

Direttive UE in materia di appalti e concessioni: audizione dell'Ance al Senato

8 Ottobre 2012

Si è svolta il 3 ottobre l'audizione informale dell'ANCE presso la Commissione Lavori Pubblici del Senato nell'ambito dell'esame delle proposte di direttive della Commissione UE:

- sugli appalti pubblici - COM (2011) 896;
- sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali - COM (2011) 895;
- sull'aggiudicazione dei contratti di concessione - COM (2011) 897.

Il Vice Presidente per le opere pubbliche, Dott. Riccardo Giustino, che ha guidato la delegazione associativa, ha espresso apprezzamento nei confronti dell'iniziativa parlamentare volta ad ascoltare gli operatori già nella fase ascendente del processo normativo U.E., soprattutto in considerazione della incidenza delle novità legislative nel diritto interno.

È, quindi, tornato ad evidenziare, come già nel corso dell'audizione presso la Commissione Ambiente della Camera dei Deputati (si veda precedente del 23 maggio 2012), alcune tematiche considerate prioritarie per il settore, tenuto conto del progetto di rapporto che riassume la posizione dei Relatori UE rispetto alle proposte della Commissione UE.

In particolare, con riferimento alla proposta di Direttiva sugli appalti pubblici (COM (2011) 896), ha rilevato, tra l'altro, quanto segue:

Divisione degli appalti in lotti.

Ha valutato positivamente l'introduzione del principio della divisione in lotti, secondo un meccanismo che prevede l'obbligo, per la stazione appaltante, di motivare la propria decisione di non suddividere gli appalti in lotti (c.d. "apply or explain"). Al riguardo, sebbene la proposta della Commissione, fondata sul principio c.d. "apply or explain", appaia una buona posizione di compromesso, ha evidenziato l'opportunità che la stessa venga riformulata reintroducendo l'obbligo della divisione con la precisazione che debba comunque riguardare appalti tecnicamente divisibili.

Limiti per il subappalto.

Con riferimento alla prevista possibilità, per la stazione appaltante, di stabilire che alcune parti dell'appalto, ritenute dalla stazione appaltante "essenziali", siano eseguite direttamente dall'offerente, con conseguente divieto di subappalto (Art. 62.2), ha manifestato l'esigenza di mantenere la piena libertà di subappalto e,

quindi, la facoltà per ciascun operatore economico di organizzare liberamente i fattori della produzione, ferma restando la piena responsabilità dell'appaltatore rispetto alle prestazioni affidate in subappalto.

La nuova previsione andrebbe, pertanto, espunta, o tutt'al più, occorrerebbe chiarire che la stessa si riferisce esclusivamente all'avvalimento, con la conseguenza che detto istituto non risulti più utilizzabile per talune lavorazioni.

Scelta del soggetto subappaltatore.

Sul tema della tutela del subappalto, ha espresso perplessità circa la possibilità attribuita alle stazioni appaltanti di prevedere l'obbligatoria indicazione dei nominativi dei subappaltatori (art. 71 par 1). Infatti, si ritiene maggiormente conforme all'aquis comunitario in materia di libero mercato il mantenimento del principio di libertà di subappalto, ivi compresa quella della scelta del soggetto subappaltatore.

Cause di esclusione

In tema di cause d'esclusione, ha valutato positivamente la misura che prevede un procedimento per rendere più oggettiva la valutazione da parte della stazione appaltante delle precedenti "cattive performance" del concorrente (art. 55.3).

Criteri di aggiudicazione degli appalti

Con riferimento ai criteri di aggiudicazione degli appalti, ha evidenziato la necessità di mantenere entrambi i criteri, così come previsto nella proposta di direttiva, dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del cd. "costo più basso".

Criterio per l'individuazione delle offerte anomale

Ha manifestato preoccupazione in merito all'introduzione di un nuovo criterio per indentificare un'offerta anomala. Si tratta di un criterio cumulativo, secondo il quale le stazioni appaltanti devono richiedere chiarimenti agli operatori economici qualora si verificano contemporaneamente tre condizioni, tra cui, ad esempio la necessità che l'offerta contenga un ribasso superiore al 50% della media delle offerte presentate.

Al riguardo, ha evidenziato la non condivisione del meccanismo descritto in quanto potrebbe spingere le offerte verso ribassi molto marcati, e quindi "fuori mercato", senza che però tali offerte risultino, altresì, anomale (dal momento che non vi è il rispetto cumulativo di tutti i requisiti previsti), con elevato rischio di turbative d'asta. Su tale argomento, il Rapporto dei Relatori UE ha proposto una serie di temperamenti, che, tuttavia con alcuni correttivi, potrebbero superare i problemi descritti e che, quindi, l'Ance si riserva di valutare con favore.

In house

Ha espresso forte contrarietà agli affidamenti di lavori " in house" poichè tali condotte sottraggono comunque quote importanti di mercato dal principio della concorrenza.

Pertanto, pur sottolineando l'apprezzabile sforzo della Commissione di codificare i principi giurisprudenziali che consentono l'affidamento "in house", ha evidenziato che alcune situazioni previste sembrano andare oltre le pronunce della Corte UE in merito, allargando eccessivamente il campo di applicazione di tale modalità operativa, con conseguente danno al mercato.

In particolare, ha rilevato che l'attività svolta dal soggetto controllato dovrebbe essere eseguita esclusivamente a favore dell'amministrazione aggiudicataria o l'ente aggiudicatore che esercitano il controllo, e non al 90% come previsto.

Il Dott. Giustino si è, altresì, soffermato: sui requisiti economici e finanziari/fatturato minimo; sui criteri sociali negli appalti pubblici, sulle aste elettroniche e sull'uso strategico degli appalti.

Altre osservazioni hanno riguardato la Direttiva sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (COM (2011) 895) in materia di diritti speciali ed esclusivi, esenzioni dalla sfera di applicazione della direttiva e affidamento "in house providing".

E', poi, intervenuto sulla proposta di Direttiva in materia di concessioni di lavori e servizi che rappresenta un'assoluta novità dal momento che attualmente esistono solo poche disposizioni in merito e solo in tema di concessioni di lavori pubblici.

Sulla stessa ha espresso condivisione, a patto che includa ulteriori misure volte ad introdurre forme di equilibrio tra le esigenze del grande concessionario e quelle della imprenditoria medio-piccola, prevedendo forme di valorizzazione per la partecipazione delle PMI, come è già avvenuto a livello nazionale.

Al riguardo, ha sottolineato che il DL 95/2012 n° 95, convertito dalla L. 135/2012 (c.d. Spending Review 2) ha introdotto il principio generale secondo il quale i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese.

Si è, quindi, soffermato sulle seguenti tematiche:

Definizione di rischio operativo sostanziale

Ha valutato positivamente la previsione secondo cui il diritto di gestire i lavori o i servizi comporta sempre il trasferimento al concessionario del rischio operativo sostanziale (Art. 2 par. 2) che sussiste ogni qual volta non venga garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dell'opera o dei servizi oggetto della concessione.

Tuttavia, ha rilevato l'opportunità di definire meglio il c.d. "rischio di disponibilità",

definito come il rischio alla disponibilità dell'opera fornita dal concessionario o utilizzata per la fornitura del servizio agli utenti.

Offerta economicamente più vantaggiosa

Con riferimento ai criteri di aggiudicazione delle concessioni, ha evidenziato che la proposta di direttiva fissa il principio secondo cui le concessioni sono aggiudicate nella base di criteri obiettivi, connessi all'oggetto della concessione, tali da garantire una concorrenza effettiva prevedendo che è fatta salva la facoltà per gli Stati Membri di prevedere che le concessioni siano aggiudicate tramite il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 39).

Al riguardo, ha segnalato la necessità di limitare il criterio di aggiudicazione delle concessioni unicamente a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, eliminando incertezze sulla possibilità di utilizzare criteri alternativi, ancorché connessi all'oggetto della concessione.

Appalti affidati dal concessionario e distinzione tra concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici e concessionari che non lo sono

Sulla problematica degli appalti affidati dal concessionario, ha sottolineato come non vengono riproposte, rispetto alle attuali direttive, alcune norme rilevanti, come, ad esempio, quella che consente alla stazione appaltante, in fase di aggiudicazione della concessione, di imporre al concessionario di affidare a terzi gli appalti nel limite minimo del 30% del valore globale dei lavori oggetto di concessione. Inoltre, oggi si prevede che, qualora il concessionario sia anche un'amministrazione aggiudicatrice, lo stesso sia tenuto, per l'esecuzione dei lavori tramite terzi, al rispetto delle ordinarie disposizioni previste per l'aggiudicazione degli appalti. Se, invece, il concessionario non è un'amministrazione aggiudicatrice, lo stesso è tenuto ad applicare, negli affidamenti a terzi, le disposizioni in materia di pubblicità e termini.

Ha, quindi, proposto di mantenere la possibilità, per gli Stati membri, di prevedere la facoltà per le amministrazioni aggiudicatrici di imporre al concessionario una percentuale minima (30%) da affidare a terzi. Tale misura, infatti, consente di lasciare sul mercato una quota di lavori, sia pure in termini facoltativi; ciò è tanto più importante laddove si consideri che i rapporti concessori sono spesso di lunghissima durata.

Ha, infine, rilevato l'opportunità di introdurre una norma, nelle disposizioni transitorie, che ribadisca il principio secondo cui in caso di affidamento diretto di concessioni, gli appalti " a valle" debbono essere affidati a terzi con gara.

Si veda precedente del [2 ottobre 2012](#)

Si allega il documento con le proposte ANCE consegnato agli atti della

Commissione

8235-Documento ANCE.pdf [Apri](#)