

Audizione presso la Commissione Lavori Pubblici del Senato in merito alle nuove direttive U.E in materia di contratti d'appalto nei settori ordinari e speciali, nonché in materia di contratti di concessione.

[COM (2011) 896] [COM (2011) 895] e [COM (2011) 897]

03 Ottobre 2012

SOMMARIO

PROPOSTA DI DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO SUGLI APPALTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI (COM 896) _____	5
Cluster 1 – Flessibilità Delle Precedure _____	5
Cluster 2 - Uso Strategico Degli Appalti _____	6
Cluster 3 - Riduzione Degli Oneri Documentali _____	7
Cluster 4 - E-Procurement _____	9
Cluster 5. - Misure Pro Pmi _____	10
Cluster 6 - Strumenti Di Aggregazione Della Domanda _____	11
Cluster 7 - Altre Disposizioni _____	11
Cluster 8 - Migliorare Le Procedure _____	12
Cluster 9 - Governance _____	13
Cluster 10 - Definizioni E Ambito Di Applicazione _____	13
 PROPOSTA DI MODIFICA DIRETTIVA 2004/17, CONCERNENTE GLI APPALTI PUBBLICI DI LAVORI SERVIZI E FORNITURE NEI SETTORI DELL’ACQUA, DELL’ENERGIA, DEL TRASPORTO E DEI SERVIZI POSTALI. _____	14
“Diritti speciali ed esclusivi” _____	14
Esenzioni _____	15
“In house providing” _____	15
 PROPOSTA DI DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO IN MATERIA DI CONCESSIONI (COM 897) _____	15
Campo Di Applicazione Della Direttiva _____	15

Pubblicità _____	17
Procedure Di Gara _____	17
Criteri Di Selezione Dei Partecipanti E Aggiudicazione _____	18
Esecuzione Del Contratto _____	20
Contenzioso _____	22
Transitorio _____	22

Le proposte della Commissione Europea di revisione della direttive in materia di appalti pubblici¹, congiuntamente ad una proposta di direttiva sulle concessioni, mirano ad ottenere una modernizzazione del mercato europeo degli appalti.

Tali proposte, presentate, il 20 dicembre 2011, sono ora al vaglio del Parlamento Europeo e, parallelamente, del Consiglio dell'Unione Europea, secondo l'iter previsto dalla procedura legislativa ordinaria

L'obiettivo dichiarato dalla Commissione è quello di istituire un quadro regolamentare degli appalti omogeneo ed uniforme, nel rispetto dei principi di obiettività e non discriminazione, preservando una diversità di disciplina solo laddove ciò risulti giustificato in relazione alla specialità dell'affidamento.

Su un piano generale, è possibile evidenziare che la maggiore flessibilità che caratterizza, come linea di fondo, tali normative, seppur auspicabile come "punto di arrivo" dei sistemi di affidamento dei lavori, tuttavia debba essere attualmente considerata con grande attenzione.

Infatti, stante l'attuale contesto economico, connotato da una forte scarsità della domanda pubblica, **l'introduzione di ampie forme di discrezionalità** potrebbe generare comportamenti distorsivi del mercato.

Ancora, Ance sottolinea che, se è da accogliersi con estremo favore l'attenzione riservata dalle proposte di direttiva alle piccole e medie imprese, tuttavia, è auspicabile che ciò possa in concreto tradursi in **misure idonee a sostenere effettivamente l'accesso delle PMI al mercato degli appalti**, tenuto conto degli attuali scenari di crisi economica caratterizzati da una profonda contrazione dei fatturati, nonché da una forte riduzione della commessa pubblica.

Prima di procedere ad una analisi maggiormente specifica dei temi trattati nelle proposte, s'intende esprimere apprezzamento nei confronti di tale audizione volta a sentire il parere degli operatori nella fase ascendente del processo normativo U.E..

Si sottolinea infatti l'importanza dell'attivazione di un canale di comunicazione diretto, alla luce delle numerose ed importanti novità introdotte dalle proposte legislative in esame soprattutto in considerazione della loro capacità di incidere in via diretta nel diritto interno.

¹ DIRETTIVA 2004/18/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi GU L 134 del 30.4.2004

DIRETTIVA 2004/17/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 31 marzo 2004 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali

In questo contesto, si vuole preliminarmente sottolineare che, ad avviso dell'Ance, le tematiche ritenute prioritarie - verranno analizzate più dettagliatamente nel seguito de presente documento- sono quelle in tema di:

- divisione degli appalti in lotti (42 COM 896 ed art 59 COM 895);
- requisiti economici e finanziari/ fatturato minimo (.Art. 56.3 COM 896);
- limiti per il subappalto (. 62.2 COM 896 ed art. 73.2 COM 895);
- criterio per l'individuazione delle offerte anomale (art.. 69.1 COM 896; ed art. 79.1 COM 895);
- in house (Art 11 COM 896; art 21 COM 895 ed art. 11 COM 897);
- aste elettroniche (art. 33 COM 896; art 47 COM 895 ed art. 25 COM 897);
- pagamento diretto ai subappaltatori (art.. 71 COM 896 ed art. 81 COM 895);
- procedure di evidenza pubblica per i titolari di diritti speciali ed esclusivi (art 4.2 COM 895; Art 4.1 COM 897);
- appalti affidati dal concessionario (art. 41 COM 897);
- eliminazione della distinzione tra concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici e concessionari che non lo sono ed il relativo regime degli appalti a "valle";
- definizione di rischio operativo sostanziale. (Art 2.2 COM 897)
- necessità di gara negli affidamenti a terzi in caso di concessioni aggiudicate in via diretta prima dell'entrata in vigore della direttiva 2004/18.

PROPOSTA DI DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO SUGLI APPALTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI (COM 896)

Il Parlamento ed il Consiglio stanno procedendo all'esame dei testi suddividendo il lavoro per gruppi tematici, c.d. "clusters", e trattando, conseguentemente, di volta in volta tutti gli articoli collegati al "cluster" in esame.

Nel complesso, il lavoro è stato suddiviso in 10 "clusters" (1 –Flessibilità delle procedure, 2-Uso strategico degli appalti, 3 - Riduzione degli oneri documentali, 4 - E-procurement, 5 - Misure Pro PMI, 6 - Strumenti di aggregazione della domanda, 7 - Ulteriori requisiti procedurali 8 - Migliorare le procedure, 9 – Governance, 10 - Definizioni e ambito di applicazione).

Al fine dunque di una maggiore coerenza con l'impostazione dei lavori parlamentari, le osservazioni Ance di seguito riportate sono state anch'esse suddivise per Cluster.

CLUSTER 1 – FLESSIBILITÀ DELLE PROCEDURE

Per quanto concerne l'introduzione di maggiori **forme di flessibilità nelle procedure**, si evidenzia che occorre riflettere sulla opportunità di prevedere una generalizzazione della procedura negoziata e del dialogo competitivo, ancorché precedute da bando.

Ciò in quanto la maggiore flessibilità che connota questo tipo di procedure, unitamente all'ampia discrezionalità di cui godono le amministrazioni aggiudicatrici, potrebbero comportare, anche per gli appalti di importo rilevante (sopra i 5.000.000 di euro) l'aggiudicazione ad offerte contenenti ribassi eccessivamente marcati, nonché implicare il rischio di decisioni eccessivamente soggettive.

Ciò si traduce anche in un'opportunità di **sopprimere quelle norme che, nel dialogo competitivo, consentono di negoziare l'offerta dopo la sua formale presentazione.**

Al riguardo, si sottolinea che il testo di compromesso della Presidenza del Consiglio Europeo desta perplessità laddove prevede **la possibilità** per la stazione appaltante **di specificare**, dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte e prima di avviare il dialogo, **la ponderazione delle sotto-voci dei criteri di aggiudicazione indicati nel bando di gara.**

Si ritiene infatti un principio inderogabile, dettato da ragioni di obiettività e trasparenza, che la fissazione dei criteri e dei sub-criteri, nonché il loro relativo peso vada operata a monte e non a valle dell'offerta.

In **relazione alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando** si ritiene poi necessario **esprimere contrarietà alla disposizione** che prevede **l'affidamento senza gara di lavori analoghi allo stesso operatore economico**, di cui all'art. 30 par. 5, in quanto, nell'attuale contesto economico di scarsità di do-

manda pubblica di lavori, ciò rappresenta un'ulteriore sottrazione di quote di appalti alla concorrenza.

CLUSTER 2 - USO STRATEGICO DEGLI APPALTI

Il secondo Cluster mira ad implementare l'uso strategico degli appalti tramite l'utilizzo di elementi legati alla sostenibilità ambientale nonché a considerazioni relative ad aspetti sociali e del lavoro.

Per quanto riguarda **i criteri di aggiudicazione, la proposta della Commissione mantiene** i due criteri di aggiudicazione "classici", sebbene il criterio del prezzo più basso venga ridefinito secondo il nuovo concetto di "costo" più basso. Detto costo, infatti, può comprendere solo il prezzo, o anche il c.d. "life cycle costs".

Ance **è a favore del mantenimento di entrambi i criteri, così come previsto nella proposta di direttiva, purché siano opportunamente regolamentati e resi oggettivi i criteri di determinazione del prezzo** secondo la nuova definizione del "**life cycle costing**" (art.67).

Riguardo suddetta nuova metodologia di analisi dei costi, si ritiene che l'approccio proposto sia condivisibile in linea teorica, ma presenti delle difficoltà di applicazione in mancanza di un quadro chiaro e definito delle norme che definiscono criteri e metodi di valutazione.

Ad oggi, l'Ente Europeo di Normazione (CEN) sta predisponendo la normativa per la valutazione della sostenibilità (ambientale, sociale ed economica) delle costruzioni, ma sono pronte solo le norme quadro di identificazione delle caratteristiche, mancando le norme specifiche di misura. Per quanto riguarda i costi esterni ambientali, invece, il quadro normativo non risulta ancora essere in grado di soddisfare quanto previsto dalla direttiva.

Sempre nell'ottica di un maggiore snellimento delle procedure di gara, la proposta di direttiva propone la possibilità di **superare la divisione tra fase di selezione e fase di aggiudicazione** (art. 66.2), ossia, di permettere, relativamente all'offerta economicamente più vantaggiosa, l'inclusione tra gli elementi utilizzabili ai fini del punteggio quelli relativi al processo di produzione o fornitura dei lavori.

In linea con la giurisprudenza comunitaria, sembra tuttavia preferibile **mantenere distinti gli elementi che attengono all'organizzazione aziendale**, (e che dovrebbero semmai rimanere circoscritti alla fase di qualificazione dell'offerente) **da quelli che riguardano l'offerta economica in senso stretto**.

Valutazioni positive meritano invece le disposizioni in materia di **relazione sulle prove, certificazione ed altri mezzi di prova (Art. 42)**, e di **etichette (c.d. labels)** (Art 43).

Per quanto concerne relazione sulle prove, certificazione ed altri mezzi di prova, dovrebbe però essere specificato cosa si intenda per altri organismi riconosciuti equivalenti, stante la vigenza del regolamento CE 765/2008, e che si accettano altri mezzi di prova appropriati purché basati sulla scorta di informazioni scientifiche o sulla base di altri criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori.

Anche in relazione alle etichette dovrebbe essere meglio specificata la condizione di equivalenza e che la documentazione tecnica del fabbricante o qualsiasi altro mezzo di prova appropriato sia basata sulla scorta di informazioni scientifiche o sulla base di altri criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori.

In relazione al proposto inserimento, **tra le condizione di esecuzione** (Art. 70) **di elementi che facciano riferimento a questioni in materia di previdenza e di ambiente** o che introducano dei meccanismi di compensazione a fronte del rischio di aumento dei prezzi (c.d. hedging), Ance ritiene che, pur condividendosi la politica comunitaria tesa a salvaguardare gli interessi ambientali e sociali, tuttavia, l'introduzione di tali elementi nell'ambito delle procedure di aggiudicazione potrebbe pregiudicare l'obiettivo primario degli appalti pubblici che, avendo natura sostanzialmente economica (c.d. "best value for money") non può farsi carico di finalità di natura diversa, che necessitano di soluzione mediante strumentazione specifica.

Inoltre, si ritiene non condivisibile la disposizione che addossa all'operatore economico l'onere di prevedere strumenti di compensazione per il sopravvenire, in corso d'opera, di aumento dei prezzi. Andrebbe, viceversa, introdotta una norma che preveda l'obbligo, per gli Stati Membri, di prevedere forme di compensazione automatica in caso di aumenti dei prezzi, imprevedibili all'atto della presentazione dell'offerta.

In materia di cause di esclusione, viene introdotta **la previsione dell'esclusione obbligatoria dall'appalto nel caso in cui l'amministrazione sia a conoscenza di una sentenza passata in giudicato che dichiara l'operatore economico non in regola con gli obblighi relativi ai pagamenti delle imposte o dei contributi di sicurezza sociale. (art. 55.2).**

L'attuale elaborazione del par. 2 dell'art. 55 ha come diretta conseguenza l'esclusione dell'impresa dall'appalto anche a fronte di violazioni relative agli obblighi del pagamento di imposte o di contributi di sicurezza sociale di lieve entità.

Per tale ragione, è necessaria quantomeno l'introduzione del concetto della gravità delle violazioni definitivamente accertate, se non anche quello della loro reiterazione, quale condizione dell'eventuale esclusione dall'appalto.

PRIORITA' ANCE

Nomina del subappaltatore

Sul tema della tutela del subappalto, si esprime altresì 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.

CLUSTER 3 - RIDUZIONE DEGLI ONERI DOCUMENTALI

Il terzo cluster mira a ridurre gli oneri documentali per le imprese che le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici in fase di gara. Ciò avviene soprattutto attraverso la promozione dell'utilizzo di autodichiarazioni e certificazioni elettroniche.

In linea generale, l'ANCE è a favore di misure volte a semplificare e snellire le procedure di aggiudicazione.

Tuttavia, **la possibilità di esaminare le offerte prima della verifica dell'idoneità dell'offerente** (Art. 54.3), laddove possa dar luogo ad alterazioni dei risultati di gara, dovrebbe essere opportunamente ponderata.

Quanto alla prevista possibilità di escludere **un candidato che sia incorso in grave e persistente negligenza nell'esecuzione di precedenti contratti, anche di natura analoga, con la stessa amministrazione aggiudicatrice. (art. 55.d)**, Ance sottolinea che la normativa italiana già prevede tale causa di esclusione.

Ad ogni modo, va valutato positivamente il procedimento volto a rendere oggettivo il procedimento di valutazione delle gravi negligenze commesse dall'appaltatore, così come il relativo diritto di contraddittorio in fase amministrativa.

Viene poi disciplinato il c.d. **"self cleaning"**, vale a dire la possibilità agli operatori economici di dimostrare la propria affidabilità, nonostante la presenza di motivi di esclusione.

La disposizione, conferendo alle amministrazioni aggiudicatrici ampi margini di discrezionalità nella valutazione delle prove a sostegno della riabilitazione del candidato, potrebbe creare potenziali disparità di trattamento.

Sembra opportuno pertanto rimettere allo Stato Membro le condizioni di applicazione della disposizione, onde evitare tale rischio, con una legislazione più puntuale ed aderente alle esigenze delle diverse realtà nazionali.

Tra le ulteriori disposizioni a favore di un progressivo snellimento burocratico dell'iter di gara, si segnalano le disposizioni in materia di **autocertificazione** nonché l'introduzione del **Passaporto europeo per gli appalti**.

Quanto all'introduzione, a livello comunitario, **del principio dell'autocertificazione dei requisiti di partecipazione alla gara (Art.57)**, esso rappresenta senza dubbio un'adeguata soluzione volta a ridurre gli oneri e i costi amministrativi per le imprese che intendano partecipare ad una gara d'appalto.

L'introduzione del Passaporto Europeo (Art. 59), rappresenta, poi, una notevole semplificazione per imprese impegnate in appalti transfrontalieri; necessiterà, tuttavia, di opportuno coordinamento, in fase di recepimento, con il sistema di partecipazione alle gare nonché di qualificazione SOA

In materia di avvalimento (Art. 62.1), viene introdotta una forma di responsabilità solidale tra soggetto appaltatore e soggetto avvalso. Tuttavia l'attivazione di tale responsabilità viene limitata al solo caso di avvalimento dei requisiti economico-finanziari e non anche di requisiti tecnici. Ora, sebbene, su un piano generale, l'istituto dell'avvalimento continui a suscitare notevoli perplessità, si ritiene irragionevole attivare la responsabilità solidale solo in caso di avvalimento di requisiti economico-finanziari, dovendo invece essere presente in

Viene poi prevista **la 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).**

Sul punto, **ANCE è a favore del mantenimento della piena libertà di subappalto e quindi della facoltà per ciascun operatore economico di organizzare libe-**

PRIORITA'
ANCE

Limiti per il
subappalto

ramente i fattori della produzione, ferma restando la piena responsabilità dell'appaltatore rispetto alle prestazioni affidate in subappalto.

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

CLUSTER 4 - E-PROCUREMENT

La proposta consolida ed amplia la disciplina in materia di appalti elettronici attualmente in vigore.

Gli strumenti che consentono la comunicazione per via elettronica vengono rafforzati e migliorati (ad es, con la previsione di c.d. cataloghi elettronici) Vengono inoltre chiarite le regole per le firme elettroniche.

Al riguardo, non può disconoscersi che, attese le frequenti difficoltà organizzative in cui versa la pubblica amministrazione, soluzioni innovative e volte all'implementazione dei sistemi elettronici, con abbattimento di tempi e costi procedurali, possano essere considerate senza dubbio come un fatto positivo (si veda, in tal senso, il previsto obbligo di garantire accesso libero, gratuito e diretto ai documenti di gara, tramite i sistemi elettronici, a partire dalla data di pubblicazione del bando).

Tuttavia, bisogna considerare che i costi di adeguamento a queste tipologie di sistema sono notevoli, e necessitano di standard consolidati, per far sì che l'informatizzazione del mercato degli appalti avvenga a livello nazionale secondo modalità il più possibile uniformi e nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza, parità di trattamento e concorrenza. Tali esigenze potrebbero comportare l'opportunità di far slittare ulteriormente il termine ipotizzato dalla proposta (2016) per il passaggio obbligatorio agli strumenti elettronici

PRIORITA' ANCE

Aste elettroniche

Inoltre, l'informatizzazione delle procedure non deve tradursi in una generalizzazione dell'asta elettronica. Infatti, l'esperienza derivante dall'utilizzo di tale istituto da parte delle stazioni appaltanti dimostra che spesso le gare vengono aggiudicate a ribassi molto marcati e fuori mercato, con conseguente esplosione del contenzioso in fase di esecuzione del contratto.

Più in generale, occorre poi considerare che la presentazione elettronica delle offerte sembra risultare comunque inadeguata per l'affidamento di lavori (e semmai più congeniale a quello delle forniture); ciò soprattutto in caso di sistemi di gara complessi (come quelli che prevedono il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), che potrebbero non essere comunque suscettibili di gestione elettronica. Conseguentemente, occorre rafforzare la disposizione già prevista in questo senso (articolo 25, par 7 Il periodo) prevedendo un'ulteriore norma di salvaguardia.

Infine, appare indispensabile evitare, con apposite misure mirate, che l'E-procurement possa determinare un accorpamento artificioso degli appalti, e tradursi, quindi, un fattore deterrente per l'accesso delle PMI al mercato degli appalti.

PRIORITA'
ANCE

Divisione de-
gli appalti in
lotti

CLUSTER 5. - MISURE PRO PMI

La direttiva mira a rafforzare la partecipazione delle PMI agli appalti. **Ciò soprattutto attraverso la previsione dell'obbligatorietà della divisione in lotti sulla base del principio del c.d. "apply or explain" (art.44)**, vale a dire obbligo per le stazioni appaltanti di motivare la mancata divisione del contratto in più lotti, in relazione agli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, ma comunque non inferiore a 500,000 euro.

Al riguardo, l'Ance ritiene che il sostegno alle PMI SIA uno degli aspetti principali della politica europea. Lo Small Business Act ha proposto che gli Stati Membri incoraggino le amministrazioni a suddividere in lotti gli appalti al fine di facilitare l'accesso al mercato da parte delle PMI. Inoltre, il "Codice europeo di buone pratiche", al punto 1.1, ha spiegato che, se è consentito alle amministrazioni aggiudicatrici limitare il numero dei lotti, tuttavia tale possibilità non deve essere utilizzata in modo tale da compromettere le condizioni per una concorrenza leale.

Ciò premesso, l'ANCE è a favore della misura proposta della Commissione, che tuttavia andrebbe riformulata reintroducendo l'obbligo della divisione in lotti (così come previsto nella precedente formulazione della proposta), **con la precisazione che debba comunque riguardare appalti tecnicamente divisibili**. In via subordinata, l'attuale proposta della Commissione UE, secondo il principio c.d. "apply or explain", appare comunque una buona posizione di compromesso sulla quale attestarsi.

PRIORITA'
ANCE

Requisiti
economici
/fatturato mi-
nimo

Vengono inoltre definite **obbligazioni in materia di fatturato delle imprese** **Quanto ai requisiti economici richiedibili in sede di gara**, viene previsto che il fatturato minimo annuo non possa superare il triplo del valore stimato dell'appalto, salvo in circostanze debitamente motivate, e dovute a rischi specifici connessi alla natura dei lavori (Art. 56.3).

Al riguardo, si ritiene che l'importo del fatturato minimo annuo sia eccessivamente elevato, tenuto conto che la situazione economica generale di crisi ha causato una notevole contrazione dei fatturati, e pertanto, andrebbe conseguentemente ridotto.

In ogni caso, tra le altre misure introdotte, Ance valuta positivamente le misure volte a ridurre gli oneri amministrativi per le PMI attraverso:

- a. Introduzione del principio secondo cui i requisiti di selezione dei candidati non possono essere diversi da quelli previsti dalla direttiva (Art. 56.1).
- b. Incentivo all'autocertificazione (Art.57)
- c. Miglioramento di E-certis, ossia della piattaforma informativa "on line" sui certificati e i documenti che devono essere presentati dalle imprese in gara. Si prevede in particolare l'obbligo per le stazioni appaltanti di richiedere, dopo un periodo transitorio di due anni, unicamente quei documenti disponibili su E-certis (art. 58).

Merita inoltre apprezzamento anche la specificazione dei limiti ai requisiti richiedibili dall'amministrazione in sede di qualificazione in gara, in particolare,

- a. I requisiti di selezione degli offerenti devono essere strettamente proporzionati all'oggetto del contratto (Art. 56.1).
- b. Eventuali limiti alla partecipazioni di gruppi di operatori economici (Ati) devono essere supportati da ragionevoli ed adeguate giustificazioni. (Art.16)

CLUSTER 6 - STRUMENTI DI AGGREGAZIONE DELLA DOMANDA

La proposta provvede a dare veste giuridica a numerosi strumenti, già attualmente disponibili per l'aggregazione della domanda negli appalti, riflettendo così un *trend* crescente nella prassi degli appalti pubblici.

Viene inoltre chiarito l'uso degli accordi quadro e dei sistemi dinamici di acquisizione, nonché vengono maggiormente definite le centrali di committenza ed esplicitamente consentiti gli appalti congiunti transfrontalieri nonché gli appalti comuni occasionali (ossia la possibilità che una o più amministrazioni aggiudicatrici possano scegliere di eseguire congiuntamente appalti specifici).

La previsione di tali strumenti negli ordinamenti interni è volontaria ed è comunque prevista la possibilità per il legislatore nazionale di specificarne ulteriormente la disciplina.

Al riguardo si ritiene che **gli strumenti di co-gestione degli appalti non siano, in linea di principio, censurabili, a meno che non comportino un accorpamento artificioso dei lavori, con conseguenti gigantismo degli appalti.**

CLUSTER 7 - ALTRE DISPOSIZIONI

La proposta modifica il quadro relativo alle cause di esclusione, sia obbligatorie che facoltative, dei concorrenti.

Inoltre, viene prevista l'obbligatorietà della pubblicazione on line dei bandi e dei documenti di gara. Questo comporta che alcune scadenze procedurali (quali ad esempio quelle previste per la pubblicazione del bando in GUCE e la sottoscrizione delle offerte e/o della richiesta di partecipazione) saranno abbreviate in linea con quanto attualmente previsto nell'ipotesi in cui venga scelto il ricorso a procedure elettroniche.

Viene prevista **una generale abbreviazione dei termini** per la partecipazione e la presentazione delle offerte. Inoltre è previsto, per le amministrazioni locali, la possibilità di stabilire termini per la ricezione delle offerte in concerto con i candidati selezionati. (Art. 25 e Art. 26)

Si ritiene che occorra evitare che l'abbreviazione dei termini connessa alla pubblicazione dei bandi per via telematica possa ostacolare l'ingresso delle PMI al mercato degli appalti pubblici.

Si prevede la diretta applicabilità delle cause di esclusione nonché l'inclusione, tra le cause giustificanti l'esclusione dalla gara, di condanne definitive per reati di terrorismo (Art. 55)

Tuttavia, al riguardo, non vengono più riproposte le attuali disposizioni rimettono agli Stati Membri la possibilità di precisare le condizioni d'applicazione delle cause di esclusione, sia obbligatorie che facoltative. Tra le cause di esclusione obbligato-

rie, viene prevista anche quella concernente l'aver commesso un reato terroristico, o connesso ad attività terroristiche.

A tal proposito, si ritiene opportuno ripristinare, per gli Stati Membri, la possibilità di meglio definire le cause di esclusione, attesa le specificità che ancora connotano le diverse realtà nazionali.

Si ricorda inoltre che tale posizione è stata riportata nel documento di compromesso della Presidenza.

CLUSTER 8 - MIGLIORARE LE PROCEDURE

La proposta di direttiva mira a rafforzare le garanzie esistenti contro i rischi di pratiche commerciali scorrette, (come favoritismi e corruzione) e prevede ulteriori tutele.

In particolare, vengono previste **regole in materia di conflitto di interesse e condotte illecite** (art. 22 ed art. 23); al riguardo, si ritiene che appaiono senza dubbio positive tutte quelle misure atte a contrastare i fenomeni di corruzione e clientelismo nelle procedure di gara.

Occorre tuttavia valutare con attenzione le disposizioni applicative delle norme proposte e le relative implicazioni sulle cause di esclusione dalla gara.

In questo contesto, è pertanto opportuno rimettere agli Stati Membri l'individuazione delle condizioni di applicazione delle diverse cause di esclusione previste.

PRIORITA'
ANCE

Critério per
identificare
un'offerta
anomala

Particolare preoccupazione, inoltre suscita **l'introduzione del un nuovo criterio per indentificare un'offerta anomala (Art. 69, commi 1 e 4)**

Si tratta, come noto, di un criterio cumulativo, secondo il quale le stazioni appaltanti devono richiedere chiarimenti agli operatori economici qualora si verificano tutte le seguenti condizioni:

- l'offerta contenga un ribasso superiore al 50% della media delle offerte presentate;
- l'offerta contenga un ribasso superiore al 20% della seconda offerta più bassa presentata;
- siano state presentate almeno cinque offerte.

Il meccanismo descritto, tuttavia, non appare condivisibile, in quanto potrebbe spingere le offerte verso ribassi molto marcati, e quindi "fuori mercato", senza che tuttavia tali offerte risultino, altresì, anomale (dal momento che potrebbe non esservi il rispetto cumulativo di tutti i requisiti previsti), con elevato rischio di turbative d'asta.

Vengono poi introdotte ulteriori regole circa la fase di esecuzione del contratto (tra cui, ad esempio, quelle relative alle modifiche del contratto in corso d'esecuzione o di risoluzione del contratto).

Quanto **all'articolo 72, in materia di modifica dei contratti durante il periodo di validità,** si osserva che la disposizione appare di notevole complessità, e ne-

cessita di ulteriori approfondimenti. Andrebbe, anzitutto, puntualizzato che la soglia del 5%, al di sopra della quale la modifica è da ritenersi sostanziale, è eccessivamente bassa, e, pertanto, andrebbe elevata, tenuto anche conto che la legge italiana obbliga l'appaltatore ad eseguire i lavori fino al 20% in più di quanto previsto nel contratto iniziale (cd. quinto d'obbligo).

Sembrirebbe comunque opportuno stralciare la disposizione, considerato che non si sente l'esigenza di inserire disposizioni di carattere contrattuale, nel quadro di una normativa che riguarda la fase di affidamento.

Per quanto concerne invece la disposizione in materia di risoluzione del contratto (Art. 73), si sottolinea che la norma va chiarita nella parte in cui rende possibile all'amministrazione aggiudicatrice di risolvere il contratto per violazioni della normativa comunitaria, a seguito di procedimento di infrazione sulla normativa di recepimento. Infatti, finisce per addossare all'appaltatore conseguenze sfavorevoli (risoluzione del contratto) per responsabilità a lui non imputabili (ossia l'inosservanza delle norme comunitarie da parte dello Stato Membro e/o amministrazione aggiudicatrice).

CLUSTER 9 - GOVERNANCE

Nell'ottica di stabilire un controllo più sistematico del rispetto da parte della pubblica amministrazione delle regole stabilite a livello europeo, la proposta prevede l'obbligo, per gli Stati Membri di creare un organo nazionale di controllo. Modellato sulle autorità garanti per la concorrenza sul mercato, questo dovrebbe portare alla creazione di un network di enti di vigilanza che potrebbero anche agire come punti di contatto per il monitoraggio sul livello di applicazione delle regole in materia di appalti in ambito nazionale.

Tali previsioni sono, in linea generale condivisibili.

CLUSTER 10 - DEFINIZIONI E AMBITO DI APPLICAZIONE

La proposta è volta a chiarire le definizioni principali, nonché l'ambito di applicazione della direttiva, alla luce delle recenti sentenze della Corte di Giustizia.

In particolare vengono incluse le definizioni di situazioni di cooperazione pubblico - pubblico nonché condizioni alle quali le pubbliche amministrazioni sono escluse dell'applicazione della normativa europea in materia di appalti.

Per quanto riguarda le relazioni tra amministrazioni pubbliche ("in house providing") (art.11) è necessario specificare che, In linea di principio, l'ANCE esprime forte contrarietà agli affidamenti di lavori " in house", poiché tali condotte sottraggono comunque quote importanti di mercato dal principio della concorrenza.

Ciò premesso, sebbene risulti apprezzabile lo sforzo della Commissione di codificare i principi giurisprudenziali che consentono l'affidamento "in house", tuttavia 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.

PRIORITA'
ANCE

Affidamenti
"in house"

Per quanto concerne i requisiti che legittimano l'affidamento "in house" di tipo verticale, va rilevato che l'attività svolta dal soggetto controllato dovrebbe essere eseguita esclusivamente a favore dell'amministrazione aggiudicataria o ente aggiudicatario che esercitano il controllo (100%), e non al 90%, come previsto. Suscita infine forti perplessità la previsione di forme di cooperazione orizzontale tra amministrazioni, che appare incerta nei presupposti e, pertanto, foriera di alterazioni negative del mercato.

PROPOSTA DI MODIFICA DIRETTIVA 2004/17, CONCERNENTE GLI APPALTI PUBBLICI DI LAVORI SERVIZI E FORNITURE NEI SETTORI DELL'ACQUA, DELL'ENERGIA, DEL TRASPORTO E DEI SERVIZI POSTALI.

Vengono confermate nei settori speciali le principali modifiche introdotte anche nei settori ordinari in materia di procedure di gara, cause di esclusione, innovazione, esecuzione del contratto, affidamenti "in-house", cooperazione pubblico-pubblico, appalti affidati congiuntamente da stazioni appaltanti stabilite in diversi Stati Membri, misure pro PMI e governance. Per i commenti al riguardo, si fa rinvio alle considerazioni esposte per i settori ordinari.

In aggiunta, si segnalano i seguenti aspetti specifici:

"DIRITTI SPECIALI ED ESCLUSIVI"

PRIORITA'
ANCE

Diritti speciali
ed esclusivi

Viene precisato che ai fini della direttiva, non vadano considerati come diritti speciali ed esclusivi (ossia quei diritti attribuiti dagli Stati Membri per via amministrativa, legislativa o regolamentare che riservino a uno o più enti l'esercizio delle attività rientranti nei settori speciali), quei diritti concessi a seguito di adeguata pubblicità e sulla base di criteri oggettivi (Art. 4).

Si ritiene opportuno approfondire la portata della norma. In particolare, **occorre sottolineare che appare indispensabile l'espletamento di una vera e propria procedura di gara "a monte" per l'affidamento del diritto speciale ed esclusivo.** Solo in tale ipotesi deve risultare possibile sottrarre l'operatore titolare di tale diritto dall'applicazione della direttiva.

ESENZIONI

Vengono ulteriormente precisate le esenzioni dalla sfera di applicazione della direttiva già previste dalla normativa attualmente in vigore (artt. 15-20).

In questo contesto, sarebbe opportuno introdurre una norma in base alla **quale gli appalti di lavori che, pur essendo funzionali agli scopi istituzionali dei soggetti aggiudicatori, riguardino opere il cui contenuto specialistico e tecnico non sia direttamente condizionato dalla specificità tecniche proprie di tali settori, siano assoggettate alle norme previste in materia di lavori nei settori ordinari.**

“IN HOUSE PROVIDING”

E' stata mantenuta la norma, attualmente in vigore, che esclude dall'ambito di applicazione della direttiva le prestazioni affidate da ente aggiudicatore, singolo o riunito in joint venture, ad un' "impresa collegata".

Al riguardo, si ribadisce la contrarietà dell'ANCE ad ogni forma di affidamento "in house", che, com'è noto, rappresenta comunque un limite per la concorrenza.

PROPOSTA DI DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO IN MATERIA DI CONCESSIONI (COM 897)

La disciplina delle concessioni di lavori e servizi ripropone le regole principali stabilite per gli appalti nei settori ordinari e speciali, dalle nuove direttive 2004/18 e 2004/17, con alcune differenze (per le parti analoghe, si fa rinvio ai commenti sulle direttive appalti).

In linea di principio, la proposta di direttiva dovrebbe (fatte salve le osservazioni sui singoli argomenti, di seguito riportate), includere ulteriori misure volte ad introdurre forme di equilibrio tra le esigenze del grande concessionario e quelle della imprenditoria medio-piccola.

A tal fine, sarebbe opportuno prevedere forme di valorizzazione per la partecipazione delle PMI.

Inoltre, sarebbe altresì opportuno ripristinare la norma contenuta nella direttiva 2004/18 Ce che consentiva alle amministrazioni concedenti di imporre al concessionario di affidare all'esterno il 30% dei lavori.

CAMPO DI APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA

In linea di principio, l'ANCE esprime forte contrarietà agli affidamenti di lavori "in house", poiché tali condotte sottraggono comunque quote importanti di mercato dal principio della concorrenza.

Ciò premesso, sebbene risulti apprezzabile lo sforzo della Commissione di codificare i principi giurisprudenziali che consentono l'affidamento "in house", tuttavia, 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.

Per quanto concerne i requisiti che legittimano l'affidamento "in house" di tipo verticale, va rilevato che l'attività svolta dal soggetto controllato dovrebbe essere eseguita esclusivamente a favore dell'amministrazione aggiudicataria o ente aggiudicatario che esercitano il controllo (100%), e non al 90%, come previsto (Art. 15, par. 1).

Suscita poi forti perplessità la previsione di forme di cooperazione orizzontale tra amministrazioni, che appare incerta nei presupposti e pertanto foriera di alterazioni negative del mercato (art. 15, par. 4).

Infine, si esprimono forti dubbi in merito all'affidamento "in house" ad imprese collegate nei settori speciali, dal momento che sembrerebbe consentito ai titolari di diritti speciali ed esclusivi (che, in quanto tali, sono divenuti titolari di rapporti concessori in via diretta) di procedere ad una "subconcessione" ad impresa collegata, senza però essere obbligati a rispettare le regole della direttiva (art. 11).

PRIORITA'
 ANCE

Definizione di
 rischio operativo
 sostanziale

Viene chiarito che il diritto di gestire i lavori o i servizi comporta sempre il trasferimento al **concessionario del rischio operativo sostanziale** (Art. 2 par. 2); il rischio operativo sostanziale 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.

La valutazione di tale previsione è positiva, in quanto vengono ripresi i parametri Eurostat in materia. Tuttavia andrebbe meglio definito 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.

Valutazione positiva anche per quanto concerne il metodo indicato per calcolare il valore della concessione nonché la definizione di concessioni miste e concessioni che riguardano più attività. (Art 18 e 19). Incontra il favore dell'Ance anche la previsione riguardante la durata delle concessioni, che deve essere limitata al periodo di tempo necessario affinché il concessionario recuperi gli investimenti effettuati per realizzare i lavori o i servizi, insieme ad un ragionevole ritorno sul capitale investito.

PUBBLICITÀ

Si esprime una valutazione positiva sulla disposizione che prevede che **le amministrazioni pubblichino un avviso contenente i risultati di gara entro 48 giorni dall'aggiudicazione della concessione** (art. 27).

Si prevede, inoltre, che **l'affidamento delle concessioni avvenga previa pubblicazione di un bando di gara, a meno che non si verifichi una delle seguenti condizioni (art. 26):**

- a) non sia stata presentata alcuna offerta valida, appropriata, o non sia stata presentata alcuna domanda di partecipazione, purché le condizioni iniziali del contratto non vengano modificate; in ogni caso, deve essere data comunicazione alla Commissione e all'organo di vigilanza, ove presente;
- b) la prestazione richiesta sia eseguibile da un solo e determinato operatore economico; ciò sia per assenza di concorrenza, sia a causa dell' alta specializzazione tecnica della prestazione;
- c) qualora il contratto concerna nuovi lavori o servizi, consistenti in ripetizione di lavori analoghi assegnati allo stesso operatore economico, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi ad un progetto di base, su cui era stata aggiudicata la concessione.

Si ritiene non opportuna la previsione che consente l'affidamento di concessioni senza bando, che andrebbe conseguentemente espunta, in quanto ha per conseguenza la sottrazione al mercato di quote importanti di lavori, tanto più laddove si consideri la lunga durata che generalmente connota i rapporti concessori,

Si valuta, pertanto, indispensabile la presenza di adeguate forme di pubblicità in fase di affidamento, in omaggio ai principi di massima concorrenza e trasparenza.

PROCEDURE DI GARA

Si introducono principi generali in materia di trasparenza e parità di trattamento nelle negoziazioni (ART. 35).

In via generale, viene stabilito che le amministrazioni debbano indicare nel bando di gara i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi richiesti e che la descrizione di tali elementi minimi è insuscettibile di variazione durante le procedure di gara o lo svolgimento di negoziazioni.

E' infatti prevista, sia pure in via eventuale, che l'affidamento avvenga tramite negoziazioni.

In particolare, per quanto concerne lo svolgimento di tale fase (che può articolarsi in fasi successive, per ridurre il numero delle offerte da presentare, nel rispetto dei

principi indicati nel bando di gara), si prevede l'obbligo, per le amministrazioni, di garantire il rispetto della segretezza delle offerte presentate e di assicurare una adeguata tracciabilità delle negoziazioni.

Si tratta di una disposizione del tutto nuova, in quanto, a livello comunitario, la fase procedurale successiva alla pubblicazione del bando non risultava fino ad ora normata.

Relativamente alla fase di negoziazione prevista dopo la presentazione dell'offerta (lett. a), si esprime contrarietà in quanto, attesa la posizione dominante della committente, unitamente all'ampia discrezionalità di cui gode, sussiste il fondato rischio che si aggiudichi la gara a ribassi via via più marcati, con possibile "imbarbarimento" del mercato.

Si potrebbe, poi **inserire il dialogo competitivo** (così come disciplinato nella direttiva 2004/18) fra le procedure di affidamento delle concessioni, accompagnato da ulteriori misure tese a rafforzare la trasparenza e la collaborazione tra committente e candidati, nonché ad evitare, come sopra detto, fasi di negoziazioni successive alla presentazione dell'offerta.

Si accoglie con favore la conferma della **fissazione di un termine minimo di 52 giorni dalla data di spedizione del bando per la presentazione delle domande di partecipazione**(art.38). Tale limite può essere ridotto di 5 giorni laddove l'ente aggiudicatore/amministrazione aggiudicatrice permetta la presentazione della domanda in modalità elettronica.

CRITERI DI SELEZIONE DEI PARTECIPANTI E AGGIUDICAZIONE

La disposizione in materia di relazione sulle prove, certificazione ed altri mezzi di prova (Art. 33), è nel complesso da ritenersi positiva, a condizione che sia specificato cosa si intenda per altri organismi riconosciuti equivalenti stante la vigenza del regolamento CE 765/2008 e che si accettano altri mezzi di prova appropriati purché basati sulla scorta di informazioni scientifiche o sulla base di altri criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori..

Per quanto concerne i **principi generali in materia di selezione (artt. 34, 36)**, la proposta di direttiva stabilisce che le concessioni sono aggiudicate sulla base dei criteri predisposti dall'amministrazione e sempreché vengano soddisfatte cumulativamente le seguenti condizioni:

- a) l'offerta soddisfi i criteri richiesti nel bando di gara;
- b) l'offerente non sia incorso in una causa di esclusione e sia dotato dei requisiti speciali richiesti (economico /finanziari e tecnico/professionali).

Per quanto riguarda l'avvalimento (art. 36 par 2), si ritiene, come già affermato relativamente ai settori ordinari e speciali, che irragionevole limitare l'attivazione della responsabilità solidale per l'intera prestazione solo al caso di avvalimento dei requisiti economico/finanziari.

Per quanto riguarda, **le cause di esclusione (art. 36, commi da 5 a 9)** si rileva che le disposizioni concernenti le cause obbligatorie di esclusione dei concorrenti ricalcano sostanzialmente quanto stabilito per gli appalti nei settori ordinari e speciali.

In materia di cause di esclusione facoltative, tuttavia, non si riscontra tale omogeneità; viene inoltre prevista la possibilità di escludere i soggetti incorsi in gravi violazioni delle norme di diritto nazionale dell'Unione Europea volto a tutelare interessi compatibili con il Trattato (par. 7 lett. a).

Non si condivide la scelta di considerare in modo disomogeneo le cause di esclusione per le concessioni rispetto a quanto stabilito per gli appalti nei settori ordinari e speciali (fatte salve considerazioni in merito alle singole fattispecie considerate, già espresse nel documento sulle direttive appalti).

Quanto ai criteri di aggiudicazione delle concessioni, viene stabilito il principio secondo cui le concessioni sono aggiudicate nella base di criteri obiettivi, connessi all'oggetto della concessione, tali da garantire una concorrenza effettiva. E' poi 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)**.

In tal caso, tra i diversi criteri, oltre al prezzo, deve essere ricompreso, almeno uno tra i seguenti elementi:

- a) qualità (pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità progettazione adeguata, caratteristiche ambientali innovative);
- b) organizzazione, qualità e qualifica del personale, limitatamente ai contratti che riguardino servizi o che comportino la progettazione di lavori;
- c) servizio di post vendita e assistenza tecnica, data di consegna o di esecuzione;
- d) processo di produzione o altra fase del ciclo di vita del prodotto.

Si ritiene indispensabile 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.

In Italia, le concessioni vengono aggiudicate obbligatoriamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Quanto agli elementi considerati, suscita perplessità il riferimento al processo di produzione del prodotto, in quanto detto criterio attiene più che altro all'organizzazione aziendale e non all'offerta economica, in senso stretto.

Anche in relazione agli affidamenti in concessione, viene prevista la possibilità per le amministrazioni **di considerare il "life cycle costing" (c.d. LCC) nei criteri di aggiudicazione (Art. 40)**.

"LCC" è una particolare metodologia di analisi che riguarda la stima dei costi, in termini monetari, che originano in tutte le fasi della vita utile dell'opera, ossia la costruzione, gestione, manutenzione ed eventuale demolizione/recupero finale.

Lo scopo della LCC è quello di minimizzare la somma dei costi, inclusi quelli ambientali, opportunamente attualizzati, associati ad ogni fase del ciclo di vita.

L'approccio proposto è condivisibile in linea teorica, ma ad oggi presenta delle difficoltà di applicazione in mancanza di un quadro chiaro e definito delle norme che definiscono criteri e metodi di valutazione. Ad oggi l'Ente Europeo di Normazione (CEN) sta predisponendo la normativa per la valutazione della sostenibilità (ambientale, sociale ed economica) delle costruzioni, ma sono pronte solo le norme quadro di identificazione delle caratteristiche, mancando le norme specifiche di misura. Per quanto riguarda i costi esterni ambientali, invece, il quadro normativo non risulta ancora essere in grado di soddisfare quanto previsto dalla direttiva.

ESECUZIONE DEL CONTRATTO

PRIORITA' ANCE

Appalti affidati dal concessionario

Si ritiene opportuno sottolineare come non venga **riproposta la disciplina, attualmente in vigore, concernente il regime applicabile ai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, rispetto a quello applicabile ai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici.**

A tale proposito, si vuole ricordare che, attualmente è prevista la possibilità, per la 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 o, in alternativa, di invitare i candidati ad indicare in sede di offerta la percentuale di lavori che essi intendono affidare a terzi. Inoltre, si prevede che, qualora il concessionario sia 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.

Ciò premesso, nella bozza di direttiva in esame, viene invece previsto solamente che la stazione appaltante possa chiedere, ovvero possa essere obbligata dallo Stato Membro a chiedere all'aspirante concessionario, di indicare, nella sua offerta, le parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.

Si ritiene anzitutto utile mantenere la distinzione tra concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici e concessionari che non lo sono ed il relativo regime degli appalti a "valle".

Inoltre, appare opportuno 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.

PRIORITA' ANCE

Distinzione tra concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici e concessionari che non lo sono.

Quanto all'uso del termine "subappalto", con riferimento ai contratti stipulati dal concessionario, occorre tornare alla dizione della norma attualmente in vigore, che li definisce "affidamenti" a terzi (= appalti).

Sarebbe inoltre auspicabile che la direttiva includa ulteriori misure volte ad introdurre forme di equilibrio tra le esigenze del grande concessionario e quelle della imprenditoria medio-piccola.

Viene introdotta una **disciplina specifica in merito alle modifiche del rapporto concessorio, e sulle relative conseguenze.** (Art. 42)

La disposizione appare di notevole complessità, e necessita di ulteriori approfondimenti. Andrebbe anzitutto puntualizzato che la soglia, al di sopra della quale la modifica è da ritenersi sostanziale (5%), è eccessivamente bassa, e, pertanto, andrebbe elevata, conferendo alla stazione appaltante la possibilità di fissarla di volta in volta nel bando di gara, in funzione dell'opera che si intende realizzare.

Ad ogni modo, sembrerebbe più opportuno uno stralcio della disposizione, dal momento che la direttiva dovrebbe regolare prevalentemente la fase d'affidamento, lasciando agli Stati Membri la facoltà di disciplinare la fase contrattuale del rapporto.

Gli Stati Membri devono assicurare che le amministrazioni aggiudicatrici/enti aggiudicatori abbiano la possibilità, in conformità a quanto stabilito dal diritto dei contratti a livello nazionale, **di risolvere il contratto in corso d'esecuzione (art. 43)** qualora si verifichi una delle seguenti situazioni:

- ingresso di socio privato in caso di affidamento "in-house";
- modifica di contratto che costituisca una nuova aggiudicazione;
- qualora, a seguito di procedura di infrazione ex Art. 258 TFUE, la Corte di giustizia Europea stabilisca che uno Stato Membro non ha mantenuto le sue obbligazioni previste dal Trattato, in quanto il contratto è stato aggiudicato nell'inosservanza della direttiva e delle norme del Trattato stesso.

La norma va chiarita nella parte in cui rende possibile all'amministrazione aggiudicatrice di risolvere il contratto per violazioni della normativa comunitaria, a seguito di procedimento di infrazione sulla normativa di recepimento.

Infatti, finisce per addossare all'appaltatore conseguenze sfavorevoli (risoluzione del contratto) per responsabilità a lui non imputabili (ossia l'inosservanza delle norme comunitarie da parte dello Stato Membro e/o amministrazione aggiudicatrice).

CONTENZIOSO

Da valutarsi positivamente l'estensione anche alle concessioni l'applicazione delle "Direttiva Ricorsi²"; si garantisce in tal modo a tutte le parti interessate l'effettiva possibilità di impugnare il provvedimento di aggiudicazione. Nello specifico, in conformità con quanto disposto dalla direttiva 89/665/CEE, gli Stati membri devono garantire la corretta applicazione della presente direttiva tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti che completano il sistema in vigore per la revisione delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici (Artt. 45-46).

TRANSITORIO

PRIORITA'
ANCE

Concessioni
attribuite in
via diretta

Sembra opportuno introdurre una norma, nelle disposizioni transitorie, che ribadisca il principio secondo cui in caso di affidamento diretto di concessioni avvenuto prima dell'entrata in vigore della 2004/18, gli appalti "a valle" debbono essere affidati a terzi con gara.

² Direttive 89/665/EEC, 92/13/EC, così come modificate dalla Direttiva 2007/66/EC