

Nuove contestazioni della Commissione UE alla normativa italiana sugli appalti

27 Febbraio 2008

La Commissione UE, con nota del 30 gennaio 2008, ha richiesto al nostro Governo chiarimenti ed informazioni in ordine alla asserita violazione delle direttive comunitarie da parte di alcune disposizioni del Codice dei contratti pubblici.

Si illustrano di seguito sinteticamente i principali rilievi della Commissione e relative motivazioni.

1) Appalti aggiudicati a scopo di rivendita o locazione. Art. 24, comma 1, Codice.

Il predetto articolo 24 prevede la non applicabilità del Codice agli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o locazione a terzi.

A giudizio della Commissione tale disposizione potrebbe determinare la sottrazione ingiustificata alle regole della concorrenza delle opere di edilizia sociale destinate ad essere rivendute o locate dall'Amministrazione.

2) Soggetti cui possono essere affidati gli appalti pubblici. Articolo 34 del Codice.

L'art. 34 prevede una serie di soggetti cui possono essere affidati gli appalti (imprenditori individuali, società, consorzi di cooperative, consorzi stabili, consorzi ordinari, Ati, etc.).

La Commissione rileva l'incompletezza della disposizione nella parte in cui non ammette esplicitamente la partecipazione alle gare di persone giuridiche costituite secondo la legislazione dello Stato straniero di appartenenza. Inoltre rileva la sua incompletezza anche nella parte in cui sembra escludere gli operatori economici aventi una forma giuridica diversa da quelle espressamente indicate e segnatamente le altre amministrazioni aggiudicatrici che, in base alla normativa che disciplina le loro attività, sono autorizzate ad offrire sul mercato beni e servizi ovvero la realizzazione di lavori. Infatti, nella nozione comunitaria di operatore economico rientrano, non solo persone fisiche e giuridiche private, ma anche enti pubblici che operano in regime di libero mercato.

3) Non subappaltabilità opere ad alto contenuto tecnologico. Articolo 37, comma 11 del Codice.

L'articolo 37, comma 11, stabilisce che qualora le opere di notevole contenuto tecnologico comprese in un appalto superino il 15% dell'importo totale dell'opera, non possono essere subappaltate e l'appaltatore principale, qualora non in possesso dei relativi requisiti, deve costituire un ATI verticale con imprese idonee.

La Commissione rileva che tale disposizione che vieta il subappalto ed impone una forma giuridica determinata (l'ATI verticale) sembra porsi in contrasto con le direttive comunitarie che in linea generale autorizzano l'appaltatore ad avvalersi della capacità di altri soggetti "a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con essi". In altri termini viene espresso il parere che l'operatore economico debba avere ampia facoltà di scelta (non comprimibile neppure a determinate condizioni) tra la possibilità di subappaltare e quella di costituire un'ATI verticale.

4) Verifica requisiti dei partecipanti alla gara. Articolo 48 del Codice.

Nel nostro sistema i partecipanti alla gara dimostrano il possesso dei requisiti richiesti presentando dichiarazioni sostitutive ai sensi della nostra legislazione. Successivamente l'amministrazione richiede la prova di tali requisiti al concorrente aggiudicatario ed a quello che segue in graduatoria.

La Commissione rileva che tale meccanismo, con riferimento alle procedure ristrette, a quelle negoziate ed al dialogo competitivo (nelle quali è limitato il numero dei concorrenti invitati), può condurre ad una ingiustificata disfunzione qualora la prova successivamente presentata non risulti idonea; in tal caso infatti risulterebbe non invitato alla gara un soggetto che sarebbe stato invitato in luogo del concorrente che ha presentato dichiarazioni non veritiere.

5) Avvalimento gara per gara. Articolo 49, comma 6 del Codice.

Secondo la predetta norma il concorrente può avvalersi di una **sola** impresa ausiliaria per **ciascuna**

categoria.

La Commissione rileva il possibile contrasto con le direttive comunitarie che non prevedono alcuna limitazione nella facoltà da parte degli operatori economici di avvalersi della capacità di altri soggetti.

6) Avvalimento in sede di qualificazione SOA. Articolo 50, comma 1, lett. a) del Codice.

La citata norma limita la possibilità di utilizzare l'avvalimento in sede di qualificazione SOA ad imprese facenti parte dello stesso gruppo ai sensi dell'articolo 2359 cod. civ..

La Commissione rileva che la condizione dell'appartenenza allo stesso gruppo, **per quanto concerne i settori speciali**, contrasta con la normativa comunitaria che, al contrario, consente all'operatore economico di avvalersi della capacità di altri soggetti "indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi".

7) Dialogo competitivo. Articolo 58, commi 5, 13 e 15 del Codice.

Secondo le predette norme le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara i criteri di valutazione delle offerte (comma 5) ma successivamente, nell'ultima fase del confronto, possono determinare criteri ulteriori rispetto a quelli già individuati nel bando.

La Commissione rileva che tale procedura contrasta con la normativa comunitaria, la quale postula, a garanzia della obiettività del confronto e della par condicio tra i concorrenti, che i criteri di valutazione siano **integralmente** predeterminati a monte e cioè nel bando iniziale di gara.

8) Criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Articolo 83, comma 4 del Codice.

La predetta norma stabilisce che il bando di gara debba prevedere gli elementi di valutazione e per ciascun elemento i relativi punteggi massimi attribuibili. Aggiunge però che **la Commissione giudicatrice** prima dell'apertura delle offerte determina i **criteri motivazionali** per l'attribuzione del punteggio.

La Commissione rileva che anche questi ultimi criteri è necessario siano indicati preventivamente nel bando di gara, in quanto rimetterne l'individuazione alla Commissione può ledere il principio di parità di trattamento e di trasparenza del procedimento.

9) Promotore. Articolo 153, comma 3 e 155 del Codice.

La procedura del Codice si articola in tre fasi:

- a) pubblicazione di un avviso delle opere realizzabili con capitali privati e conseguente scelta del promotore che abbia presentato la proposta (progetto preliminare, piano finanziario, etc.) migliore;
- b) gara indetta sulla base del progetto preliminare prescelto cui non partecipa il promotore;
- c) procedura negoziata tra il promotore e i due soggetti meglio classificati sub b).

La Commissione rileva che:

- 1) quanto alla pubblicità dell'avviso sub a) è prevista soltanto la pubblicazione nell'Albo della sede dell'ente nonché sul sito informatico e ciò viola la regola della pubblicità a livello comunitario che costituisce presupposto imprescindibile di partecipazione di tutte le imprese della UE;
- 2) quanto alla gara sub b) l'art. 155 non indica se la procedura sia preceduta dalla pubblicazione di un bando;
- 3) il promotore (nonostante l'avvenuta abrogazione del diritto di prelazione di cui la Commissione prende atto) mantiene una posizione di sostanziale vantaggio in quanto partecipa ad una procedura negoziata unicamente con i due migliori classificati alla gara e perciò salta la fase concorsuale piena che è quella del confronto tra tutti i partecipanti alla gara sub b).

10) Opere di urbanizzazione a scomputo. Articolo 32 comma 2 lett. g) del Codice

La predetta norma prevede che il titolare del permesso a costruire assuma veste di promotore, presentando all'amministrazione un progetto preliminare, sulla base del quale questa indice una gara che aggiudica al migliore offerente. Il promotore ha però facoltà di esercitare diritto di prelazione e di risultare egli stesso aggiudicatario corrispondendo all'aggiudicatario originario il 3% del valore dell'appalto.

La Commissione rileva che la procedura ora descritta ed in particolare il diritto di prelazione in favore del promotore appare lesivo delle regole comunitarie poste a garanzia della concorrenza.

*** **

Si ritiene opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che la lettera in argomento costituisce il primo

passo della procedura. Questa infatti si articola in tre momenti: a) la Commissione chiede al Governo chiarimenti; b) se non li ritiene sufficienti gli invia un parere motivato richiedendogli ulteriori giustificazioni; c) se non ritiene neppure queste sufficienti propone ricorso alla Corte di Giustizia.