

**IL RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE 17 E 18 IN ALCUNI STATI DELL'UNIONE
– Belgio, Francia, Portogallo, Germania, Spagna, Regno Unito –,
ESAMINATO ANCHE ATTRAVERSO LE PROCEDURE DI INFRAZIONE DELLA COMMISSIONE
ED ALLA LUCE DEI TEMI SOLLEVATI DALLA LETTERA DI MESSA IN MORA DELL'ITALIA**

Premessa

L'analisi comparata dei provvedimenti di recepimento degli Stati dell'Unione è tema troppo vasto e complesso da poter essere svolto in un relazione: pertanto, ci si limita ad alcuni aspetti salienti dei diversi sistemi paese.

Una buona chiave di lettura può essere l'esame delle procedure di infrazione avviate dalla Commissione contro i diversi Stati, con particolare riferimento ai punti principali sollevati nella Lettera di messa in mora inviata all'Italia.

Dall'analisi di questi aspetti sarà così possibile gettare uno sguardo d'insieme sulle caratteristiche principali dei differenti sistemi di affidamento dei diversi Stati, scelti secondo il criterio del campione rappresentativo delle tre principali categorie di sistemi paese presenti nell'Unione a 27: quello amministrativo, simile al nostro (Belgio, Francia, Spagna, Portogallo), quello civilistico (Germania, Austria, Olanda, paesi nordici ed, in genere, paesi dell'Est) e quello di common law (Gran Bretagna, Irlanda).

ASPETTI GENERALI DEL RECEPIMENTO NEI DIVERSI STATI

Il recepimento è stato completato da tutti gli Stati membri, salvo uno: il Belgio, che ha adottato vari provvedimenti legislativi ma deve tornare in Parlamento per la formalizzazione finale. Di conseguenza, Bruxelles (la Commissione) ha portato Bruxelles (lo Stato belga) davanti alla Corte di Giustizia: l'inevitabile condanna è attesa per fine anno!

Altri Stati hanno cumulato un significativo ritardo: tra questi, la Spagna – fine 2007 – ed il Portogallo – gennaio 2008 –, mentre la Commissione sta portando davanti alla Corte per ritardata notifica delle misure di recepimento 5 Stati: Estonia, Finlandia, Germania, Grecia, Slovenia. La Svezia ha già subito la condanna con sentenza del dicembre 2007 ed il Portogallo del 3 aprile.

Al contrario, Danimarca, Olanda e Regno Unito hanno adempiuto in anticipo sui termini, mentre la Francia ha addirittura anticipato il recepimento rispetto all'approvazione finale delle Direttive con il Code des marchés publics 2004, sonoramente bocciato da Bruxelles e modificato con il Code 2006 attualmente in vigore. A questo riguardo, si evidenzia che, dall'esame di tutte le procedure di

infrazione avviate dalla Commissione sulle misure di recepimento degli Stati, solo Francia ed Italia hanno ricevuto rilievi di ampia portata mentre la maggior parte degli altri Stati ha avuto richieste di adeguamento al diritto comunitario anche importanti, ma puntuali.¹

Sul piano formale, il recepimento è stato attuato in 2 modi dai diversi Paesi: con provvedimenti separati ed autonomi, rispettivamente per la D. 17 e 18 ovvero con un provvedimento unico di codificazione. Solo 3 Stati, oltre all'Italia, hanno seguito la strada del Codice: la Francia,² il Portogallo, mentre la Germania ha inglobato i 2 provvedimenti assunti separatamente nella legge generale sugli appalti – GWB –.

¹ Quanto alla Francia, va ricordato che molte delle obiezioni relative alla trasposizione del Code 2004 erano già state sollevate nella Lettera di messa in mora del 17 ottobre 2002 contro il Code 2001 e riguardavano in sintesi:

- 1) la non sottoposizione ai principi di non discriminazione e di uguaglianza degli appalti sottosoglia e di quelli di cui all'allegato IB della D. 92/50 (servizi), per i quali il Code non esplicita alcun obbligo procedurale così come gli appalti di servizio aventi per oggetto prestiti ed impegni finanziari di cui alla D. 93/38;
- 2) la non sottoposizione dei c.d. contratti di mandato oneroso tra enti pubblici;
- 3) la previsione di un'unica soglia a 200.000 € tasse escluse, per gli appalti di servizio delle amministrazioni centrali e per le altre amministrazioni;
- 4) l'autorizzazione all'utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicità in due casi non previsti dalla Direttiva:
 - a) non adempimento/fallimento dell'appaltatore che deve essere sostituito;
 - b) prestazioni aggiuntive ad un contratto iniziale di opere;
- 5) la dimostrazione dell'adempimento dell'obbligo di legge in materia di tasse e contributi sociali delle imprese non basata anche su documentazione fornita da altri Stati membri;
- 6) numero minimo di partecipanti nelle procedure ristrette inferiore al minimo di 5 previsto nelle direttive;
- 7) la preinformazione incompleta, in quanto il Code prevede l'accorciamento dei termini per presentare l'offerta ma non l'obbligo dell'inserimento delle informazioni considerate essenziali; allo stesso modo, il Code non prevede l'obbligo di inserire nell'avviso l'avvertimento che le varianti non sono autorizzate.

² Con riferimento alla metodologia codificatoria francese, va detto che essa tende a raccogliere nel Code des marchés publics le sole norme a valenza generale ed aventi carattere "d'ordre public", vincolanti cioè per tutti i soggetti. Si spiega, così, la brevità e la non completezza, ad esempio, dell'art. 3 del Code 2006 – *Les personnes soumises au Code des marchés publics* di trasposizione dell'art. 1 della D. 18 relativo alle Definizioni.

La Circulaire del 3 agosto 2006 che costituisce il "manuel d'application" del Code, chiarisce la disposizione del Code, specificando quali sono "Les personnes publiques soumises" al Code. Infatti, il Code si suddivide in due parti: la prima raggruppa le disposizioni relative ai "pouvoirs adjudicatoires", la seconda alle "entités adjudicatrices".

I "pouvoirs adjudicatoires" sono lo Stato e gli enti pubblici non aventi carattere industriale o commerciale, gli enti locali ed i loro "établissements publics".

Le "entités adjudicatrices" sono invece quei "pouvoirs adjudicateurs" che esercitano un'attività di gestori di reti (sottoposte alle disposizioni della parte 2^a del Code, relative alla D. 17).

Inoltre, non sono interamente sottoposti al Code, anche se sono établissements pubblici locali, gli enti sanitari, sociali e medico-sociali, beneficiando di uno specifico regime parzialmente derogatorio previsto nel Code de santé publique.

Sono, inoltre, sottoposti al Code i soggetti privati mandatari di soggetti pubblici sottoposti al Code ovvero che partecipano ai c.d. "groupement de commandes" (acquisti organizzati).

Non sono, invece, soggetti al Code ma alle regole pubblicistiche previste dall'Ordonnance n° 2005-649 del 6 giugno 2005 relativa a determinati soggetti pubblici o privati non sottoposti al Code" (JO n° 131 del 7 giugno 2005), nonché ai relativi decreti applicativi-Décret n°2005-1742 del 30 dicembre 2005 relativo ai pouvoirs adjudicateurs e Décret n° 2005-1308 del 20 ottobre relativo alle entités adjudicatrices, gli organismi di diritto pubblico, enumerati all'art. 3, par.1°, a), b), c); 2°) la Banca di Francia; 3°) la Caisse de dépôt et consignation.

Inoltre, sono sottoposti all'Ordonnance (4°) gli organismi di diritto privato dotati di personalità giuridica costituiti per realizzare determinate attività in comune con:

- a) poteri aggiudicatori sottoposti al Code;
- b) poteri aggiudicatori sottoposti all'Ordonnance;
- c) poteri aggiudicatori sottoposti sia al Code che all'Ordonnance.

Quanto al merito della trasposizione, tre gli approcci di fondo corrispondenti grosso modo ai 3 diversi sistemi amministrativi: il c.d. recepimento fotocopia, seguito soprattutto dai Paesi di common law (Gran Bretagna,³ Irlanda, Danimarca), quello “parzialmente fotocopia” prevalente nei Paesi a sistema civilistico con forte ruolo delle normative tecniche (Germania, Austria, Olanda, Paesi nordici e dell’est); quello “rielaborativo” del testo delle Direttive, tipico dei sistemi amministrativi come il nostro e che trova la massima espressione nei 2 successivi Code (2004 e 2006) della Francia, nelle numerose proposte di legge della Spagna⁴ e del Portogallo e nel clamoroso ritardo del Belgio.

Dando uno sguardo d’insieme ai provvedimenti di recepimento, due aspetti, pur diversi tra loro, paiono di particolare interesse per agevolare una valutazione comparata dei sistemi paese: il primo, riguarda il processo di fuoriuscita dalla disciplina previsto dalla D. 17 (art. 30) per i settori riconosciuti come strutturalmente concorrenziali. Cinque Paesi virtuosi – Regno Unito, Finlandia, Danimarca, Svezia ed Austria: l’Italia è stata autorizzata per i servizi postali espressi internazionali – hanno già ottenuto la prescritta autorizzazione della Commissione di non applicazione delle procedure di gara nel campo dell’elettricità, del gas e di taluni servizi postali:⁵ e questo prima

³ La Relazione di accompagnamento alle Regulations 2006 è costituita da sole 7 pagine, in quanto (sottolinea la Relazione) “la D. 18 chiarisce e precisa le regole già in vigore introducendo alcuni nuovi istituti peraltro da tempo in uso nel paese, come gli accordi-quadro, le centrali di committenza e le gare elettroniche”. Pertanto, secondo il legislatore inglese, pochi sono gli elementi di novità della D. 18: così, in una logica di semplificazione, il recepimento è del tipo “fotocopia”.

⁴ Il recepimento delle Direttive 17 e 18 ha costituito un passaggio molto difficile per la Spagna: ne è testimone il grande ritardo accumulato e ne è conferma la stessa relazione di accompagnamento alla Ley 30. Infatti, il paragrafo II della relazione si dilunga a spiegare che la nuova legge è “chiamata ad operare in un contesto giuridico fortemente condizionato da norme soprannazionali applicabili ad una variegata tipologia di soggetti”. In effetti, spiega la Relazione, l’ampliamento della gamma dei soggetti sottoposti alle regole comunitarie ha costretto a ripensare la stessa impostazione legislativa tradizionale: infatti, la dizione dei testi legislativi da sempre applicata in Spagna, “Ley des contratos del Estado”, costituente il modello contrattuale di riferimento per tutti i soggetti pubblici, ha dovuto essere abbandonata per la nuova dizione di “Ley de contratos del Sector Público”, ampliandone così l’ambito soggettivo, ora basato su di una “identificación funcional” estranea all’esperienza spagnola, rigidamente ancorata alla visione formale di soggetto pubblico.

⁵ La Commissione europea ha finora autorizzato 4 Stati membri a non applicare le norme della Direttiva 17 sui settori speciali negli affidamenti connessi agli appalti di mercati importanti quali l’elettricità, il gas e taluni servizi postali. Come è noto, l’articolo 30 della Direttiva 2004/17/CE dispone che “i contratti destinati alla prestazione di una delle attività comprese nel campo di applicazione della direttiva non sono soggetti alla direttiva se, nello Stato membro in cui è esercitata l’attività, questa è direttamente esposta alla concorrenza sui mercati liberamente accessibili. L’esposizione diretta alla concorrenza è valutata in base a criteri oggettivi, tenendo conto delle caratteristiche specifiche del settore interessato. L’accesso al mercato è ritenuto libero se lo Stato membro ha attuato e applicato la pertinente legislazione comunitaria che dà accesso a un determinato settore, o parte di esso”.

Alla base delle decisioni di esenzione dalla normativa della Direttiva 17, sta l’accertamento della situazione, di diritto e di fatto, dei settori considerati, che risultano sufficientemente esposti alla concorrenza: tali decisioni potranno naturalmente essere riconsiderate in seguito a significativi cambiamenti della situazione, che rendano di nuovo non concorrenziali i settori in oggetto.

Entrando più in dettaglio nel merito, si rileva che, senza dubbio, il caso più significativo, per il ruolo ed il peso economico-sociale del Paese coinvolto nonché per il carattere strategico dei settori coinvolti, è quello del Regno Unito: al riguardo, occorre ricordare che già era stata accolta una prima richiesta relativa alla sola produzione di energia elettrica – Decisione della Commissione del 15/03/2006, GUCE L 76 – mentre una seconda, più estesa ed articolata, riguarda la produzione, sia all’ingrosso che al dettaglio di elettricità e gas in Inghilterra, Scozia e Galles, intesi quali

ancora che i ritardatari notificassero a Bruxelles il provvedimento di recepimento! Da notare, poi, che il Regno Unito ha provveduto, contestualmente alla trasposizione delle Direttive, a recepire anticipatamente pure la norma fondamentale del periodo di sospensione di almeno 10 giorni tra aggiudicazione e stipula contrattuale prevista dalla nuova direttiva ricorsi, da trasporre da tutti gli Stati membri entro il dicembre 2009!

DIALOGO COMPETITIVO

FRANCIA – La nuova procedura del dialogo competitivo ha avuto una vasta e favorevole accoglienza legislativa in Europa: portabandiera ne è stata la Francia, che già nel Code 2004 ha previsto l'applicazione di tale procedura (collocandola tra i casi di procedura negoziata preceduta da pubblicità!) anche negli appalti sottosoglia, estendendola persino negli interventi anche solo complessi. Inoltre, ha creato la **Charte** del dialogo competitivo, con le raccomandazioni pratiche per una migliore applicazione!

Ora, il Code 2006, a seguito dei rilievi di Bruxelles, ha parzialmente corretto il tiro: tuttavia, il dialogo competitivo è, in base all'art. 36, 2° capoverso, “possible lorsqu'un marché public est considéré comme complexe”, se si avverano le due condizioni di seguito indicate: l'amministrazione non è obiettivamente in grado di definire in anticipo la soluzione ai propri bisogni e non è in grado di stabilire il montaggio giuridico e finanziario.

mercati distinti. L'esame della situazione correlata a tale seconda domanda ha portato alla Decisione del 1/03/2007, GUCE L 62, che attesta la piena attuazione di diritto e di fatto della legislazione comunitaria dei due mercati, con il risultato che tali mercati devono essere considerati liberamente accessibili.

A queste conclusioni la Commissione è giunta sulla base di vari indicatori oggettivi, prefissati, assunti a base di tutte le verifiche delle domande presentate: tra questi, “un indicatore del grado di concorrenza sui mercati nazionali è rappresentato dalla quota di mercato totale dei tre principali produttori (elettricità) e dei tre principali fornitori all'ingrosso (gas); secondo le più recenti informazioni, la quota di mercato aggregata dei tre principali generatori di elettricità rispetto alla produzione totale è pari al 39%, mentre la quota di mercato aggregata dei tre principali fornitori di gas in percentuale del mercato all'ingrosso è del 36%. In entrambi i casi, i livelli si devono ritenere sufficientemente bassi e sono da considerarsi indicativi di un'esposizione diretta alla concorrenza”.

Un altro indicatore efficace della concorrenza del mercato dell'elettricità è rappresentato dal grado di liquidità, intesa come la presenza del prodotto sul mercato rispetto al quantitativo consumato: ora, per il mercato dell'elettricità, “vi sono 8 produttori con capacità di generazione complessiva pari al 70% circa della capacità totale, mentre per il mercato del gas sono presenti una decina di imprese attive all'ingrosso mentre sei imprese rappresentano la maggioranza del mercato nazionale dell'approvvigionamento, e, di queste, cinque sono nuovi soggetti sul mercato della fornitura. Inoltre, la grande utenza acquista direttamente dal mercato all'ingrosso sia dell'elettricità che del gas, che include anche molte grandi compagnie petrolifere”.

Altri fattori di valutazione dell'esposizione diretta del mercato alla concorrenza sono costituiti dal numero di clienti che cambiano fornitore: nel Regno Unito, la percentuale dei cambi di fornitore delle tre categorie di utenti dell'elettricità – grandi e grandissimi utenti industriali, piccole e medie imprese industriali e commerciali e piccolissime imprese e utenza domestica – supera il 70% nelle prime due categorie e si avvicina al 50% nell'ultima, per cui il controllo dei prezzi per i consumatori finali è stato abolito nel 2002; per quanto riguarda il gas, nelle tre categorie sopra indicate, il cambio di utenza supera il 70% nelle prime due e si avvicina al 50% nell'ultima, con l'abolizione del controllo sul prezzo nello stesso anno.

La tradizione francese della flessibilità procedurale (che tanto scontri ha provocato in passato con Bruxelles sul gré á gré e ora sul marché de définition,⁶ oggetto di ricorso alla Corte da parte della Commissione!) fa ancora capolino nella nuova procedura: infatti, nella Circulaire di applicazione del Code si parla di interventi solo complessi, con offerte da elaborare su programmi funzionali, anche se correttamente le varie offerte delle varie fasi successive del dialogo sono valutate “en fonction des critères fixés dans l’avis d’appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation” (riferimento al tema della Lettera di messa in mora, che contesta proprio questo aspetto del nostro Codice!).

Analoga dizione è prevista nell’Ordonnance del giugno 2004, n° 2004/559, istitutiva della nuova categoria dei contratti PPP, dove la procedura del Dialogo competitivo è prevista negli interventi in cui il privato è incaricato di finanziare, realizzare e gestire “un équipement nécessaire à la personne publique” (non di progettare, funzione riservata dalla legge MOP, salvo rari casi, all’ente aggiudicatore – e quindi solo francese! – per questo oggetto di ricorso della Commissione alla Corte).

Sul piano pratico, l’applicazione del dialogo competitivo è in Francia abbastanza diffusa – circa un centinaio di casi – perché relativa ad opere che, però, difficilmente paiono ascrivibili nella categoria delle opere particolarmente complesse: licei, impianti sportivi, caserme ecc. (ed applicata perfino all’estero: Ambasciata francese a Shangai!).

⁶ L’art. 73 del Code des marchés publics 2006 disciplina i marchés de définition, vale a dire quegli appalti di progettazione cui può abbinarsi l’esecuzione, che le amministrazioni aggiudicatrici possono utilizzare quando “non sono in grado di precisare gli scopi e le modalità per raggiungerli, le tecniche da utilizzare, i mezzi in personale e materiale da mettere in campo” (art. 73, 1° c.).

Finalità di tali contratti è quella di “esplorare le possibilità e le condizioni di costituzione di un successivo contratto, se necessario mediante la realizzazione di un plastico o di una dimostrazione. Tale contratto permette altresì di valutare il livello dei prezzi delle prestazioni, le modalità della loro determinazione nonché di prevedere le diverse fasi di esecuzione delle prestazioni” (art. 73, 2° c.).

Tali contratti sono affidati secondo modalità specifiche, dettagliate al 3° c. del citato art. 73 che prevede: “Nel contesto di una procedura unica, le prestazioni di esecuzione facenti seguito a più appalti di definizione aventi medesimo oggetto ed eseguiti simultaneamente, sono attribuite dopo rimessa in concorrenza dei soli titolari degli appalti di definizione, in aderenza alle norme seguenti:

- 1) il bando di gara definisce l’oggetto degli appalti di servizi affidati simultaneamente e l’oggetto dell’appalto di esecuzione conseguente;
- 2) il bando di gara definisce i criteri di selezione dei candidati. Tali criteri tengono conto delle capacità e delle competenze richieste ai candidati tanto per gli appalti di definizione che per l’appalto ulteriore di esecuzione;
- 3) il bando di gara definisce i criteri di selezione delle offerte degli appalti di definizione affidati simultaneamente, ed i criteri di selezione delle offerte dell’ulteriore appalto di esecuzione;
- 4) il valore delle prestazioni tiene conto del valore degli studi di definizione e del valore stimato dell’appalto di esecuzione;
- 5) il numero degli appalti di definizione attribuito simultaneamente nel quadro della presente procedura non può essere inferiore a tre, se sussiste un numero sufficiente di candidati”.

La Commissione contesta la violazione della D. 18 nella misura in cui la disposizione dell’art. 73 consente di fuoriuscire dalle ordinarie procedure di affidamento nella stessa prevista: in particolare, la Commissione rileva che la formula dei marchés de définition consente di affidare un appalto di esecuzione ad uno dei titolari del/dei marché/s de définition “senza messa in concorrenza o, tutt’al più, con una messa in concorrenza limitata ai titolari degli stessi”.

Nel resto dell'Europa, le concrete applicazioni della procedura del dialogo competitivo sono molto limitate: quasi assenti negli altri Paesi a sistema amministrativo (Spagna, Portogallo, Grecia, Belgio), qualche caso recente si riscontra in Germania, Austria e Paesi dell'Est (Polonia), soprattutto per aggiudicare interventi complessi in PPP (ponti, bretelle autostrade, impianti energetici, inceneritori ecc.), mentre è dichiaratamente snobbato nei Paesi di common law.

Vediamo più da vicino la situazione specifica dei maggiori Paesi.

REGNO UNITO – A proposito del dialogo competitivo, è illuminante ricordare preliminarmente che nelle premesse al provvedimento di recepimento, i Paesi a sistema amministrativo (ad eccezione della Francia) si dilungano ad illustrare le caratteristiche dell'istituto, che, spiegano, rappresenta una novità oggettiva, mentre quelli di common law lo danno come patrimonio della propria tradizione, rilevando semmai che “è troppo proceduralizzato per rispondere alle esigenze degli interventi particolarmente complessi” (e, sottintendono, troppo costoso!). Ed infatti, nel Regno Unito, per tali interventi si utilizzava da sempre – con piena soddisfazione di tutti! – la procedura negoziata preceduta da pubblicità. Anche adesso, la Guida formulata dal Ministero – OGC GUIDELINE – parla del dialogo competitivo come di “una procedura negoziata strutturata”.

Su questo punto, va ricordato che vi è stata una critica costante verso Bruxelles formulata (soprattutto dal Regno Unito, seguito anche da Irlanda ed Olanda, perfino con minaccia di porre il veto alla stessa approvazione delle Direttive!), che ha ora trovato una soluzione pratica soddisfacente. Infatti, mentre nelle Regulations di recepimento della Gran Bretagna, il testo trasposto è la fotocopia della D. 18, la pratica utilizza, in quasi tutti i maggiori interventi, il Design & Build – D&B –, traducibile con appalto integrato ma caratterizzato da livelli di flessibilità molto più avanzati del nostro istituto (e pure di quanto previsto nella disciplina comunitaria del dialogo competitivo!).

Per capire pienamente la logica di tale formula occorre fermarsi un momento a considerare lo sforzo continuo fatto dal Regno Unito per migliorare l'approccio al procurement pubblico: infatti, la filosofia di base del comportamento normale delle stazioni appaltanti inglesi nell'impostare la gara è che una valida concorrenza, espressa nel principio base del best value for money, si fa “con pochi affidabili offerenti”: 3/5 sono sufficienti mentre più di 5/8 “fanno sprecare tempo” (e soldi) e, soprattutto, vale il principio che “la concorrenza è assicurata da un buon progetto e da documenti tecnico-contrattuali adeguati” (le gare sono, nel 90% dei casi, a procedura ristretta, spesso ristrettissima!).

Nonostante tali tradizionali presupposti di ampia flessibilità, la Gran Bretagna ha visto, dall'inizio degli anni '90, un continuo processo di rinnovamento delle procedure di affidamento, basato sulla ricerca di maggiore efficienza della spesa pubblica attraverso un incremento insieme della concorrenza, dell'innovazione (soprattutto progettuale) e della qualità relazionale tra le varie parti impegnate negli interventi.

Le ragioni fondamentali di tale vasto e continuo processo erano (e restano) ancorate alla constatazione delle gravi carenze che caratterizzano il tradizionale processo di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici: si è così giunti ad individuare alcuni concetti innovativi che hanno avuto una notevole influenza a livello comunitario ed internazionale, quali 1) l'esigenza di migliorare l'efficienza dei processi (di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici) attraverso una logica collaborativa e non antagonistica tra le parti contrattuali; 2) l'idea di una corretta, sostenibile e pienamente consapevole allocazione dei rischi contrattuali tra le parti; 3) l'esigenza di una piena valutazione dei costi nell'intero ciclo di vita dell'opera; 4) l'apertura all'innovazione, progettuale e tecnologica, in ogni fase della procedura di affidamento e di vita del contratto.

Si tratta di concetti pienamente applicati nella pratica contrattuale pubblica in aderenza al generale principio del *Best value for money*, attuabile pienamente solo con l'ultima formula, il c.d. "*collaborative procurement*", traducibile con affidamento collaborativo, di cui il D & B è appunto il cardine.

Ma vediamo la procedura specifica di Design & Building seguita dalla Highway Agency – HA –, nella forma di ECI – *Early contractor involvement* (Anticipato coinvolgimento dell'appaltatore) – . Infatti, il D & B è la formula applicata (da 2/3 anni) al 90% dei contratti della *Highway Agency*, e si sviluppa secondo le seguenti fasi:

- 1) definizione del progetto preliminare, anche con indicazioni solo prestazionali;
- 2) pubblicazione del bando e formazione della lista ristretta di contractors + consultants invitati: per i grandi appalti non più di 6/8;
- 3) nella fase successiva, anche attraverso incontri ed interviste mirate ai tecnici indicati per l'esecuzione in caso di aggiudicazione, si attua un'ulteriore cernita delle imprese sulla base dei soli requisiti e delle proposte tecniche innovative esposte, riducendo a 4 gli invitati alla fase successiva;
- 4) esame approfondito delle idee e delle proposte progettuali tese alla miglior esecuzione (progettuale ed operativa) dell'intervento: scelta di 2 concorrenti per la formulazione della proposta progettuale e offerta del c.d. prezzo obiettivo (*target price*), secondo criteri valutativi tipo offerta economicamente più vantaggiosa, con peso dell'80% alla qualità e 20% al prezzo. Tra l'altro, l'attività di intensa elaborazione progettuale operata dagli invitati,

può essere remunerata come attività professionale, acquisita dall'Ente ed incorporata alla soluzione finale;

- 5) scelta del c.d. offerente preferito (*preferred bidder*), con cui l'HA continua l'affinamento progettuale e la negoziazione economica fino alla definizione del progetto esecutivo;
- 6) offerta finale con criteri di valutazione relativa a qualità (70/80%) e prezzo (30/20%).

Analoga procedura risulta ora applicata anche in Olanda nell'attuazione dell'autostrada A15 di Rotterdam.

La negoziazione continua e la modifica degli elementi iniziali attraverso un intenso processo collaborativo sono al cuore della formula inglese, che, dicono i suoi sostenitori, compensa la mancanza di una completa concorrenza sul prezzo, attraverso il miglioramento, anche economico, della soluzione progettuale finale e della stessa esecuzione, priva di varianti e di riserve e/o di ritardi in ragione del vasto apporto innovativo derivante da molti mesi di continuo confronto (media di completamento di tali gare, 2/3 anni).

In pratica, la formula D & B copre circa il 45/50% della spesa complessiva in opere (e circa il 20/30% il PPP), mentre gli scostamenti medi tra costo preventivato e costo finale sono del ~ 5% contro il ~ 30% con il metodo tradizionale: in Scozia, gli indirizzi recentissimi del Governo tendono ora a privilegiare gli accordi quadro negli interventi PFI/PPP, ma la logica non cambia.

SPAGNA – Quanto, invece, alla Spagna, la procedura da sempre più utilizzata per gli affidamenti è la *subasta*, in forma aperta per le opere più semplici, in forma ristretta per quelle maggiori: non vi è vasta applicazione del dialogo competitivo ma generale ricorso al PPP/ concessione per gli interventi infrastrutturali, realizzati con straordinaria rapidità ed aderenza ai costi preventivati.

Ciò è dovuto alla grande attenzione che viene prestata alla fase progettuale, con il progetto che deve, di norma, essere redatto preventivamente e preventivamente approvato dall'Ufficio competente al controllo tecnico della Pubblica Amministrazione appaltante – il c.d. *Replanteo de la obra* –.

Nel campo delle opere pubbliche, il 2006 ha visto affidamenti complessivi per circa 21 MD di euro, con prezzi di aggiudicazione in forte riduzione, in media del 25,72% sul valore di base d'asta. Di queste aggiudicazioni, ben 6,5 MD di euro, cioè quasi un terzo, sono andate alle tre maggiori imprese: ACS, FCC e Acciona.

Ma la nuova frontiera dello sviluppo infrastrutturale, edilizio ed urbanistico spagnolo passa sempre più per la formula della partecipazione pubblico-privata: infatti, le leggi di recepimento delle D. 17 e 18 (rispettivamente, Ley 30 e Ley 31 dell'ottobre 2007), hanno individuato i contratti

PPP, come nel sistema francese, quale specifica categoria di contratti con propri caratteri distinti rispetto alla concessione di costruzione e gestione ed all'appalto ed applicabili previa valutazione di convenienza dell'amministrazione e successiva stesura del programma funzionale anche mediante dialogo competitivo (non ancora utilizzato in concreto). Sul piano operativo, le leggi di recepimento citate superano la legge fondamentale precedente (13/1995) che prevedeva i c.d. "Contratti di opera con abbuono totale del prezzo", basati sull'apporto finanziario privato, in termini di anticipazione totale o parziale del prezzo con rimborso da parte dell'Amministrazione, normalmente in unica soluzione all'atto della consegna ovvero in annualità (non più di 10), sempre a partire dalla consegna finale dell'opera.

Il passaggio dalla legge 13/1995 alle leggi di recepimento delle nuove direttive UE è stata accompagnata dalla messa a punto del PEIT – Piano strategico delle infrastrutture di trasporto 2005-2020 – per complessivi 249 MD di euro: tale Piano eleva dal 20 al 40% l'apporto di capitali privati, forte della proposta Seopan (Associazione delle grandi imprese) che porta a 100 MD di euro il contributo di capitali privati mediante l'incremento della formula PPP/concessione. I fondi del PEIT sono così suddivisi: 109 MD di euro per ferrovie, 63 MD di euro per strade, 33 MD di euro per trasporti urbani, 15 MD di euro per aeroporti, 4 MD di euro per l'intermodalità e 2 MD di euro per la ricerca.

GERMANIA – Nell'ambito di una intensa attività legislativa per le opere strategiche – 3 leggi di accelerazione e semplificazione in 15 anni! –, la Germania ha recepito le direttive prevedendo l'introduzione nell'ordinamento legislativo federale del dialogo competitivo mediante la legge sul Partenariato pubblico-privato – legge 7 settembre 2005 – e relativa modifica delle leggi quadro sulle aggiudicazioni – detta VOB/A –: ora si annuncia una storica modifica della legislazione federale per introdurre la preventiva qualificazione obbligatoria delle imprese che dovranno essere in possesso di un apposito certificato di qualificazione che sarà rilasciato dal Ministero, per partecipare a tutte le grandi gare federali, dialogo competitivo incluso.

Sul piano formale, si rileva che il testo della legge – art. 2 – disciplinante il dialogo competitivo, riproduce fedelmente quello della direttiva, salvo l'obbligo di ricompensare adeguatamente tutti gli offerenti che hanno redatto valide proposte.

Sul piano pratico, la procedura del dialogo competitivo è stata utilizzata in molti dei grandi interventi autostradali e complessivamente ha riguardato circa 50 contratti federali.

FORMULAZIONE DELL'OFFERTA E CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

Quanto poi alla formulazione dell'offerta la Spagna come il Portogallo (con il recente Codice del 29 gennaio 2008 di recepimento delle Direttive 17 e 18), prevedono l'obbligatoria indicazione del "prezzo massimo" (base d'asta) e l'offerta costituisce una percentuale di ribasso dello stesso: se supera il 40% vi è presunzione di anomalia per legge ed obbligo di verifica in contraddittorio (la media spagnola dei ribassi negli appalti di sola costruzione si è attestata nel 2007 tra il 25 ed il 30%).

L'indicazione del prezzo di base d'asta è comune ai Paesi a sistema amministrativo ma è assente nei Paesi a sistema civilistico e di common law, dove vi è soltanto una descrizione e quantificazione dei lavori da seguire.

Comune invece a gran parte dei Paesi membri è ormai l'utilizzo, soprattutto per gli appalti maggiori, del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche nella formula semplificata di due soli elementi (prezzo e tempo di esecuzione oppure prezzo e qualità).

AVVALIMENTO NEL SINGOLO APPALTO

Le trasposizioni dei principali Paesi non ha previsto alcun limite all'avvalimento, allineandosi al disposto letterale della norma comunitaria.

Si riportano di seguito le disposizioni di Francia, Regno Unito, Spagna, che rappresentano un campione sufficientemente rappresentativo della variegata articolazione dei sistemi paese presenti nella UE.

1) **FRANCIA:** L'art. 45 del *Code des marchés publics 2006* disciplinante i requisiti dei candidati e degli offerenti, al 3° par. prevede:

“Per giustificare le proprie capacità professionali, tecniche e finanziarie, il candidato, anche costituito in forma di raggruppamento, può domandare che siano prese in considerazione le capacità professionali, tecniche e finanziarie di altri operatori economici indipendentemente dalla natura giuridica dei legami di questi con il candidato stesso”.

Da notare che è usata un'espressione '*peut demander*' meno netta di quella della Direttiva 18 – '*faire valoir*' – che potrebbe lasciare intendere la facoltà di valutazione dell'Amministrazione sull'ammissibilità dell'avvalimento: in realtà, si tratta di un'espressione linguistica retaggio della cultura francese di supremazia assoluta del potere pubblico, come chiarisce l'*Arrêté d 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs (JO 29 août 2006, 12766)*.

Infatti, l'art. 3 consente l'avvalimento delle capacità professionali, tecniche e finanziarie e, al fine della dimostrazione, i candidati devono produrre gli stessi documenti loro richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice nonché l'impegno scritto dall'avvalente (*Article 3 – Pour justifier des capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques sur lesquels il s'appuie pour présenter sa candidature en application du III de l'article 45 du code des marchés publics, le candidat produit les mêmes documents concernant cet opérateur économique que ceux qui lui sont exigés par le pouvoir adjudicateur. En outre, pour justifier qu'il dispose des capacités de cet opérateur économique pour l'exécution du marché, le candidat produit un engagement écrit de l'opérateur économique*).

2) **REGNO UNITO:** il "recepimento fotocopia" operato dalla Gran Bretagna con l'art. 24, par. 4°, dalle *Public Contracts Regulations 2006* riproduce, quasi con le stesse parole, il testo della D. 18 relativamente all'avvalimento nel singolo appalto:

"(4) *Where appropriate*

a) an economic operator or a group of economic operators as referred to in regulation 28 may rely on the capacities of other entities or members in the group, regardless of the legal nature of the link between the economic operator or group of economic operators and the other entities; and

b) the economic operator or the group of economic operators shall prove to the contracting authority that the resources necessary to perform the contract will be available and the contracting authority may, in particular, require the economic operator to provide an undertaking from the other entities to that effect".

(4) Se del caso:

a) un operatore economico o un gruppo di operatori economici di cui all'art. 28 può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti o membri del gruppo, a prescindere dalla natura giuridica del legame tra l'operatore economico o il gruppo di operatori economici e questi ultimi;

b) l'operatore economico o il gruppo di operatori economici deve provare all'autorità contraente di poter disporre delle risorse necessarie ad eseguire il contratto e l'autorità contraente può, in particolare, richiedere all'operatore economico di presentare l'impegno dei soggetti a tal fine obbligati".

2) **SPAGNA:** il recepimento della D.18 avvenuto con la *Ley 30/2007* (BOE del 31 ottobre 2007), prevede nella *Subsección 4ª – Solvencia* – 3 articoli – 51, 52, 53 –, che disciplinano complessivamente l'istituto dell'avvalimento nel singolo appalto.

In particolare, l'art. 52 – *Integración de la solvencia con medias externas* – stabilisce che il possesso da parte dell'operatore economico dei prescritti requisiti (tanto

economici che finanziari, quanto tecnici e professionali) (appunto la c.d. *solvencia*) possa essere soddisfatto mediante altre imprese (indipendentemente dall'esistenza di vincoli) sulla base di un impegno irrevocabile ("*compromiso irrevocable*") di cessione dei necessari requisiti.

Si riporta il testo in lingua:

“Art. 52. Integración de la solvencia con medios externos.

Pare acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vinculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.

Infine, nel caso del Portogallo, il Codice del gennaio 2008, non pare riportare alcuna norma di recepimento dell'avvalimento e neppure ne giustifica l'assenza con il carattere di norma comunitaria ad effetto diretto.

NOZIONE DI AMMINISTRAZIONE AGGIUDICATRICE/OPERATORE ECONOMICO

Altro aspetto interessante è quello connesso alla censura della Commissione circa la nozione di operatore economico, che l'art. 34 del Codice non estenderebbe alle amministrazioni aggiudicatrici in violazione dell'art. 1, par. 8 della D. 18 e 1, par. 7 della D. 17: tale censura trova un parallelo nella comunicazione inviata il 31/1/2008 alla Germania (IP/08/124), con cui la Commissione annuncia, al termine del lungo iter della procedura di infrazione, il deferimento alla Corte per mancato riconoscimento, quale operatore economico, di un'amministrazione aggiudicatrice destinataria in affidamento diretto di un appalto di fornitura e di servizi di software.

Il caso riguarda la fornitura di programmi software e relativa assistenza da parte della società pubblica dell'Anstalt für Kommunale Datenverarbeitung in Baviera (AKDB) alla Datenzentrale Baden-Württemberg, soggetto pubblico con il compito di diffonderlo nei Comuni del Baden Württemberg.

La lunga controversia con la Commissione ha evidenziato l'aspetto di fondo del contendere: infatti, il Governo federale e quello dei Länder coinvolti ritengono, a differenza della Commissione, che il contratto di fornitura operato da un'amministrazione aggiudicatrice ad un'altra amministrazione aggiudicatrice per destinatari pubblici (i Comuni del Länd Baden Württemberg) ancorché a titolo oneroso, non configuri un contratto di appalto sottoposto alle regole delle Direttive.

La stessa impostazione che pare sorreggere il nostro Codice quando non include tra gli operatori economici le amministrazioni aggiudicatrici, che le direttive considerano, in una logica tipicamente anglosassone, quali soggetti plurifunzionali, allo stesso modo titolari di funzioni di stazione appaltante pubblica e di (possibile) operatore economico attivo sul mercato.

Difficoltà analoghe – anche se non identiche nell’oggetto – si erano riscontrate nella trasposizione delle D. 93/37 e 93/38 da parte della Spagna, conclusasi con la condanna del Regno di Spagna da parte della Corte, che, con la sentenza 13 gennaio 2005 – C-84/03 – stabilisce che “organismo di diritto pubblico può essere un ente di diritto privato che soddisfa i requisiti delle direttive” e che “anche gli accordi tra amministrazioni aggiudicatrici ed altri enti pubblici avente carattere di appalti sono da assoggettarsi alle direttive”.

Simile la posizione della Francia, per lungo tempo in conflitto con la Commissione, per la carenza di una chiara e completa sottoposizione alle norme de Code dei contratti pubblici di “mandat” – sottoposti invece a varie leggi specifiche non meno restrittive quanto alle procedura di affidamento: Loi MOP, Code de l’urbanisme, Code de santé ecc. –, consistenti in contratti tra enti pubblici con prestazioni di servizio per conto del mandante.

PROMOTORE

Quanto al Promotore, si rileva che è istituto poco diffuso in Europa e che solo l’Italia ne ha avuto un’applicazione così vasta: soltanto altri tre Paesi – Spagna, Francia e Belgio – lo prevedono nelle legislazioni nazionali o regionali, ma hanno una disciplina molto meno complessa e dettagliata dell’Italia ed applicazione assai scarsa.

<u>SPAGNA</u>	<u>FRANCIA</u>
<ol style="list-style-type: none"> 1) soggetto privato o pubblico avente i necessari requisiti per l’attribuzione della concessione di costruzione e gestione; 2) obbligo di accompagnare la richiesta con un completo “studio di fattibilità dell’intervento” che copra tutti gli aspetti ed in particolare quelli progettuali, costruttivi, finanziari, gestionali e di fattibilità economica; 3) studio di impatto ambientale, se richiesto per legge; 	<ol style="list-style-type: none"> 1) soggetto privato; 2) presentazione di un progetto (non è indicato di quale natura); 3) valutazione dell’Amministrazione (non sono indicati i termini): obbligo di motivazione sulla validità o meno della proposta; 4) messa in gara: pubblicità e procedura ristretta normale ovvero procedura del dialogo competitivo;

<p>4) esame della richiesta da parte dell'Amministrazione entro 3 mesi, estensibile a 6: il silenzio dell'Amministrazione equivale ad assenso;</p> <p>5) pubblicità della proposta: 30 giorni;</p> <p>6) gara mediante licitazione privata;</p> <p>7) diritto al rimborso delle spese + 10% nel caso di proponente non aggiudicatario.</p>	<p>5) termini presentazione offerte: 40 giorni;</p> <p>6) criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa.</p>
--	---

Il Belgio (con il c.d.marché de promotion) ha una procedura analoga a quella francese ed ha maturato, nei tanti anni di vita dell'istituto, circa una decina di interventi medio-piccoli.

LEGISLAZIONE SUL PPP

La tendenza generale vede quasi tutti gli Stati Ue ormai dotati di leggi sul PPP (in particolare, Francia, Germania, Portogallo, Spagna, Irlanda, Regno Unito, Belgio, Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca, Lettonia, Olanda ecc.) e molti di questi hanno pure creato strutture dedicate di supporto: ad esempio, la Germania ha costituito una società pubblica aperta ai privati con il compito di definire con tutti gli attori interessati (federali e statali) dei contratti tipo, con l'obiettivo del Governo federale di giungere nel 2010 al 15% del totale degli interventi realizzati in PPP.

Tutte queste legislazioni prevedono il ricorso alla procedura del dialogo competitivo.

Sul piano operativo, negli ultimi anni il PPP/ concessione ha visto un incremento esponenziale, soprattutto in Spagna, che è ora (oltre al secondo mercato nella UE dopo la Germania con uno sviluppo della spesa globale in opere superiore al 12% del PIL) anche seconda dietro solo al Regno Unito nell'utilizzo del PPP/concessione.

Questo boom spagnolo degli ultimi anni è determinato anche da una struttura particolare dell'offerta e del mercato delle opere pubbliche: infatti, l'offerta è molto concentrata ed il mercato è il più chiuso alla concorrenza europea ed internazionale rispetto a tutti gli altri mercati UE, ma insieme il più redditizio.

Sta di fatto che le maggiori imprese spagnole hanno accumulato profitti enormi anche in virtù del boom immobiliare (gli utili 2006 delle prime 5 imprese spagnole – ACS/ Dragados, Ferrovial, FCC, Acciona e Sacyr – superano il fatturato delle prime 5 imprese italiane!), ora in fase di forte “sgonfiamento” ed hanno completato un processo di riorganizzazione strutturale che li vede grandi concessionari (forse i primi nel contesto internazionale) ed, in particolare, grandi gestori

aeroportuali, del ciclo dell'acqua e, da ultimo, degli impianti di energie rinnovabili (di cui la Spagna è 5° investitore mondiale).

POLITICA DI FAVORE VERSO LE PMI

Alcuni grandi Paesi, Francia e Germania in testa, hanno avviato con decisione una politica di favore verso le PMI (cercando di imitare lo Small Business Act americano), basata sulla obbligatoria suddivisione in lotti – allotissement – degli appalti, salvo motivata difficoltà tecnica ovvero non fattibilità economica e sull'inserimento per legge di quote di PMI nelle procedure ristrette, negoziate e del dialogo competitivo.

La Francia ha inserito tali norme nel Code 2006: il Forum europeo e l'IGI hanno impugnato la disciplina del Code 2006 davanti al Conseil d'Etat francese ritenendola contraria al diritto comunitario.

Il Conseil d'Etat ha parzialmente accolto il ricorso, annullando la principale disposizione di favore (obbligatoria previsione di quote di PMI tra gli invitati) ed ha considerato conforme al diritto UE l'allotissement, nel presupposto che i requisiti di partecipazione siano riferiti all'intera opera: ciò comporta che le PMI dovranno agire tramite Consorzi/ATI per raggiungere i requisiti necessari, ma potranno operare nel lotto loro aggiudicato come appaltatori invece che subappaltatori.

Una misura che, stimano i governi di Francia e Germania, applicata alla generalità degli appalti medi (in genere fino a 10/15 ml di €) dovrebbe portare a significative riduzioni di costo e ad un rafforzamento dell'offerta delle imprese medio-piccole.

Da ultimo, anche la Polonia – 6° mercato nella Ue – pare orientata in tal senso, avendo proceduto sistematicamente al frazionamento in lotti degli interventi autostradali per far fronte alla grave carenza di grandi imprese nazionali, impossibilitate a rispondere tempestivamente alla grande domanda infrastrutturale sostenuta da un consistente flusso di Fondi comunitari.

La Germania, inoltre, gelosa della propria competenza statale esclusiva negli appalti sottosoglia, ha impugnato davanti alla Corte di Giustizia la Comunicazione interpretativa della Commissione sugli appalti sottosoglia, ritenendola lesiva della propria libertà di azione, con specifico riferimento alla politica nazionale di favore verso le PMI.

SELEZIONE DEI CANDIDATI NELLE PROCEDURE RISTRETTE, NEGOZiate E DEL DIALOGO COMPETITIVO

Mondo anglosassone e Paesi nordici

Nel contesto anglosassone e dei paesi nordici, la possibilità di scelta dei candidati alle procedure ristrette, negoziate e del dialogo competitivo è intesa come “un dovere di buona gestione”, per

evitare inutile perdita di tempo e di denari. Pertanto le stazioni appaltanti dovranno “scegliere un numero di invitati coerente con le caratteristiche dell’appalto e le reali condizioni di mercato”: questo, ad esempio, prevedono le poche norme procedurali inglesi e così fanno le stazioni appaltanti che spesso invitano il numero minimo consentito dalle direttive “sempre che sia sufficiente ad assicurare un’effettiva concorrenza”.

FRANCIA

L’art. 52, par. I del Code 2006 afferma che “il potere aggiudicatore ... procede alla selezione dei candidati ... secondo i criteri prefissati nel bando”.

La giurisprudenza ha da sempre riconosciuto legittimità all’azione discrezionale delle stazioni appaltanti (“l’administration dispose d’un large pouvoir d’appréciation” – Conseil d’Etat, 27 fevr. 1987, Hospital départemental Esquirol, rep. n. 61402) e la dottrina ha sempre sostenuto tale indirizzo – *Commantaire pratique du Code des marchés publics* – Prof. Brechon, III, 420: la stazione appaltante formula la lista mediante “évaluation” dei candidati secondo i criteri indicati nel bando.

BELGIO

Analoga la posizione del Belgio, da sempre coerente con la logica riassunta dal massimo esperto del settore, il Prof. Flamme, che parla di “sélection discrétionnaire des candidats” – *Commantaire pratique*, Tome I A, pag. 235 –, confermata dalla prassi quotidiana usualmente accettata dalle imprese senza impugnative specifiche sul punto.