esperienza ANAS, in sede di valutazione dell'offerta, è stato dato particolare rilievo a specifici profili di sostenibilità ambientale nell'ambito delle procedure per l'affidamento della fornitura di vestiario, cancelleria, mobili, accumulatori e pneumatici.

³⁵ La stazione appaltante potrebbe inserire nell'ambito del contratto di appalto alcuni obblighi che riguardano la realizzazione di obiettivi sociali (richiedendo, tra l'altro, specifiche condizioni di lavoro del personale dell'aggiudicatario impegnato nella commessa o in generale in ordine all'occupazione ad esempio dei disabili), ambientali (ad esempio, imponendo di compensare le emissioni di forniture o servizi che hanno una significativa impronta ecologica, ovvero prevedendo dei limiti di consumo energetico o di riciclaggio dei materiali) o di efficienza energetica (richiedendo, ad esempio, che le attrezzature o i veicoli utilizzati dall'impresa appartengano alle classi più elevate di efficienza energetica). Ovviamente, la previsione di tali condizioni deve sempre essere ispirata a principi di parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, da conseguire anche attraverso preventive forme di pubblicità delle stesse. Si ritiene in ogni caso che le clausole sull'esecuzione dell'appalto e l'utilizzo di criteri sostenibili per la valutazione delle offerte debbano essere definite con discrezionalità dalle amministrazioni aggiudicatrici a seconda degli elementi caratterizzanti l'appalto. Sotto un diverso profilo, non si può escludere l'opportunità che le imprese vengano valutate anche in sede di gara (e non solo dell'esecuzione dell'appalto) sul tema dell'occupazione e delle condizioni di lavoro. Pertanto, si potrebbe immaginare un organo certificatore terzo che valuti le imprese su questi aspetti e i conseguenti giudizi (positivi) potrebbero avere, in sede di valutazione dell'offerta, carattere premiante per gli operatori economici più attenti a tali temi. A tal fine, si potrebbero ampliare le competenze previste per gli organismi indipendenti di attestazione di cui all'art. 44 del Codice dei Contratti Pubblici italiano, in materia di norme di gestione ambientale, ricomprendendovi anche quelle sociali.

anche a profili “politici”), l’attuale quadro comunitario impone di mantenere un collegamento quanto più possibile stretto con l’oggetto dell’appalto (cfr. primo considerando della Direttiva 2004/18); tale condizione presenta il duplice vantaggio di consentire alle stazioni appaltanti di gestire in maniera efficiente il denaro pubblico e di ridurre il rischio di favoritismi nei confronti di alcuni operatori. Ne consegue come l’ipotesi avanzata nel Libro Verde di applicare in modo meno rigido tale condizione (ad esempio, consentendo l’applicazione di criteri di aggiudicazione basati sulle politiche occupazionali o ambientali dei concorrenti) debba essere attentamente valutata nell’ottica, cui si è fatto cenno anche in premessa, di compiere una scelta di quale tra i diversi interessi da soddisfare debba ritenersi prevalente, con conseguente parziale sacrificio degli altri. In tale quadro, una possibile soluzione intermedia di cui si auspica un approfondimento a livello comunitario potrebbe essere quella di **incentivare meccanismi di scelta del contraente fondati sull’individuazione (per specifiche categorie di appalti) di criteri “politici” (ambientali, sociali e tecnologici) “di base” e “premiati”**. In tale approfondimento potrebbe fornire utili spunti la **politica che sta attuando il nostro Paese in materia dei c.d. acquisti verdi**³⁶.

In particolare, i requisiti “di base” avrebbero in comune il fatto di contribuire a definire se una determinata offerta proveniente da uno specifico operatore abbia dei requisiti minimi (ad esempio nel caso di requisiti ambientali se possa o meno costituire un “acquisto verde”); i requisiti “premiati” potrebbero, invece, essere utilizzati qualora la stazione appaltante intenda utilizzare il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (e comporterebbero l’assegnazione di una specifica componente del punteggio alle offerte maggiormente compatibili sotto il profilo “politico”). Peraltro, la richiesta dei requisiti minimi potrebbe avvenire attraverso l’utilizzo degli strumenti già disponibili nell’ordinamento comunitario, di cui si è detto sopra³⁷.

Su questa linea sarebbe poi da valutare la possibilità di **introdurre**, accanto ai due criteri classici, un **terzo criterio di aggiudicazione** che presupponga una **scelta del contraente totalmente svincolata dall’elemento economico** (ovvero con prezzo di aggiudicazione già fissato dall’amministrazione ed invariabile) e si concentri viceversa sulle proposte tecniche dei singoli concorrenti.

³⁶ Cfr. il decreto interministeriale dell’11 aprile 2008 che ha individuato specifiche categorie di prodotti e servizi da affrontare prioritariamente ai fini del raggiungimento di obiettivi di sostenibilità ambientale e il successivo decreto del Ministro dell’ambiente del 2 febbraio 2011 concernente l’*“Adozione dei criteri ambientali minimi da inserire nei bandi gara della Pubblica amministrazione per l’acquisto dei seguenti prodotti: tessili, arredi per ufficio, illuminazione pubblica, apparecchiature informatiche”*.

Altri spunti interessanti provengono dal Decreto del Ministro dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare n. 111 del 12 ottobre 2009 (G.U. n. 261 del 9 novembre 2009) con cui sono stati definiti i *“Criteri ambientali minimi per l’acquisto di ammendanti e per l’acquisto di carta in risme da parte della Pubblica Amministrazione”*, in attuazione del *“Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi della pubblica amministrazione”*. L’esperienza di Anas S.p.A. relativa all’applicazione del predetto DM dell’Ambiente sull’acquisto della carta si può ritenere molto positiva: recependo le indicazioni ivi contenute, si è proceduto senza riscontrare particolare difficoltà, ad introdurre nel capitolato per l’approvvigionamento di cancelleria specifici elementi in grado di stimolare i fornitori ad offrire i prodotti con le migliori prestazioni ambientali presenti nel mercato, in armonia anche con gli obiettivi di sviluppo sostenibile perseguibili nel breve e nel lungo termine mediante l’implementazione di sistemi di monitoraggio ambientale rivolti a tutti gli appaltatori, già rappresentati nel Bilancio di Sostenibilità predisposto dall’azienda.

³⁷ nella descrizione dell’oggetto dell’appalto; in fase di selezione dei candidati (richiedendo requisiti di qualificazione soggettiva atti a provare la capacità tecnica del candidato ad eseguire l’appalto in modo di recare i minori danni possibili sull’ambiente o con le tecnologie più moderne, ecc); mediante specifiche tecniche e condizioni di esecuzione di base.

4.2 Le regole comunitarie sul “cosa acquistare”

Per quanto concerne poi il secondo profilo (le norme comunitarie sul “cosa acquistare”), si ritiene, da un punto di vista generale, possibile **introdurre, anche attraverso normative di settore, ulteriori obblighi a livello comunitario sul “cosa acquistare”**. In tale ottica, si potrebbe, ad esempio, valutare l’opportunità di prevedere requisiti obbligatori (attraverso un meccanismo di gradualità) in ordine alle caratteristiche tecniche di beni e servizi (in termini di consumo energetico, emissioni, riciclaggio, ecc), in linea con quanto già previsto da alcune normative comunitarie di settore (provvedimenti promozionali di *soft law*)³⁸.

Non si può, tuttavia, tacere come l’opportunità di simili interventi debba essere oggetto di attenta riflessione in quanto potrebbero, da un lato, produrre effetti restrittivi dei mercati e, dall’altro, limitare la capacità delle amministrazioni aggiudicatrici di selezionare offerte in grado di soddisfare quanto più possibile le specifiche esigenze che si profilano, nel rispetto del canone di economicità.

In tale ottica, una possibile alternativa da prendere in considerazione (almeno per determinati ambiti) potrebbe essere quella di **fissare a livello comunitario degli standard minimi** ovvero quella (analogamente a quanto prospettato per l’apertura al mercato delle PMI) di **prevedere incentivi**, mediante l’istituzione di un apposito fondo comunitario, **per le amministrazioni che si mostrano sensibili al raggiungimento di obiettivi “politici”**.

5. Proposte finalizzate ad attuare una politica più sensibile alla prevenzione ed al contrasto della corruzione nel mercato degli appalti pubblici

Ad oggi, le direttive comunitarie in materia di appalti, pur avendo introdotto procedure specifiche per assicurare la trasparenza nelle procedure di aggiudicazione e requisiti di onorabilità che precludono la partecipazione agli operatori giudicati colpevoli dei reati più gravi, contengono poche norme puntuali per penalizzare i favoritismi e la corruzione negli appalti pubblici con la conseguenza che il grado di salvaguardia e tutela offerto dalla legislazione nazionale varia notevolmente da uno Stato Membro all’altro³⁹.

³⁸ Si ricorda, a titolo di esempio, la recente **direttiva europea 2009/33**, che si colloca nel quadro delle misure tese ad attuare le strategie europee in materia di ambiente, clima ed energia e che si propone di ridurre l’impatto energetico ed ambientale di determinati veicoli a motore adibiti al trasporto su strada. Il provvedimento prevede, a tal fine, che le amministrazioni aggiudicatrici, gli enti aggiudicatori e gli operatori soggetti all’obbligo di applicare determinate le procedure di appalto, debbano fissare specifiche tecniche in materia di prestazioni energetiche ed ambientali nei documenti preparatori ovvero, ove sia aperta una procedura di appalto con il criterio di aggiudicazione all’offerta economicamente più vantaggiosa, integrare nella decisione di acquisto l’impatto energetico e l’impatto ambientale, che divengono criteri di aggiudicazione. Nello stesso senso anche la **direttiva 2009/125** che istituisce un quadro per l’elaborazione di regole per la progettazione ecocompatibile dei prodotti connessi all’energia, nell’intento di garantire la libera circolazione di tali prodotti nel mercato interno accrescendo l’efficienza energetica e la protezione ambientale e migliorando, nel contempo, la sicurezza dell’approvvigionamento energetico.

³⁹ Al di fuori dello specifico ambito degli appalti, vi sono stati diversi atti del Consiglio europeo, tra i quali si ricorda il "*Piano d’azione di lotta contro il crimine organizzato*" del 1997, la "*Strategia dell’Unione europea per l’inizio del nuovo Millennio - Prevenzione e controllo della criminalità organizzata*" del 2000 e il "*Programma di misure per dare attuazione al principio di mutuo riconoscimento delle decisioni in materia penale*" del 2001. La Commissione è intervenuta fornendo elementi di orientamento per un’azione europea di contrasto alla criminalità negli appalti, dapprima sotto forma di semplici principi posti a corollario di più ampie strategie o iniziative riguardanti le tradizionali politiche comunitarie, e successivamente attraverso l’elaborazione di veri e propri piani di azione specifici, come il "Libro verde" sugli appalti pubblici nell’Unione europea del 1996.

Per tale motivo, considerato anche lo scenario mondiale di crescente globalizzazione tanto dei mercati quanto dei rischi criminali, negli ultimi anni viene avvertita sempre con più forza nel contesto dell'Unione Europea **l'esigenza di introdurre nel delicato settore degli appalti pubblici forme di tutela più avanzata per prevenire il rischio di infiltrazioni delle organizzazioni criminali nonché di fenomeni di corruzione e di conflitti di interesse.**

La previsione di tali garanzie supplementari può, tuttavia, comportare un aggravamento procedurale e oneri amministrativi ulteriori a carico dei committenti e delle imprese. Si pone quindi, ancora una volta, l'esigenza di trovare un **contemperamento tra diverse esigenze**: da un lato, quelle dello snellimento e dell'efficienza delle procedure, dall'altro quelle di trasparenza e di maggiore sensibilità ai profili "sociali".

In tale quadro, si formulano di seguito alcune proposte, tenuto conto di alcuni interessanti spunti contenuti nel Libro Verde, oltre che delle esperienze maturate da Anas.

a) Innanzitutto, al fine di prevenire fenomeni corruttivi e/o di infiltrazione, è quanto mai auspicabile che a livello UE venga introdotta una **definizione comune di conflitto di interessi** con riguardo alle situazioni che potrebbero anche potenzialmente pregiudicare l'indipendenza di giudizio dei componenti le commissioni di gara nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici **nonché forme più efficaci di garanzie e tutele per la prevenzione o la risoluzione di tali situazioni** (anche sulla base dell'esperienza maturata nei diversi Stati Membri). Al riguardo potrebbe essere utile introdurre in via generalizzata l'obbligo di procedere ad una verifica preventiva circa la sussistenza di eventuali conflitti di interesse esistenti in capo ai membri della commissione di gara.

Nell'ordinamento italiano, ad esempio, i componenti delle commissioni sono scelti con un sistema definito dall'art. 84 del Codice dei Contratti Pubblici, il quale precisa, tra l'altro, che i commissari: (i) non devono svolgere (o aver svolto) funzioni od incarichi relativamente all'affidamento oggetto della procedura (quali, a titolo esemplificativo, compiti di progettazione, esecuzione, o direzione ovvero l'incarico di responsabile del procedimento; (ii) rivestire (o aver rivestito) cariche di pubblico amministratore presso l'amministrazione che compie l'affidamento; (iii) aver concorso con dolo o colpa grave accertata in via giurisdizionale, nella qualità di commissario, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi. E' inoltre prevista l'applicazione delle cause di astensione previste dal Codice di procedura civile per il giudice.

Sulla base di tali previsioni **Anas S.p.A.** si è già autonomamente determinata a prevedere una rigida disciplina per queste ipotesi con un'apposita **procedura aziendale in materia di commissioni di gara che impone ai commissari l'obbligo di dichiarare la sussistenza di una qualunque ipotesi di conflitto di interessi.** Ciò, al fine non solo di introdurre un valido strumento di garanzia a presidio della trasparenza della procedura ma anche al fine di prevenire situazioni di conflitto che potrebbero poi ripercuotersi sulla validità della stessa procedura con conseguenti maggior costi ed oneri da parte dell'amministrazione.

b) Si auspica, inoltre, il recepimento **a livello comunitario della previsione** (attualmente prevista in alcuni Protocolli di legalità che Anas ha stipulato con le competenti Prefetture) **che impone**

alle amministrazioni aggiudicatrici di acquisire informazioni sino alle persone fisiche titolari ultime di controllo, anche indiretto, delle imprese coinvolte nella realizzazione delle opere, anche nel ruolo di subappaltatori e di principali fornitori.

- c) Si propone, ancora, l'introduzione a livello comunitario **dell'obbligo di adozione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di qualsiasi genere, di codici etici aventi contenuti precettivi e sanzionatori** specificamente attagliati alla loro attività e che preveda, altresì, l'osservanza di essi da parte della generalità di coloro che con tali soggetti stipulino contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.
- d) Sotto un diverso profilo, potrebbe essere utile procedere ad una rivisitazione a livello comunitario delle cause di esclusione, con particolare riguardo a quelle che concernono **gli offerenti colpevoli di corruzione e più in generale di colpa professionale**. In particolare appare opportuno, tra l'altro:
- i. garantire una maggiore omogeneità tra i diversi Stati membri in ordine alla disciplina delle cause di esclusione. Ciò in quanto il paragrafo 1 dell'art. 45 della direttiva n. 18/2004 reca la elencazione delle ragioni relative alla "*situazione personale del candidato o dell'offerente*", per le quali egli deve essere escluso dalla partecipazione ad un appalto pubblico. Il paragrafo 2 della stessa disposizione prevede, invece, la facoltà di esclusione dalla partecipazione all'appalto in determinati casi, demandando al legislatore nazionale l'individuazione delle condizioni di applicazione, nel relativo ordinamento, delle cause di esclusione ivi indicate⁴⁰;
 - ii. introdurre alcuni chiarimenti in ordine all'esatto contenuto di alcune cause di esclusione (come la definizione di "*reato che incida sulla sua moralità professionale*" di cui alla lett. c). dell'art. 45 della Direttiva o di "*errore grave*" di cui alla successiva lettera d);
 - iii. eliminare la previsione per cui ai fini dell'esclusione rilevano solo i reati accertati in via definitiva. Ciò in quanto, se è vero che anche a livello costituzionale la colpevolezza non può prescindere dal passaggio in giudicato, è però opportuno che, in via cautelativa, i soggetti destinatari di sentenze, anche di primo grado, relative ai reati incidenti sulla c.d. moralità professionale non possano entrare in contatto con le amministrazioni aggiudicatrici.
- e) Si potrebbe introdurre a livello comunitario **l'obbligo delle imprese esecutrici di opere pubbliche e dei relativi sub-affidatari di dare idonea informativa su ogni tentativo di estorsione subito**, in linea con quanto previsto nei più avanzati Protocolli di legalità sottoscritti dalle stazioni appaltanti italiane con le imprese affidatarie degli appalti e le Prefetture competenti.

⁴⁰ Il potere discrezionale del legislatore nazionale di prescrivere cause di esclusione dalla partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici corrispondenti a quelle di cui al paragrafo 2 citato è stato esercitato attraverso l'individuazione contenuta nel comma 1 dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006, che recepisce ed estende il contenuto della Direttiva, non distinguendo tra cause di esclusione obbligatoria e facoltativa operata dal legislatore comunitario.

- f) Sarebbe poi auspicabile un intervento dell'Unione Europea sul tema delle **misure da adottare per porre rimedio ad una situazione negativa che influisce sull'ammissibilità dell'impresa alla gara o sul mantenimento in capo alla stessa del relativo contratto**. In particolare, si potrebbe ipotizzare per le imprese coinvolte in fenomeni di corruzione o infiltrazione di criminalità organizzata **la possibilità di accedere a forme di commissariamento amministrativo o di amministrazione giudiziaria temporanee** e finalizzate al ripristino di una situazione di legalità, senza l'automatica necessità di risolvere il contratto di appalto. L'adozione di tale misure consentirebbe, da un lato, di assicurare la continuità aziendale ed occupazionale e quindi di soddisfare l'interesse pubblico all'esecuzione dell'appalto e, dall'altro, di contenere gli effetti negativi dei giudizi amministrativi aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti interdittivi (giudizi che spesso vedono soccombente la stazione appaltante e la Prefettura competente con il conseguente diritto dell'impresa ad essere reintegrata nell'esecuzione del contratto).
- g) Con la medesima finalità si suggerisce l'adozione di una previsione che **in caso di revoca dell'attestazione antimafia**, consenta lo scorrimento della graduatoria ovvero, qualora questo non sia possibile e l'appalto sia stato eseguito per una percentuale consistente, l'utilizzo della **procedura negoziata senza bando** (di cui si è già detto).
- h) Potrebbe inoltre rivelarsi utile **la previsione di meccanismi premianti per le imprese che prestano particolare collaborazione con le Autorità competenti nella lotta alla criminalità organizzata** nel delicato settore degli appalti pubblici. In tale ottica si potrebbe, ad esempio:
- introdurre per le stazioni appaltanti la facoltà di riservare la partecipazione ad alcune procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto appalti particolarmente delicati, in relazione all'ambito territoriale nei quali dovranno essere eseguiti, a quegli operatori economici che hanno prestato una significativa collaborazione nella lotta alle infiltrazioni mafiose nel settore dei contratti pubblici, come risultante da un attestazione rilasciata dalla Prefettura territorialmente competente (ovviamente l'individuazione di tale aree dovrebbe essere effettuata dalle competenti Autorità dei singoli Stati membri);
 - ridurre l'importo delle cauzioni richieste alle imprese in fase di partecipazione e di aggiudicazione per gli operatori in possesso dell'attestazione di cui si è detto⁴¹;
 - indicare espressamente tra i criteri esemplificativi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 53 della Direttiva 2004/18, trasfuso nell'art. 83 del Codice dei Contratti Pubblici), anche quello volto a considerare la particolare collaborazione prestata dall'impresa nella lotta alle infiltrazioni mafiose, dimostrabile attraverso l'attestazione rilasciata dalla Prefettura competente. Ovviamente nell'attuale quadro comunitario di riferimento, tale possibilità deve essere attentamente vagliata alla

⁴¹ Ciò in analogia con quanto attualmente previsto negli art. 75, comma 7 e 113, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici, per quegli operatori economici che, attraverso certificazioni della qualità – rilasciate da organismi accreditati ai sensi della vigente normativa europea - dimostrano di avere un maggior grado di affidabilità rispetto agli altri nell'esecuzione della prestazione.

luce del divieto di commistione tra criteri di selezione e criteri di aggiudicazione (sul quale tuttavia è, come noto, in corso una riflessione).

- i) Volgendo l'attenzione alle questioni più tipicamente penalistiche, sarebbe auspicabile l'introduzione nell'ambito della cooperazione intergovernativa dell'Unione di una **figura di reato comunitaria che sanzioni il comportamento anticoncorrenziale fraudolento o sleale in relazione proprio alla fase dell'aggiudicazione degli appalti**. Al riguardo, nel nostro ordinamento, proprio al fine di anticipare la tutela rispetto a situazioni di corruzione e favoritismi, è stato introdotto di recente dalla L. n. 136/2010 il nuovo reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 335-bis c.p.) volto a sanzionare fenomeni ed operazioni di predeterminazione "concordata" del bando (i c.d. bandi fotocopia) attraverso la quale si finiva per favorire taluni concorrenti a discapito degli altri.
- j) Si potrebbe valutare l'opportunità di **estendere a livello comunitario la disciplina sulla tracciabilità dei flussi finanziari** recentemente introdotta nel nostro ordinamento dalla L. n. 136/2010. Tale provvedimento, come noto, dispone che i movimenti finanziari relativi ai lavori, ai servizi ed alle forniture pubbliche nonché alla gestione dei finanziamenti pubblici anche europei siano effettuati mediante bonifico bancario o postale attraverso l'addebito/accredito su conti correnti dedicati, anche non in via esclusiva.
- k) Indispensabile appare, infine, **l'introduzione di strumenti specifici di diffusione e scambio delle informazioni concernenti ipotesi di corruzione o infiltrazione tra tutti i paesi membri**. Sarebbe, al tal fine sufficiente che venga regolamentato a livello comune:
- l'istituzione, a livello di ciascuno Stato, di una banca-dati nazionale, possibilmente centralizzata, dove confluiscono tutte le informazioni, attinenti a procedure e soggetti coinvolti in gare di appalto, necessarie per evidenziare i casi di disqualification nonché le situazioni comunque a rischio di infiltrazione o di condizionamento per i quali sia necessario avviare più approfonditi controlli;
 - la possibilità che, secondo determinate procedure, le informazioni contenute nella predetta banca-dati siano scambiate con gli altri partner europei;
 - l'obbligo per determinati soggetti (enti aggiudicatrici, autorità di vigilanza competenti, altri soggetti da determinarsi) di segnalare ad uno o più organismi qualificati le situazioni di anomalia, riscontrate in una fase qualsiasi di una procedura d'appalto (gara, progettazione, esecuzione, collaudo), quando siano riconducibili ad ipotesi di condizionamento o infiltrazione da parte della criminalità organizzata. Dovrebbe ovviamente essere disciplinato anche lo scambio tra i diversi Stati membri delle predette segnalazioni di anomalia, quando riguardano appalti "europei" o imprese che partecipano a gare di appalto "europeo";
 - la possibilità che team ispettivi a composizione mista, interforza e multidisciplinare (personale di più Stati, appartenenti ad agenzie diverse e con diverse expertise), in presenza di gravi rischi di condizionamento ed infiltrazione, possano eseguire presso cantieri "europei" aperti sul proprio territorio, attività di accesso, controllo ed ispezione al fine di verificare se l'opera appaltata si svolge in un ambiente di legalità;

- l'istituzione di un sistema di notifica delle frodi tramite internet o numero telefonico gratuito per incoraggiare i partecipanti o altre persone a fornire informazioni su irregolarità o reati.

Al di là delle specifiche proposte si ritiene che oggetto di approfondita riflessione dovrebbe essere più in generale la possibilità di elaborare, a livello concettuale, **un modello per un assetto europeo di prevenzione dei fenomeni criminosi nell'ambito degli appalti pubblici**, da realizzare nel medio e nel lungo periodo ispirandosi ai seguenti principi-guida:

- economicità del modello;
- trasparenza del procedimento di adozione delle misure;
- speditezza nell'esecuzione dei controlli e nell'applicazione delle misure;
- riferimento nella fase realizzativa, all'esperienza maturata nei modelli di prevenzione di altre fenomenologie criminali, il più possibile affini (come la materia dell'antiriciclaggio), con lo scopo di valutare quali procedure e meccanismi, di provata efficacia e affidabilità, siano mutuabili con gli opportuni adattamenti.