

Commissione 8^a della Camera dei Deputati
(Ambiente, territorio e lavori pubblici)

**Recepimento delle direttive europee in materia
di contratti pubblici
(direttive 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari
e 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione)**

Testimonianza del Capo del Servizio di Struttura economica della Banca d'Italia
Paolo Sestito

Camera dei Deputati
16 giugno 2014

Gli indicatori di dotazione fisica di infrastrutture suggeriscono il permanere di un ampio divario tra l'Italia e gli altri principali paesi dell'area dell'euro e tra il Mezzogiorno e il resto del Paese. Tra il 2009 e il 2013, la spesa per investimenti delle Amministrazioni pubbliche si è ridotta dal 2,5 all'1,7 per cento del PIL, ma in tutto il precedente ventennio, le risorse finanziarie erano risultate in linea con quelle degli altri principali paesi europei: sul ritardo infrastrutturale influiscono, perciò, in primo luogo inefficienze nell'utilizzo delle risorse.

L'impianto complessivo delle direttive riconosce un ruolo maggiore alle scelte delle Amministrazioni aggiudicatrici. Tale approccio è sostanzialmente diverso da quello tradizionalmente seguito in Italia, ove – mediante una regolamentazione molto puntuale – si è limitata la discrezionalità delle stazioni appaltanti, soprattutto a fini di prevenzione dei fenomeni di corruzione o di infiltrazioni criminali, salvo poi fare ampio ricorso a meccanismi derogatori.

L'estrema pervasività dell'approccio normativo italiano si è sostanziata in una crescente complessità della disciplina di riferimento. La complessità si è affiancata a una certa instabilità normativa. Complessità e instabilità della normativa favoriscono l'insorgere di contenzioso.

La prospettiva di valorizzazione del ruolo delle Amministrazioni aggiudicatrici auspicata dalle direttive richiede, anche a fini di contrasto dei fenomeni corruttivi, un rafforzamento delle capacità tecniche di tali enti (anche con una minore frammentazione della committenza), una loro maggiore responsabilizzazione sulla base dei risultati effettivamente conseguiti e un rafforzamento degli obblighi di trasparenza e dei controlli gestionali. Specularmente, meno peso deve potersi dare al mero rispetto degli aspetti formali e procedurali.

Il recepimento delle nuove direttive europee può rappresentare l'occasione per realizzare anche un'azione di semplificazione e riordino della normativa sui contratti pubblici, che delinei un quadro di riferimento più chiaro e stabile per gli operatori. Il rafforzamento del ruolo delle Amministrazioni aggiudicatrici auspicato dalla nuova normativa europea potrebbe essere favorito dalla predisposizione e dal ricorso a strumenti di soft codification e dal rafforzamento delle infrastrutture informative e di servizio a supporto del mercato degli appalti e delle concessioni.

Introduzione

Gli indicatori di dotazione fisica di infrastrutture suggeriscono il permanere di un ampio divario tra l'Italia e gli altri principali paesi dell'area dell'euro e tra il Mezzogiorno e il resto del Paese.

Gli indicatori che misurano le quantità di infrastrutture attribuiscono al nostro paese uno svantaggio di circa il 15 per cento rispetto alla Germania e al Regno Unito all'inizio dello scorso decennio. Tra i grandi paesi europei, il nostro è al primo posto per densità di veicoli sulla rete stradale. I 37 chilometri della rete metropolitana di Roma e gli 83 di quella di Milano si confrontano con i 402 di Londra, i 213 di Parigi, i 145 di Berlino. Per quanto riguarda la distribuzione delle infrastrutture all'interno del Paese, l'indice di dotazione fisica elaborato dall'Istituto Guglielmo Tagliacarne, riferito al 2009, è pari a poco più di 80 per il Sud, contro una media di oltre 110 per il Centro Nord.

Gli indici sintetici di dotazione, monetari o fisici, non tengono conto del grado di utilizzo delle infrastrutture e della qualità del servizio prestato. A questo fine occorre considerare misure più analitiche. Nel caso dei trasporti, si può ad esempio fare riferimento a indicatori basati sui tempi di accesso alla rete primaria (indici di accessibilità) o a quelli basati sui tempi di collegamento tra diversi centri urbani (indici di interconnessione). Sia per l'indice di accessibilità (elaborato dall'Istituto superiore di formazione e ricerca per i trasporti, Isfort), sia per quello di interconnessione (con riferimento ai soli trasporti stradali) i valori bassi si concentrano nel Sud e nelle Isole, ma sono diffusi anche nelle zone interne del Centro e nel Nord Est¹. Si evidenziano criticità legate a singoli nodi il cui completamento e ammodernamento potrebbe dar beneficio all'intera rete.

Tra il 2009 e il 2013, la spesa per investimenti delle Amministrazioni pubbliche si è ridotta dal 2,5 all'1,7 per cento del PIL. In tutto il precedente ventennio, le risorse finanziarie destinate agli investimenti pubblici nel nostro paese erano però risultate in linea con quelle degli altri principali paesi europei (2,4 per cento del PIL, contro 2,5), superiori alla media di Germania (1,9 per cento) e Regno Unito (1,8 per cento). Sul ritardo infrastrutturale influiscono, perciò, in primo luogo inefficienze nell'utilizzo delle risorse².

Su tempi, costi e qualità delle opere incidono l'incertezza del quadro di bilancio, le carenze nei processi di valutazione e selezione delle opere, la complessità e la disorganicità della normativa di riferimento, la frammentazione della committenza pubblica e la

¹ D. Alampi e G. Messina, "Time-is-money: i tempi di trasporto come strumento per misurare la dotazione di infrastrutture in Italia", in Banca d'Italia, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, «Seminari e convegni» n. 7, aprile 2011. I dati del presente paragrafo sono, in prevalenza, tratti da Banca d'Italia, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, «Seminari e convegni» n. 7, aprile 2011.

² Banca d'Italia, *Relazione annuale sul 2010*.

sovrapposizione delle competenze tra i diversi livelli di governo, i limiti della disciplina relativa all'affidamento dei lavori e al monitoraggio del loro avanzamento. Criticità si riscontrano anche nel successivo utilizzo e nella gestione delle opere; nel caso dei trasporti, limiti si registrano, ad esempio, nelle interconnessioni tra modalità diverse e tra reti nazionali e locali; in generale poco diffuso è l'utilizzo di logiche economiche nel governo dell'accesso e dell'uso delle opere.

Da questi ostacoli, oltre che dai diffusi fenomeni di illegalità, sono derivati tempi e costi di realizzazione delle opere elevati nel confronto internazionale e significativi scostamenti dai preventivi, una ridotta capacità di realizzazione per date risorse finanziarie, un insufficiente sfruttamento delle risorse tecniche e finanziarie del settore privato³.

Secondo un'indagine del 2008 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), in Italia i costi medi per chilometro dell'alta velocità ferroviaria sono stati circa tre volte superiori a quelli di Francia e Spagna; il divario in termini di tempi di realizzazione è analogo. Per le autostrade, i costi medi per chilometro sono più che doppi rispetto alla Spagna. Un'indagine svolta nel 2009 dalla Commissione europea sui progetti relativi a infrastrutture di trasporto di dimensioni medie e grandi cofinanziati dal Fondo europeo di sviluppo regionale tra il 2000 e il 2006 ha rilevato che in Italia i ritardi nei lavori sono stati pari in media all'88 per cento dei tempi previsti, contro una media del 26 per cento per gli altri paesi; gli aggravi di costo hanno corrisposto in media al 37 per cento del preventivo, contro una media del 21 per cento per gli altri paesi.

Queste carenze influiscono negativamente anche sulla capacità delle Amministrazioni pubbliche di utilizzare appieno i fondi strutturali europei: l'Italia, al 31 dicembre 2013, aveva speso solo il 34,6 per cento di quelli per i quali era già stato assunto un impegno di spesa.

Anche le risorse finanziarie delle imprese private che gestiscono infrastrutture non sono sempre pienamente e tempestivamente adoperate: nel settore autostradale, ad esempio, al 31 agosto 2013 risultavano completati solo poco più del 65 per cento degli ampliamenti concordati nel 1997 tra l'ANAS e la principale concessionaria e circa il 73 per cento di quelli decisi nel programma del 2004.

In questo quadro, non sorprende che si riscontrino ampie difficoltà nel coinvolgimento dei capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche. Dei progetti realizzati in partenariato pubblico-privato in Europa tra il 1990 e il 2009, solo il 2 per cento (3 per cento del valore) sono stati realizzati in Italia; contro il 67 per cento nel Regno Unito (53 per cento

³ Ignazio Visco, *L'efficienza della spesa per infrastrutture*, Italiadecide, 12 giugno 2012, Camera dei Deputati – Roma.

del valore); il 10 per cento in Spagna (12 per cento del valore); il 6 e il 5 per cento rispettivamente in Francia e in Germania (corrispondenti al 5 e al 4 per cento del valore).

Direttive europee e normativa nazionale

Il 18 aprile 2014 sono entrate in vigore le tre nuove direttive europee in materia di contratti pubblici, il cui recepimento da parte degli Stati membri è previsto entro il 18 aprile 2016.

La direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e la direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, modificano e sostituiscono, rispettivamente, la direttiva 2004/18/CE e la direttiva 2004/17/CE, allo scopo di realizzare una semplificazione e una maggiore flessibilità delle procedure, nonché avvicinare la disciplina dei settori "speciali" a quella dei settori classici.

La direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione disciplina organicamente un ambito finora solo parzialmente regolato a livello UE. L'affidamento delle concessioni di lavori pubblici, infatti, è stato soggetto sinora alle norme di base della direttiva 2004/18/CE, mentre quello delle concessioni di servizi con interesse transfrontaliero scontava un vero e proprio vuoto giuridico al quale era possibile sopperire solo mediante l'applicazione dei principi contenuti nei Trattati europei. La nuova direttiva intende colmare tale vuoto, per superare le incertezze normative che ne erano scaturite e favorire il coinvolgimento dei capitali privati negli investimenti pubblici in infrastrutture e servizi strategici.

L'impianto complessivo dei provvedimenti riconosce un ruolo maggiore alle scelte delle Amministrazioni aggiudicatrici. Tale approccio è sostanzialmente diverso da quello tradizionalmente seguito in Italia, ove, mediante una regolamentazione molto puntuale, si è limitata la discrezionalità delle stazioni appaltanti – soprattutto a fini di prevenzione dei fenomeni di corruzione o di infiltrazioni criminali, particolarmente rilevanti nel nostro paese – salvo poi fare ampio ricorso a meccanismi derogatori.

Secondo l'indagine Eurobarometro 2013 sulla corruzione, il 97 per cento degli italiani ritiene che il fenomeno sia ampiamente diffuso nel Paese, contro una media europea del 76 per cento. L'indagine sui bilanci delle famiglie italiane condotta dalla Banca d'Italia rivela che, nell'interazione con la PA, in media gli intervistati si aspettano di ricevere una richiesta di denaro o favori illeciti con una probabilità del 40 per cento (45 al Sud); la probabilità che un funzionario pubblico corrotto sia scoperto è, secondo gli intervistati, del 38 per cento, quella che a ciò si associ una pena detentiva per il reato commesso del 16 per cento.

Nel corso degli anni si è fatto ampio ricorso al sistema delle deroghe alla disciplina generale per l'affidamento dei lavori pubblici attraverso la legislazione speciale, che avrebbe dovuto avere carattere eccezionale e che è stata – invece – adottata per intere categorie di opere pubbliche, ad esempio, in occasione di eventi speciali, calamità naturali e infrastrutture di interesse strategico. Delle 764 ordinanze emergenziali di protezione civile pubblicate tra il 1° gennaio 2001 e il 31 marzo 2010, più di 300 hanno riguardato il settore degli appalti, per uno stanziamento complessivo di risorse pubbliche di quasi 13 miliardi di euro⁴. Le misure derogatorie si propongono il condivisibile obiettivo di ridurre i tempi in fase di aggiudicazione, intervenendo – però – non solo a fronte di emergenze non prevedibili, ma anche laddove si temano ritardi e difficoltà nel normale iter amministrativo. Esse rischiano, inoltre, di ripercuotersi negativamente sui tempi e sui costi nella successiva fase di esecuzione dell'opera.

La prospettiva di valorizzazione del ruolo delle Amministrazioni aggiudicatrici auspicata dalle direttive richiede, anche a fini di contrasto dei fenomeni corruttivi, un rafforzamento delle loro capacità tecniche, una loro maggiore responsabilizzazione sulla base dei risultati effettivamente conseguiti e un rafforzamento degli obblighi di trasparenza e dei controlli gestionali. Specularmente, meno peso deve potersi dare al mero rispetto degli aspetti formali e procedurali.

L'estrema pervasività dell'approccio normativo italiano si è sostanziata in una crescente complessità della disciplina di riferimento⁵: solo il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 13 aprile 2006, n. 163) e il relativo Regolamento di esecuzione e attuazione (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), provvedimenti principali attraverso i quali sono state recepite le direttive europee del 2004 in materia di appalti pubblici, rappresentano un *corpus* normativo di oltre 600 articoli.

La complessità si è affiancata a una certa instabilità normativa, con numerosissimi interventi di modifica, spesso a brevissima distanza l'uno dall'altro e non sempre tra loro coerenti⁶, con conseguenti difficoltà e incertezze per gli operatori sia nazionali, sia esteri. Complessità e instabilità della normativa favoriscono l'insorgere di contenzioso.

⁴ AVCP, *Atto di segnalazione del 16 giugno 2010*, ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettere e) ed f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 sulla predisposizione della legge annuale per il mercato e la concorrenza, disciplinata dall'art. 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99.

⁵ Anche la Commissione Europea ha più volte segnalato come, negli Stati membri, sia alquanto diffuso il fenomeno del c.d. *gold plating*, vale a dire il fatto che le norme UE sono spesso integrate da un *corpus* di disposizioni nazionali e regionali che conducono all'unico risultato di una sovraregolamentazione, oltre che di un allontanamento dalle disposizioni europee (Commissione Europea 2011, *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici*, 27 gennaio 2011).

⁶ Tra i principali si ricordano: i) il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, poi convertito nella l. 12 luglio 2011, n. 106; ii) l. 12 novembre 2011, n. 103; iii) il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, poi convertito nella l. 22 dicembre 2011, n. 214;

Nel 2013 il numero dei ricorsi in materia di contratti pubblici è stato pari a 3.164 di fronte ai Tribunali amministrativi regionali, corrispondenti a circa il 6 per cento del totale dei ricorsi presentati nell'anno; e pari a 1179 di fronte al Consiglio di Stato, corrispondenti al 12 per cento di quelli di fronte al Consiglio di Stato. Considerando il numero di procedure di aggiudicazione bandite dalle stazioni appaltanti e censite dall'AVCP nell'anno precedente, l'incidenza del contenzioso è valutabile in circa il 3 per cento. La Regione con il più alto contenzioso, in rapporto al numero di gare, ha un valore pari a più di tre volte la media nazionale.

Il recepimento delle nuove direttive europee può rappresentare l'occasione per realizzare anche un'azione di semplificazione e riordino della normativa sui contratti pubblici⁷, che delinei un quadro di riferimento più chiaro e stabile per gli operatori.

Il rafforzamento del ruolo delle Amministrazioni aggiudicatrici auspicato dalle direttive potrebbe essere favorito dalla predisposizione e dal ricorso a strumenti di *soft codification*, con la produzione di linee guida e documenti standardizzati. Tali strumenti hanno il pregio della flessibilità e, quindi, dell'adattabilità a fronte dei cambiamenti nel mercato e, come auspicato nelle direttive, possono rendere “*disponibili gratuitamente orientamenti e informazioni per l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione sugli appalti pubblici, al fine di assistere le Amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici, in particolare le PMI*” e fornire “*sostegno alle amministrazioni aggiudicatrici per quanto riguarda la pianificazione e la conduzione delle procedure d'appalto*”.

Di seguito svolgerò alcune considerazioni più puntuali su alcuni dei principali contenuti della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari (direttiva Appalti) e sulla direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (direttiva Concessioni).

La direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari

Le principali leve strategiche sulle quali si basa la direttiva sono essenzialmente riconducibili ai seguenti campi d'azione: *i)* semplificazioni procedurali; *ii)* minore

iv) d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, poi convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27; *v)* d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, poi convertito nella l. 4 aprile 2012, n. 35; *vi)* d.l. 2 marzo 2012, n. 16, poi convertito nella l. 26 aprile 2012, n. 44; *vii)* d.l. 7 maggio 2012, n. 52, convertito dalla l. 6 luglio 2012, n. 94; *viii)* d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, poi convertito nella l. 17 dicembre 2012, n. 221; *ix)* l. 6 novembre 2012, n. 190; *x)* d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33; *xi)* d.l. 21 giugno 2013, n. 69, poi convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 98.

⁷ Anche in conformità ai principi di cui all'art. 32, comma 1, lett. c), della l. 24 dicembre 2012, n. 234, secondo cui “*gli atti di recepimento di direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ai sensi dell'articolo 14, commi 24-bis, 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246*”.

frammentazione della committenza pubblica; *iii*) revisione dei criteri di aggiudicazione, con un'accentuata enfasi sugli aspetti qualitativi; *iv*) suddivisione in lotti e requisiti di fatturato. A livello trasversale, molte delle modifiche introdotte potrebbero andare a favore delle piccole e medie imprese (PMI).

Semplificazioni procedurali

Nell'ottica della semplificazione e dello snellimento delle procedure di aggiudicazione si pongono la revisione di alcuni istituti già esistenti e l'introduzione di nuovi di particolare rilevanza.

Significativamente innovativa è, ad esempio, la nuova disciplina del soccorso istruttorio, laddove si consente alle Amministrazioni aggiudicatrici, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la direttiva, di richiedere agli operatori economici interessati, non solo di chiarire e completare le informazioni o la documentazione presentata, ma anche di presentare e integrare documenti mancanti, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza. Tale possibilità potrebbe avere un effetto deflattivo sul contenzioso.

Si prevede inoltre che, nelle procedure aperte, le Amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione. Ne potrebbe discendere un'importante semplificazione, con benefici nei tempi e nei costi del processo di aggiudicazione. Come chiarito dalla direttiva, ove ci si avvalga di tale possibilità la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione va effettuata in maniera imparziale e trasparente ed è alla precisazione ed al rafforzamento di tali presidi che occorre prestare attenzione.

Soprattutto, viene dato nuovo impulso alle comunicazioni elettroniche. Queste dovrebbero poter creare un sistema basato sull'immediatezza, sulla sicurezza e sulla standardizzazione dei processi comunicativo-informativi, inclusa la presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione. La semplificazione andrebbe a vantaggio sia delle Amministrazioni aggiudicatrici, sia degli operatori (in particolare delle PMI), anche in termini di minori oneri economici; più in generale, ciò dovrebbe favorire l'operare di meccanismi concorrenziali e una maggiore complessiva trasparenza.

Particolarmente significativa è l'introduzione del documento di gara unico europeo (DGUE), fornito esclusivamente in forma elettronica, che conterrà le informazioni relative

all'azienda e l'autocertificazione dei requisiti necessari alla partecipazione alle gare: solo l'aggiudicatario dovrà fornire la documentazione in originale, salva la possibilità per la stazione appaltante di chiedere integrazioni documentali agli offerenti, qualora sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura. Agli operatori economici non è richiesto di presentare documenti complementari o altre prove documentali, qualora l'Amministrazione aggiudicatrice abbia la possibilità di ottenere i certificati e le informazioni pertinenti direttamente accedendo a una banca dati nazionale.

L'innovazione sembra in linea con il processo di decertificazione in materia di appalti pubblici avviato già da tempo in Italia, in particolare attraverso il sistema AVCPASS – gestito dall'Autorità di settore (AVCP) nell'ambito della Banca dati nazionale sui contratti pubblici (BDNCP), ma la cui operatività è stata più volte posposta – che dovrebbe consentire alle stazioni appaltanti l'acquisizione per via elettronica dei documenti a comprova del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici.

Il recepimento della direttiva Appalti potrebbe fornire l'occasione per migliorare il funzionamento sia del sistema AVCPASS, assicurandone la piena operatività, sia della BDNCP. Di fatto è rimasta molto lacunosa l'effettiva rilevazione delle informazioni da essa contemplate. Modifiche al processo di raccolta dei dati e una maggiore trasparenza e accessibilità delle informazioni, incluse quelle già oggi nella disponibilità dell'AVCP, contribuirebbero a rendere maggiormente *accountable* le Amministrazioni, un passo essenziale al fine di rendere efficiente e non arbitrario l'esercizio della maggiore discrezionalità delle Amministrazioni aggiudicatrici indicata nella direttiva.

Il rafforzamento delle infrastrutture informative e di servizio a supporto del mercato degli appalti, unitamente alla riduzione della frammentazione della committenza pubblica, può migliorare l'attività di controllo e di vigilanza sul sistema e sui singoli soggetti. Al fine di garantire in maniera più adeguata le funzioni di assistenza e sostegno alle Amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori economici, andrebbe però considerata la possibilità di separare le funzioni di vigilanza, a livello sia di sistema, sia sui singoli enti, da quelle di sostegno e ausiliarie alla committenza, come in parte già prefigurato dalle direttive europee, che valorizzano in tal senso il ruolo delle centrali di committenza.

Minore frammentazione della committenza pubblica

La direttiva Appalti conferma le precedenti modalità operative delle centrali di committenza: agire come grossisti comprando, immagazzinando e rivendendo o agire come

intermediari, aggiudicando appalti, gestendo sistemi dinamici di acquisizione o concludendo accordi quadro ad uso delle Amministrazioni aggiudicatrici.

A queste la nuova normativa europea aggiunge le attività di committenza ausiliarie, che consistono nel sostegno alle attività di committenza, in particolare nelle seguenti forme: *i)* infrastrutture tecniche che consentano alle Amministrazioni di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi; *ii)* consulenza sullo svolgimento o sulla concezione delle procedure di appalto; *iii)* preparazione e gestione delle procedure di appalto in nome e per conto dell'Amministrazione aggiudicatrice interessata.

L'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici consente di ottenere economie di scala, attraverso prezzi e costi delle transazioni più bassi, nonché un miglioramento e una maggior professionalità nella gestione degli appalti. Essa è essenziale per la valorizzazione del ruolo delle Amministrazioni aggiudicatrici. Strumentale a tale obiettivo è una maggiore centralizzazione della committenza pubblica, attraverso una riduzione del numero delle stazioni appaltanti. Si tratta di un processo già da tempo avviato anche nel nostro paese, ma non ancora concretamente operativo.

Secondo le rilevazioni dell'AVCP, in Italia ci sono circa 30.000 stazioni appaltanti; nel periodo 2008-2012 il 51 per cento degli appalti pubblici di lavori di valore superiore a 150.000 euro è stato aggiudicato da Comuni e Province, con un importo medio di circa 521.000 euro. Gli enti di minore dimensione non dispongono, di norma, di una funzione acquisti specifica, con ripercussioni negative sulla gestione delle procedure di aggiudicazione, caratterizzate da elevato tecnicismo. Il d.l. 24 aprile 2014, n. 66 ha esteso a tutti i Comuni che non sono capoluogo di provincia l'obbligo di affidare a un'unica centrale di committenza l'aggiudicazione delle commesse pubbliche. Tale obbligo era stato previsto fin dal 2012 per i soli Comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, ma la sua concreta operatività è stata più volte rinviata.

La concentrazione degli acquisti non necessariamente limita la partecipazione al mercato delle PMI e di nuove imprese, che spesso sono – al contrario – ostacolate proprio dalla presenza di una struttura degli acquisti frammentata, poco standardizzata e opaca. A presidio della partecipazione al mercato di nuovi soggetti, *in primis* PMI e imprese innovative, possono inoltre operare specifici meccanismi che promuovano la predisposizione di progetti innovativi, così da facilitare l'emergere di nuovi soggetti imprenditoriali. La Commissione europea già da tempo enfatizza il perseguimento di tali finalità, in particolare attraverso lo strumento dell'appalto pre-commerciale. La direttiva Appalti rafforza tale azione, valorizzando la presentazione di varianti in sede di offerta e introducendo l'istituto del partenariato per l'innovazione, per lo sviluppo e il successivo acquisto di prodotti, servizi o lavori innovativi da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici.

Criteria di aggiudicazione

La direttiva attribuisce un ruolo centrale al criterio di aggiudicazione del “miglior rapporto qualità/prezzo”, per più versi riconducibile all’attuale criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. In tale prospettiva si consente agli Stati membri di proibire o limitare il ricorso al criterio del prezzo più basso per valutare l’offerta.

Il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa accorda alla stazione appaltante un ampio margine di discrezionalità tecnica nella scelta dei parametri in base ai quali valutare le offerte, in relazione ai molteplici interessi pubblici perseguiti. Al fine di garantire il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento e scongiurare il rischio di abusi, nonché di orientare gli operatori nella presentazione di offerte concretamente volte alla soddisfazione dell’interesse pubblico, è cruciale che l’Amministrazione espliciti adeguatamente gli obiettivi perseguiti. Pertanto, la scelta dei parametri di valutazione, benché discrezionale, deve essere chiaramente esplicitata nel metodo dalla stazione appaltante, che ne deve dar conto “auto-vincolandosi” alla valutazione delle future offerte sulla base di parametri oggettivi predeterminati e facilmente intelligibili per gli operatori.

Il criterio del massimo ribasso, pur drasticamente ridimensionato, non è comunque formalmente eliminato. Essendo tale eventuale abolizione a recepimento facoltativo, il legislatore nazionale potrebbe utilmente mantenerlo in presenza di appalti non caratterizzati da elevata complessità, casi nei quali la valutazione dell’offerta potrebbe essere efficacemente effettuata sulla base del solo prezzo⁸, semplificando la procedura di aggiudicazione e riducendo i possibili abusi. A presidio dei rischi di successive rinegoziazioni delle offerte, molto diffuse nel contesto italiano, pare essenziale garantire un’accentuazione dei presidi contro i rischi di inadempimento dell’aggiudicatario.

Secondo le analisi dell’AVCP, nel periodo 2007-2011 l’incidenza delle varianti in corso d’opera negli appalti pubblici di lavori con importo a base d’asta tra 150.000 e 500.000 euro e con durata prevista compresa tra 60 e 365 giorni è stata pari in media al 50 per cento, con punte del 77 e 72 per cento, rispettivamente, in Sicilia e in Abruzzo. Considerando l’incidenza per stazione appaltante, esse sono più diffuse nei contratti aggiudicati da Comuni (62 per cento), Enti per l’edilizia residenziale pubblica (54) e Province (50); con riferimento all’incidenza per classe di importo, sono più frequenti nei contratti con valore compreso tra 350.000

⁸ R. B. Myerson, “Optimal Auction Design”, in *Mathematics of Operations Research* 1981, 6, pp. 58-73; F. Decarolis, C. Giorgiantonio e V. Giovannello, “L’affidamento dei lavori pubblici in Italia: un’analisi dei meccanismi di selezione del contraente privato”, in Banca d’Italia, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, «Seminari e convegni» n. 7, aprile 2011.

e 500.000 euro (57 per cento), meno in quelli il cui valore è compreso tra 150.000 e 200.000 euro (41 per cento).

Il rafforzamento di tali presidi può passare tanto per previsioni normative, come l'innalzamento delle garanzie prestate dal soggetto aggiudicatario; quanto per la messa in atto di infrastrutture informative e di servizio a supporto del mercato degli appalti, ad esempio migliorando il sistema di qualificazione delle imprese anche attraverso il ricorso a requisiti di carattere reputazionale. Questi ultimi, fissati in maniera trasparente, possono consentire – pur nel rispetto dei principi di non discriminazione e parità di trattamento – di valorizzare e premiare l'operato pregresso delle imprese, fornendo così un incentivo a una migliore esecuzione dell'opera.

Con riferimento agli appalti sotto soglia comunitaria, si rammenta come la legislazione nazionale abbia sinora mantenuto la possibilità di ricorrere a meccanismi automatici di esclusione delle offerte anormalmente basse: si stima che l'abbandono di tali meccanismi, con il passaggio a una verifica di congruità delle offerte in contraddittorio con gli interessati, comporti risparmi per le stazioni appaltanti di circa l'8 per cento del prezzo a base d'asta⁹.

Suddivisione in lotti e requisiti di fatturato

La direttiva Appalti prevede che le Amministrazioni aggiudicatrici siano incoraggiate a suddividere in più lotti i grandi appalti (ma gli Stati membri possono estendere agli appalti di entità minore la portata dell'obbligo di esaminare se sia appropriato suddividerli in lotti). In quest'ottica è previsto l'obbligo delle Amministrazioni aggiudicatrici di fornire una motivazione della decisione di non suddividere l'appalto in lotti ed è riconosciuta agli Stati membri la facoltà di rendere obbligatoria, in determinate condizioni, la suddivisione in lotti. Allo stesso fine, gli Stati membri dovrebbero anche avere la facoltà di creare meccanismi per il pagamento diretto ai subappaltatori.

Pur essendo già previsto nell'ordinamento italiano l'obbligo di motivazione della mancata suddivisione dell'appalto in lotti (come anche la possibilità di pagamento diretto ai subappaltatori), la disciplina delle modalità di aggiudicazione degli appalti suddivisi in lotti rappresenta una novità di rilievo. Il suo recepimento potrebbe consentire di superare le incertezze normative con cui la prassi si è dovuta fino ad oggi confrontare. È, però, essenziale che la suddivisione in lotti sia effettuata secondo criteri di convenienza economica e nel

⁹ F. Decarolis e C. Giorgiantonio, "Favouritism and Inefficiency in Procurement: Evidence from Public Works in Italy", in *Rivista di politica economica*, April/June, 2013, pp. 161-190.

rispetto dei principi a tutela della concorrenza, per evitare la violazione del divieto di artificioso frazionamento del valore di un contratto e per mitigare i potenziali rischi di collusione tra imprese insiti nel ricorso allo strumento. A tal fine è fondamentale la maggiore responsabilizzazione delle stazioni appaltanti sulla base dei risultati conseguiti e il rafforzamento dell'attività di vigilanza da parte delle Istituzioni competenti (l'Autorità garante per la concorrenza e per il mercato, oltre che l'AVCP).

Anche la disciplina dei requisiti di fatturato, connessa alla possibilità di accedere alle gare d'appalto per le PMI, risente del *favor* espresso nei confronti di queste ultime. È previsto, infatti, che le Amministrazioni aggiudicatrici possano esigere che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo, purché proporzionato rispetto all'oggetto dell'appalto; il requisito non dovrebbe di norma superare, al massimo, il doppio del valore stimato dell'appalto e, in ogni caso, risultare da motivazione espressa nei documenti di gara.

Al riguardo, anche se alcune delle novità che reca la direttiva costituiscono già diritto positivo nel nostro ordinamento, il recepimento delle ulteriori e più penetranti misure adottate a livello di legislazione europea, se effettuato in maniera appropriata, potrebbe rafforzare le misure volte a tutelare lo sviluppo delle PMI, cui sarà, in tal modo, maggiormente garantita la partecipazione alle gare d'appalto pubbliche.

La direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione

La direttiva Concessioni intende superare le significative differenze tra le varie discipline nazionali, per addivenire ad una convergenza delle legislazioni degli Stati membri e alla parità di condizioni per tutti gli operatori economici, nonché per integrare gli obblighi del Trattato nel diritto derivato.

Con il recepimento della direttiva i due istituti giuridici della concessione di lavori e della concessione di servizi dovranno essere assoggettati alla stessa disciplina normativa. Viene anche rafforzata la tutela giuridica degli offerenti nel mercato delle concessioni, prevedendo la piena applicazione delle norme relative ai mezzi di ricorso previste per il settore degli appalti pubblici dalla direttiva 2007/66/CE.

In Italia fino al 2010 si è registrato un *trend* crescente nel ricorso alla concessione di lavori, strumento prevalente per la realizzazione di operazioni di partenariato pubblico-privato (PPP), successivamente rallentato anche a seguito degli effetti della crisi finanziaria. Tuttavia

i progetti, a parte alcune eccezioni (perlopiù relative ai trasporti e alla sanità), hanno dimensioni relativamente contenute e si registra un'elevata mortalità delle iniziative.

Secondo le informazioni raccolte dall'Osservatorio nazionale sul project financing, tra il 2002 e il 2010 il numero complessivo delle gare è passato da 188 a 629, il loro valore da 1,2 a 6,1 miliardi di euro (passando dallo 0,5 al 3,4 per cento del numero totale di gare per opere pubbliche; dal 5 al 20 per cento in termini di valore). Tale trend crescente ha successivamente rallentato: nel 2013 il numero complessivo di gare è stato pari a 559, per un valore complessivo di 2,1 miliardi di euro. Il valore medio delle gare tra il 2002 e il 2013 è stato pari a 16,4 milioni di euro. Oltre il 95 per cento delle gare (al netto di quelle con importo non segnalato) non supera i 50 milioni di euro; prevalgono quelle entro i 5 milioni di euro, che rappresentano il 75 per cento del totale. Tra il 2002 e il 2013 i principali settori interessati sono stati quelli tipici dei servizi pubblici locali. Nel periodo 2002-2013 solo il 49 per cento delle gare è giunta all'aggiudicazione. Il rapporto tra aggiudicazioni effettive e gare bandite (al netto di quelle con importo non segnalato) è pari all'81 per cento per le opere comprese tra i 5 e i 50 milioni di euro e all'83 per cento per quelle di ammontare superiore, contro il 45 per cento di quelle al di sotto del milione di euro.

Nell'ambito della direttiva alcuni aspetti assumono particolare rilievo, anche per i potenziali riflessi sul nostro ordinamento: *i)* il valore e le modalità di aggiudicazione dei contratti; *ii)* la disciplina dell'allocazione dei rischi; *iii)* l'attenzione per la fase esecutiva e il monitoraggio della gestione delle opere.

Valore e modalità di aggiudicazione dei contratti

La direttiva stabilisce che “il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'Iva, stimato dall'Amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori o servizi”. La previsione supera le ambiguità della direttiva 2004/18/CE, che avevano consentito a molti enti concedenti, influenzati dalla consuetudine appaltistica, di commisurare l'importo della concessione esclusivamente al valore dell'opera oggetto di concessione. Ciò potrebbe comportare una rivisitazione dei valori dei contratti di concessione e un incremento di quelli il cui importo eccede la soglia comunitaria e, come tali, pienamente soggetti all'applicazione della normativa europea.

L'approccio del legislatore europeo, orientato alla valorizzazione della discrezionalità delle Amministrazioni, emerge anche nella direttiva Concessioni, con una forte propensione alla negoziazione con gli offerenti nell'ambito delle procedure di aggiudicazione, coerente con le caratteristiche di tali contratti, improntati a elevata complessità e lunga durata.

Esso potrebbe condurre a un'azione di semplificazione delle procedure attualmente previste per l'aggiudicazione delle concessioni di lavori, basate su una rigida scansione delle varie fasi e dei singoli adempimenti. In tale ambito andrebbe, altresì, valutata l'eliminazione del controverso diritto di prelazione o almeno una limitazione del suo ambito di applicazione, alla luce dei possibili rischi di riduzione della concorrenza già sollevati in sede europea.

Per orientare l'esercizio della maggiore discrezionalità e anche a fini di razionalizzazione del ricorso allo strumento, in sede di recepimento andrebbe valutato l'ampliamento delle valutazioni preliminari richieste all'Amministrazione nel ricorso ai contratti di concessione e, più in generale, di PPP. Si potrebbe, ad esempio, esplicitare quella relativa al *Value for Money*, inteso come margine di convenienza di un'operazione di PPP rispetto a un appalto tradizionale, e quella concernente l'analisi dei rischi.

Allocazione dei rischi

La direttiva introduce l'esplicita previsione che l'affidamento di lavori o servizi in concessione comporta il trasferimento al concessionario del "rischio operativo" legato alla gestione dei lavori o dei servizi. Tale previsione viene naturalmente fatta derivare dalla differenza tra un contratto di concessione, che ha per oggetto l'utilizzo e la gestione di una data opera, e uno di appalto tradizionale. I rischi del concessionario e dell'appaltatore sono, perciò, legati in un caso alla gestione e nell'altro alla costruzione dell'opera.

La puntuale definizione di rischio operativo non sembra però coincidere, almeno sul piano terminologico, con quella adoperata in sede Eurostat per stabilire la natura pubblica o privata del finanziamento dell'opera. Al fine di non contabilizzare nel perimetro del debito pubblico gli impegni previsti in caso di PPP, i rischi da porre in capo al soggetto privato devono essere due: quello di costruzione e almeno uno dei rischi di domanda o di disponibilità. Questi ultimi sembrano essere entrambi parte del rischio operativo di cui oggi parla la direttiva. In sede di recepimento sarebbe, perciò, opportuno un raccordo tra le diverse definizioni.

Più in generale, l'allocazione efficiente dei rischi tra i diversi soggetti coinvolti nel progetto rappresenta un aspetto cruciale dei contratti di concessione e, in generale, di quelli di PPP. Infatti, la costruzione e la gestione di un'infrastruttura, specie se di grandi dimensioni, comportano rischi elevati e di natura eterogenea: ai rischi tecnici e di mercato, normalmente affrontati da qualsivoglia impresa privata, si aggiungono i rischi regolamentari, legati a

possibili modifiche definite dalla PA o a scelte politiche più generali (ad esempio, in termini di politica dei trasporti) che possono impattare sull'uso di una determinata opera. Nei rischi di mercato vi sono, poi, componenti microeconomiche (più legate all'efficiente costruzione e gestione dell'opera) e componenti macroeconomiche (connesse agli andamenti complessivi dell'economia). Ai fini di un'ottimale allocazione di tali rischi, sarebbe opportuno basarsi sull'influenza che esercitano sugli stessi i vari soggetti, pubblico e privato, più che sulla distinzione tra fasi temporali, di costruzione e utilizzo, dell'opera.

L'Amministrazione, ad esempio, dovrebbe in genere assumersi il rischio derivante da variazioni del quadro regolamentare e delle policies, che possono avere riflessi negativi sulla profittabilità del progetto; il gestore privato, d'altro canto, dovrebbe essere maggiormente in grado di gestire (e prevenire) i rischi tecnici legati alla costruzione dell'opera. Con riferimento ai rischi di domanda, mentre può essere ragionevole, anche se non necessario, che il soggetto pubblico si faccia carico della loro componente di ordine più macroeconomico, è il privato gestore che più utilmente deve farsi carico di quei rischi legati all'efficienza gestionale del servizio per la singola opera.

Anche con riferimento all'allocazione dei rischi, sulla scorta di quanto già realizzato in alcuni paesi dove l'istituto del PPP appare più maturo, l'adozione e la diffusione di strumenti di *soft law* potrebbe contribuire a orientare gli operatori nella predisposizione dei contratti, garantendo più efficacemente i necessari adattamenti di essi ai mutamenti sopravvenuti nel corso dell'affidamento, assicurando idonei meccanismi di controllo sul livello dei servizi offerti dal *partner* privato, facilitando l'effettiva traslazione del rischio di domanda e/o di disponibilità dell'opera in capo al privato¹⁰.

La fase esecutiva e il monitoraggio delle operazioni

In Italia, a differenza di altri paesi europei, l'impegno regolatorio si è prevalentemente concentrato sugli aspetti procedurali relativi all'aggiudicazione dei contratti di concessione, dedicando una limitata attenzione ad altri pur rilevanti profili, specie per quel che concerne la disciplina della fase esecutiva e dei rapporti tra i vari attori coinvolti in tali operazioni.

La direttiva contiene rilevanti disposizioni concernenti la fase di esecuzione e gestione delle concessioni, prevedendo anche la creazione di sistemi di monitoraggio e controllo. In tale ottica, risulta necessaria nel nostro ordinamento una puntuale disciplina delle modalità e

¹⁰ R. Cori, C. Giorgiantonio e I. Paradisi, "Allocazione dei rischi e incentivi per il contraente privato: un'analisi delle convenzioni di *project financing* in Italia", in Banca d'Italia, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, «Seminari e convegni» n. 7, aprile 2011

della tempistica del monitoraggio e dei controlli da svolgersi durante la durata dei contratti, nonché il loro assoggettamento ad un efficiente sistema di raccolta ed elaborazione dati.

Allo stato, infatti, le informazioni disponibili in relazione a tali contratti e, più in generale, alle operazioni di PPP si fermano alla fase di aggiudicazione, non coprendo le successive fasi della stipula del contratto, del *financial closing* e della gestione delle opere.

Il recepimento della direttiva potrebbe costituire l'occasione per l'istituzione di un adeguato sistema di monitoraggio di tutti i contratti di PPP a livello centrale. Ciò consentirebbe non solo di avere un quadro completo delle operazioni che effettivamente hanno raggiunto la fase di gestione, ma anche di garantire il costante controllo della *performance* operativa del *partner* privato, verificandone l'idoneità a soddisfare le esigenze pubbliche connesse alla realizzazione dell'opera durante tutto il corso di durata del contratto.

A tal fine sarebbe, inoltre, auspicabile l'ampliamento degli obblighi di informazione posti in capo alle Amministrazioni aggiudicatrici in relazione alle operazioni affidate, che si accompagni a un rafforzamento dell'attività di controllo della PA in tutte le fasi del contratto, non solo sul piano negoziale, ma anche assicurando un coordinamento tra livello centrale e locale, al fine di stabilire un processo di comunicazione fra i vari livelli di governo volto a individuare e diffondere *best practices* di settore.