

AUDIZIONE ANCE

**Delega al governo per il recepimento
delle direttive comunitarie**

Commissione Lavori Pubblici del Senato

Roma, 12 febbraio 2015

Disegno di legge S/1678

Delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE e della direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti; e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE

La legge delega per il recepimento delle nuove direttive in materia di appalti e concessioni, essendo prodromica alla successiva fase di riscrittura della normativa che regolerà il mercato di settore nei prossimi anni, rappresenta un provvedimento fondamentale, in relazione al quale vanno ponderati con attenzione i criteri direttivi che dovranno guidare il Governo nella successiva fase di stesura dei decreti legislativi attuativi.

I principi generali inseriti nel disegno di legge delega, attualmente all'esame del Senato, sono largamente condivisibili, e specificatamente quelli in tema di:

1. razionalizzazione del quadro normativo
2. trasparenza e pubblicità delle procedure di gara
3. riduzione degli oneri documentali a carico dei soggetti partecipanti e semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti
4. introduzione di misure a favore delle PMI
5. razionalizzazione dei metodi di soluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale
6. coinvolgimento dei portatori qualificati di interessi nell'ambito dei processi decisionali dell'amministrazione.
7. razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici

Ciò premesso, in questa sede e con riferimento ai lavori pubblici si ritiene opportuno porre all'attenzione della Commissione alcune osservazioni su alcuni punti del DDL di particolare rilievo per il settore, al fine di cogliere pienamente l'opportunità di aggiornare la normativa nazionale alla luce di quella europea, rispondendo altresì in modo efficace alle esigenze del mercato e degli operatori che in esso operano.

Per ANCE, questa è l'occasione per rimuovere alcune distorsioni che da anni affliggono il settore.

In particolare, si assiste spesso a ritardi ed inefficienze nella fase di programmazione dei lavori, riconducibili per lo più al decisore politico. Ciò ha comportato spesso un uso distorto delle deroghe rispetto alle norme ordinarie, ed un eccessivo ricorso alla figura dei commissari straordinari, con una compromissione dei principi a tutela della massima concorrenza, della trasparenza e del mercato.

Si finisce per correre in gara o nella fase esecutiva dei lavori, a danno della concorrenza, al fine di recuperare il tempo perso nelle fasi antecedenti. Bisogna invece salvaguardare sempre il momento del confronto concorrenziale, che deve svolgersi con tempi congrui e con meccanismi trasparenti.

In questo contesto, ANCE ha proposto negli anni un pacchetto di misure "antiturbativa" finalizzate a scoraggiare i fenomeni corruttivi e collusivi.

Non si può sottacere anche l'esigenza di incentivare e garantire adeguati livelli qualitativi della progettazione, anche al fine di evitare un ricorso improprio allo strumento delle varianti.

Occorre inoltre tornare alla logica del risultato, rappresentato da un'opera pubblica eseguita secondo le regole dell'arte, abbandonando quella del mero controllo formale e cartaceo, per addivenire al controllo sostanziale della fase realizzativa. A questo scopo, appare indispensabile investire nella formazione della pubblica amministrazione, così come in una migliore qualificazione delle imprese.

Privilegiare la concorrenza significa anche aprire i mercati chiusi o monopolistici, come quelli che fanno capo alle società concessionarie autostradali e alle municipalizzate pubbliche. Occorre infine promuovere adeguati meccanismi di coinvolgimento delle PMI.

I CRITERI DI DELEGA

Art. 1, comma 1, lettera a)

Divieto di “gold plating” – Divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall’art. 14, comma 24 ter, della legge 28 novembre 2005, n. 246.

Osservazioni Ance

Il primo principio declinato nel disegno di legge delega è quello riguardante il divieto di “gold plating”.

In particolare, si tratta del divieto di introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori ai minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, comma 24 ter, della legge 28 novembre 2005 n. 246.

Ai sensi della norma sopra citata, in linea generale, costituiscono livelli di regolazione “superiori” ai minimi richiesti dalle direttive comunitarie, tutti quegli obblighi, oneri, requisiti, sanzioni e procedure che risultino più gravosi e complessi di quelli previsti dalle direttive medesime, o che non appaiano necessari per il loro recepimento.

Il richiamo espresso, in sede di legge delega, a tale principio, peraltro già vigente nel nostro ordinamento, appare, ad avviso dell'Ance, particolarmente apprezzabile.

Esso, infatti, obbligherà il legislatore nazionale ad una seria analisi della normativa vigente, in termini di piena compatibilità con quella comunitaria, evitando oneri aggiuntivi per le imprese ed eliminando tutte quelle prescrizioni normative che risultino ultronee rispetto alla disciplina comunitaria e, quindi, “superiori” rispetto ad essa.

Sotto tale aspetto, è di primaria evidenza che la normativa nazionale non potrà non beneficiarne in termini di semplificazioni ed alleggerimenti burocratici posti a carico delle imprese.

Infatti, sono molteplici gli obblighi e gli adempimenti previsti da norme vigenti che, se confermati nella nuova disciplina, violerebbero il divieto di “gold-plating”.

Si pensi, ad esempio, alla recente disposizione che ha introdotto il pagamento di una sanzione pecuniaria per i concorrenti che siano incorsi in irregolarità nelle dichiarazioni rese in gara¹. In questo caso, infatti, siamo in presenza di una prescrizione molto gravosa per le imprese, che non trova alcun riscontro a livello comunitario e che, pertanto, dovrebbe necessariamente essere ripensata dal legislatore nazionale che non voglia incorrere in una violazione del divieto di “gold plating” o, comunque, in una contestazione di incompatibilità comunitaria.

Si pensi, ancora, alla disposizione che impone ai soggetti aggiudicatari di appalti pubblici di rimborsare alla stazione appaltante i costi di pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara sui quotidiani nazionali e locali². Anche in questo caso, infatti, si tratta di una previsione particolarmente gravosa per le imprese, che non trova riscontro a livello comunitario, in cui peraltro non è prevista tale forma di pubblicazione degli atti di gara.

Altro esempio, infine, è rappresentato dalle disposizioni in tema di garanzie da prestare nella fase di gara, non previste a livello comunitario.

Il disegno di legge delega si richiama al divieto di “gold plating”, citando espressamente il comma 24-ter dell’articolo 14, della legge n. 246/2005, che ne definisce natura e caratteristiche. Manca, invece, il richiamo al comma 24-quater della norma, che consente di derogare al divieto in questione, laddove circostanze eccezionali, delle quali va dato debito conto, rendano necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria.

Il mancato richiamo a tale disposizione derogatoria sembrerebbe rispondere alla volontà del legislatore nazionale di attuare in modo molto stringente il divieto di “gold plating”, evitando la possibilità di eccezioni nazionali, che rischierebbero di svilire la portata del principio generale.

Pur apprezzando la finalità semplificatoria sottesa a tale volontà del legislatore, appare opportuno, comunque, **svolgere una valutazione generale sull’esigenza di assicurare la tutela di principi di carattere cogente e primario, come quello del contrasto ai fenomeni di corruzione e illegalità, eventualmente introducendo disposizioni mirate.**

Inoltre, occorre evidenziare che **una stringente applicazione del divieto di “gold plating”, in linea di principio, sembrerebbe attuabile unicamente per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria e non anche per quelli inferiori**, atteso che tale porzione di mercato è, per definizione normativa, esclusa dall’ambito di applicazione delle direttive e soggetta unicamente al rispetto dei generali principi comunitari in tema di affidamento degli appalti pubblici.

Pertanto, **quanto meno per tale fascia di contratti, è da ritenere che il legislatore italiano possa mantenere o introdurre istituti o meccanismi regolatori “superiori” a quelli comunitari, sempre che si tratti di previsioni utili, efficaci e comunque semplificadorie, in considerazione delle peculiari caratteristiche del mercato nazionale delle piccole e medie imprese (cfr. anche oltre sub lett e).**

In un’ottica di maggiore chiarificazione, sarebbe opportuno che nel disegno di legge delega venisse inserita una precisazione in tal senso, finalizzata a puntualizzare espressamente il mantenimento, per gli appalti inferiori alla soglia comunitaria, di spazi di manovra “superiori” rispetto alla disciplina comunitaria.

¹ art. 39 del D.L. n. 90/2014

² art. 34, comma 35 del D.L. n. 179/2012

Art. 1, comma 1, lettera b)

Compilazione di un unico testo normativo denominato «Codice degli appalti pubblici e delle concessioni» volto anche a garantire l'effettivo coordinamento con le ulteriori disposizioni normative in vigore nelle medesime materie nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Osservazioni Ance

Il disegno di legge delega prevede che il recepimento delle nuove direttive debba avvenire attraverso la compilazione di un unico testo normativo, denominato "Codice degli appalti pubblici e delle concessioni", che conterrà tutte le disposizioni delle direttive in tema di affidamento ed esecuzione di appalti e concessioni, garantendo al contempo il coordinamento con le ulteriori norme vigenti in materia e con i principi comunitari.

Ance è favorevole alla compilazione di un **unico e snello testo legislativo**, volto a disciplinare **sia gli appalti che le concessioni, nei settori ordinari e speciali.**

Sarà, tuttavia, necessario riflettere sulle concrete modalità di attuazione di tale progetto, chiarendo soprattutto il destino delle norme regolamentari, attualmente inserite nel DPR 207/2010.

Al riguardo, potrebbe costituire una soluzione equilibrata quella di optare per un corpus normativo snello come sopra definito, in cui far confluire le norme fondamentali del Codice e del Regolamento, una volta asciugato dalle ripetizioni, o anche di prevedere il mantenimento di un livello regolamentare molto asciutto, cui affiancare, in ogni caso, nell'ottica di dotare l'impianto normativo del giusto livello di flessibilità, **un sistema di "soft law" costituito da linee guida, idonee a indirizzare l'esercizio della discrezionalità amministrativa negli spazi ad essa consentiti.**

In particolare, al fine di garantire la necessaria omogeneizzazione della disciplina di settore e contenere al contempo la discrezionalità delle amministrazioni, **tali linee guida dovrebbe avere carattere vincolante per gli operatori di settore, sulla falsariga dei Bandi tipo** di recente emessi dall'ANAC; le deroghe dovrebbero essere consentite solo in presenza di ben motivate ragioni, la cui fondatezza dovrebbe essere vagliata da un'autorità indipendente, quale l'ANAC stessa, munita di adeguati poteri sanzionatori.

Tale impostazione complessiva consentirebbe di alleggerire la normativa di riferimento, semplificandola, senza tuttavia creare situazioni di vuoto o incertezza, soccorrendo al riguardo le linee guida, per la cui adozione dovrebbe essere adeguatamente garantito il coinvolgimento degli operatori economici operanti sul mercato.

Sarà, poi, opportuno cogliere l'occasione del recepimento delle direttive per **sanare talune incertezze in relazione a normative preesistenti** al codice dei contratti pubblici, che non sono state in esso recepite, ma che non risultano neppure formalmente abrogate.

E' il caso, ad esempio, della normativa sulla contabilità di Stato, che risulta in parte ancora vigente e sulla cui applicazione al settore degli appalti pubblici dovrebbe essere fatta maggiore chiarezza.

Inoltre, ci sono disposizioni sopravvenute, non integrate nel testo del codice (si pensi, ad esempio, alle norme sulla tracciabilità dei flussi finanziari, di cui alla L. n. 136/2010, ed a quelle sui ritardati pagamenti della P.A., di cui al D.Lgs. n. 192/2012) che, quindi, possono rendere più difficile la conoscenza completa della regolamentazione del settore.

In tal senso, sarebbe opportuna un'opera di ulteriore affinamento e coordinamento normativo.

Art. 1, comma 1, lettera e)

Trasparenza e pubblicità delle procedure di gara anche in chiave di contrasto alla corruzione nel settore dei contratti pubblici

Osservazioni Ance

Il disegno di legge delega prevede che debba essere garantita la trasparenza e pubblicità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche, al fine di concorrere alla lotta alla corruzione, prevedendo, altresì, adeguati poteri di controllo e vigilanza sull'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici.

Ance condivide l'esigenza di rafforzare le garanzie a tutela della trasparenza e della legalità negli appalti di lavori pubblici, ciò sia nell'ottica di contrastare fenomeni di corruzione e condizionamento delle gare, sia al fine di evitare offerte con ribassi eccessivi.

Si tratta, peraltro, di principi che devono essere rafforzati non solo negli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, ma anche in quelli di importo inferiore.

Sul tema della legalità e trasparenza, Ance ha da tempo sottoposto all'attenzione di Governo e Parlamento alcune ipotesi di modifica normativa volte a contrastare il preoccupante dilagare dei fenomeni corruttivi.

Occorre pertanto agire affinché, in sede di recepimento, **s'introduca una limitazione alle possibilità di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti sotto soglia comunitaria. Più in particolare, sarebbe opportuno prevedere un limite di importo (2,5 milioni di euro) al di sotto del quale le amministrazioni appaltanti, non possano utilizzare tale criterio. Al di sopra di tale importo, e fino alla soglia comunitaria, l'uso dell'OEPV dovrebbe essere limitato ad appalti dotati di un certo livello di complessità tecnica.**

L'introduzione di tale limite scaturisce dalla necessità di evitare, nell'attuale situazione di crisi del mercato, che per appalti di importo contenuto le amministrazioni possano adottare un criterio di aggiudicazione complesso ed altamente discrezionale, che comporta, inevitabilmente, un allungamento dei tempi di aggiudicazione, oltre che un notevole aggravio economico nella predisposizione dell'offerta che, in tale momento di difficoltà economica, non è opportuno accollare alle imprese. Inoltre, trattandosi di un criterio fortemente discrezionale, esso può prestarsi ad un uso distorto nella scelta dell'aggiudicatario.

Strettamente connessa alla modifica sopra citata è quella riguardante **le regole da seguire nella scelta dei componenti la commissione giudicatrice, da nominare in caso di offerta economicamente più vantaggiosa.** Più in particolare, sarebbe opportuno prevedere una modalità di selezione di almeno due commissari di cui uno con funzioni di Presidente che implichi sistematicamente la scelta all'esterno della stazione appaltante, in appositi albi di livello nazionale, modalità che garantisce idoneamente l'imparzialità dei commissari nominati e la piena trasparenza del relativo operato.

Per quanto riguarda, infine, **il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale, che le amministrazioni** possono adottare laddove il criterio di aggiudicazione prescelto sia quello del massimo ribasso, si rende opportuna l'introduzione di **alcuni correttivi rispetto all'attuale disciplina.**

Le modifiche che si ritiene opportuno introdurre mirano, sostanzialmente, ad inserire un elemento di casualità nella scelta del criterio attraverso il quale procedere al calcolo della soglia di anomalia, oltre la quale far scattare l'esclusione automatica delle offerte anomale.

In particolare, con riferimento agli appalti sotto soglia, occorre prevedere, a regime, l'obbligatorietà dell'esclusione automatica delle offerte anomale per i lavori di importo contenuto (fino a 2,5 milioni di euro) quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, nonché per i lavori sopra i 2,5 milioni di euro e fino a 5 milioni di euro, solo se di interesse non transfrontaliero accompagnata da un "meccanismo antiturbativa", tale da eliminare il rischio di accordi collusivi tra imprese, finalizzati ad orientare l'aggiudicazione.

Art. 1, comma 1, lettera g)

Razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, contenimento dei tempi e piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti e l'introduzione di misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera.

Osservazioni Ance

Il disegno di legge delega sottolinea l'importanza di disporre di un apparato amministrativo professionale ed efficiente, al fine di garantire la migliore gestione della spesa pubblica, da intendersi come scelta della soluzione più efficace, in tempi e costi certi.

Si tratta di un criterio direttivo di grande importanza e ampiamente condiviso da Ance.

Infatti, il recepimento delle direttive comunitaria deve essere l'occasione per meglio definire il ruolo delle pubbliche amministrazioni, garantendo lo svolgimento delle procedure di gara da parte di soggetti capaci, che operino in tempi rapidi e certi.

Per ottenere tale risultato, ad avviso dell'ANCE, **occorre responsabilizzare maggiormente i soggetti della pubblica amministrazione competenti alla realizzazione delle opere.** Sulla base degli obiettivi individuati dalla politica, deve essere garantito il rispetto dei tempi di realizzazione dei programmi, evitando di intervenire solo quando si è in situazione di emergenza.

Allo stesso tempo, **va contrastato il sistematico ricorso a commissari straordinari**, esterni alle amministrazioni competenti, **che operino in deroga alle regole vigenti** e, quindi, con strumenti meno trasparenti. I poteri straordinari vanno utilizzati solo per far fronte alle emergenze dovute a calamità naturali, e non a quelle conseguenti alle inerzie della politica e dell'amministrazione.

Le nuove direttive implementano i margini di discrezionalità attribuibili alle scelte di acquisto delle pubbliche amministrazioni.

Un ruolo caratterizzato dal conferimento all'amministrazione di ampi poteri di discrezionalità non può prescindere, ad avviso dell'Ance, dal rispetto di alcune condizioni fondamentali che garantiscano un esercizio più consapevole delle proprie funzioni.

E' necessario investire nella **formazione dei funzionari pubblici sotto il profilo tecnico**, al fine di assicurare un corretto e responsabile esercizio della discrezionalità amministrativa. In prospettiva, si dovrebbe addivenire all'introduzione di un sistema di **"rating" delle amministrazioni, atto a dimostrarne il livello di qualità posseduto.**

Inoltre, l'esercizio della discrezionalità amministrativa dovrebbe essere contenuto all'interno di criteri il più possibile oggettivi e trasparenti, in modo da evitare ogni forma di abuso e garantire sempre la piena rispondenza al pubblico interesse delle scelte soggettivamente adottate.

Il disegno di legge delega prevede anche che vengano attuate adeguate **forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti.**

In materia di **centralizzazione delle committenze, appare opportuno, anzitutto, attestarsi su quanto previsto attualmente dal diritto nazionale**. Inoltre, al fine di consentire alle stazioni appaltanti la gestione di situazioni di ordinaria emergenza, il ricorso alle centrali di committenza dovrebbe essere **escluso al di sotto di una certa soglia di importo (come, ad esempio 500.000 euro)**.

Infine, sarebbe opportuno che nella delega venisse precisato che la creazione di **forme di centralizzazione delle committenze non deve in alcun modo condurre a situazioni di artificioso accorpamento degli appalti**.

Si ritiene opportuno, altresì, **non recepire quelle disposizioni che introducono regole diversificate tese ad una riduzione degli oneri di pubblicità per le c.d. "amministrazioni locali"**.

Sotto questo profilo, è preferibile che la nuova normativa preveda un trattamento omogeneo per tutte le tipologie di amministrazioni aggiudicatrici, onde evitare una frammentazione del quadro normativo, con pregiudizio del principio di massima concorrenza.

Ance condivide, infine, l'esigenza di evitare un uso distorto delle variazioni progettuali in corso d'opera.

Al riguardo, occorre sottolineare che il primo strumento per contrastare tale fenomeno è rappresentato dall'introduzione di meccanismi che incentivino e garantiscano un adeguato livello qualitativo della progettazione messa a base di gara. Tale obiettivo potrebbe essere raggiunto anche attraverso **sistemi che rendano effettivamente possibile escutere la garanzia prestata dal progettista, in caso di aumento dei costi dell'opera per varianti dovute a difetti o errori di progettazione**.

Art. 1, comma 1, lettera i)

Revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità e trasparenza anche introducendo misure di premialità connesse a criteri "reputazionali" basati su parametri oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione di contratti eseguiti

Osservazioni Ance

Il disegno di legge delega prevede che, in sede di recepimento delle direttive, si debba procedere ad una revisione del sistema di qualificazione vigente, anche introducendo misure di premialità connesse a criteri "reputazionali" basati su parametri oggettivi e misurabili e sul rispetto dei tempi e costi di esecuzione.

In via preliminare, si ritiene che, se l'obiettivo comune è quello di preservare l'eccellenza delle imprese italiane in un mercato caratterizzato negli ultimi anni da una forte contrazione delle commesse sia pubbliche che private, **non è possibile ipotizzare un superamento, nell'immediato, del sistema Soa, pena la messa a rischio dell'intero settore delle costruzioni**.

Pertanto, si condivide la scelta di una profonda **revisione del vigente sistema di qualificazione**, e non di un suo superamento; è necessario, tuttavia, un miglioramento del sistema SOA, al fine di mettere a frutto l'esperienza maturata in questi 15 anni di qualificazione.

In questo contesto, è quindi necessario **rivedere i requisiti posti a base dell'autorizzazione rilasciata dall'ANAC alle SOA**, al fine di garantire "omogeneità e trasparenza" della procedura di qualificazione, ponendo l'accento sull'indipendenza di giudizio e su più efficaci controlli dell'attività svolta.

Inoltre, è necessario avviare una riflessione su **alcune distorsioni verificatesi (quali, ad esempio, l'uso improprio delle cessioni d'azienda)**, al fine di studiare i necessari ed immediati correttivi, tenendo conto anche delle indicazioni fornite dall'ANAC, nel recente manuale sulla qualificazione.

E', altresì, **condivisibile l'individuazione di misure di premialità connesse a criteri "reputazionali"** che abbiano come obiettivo una più accurata qualificazione delle imprese protagoniste del settore, fondata su criteri non solo formalistici, ma capaci di individuare la reale qualità dell'impresa.

A tal fine, si potrebbe pensare all'introduzione **di elementi quali-quantitativi**, in grado di ridimensionare la logica del solo fatturato e di premiare le imprese solide e strutturate, dotate di "elementi reputazionali" che ne dimostrino l'affidabilità morale, la solidità patrimoniale, la storia imprenditoriale nonché la qualità delle prestazioni precedentemente rese, da far valutare in modo oggettivo ad un soggetto terzo.

Art. 1, comma 1, lettera m)

Miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti e delle concessioni pubbliche per le piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione

Osservazioni Ance

Il DDL prevede che il recepimento delle direttive debba tener conto dell'esigenza di migliorare le condizioni di accesso al mercato di settore da parte delle PMI e di quelle di nuova costruzione.

Si tratta di un criterio direttivo particolarmente importante, considerato che il nostro sistema produttivo è formato per lo più da imprese medio piccole, le cui esigenze debbono essere adeguatamente considerate nell'ambito della disciplina del settore. Peraltro, la tutela delle PMI rappresenta una delle priorità strategiche dell'Europa, che si sta accingendo a rivedere lo Small Business Act.

Al riguardo, tra le novità introdotte dalla nuova direttiva, vi è anche l'introduzione dell'obbligo di suddivisione dell'appalto in lotti, con conseguente obbligo di motivazione laddove l'amministrazione decida di non procedere a tale suddivisione.

Anche su azione Ance, il Decreto cd. del "Fare" (n. 69/2013), ha anticipato in Italia l'introduzione del principio dell' "**apply or explain**", al fine di garantire una più stringente applicazione del principio generale introdotto dal decreto Salva Italia (n. 201/2011).

Questo è già un **risultato molto positivo e un punto di partenza irrinunciabile nella fase di recepimento**.

In proposito, va evidenziato che non appare condivisibile il principio – fissato in un considerando che prevede l'insindacabilità della motivazione alla base della decisione dell'amministrazione di non suddividere l'appalto in lotti.

Ciò, infatti, rappresenta un palese svuotamento del principio dell' "apply or explain", nonché una violazione del principio di diritto di ricorso verso atti amministrativi illegittimi, in quanto tale di dubbia coerenza con il Trattato UE.

Art. 1, comma 1, lettera n)

Disciplina organica della materia delle concessioni e individuazione, in tema di procedure di affidamento, di modalità volte a garantire i livelli minimi di concorrenzialità, trasparenza e parità di trattamento richiesti dalla normativa europea

Osservazioni Ance

In materia di concessioni, si condivide l'impostazione del DDL di delega che, tra i criteri direttivi, contempla l'esigenza che si addivenga ad una disciplina organica della materia.

Al riguardo, occorre innanzitutto ribadire che la tutela delle piccole e medie imprese, rientrando tra gli obiettivi principali della riforma legislativa nel settore, deve essere inteso come "leitmotiv" anche per quanto concerne il settore delle concessioni, come del resto ribadito dal considerando 1 del testo della direttiva 23/2014/UE.

Pertanto, sarebbe opportuno che il criterio di delega sottolineasse la necessità che, in sede di recepimento, vengano introdotte misure volte ad incentivare i concessionari a coinvolgere le PMI nei lavori oggetto di concessione, onde evitare che l'affidamento di una concessione abbia l'effetto di chiudere eccessivamente il mercato degli appalti, stante soprattutto la lunga durata che spesso caratterizza i rapporti concessori.

Inoltre si evidenzia che la nuova direttiva eleva il livello di discrezionalità per le stazioni appaltanti in quanto prevede che le concessioni siano aggiudicate sulla base di criteri obiettivi, connessi all'oggetto della concessione e liberamente determinabili dalle amministrazioni.

La discrezionalità attribuita alle stazioni appaltanti nel determinare i criteri di valutazione delle concessioni, appare eccessiva e rischia di risultare incoerente con uno degli obiettivi della riforma normativa, quale "cost effectiveness evaluation"

Pertanto sarebbe preferibile in fase di delega venisse ribadito **che anche per l'affidamento delle concessioni debba trovare applicazione il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.**

Affidamenti “in house”

Osservazioni Ance

Un'ulteriore considerazione riguarda la tematica degli affidamenti “in house”, che, così come disciplinati dalle nuove norme comunitarie, possono comportare effetti anti concorrenziali nel settore degli appalti pubblici.

In particolare, l'articolo 12 della direttiva appalti e l'articolo 17 della nuova direttiva concessioni dispongono che il capitale delle società “in house” possa essere aperto anche a forme di partecipazione privata, seppur minoritaria, non determinante, e prevista per legge, con la possibilità per queste ultime di svolgere sul mercato fino al 20% della propria attività.

La nuove norme UE in materia di affidamenti “in house” rischiano quindi di allargare notevolmente le maglie di tale modalità esecutiva, rispetto a quanto attualmente stabilito dalla giurisprudenza comunitaria.

In tal modo, si potrebbe consentire a soggetti a partecipazione privata, di divenire affidatari diretti di appalti da parte di pubbliche amministrazioni, potendo poi gli stessi agire sul mercato aperto in concorrenza con soggetti che non godono di tale agevolazione, con conseguente *vulnus* dei principi di concorrenza.

Per tali ragioni dovrebbe **essere inserita nella legge delega una precisazione in merito alla possibilità di affidare lavori “in house” unicamente laddove, a seguito dell'espletamento di una preventiva indagine di mercato, sia stata valutata l'assenza di concorrenza in relazione alla tipologia di lavori oggetto di affidamento.**

11 febbraio 2015