

**CONTRIBUTO PERVENUTO DALL'AUTORITA'
GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO
ALL'ESITO DELLA CONSULTAZIONE N. 1**

Oggetto: Osservazioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nell’ambito della consultazione avviata ai sensi dell’articolo 1, comma 2, della legge delega sui contenuti del decreto legislativo di attuazione in materia di recepimento delle direttive europee sugli appalti pubblici e sull’aggiudicazione dei contratti pubblici (direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE, 2014/23/UE).

L’attuazione della disciplina europea sugli appalti pubblici e sulle concessioni rappresenta un’occasione importante per favorire la concorrenza, aumentare l’efficienza delle commesse pubbliche e la competitività delle imprese, costituendo gli appalti pubblici uno strumento fondamentale per la promozione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva che garantisca al tempo stesso un uso efficiente dei finanziamenti pubblici.

In quest’ottica, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato intende fornire il proprio contributo sui possibili contenuti della nuova disciplina, con specifico riferimento ai profili più strettamente connessi alla concorrenza riguardanti: 1) gli affidamenti *in house*; 2) la selezione qualitativa; e 3) le concessioni.

1) Affidamenti *in house*

La disciplina degli affidamenti c.d. “*in house*”, contenuta nell’art. 12 della Direttiva è stata, in sostanza, a quanto è ad oggi noto, recepita nel t.u. in materia di società a partecipazione pubblica e, in particolare, all’art. 17 del predetto testo.

Si segnala l’esigenza che in sede di attuazione della legge delega in materia di contratti pubblici non venga generalizzata la possibilità di partecipazione dei privati alle società *in house*.

Infatti, l’art. 12, comma 1, lett. c), della direttiva appalti (2014/24/UE) prevede quale condizione dell’affidamento *in house* che “nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che

non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata".

Non è stata, quindi, introdotta una generalizzata possibilità di partecipazione dei privati alle società *in house*, ma è stato consentito agli Stati membri di introdurre specifiche disposizioni legislative che prevedano tale partecipazione alle condizioni sopraindicate.

Non è quindi necessario introdurre nel codice dei contratti pubblici alcuna deroga alla necessaria partecipazione pubblica delle società *in house*, potendo al massimo il legislatore prevedere per specifiche società *in house* la presenza di soggetti privati. In sostanza, come riconosciuto dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, VI, n. 2660/2015), l'*in house* aperto ai privati previsto dall'art. 12 della nuova direttiva, da un lato, è una mera facoltà e non un obbligo per i legislatori nazionali e, sotto altro profilo, non può essere introdotto con una disposizione di carattere generale che farebbe venire meno l'eccezionalità della presenza del privato, ma richiede eventuali specifiche disposizioni, la cui sede di collocazione non può essere il codice dei contratti pubblici.

2) Selezione qualitativa

Il criterio di delega indicato all'art. 1, co. 1, lett. uu), concernente la "revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici", dovrà orientare la redazione delle norme nazionali di recepimento della Sezione 3 della Direttiva 2014/24/UE ("Selezione dei partecipanti e aggiudicazione degli appalti"), con particolare riferimento alla Sottosezione I ("Criteri di selezione qualitativa") - artt. 57 ("Motivi di esclusione") e 58 ("Criteri di selezione").

Di particolare interesse per l'Autorità scrivente è la previsione, nell'art. 57, al co. 4 - tra le cause di esclusione che gli Stati membri possono

introdurre come obbligatorie ovvero come facoltative per l'ente¹ dell'ipotesi (lett. c) in cui "l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali", e dell'ipotesi (lett. d) in cui "l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza".

Con riguardo all'ipotesi di cui alla lett. c), si ritiene che, alla luce del considerando 101 della Direttiva, tra le "forme di grave violazione dei doveri professionali" debbano rientrare le "violazioni di norme in materia di concorrenza". La previsione di cui alla lett. c) sembra dunque distinguersi da quella di cui alla successiva lett. d) in quanto la prima fa riferimento a illeciti anticoncorrenziali commessi nel passato ("si è reso colpevole"), mentre la seconda potrebbe ricomprendere anche l'illecito in corso di cui l'ente appaltante abbia qualche elemento indiziario.

Al proposito si osserva che l'esclusione dalla procedura di gara per il mero sospetto di collusione in corso (lett. d) appare teoricamente utile ma difficilmente implementabile, attesa la difficoltà per l'amministrazione aggiudicatrice di disporre all'uopo di "indicazioni sufficientemente plausibili" e considerato l'elevato rischio di contenzioso.

Diversamente, la disposizione di cui alla lett. c), facendo riferimento a illeciti di cui l'operatore si sia nel passato reso colpevole, consente una opportuna valorizzazione del precedente accertamento antitrust, con conseguenti implicazioni positive per l'attività di *enforcement* sotto il profilo della deterrenza di pratiche collusive.

Nel recepire la norma, la stessa andrebbe però coniugata con la necessità di garantire alle stazioni appaltanti un margine di flessibilità tale da

¹ In base a tale norma "Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto".

Paragrafo 3, comma 4, articolo 1, paragrafo 1, articolo 11

garantire che l'esclusione risulti un mezzo proporzionato al fine (che è sempre quello di selezionare l'operatore maggiormente affidabile nell'esecuzione dell'appalto), flessibilità di cui sembrano espressione anche le previsioni relative alla possibilità per l'operatore di dimostrare comunque la propria affidabilità nonostante la presenza di un motivo di esclusione (art. 57, co. 6) e alla limitazione temporale dell'efficacia della causa di esclusione (art. 57, co. 7).

In tal senso, si ritiene anzitutto che l'inserimento della clausola di esclusione *de qua* non debba essere prevista a livello nazionale come obbligatoria, bensì come facoltativa per le amministrazioni aggiudicatrici; che decideranno caso per caso, evitando così l'automatica rarefazione delle offerte nei casi in cui ciò possa ostacolare l'aggiudicazione stessa della gara e così lo svolgimento del lavoro/servizio/fornitura (basti pensare a mercati caratterizzati dalla presenza di poche imprese, alcune delle quali possono essersi in passato rese colpevoli di illeciti anticoncorrenziali).

In secondo luogo, la precedente violazione antitrust dovrebbe essere circoscritta all'accertamento, da parte dell'Autorità, della partecipazione dell'impresa ad una precedente intesa che abbia ad oggetto specifico l'alterazione di procedure di gara (c.d. *bid rigging*), e tale accertamento dovrebbe essere definitivamente accertato (benché ciò sia previsto dalla Direttiva solo per le cause di esclusione obbligatorie di cui all'art. 57, co.1), il che avverrebbe nell'ipotesi di intervenuta inoppugnabilità del provvedimento dell'Autorità in seguito a mancata impugnazione ovvero alla conferma con sentenza passata in giudicato.

In terzo luogo, il periodo massimo di esclusione, previsto dall'art. 57, comma 7, in *“tre anni dalla data del fatto”* dovrà più propriamente essere considerato decorrente dalla data di inoppugnabilità del provvedimento di accertamento dell'illecito concorrenziale.

Le previsioni contenute nell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, (ovviamente solo in relazione ai profili sin qui evidenziati) potrebbero essere così declinate:

Art. ... (Motivi di esclusione)

“...

4. Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni:

...

-) se è accertato, con provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato divenuto inoppugnabile, che l'operatore economico abbia preso parte a intese anticoncorrenziali aventi ad oggetto l'alterazione di gare;

...

Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera

i tre anni dalla data in cui il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato è divenuto inoppugnabile nei casi di cui al -)”.

Il criterio di delega indicato all'art. 1, lett. uu), prevede inoltre l'introduzione di “*misure di premialità, regolate da un'apposita disciplina generale fissata dall'ANAC con propria determinazione e connesse a criteri reputazionali basati su parametri oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi, assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di rating di legalità*”.

La garanzia di “*opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di rating di legalità*” potrebbe essere contenuta nella disciplina generale che l'ANAC dovrà adottare.

Aut. Gar. Concor. e Merc. - del. Min. Econ.

... attività di ricerca della Commissione ...

In alternativa sussisterebbe la possibilità di prevedere, già in sede di decreto di recepimento, la facoltà delle amministrazioni appaltanti di prendere in considerazione il *rating* rilasciato dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini dell’attribuzione di un punteggio aggiuntivo in sede di valutazione degli elementi qualitativi dell’offerta, presentata per gli appalti il cui valore sia pari o superiore a due milioni di euro. Il limite legato al valore dell’appalto si giustifica in considerazione del fatto che, ai sensi dell’articolo 5-ter del decreto legge n. 1/2012, il *rating* di legalità può essere richiesto dalle imprese operanti nel territorio nazionale che raggiungano un fatturato minimo di due milioni di euro. L’ipotesi illustrata non è tuttavia scevra da possibili dubbi di compatibilità dell’ordinamento europeo nella misura in cui, secondo l’art. 5 ter cit. il *rating* può essere chiesto solo da imprese aventi sede nel territorio italiano.

3. *Concessioni*

Il criterio di delega indicato all’art. 1, co. 1, lett. hhh) prevede che venga adottata una “*disciplina organica della materia dei contratti di concessione*” di cui alla Direttiva 2014/23/UE, e che vengano introdotti criteri volti, tra l’altro, a vincolare la concessione al rispetto dei “*tempi*” previsti dal piano finanziario per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche.

Al proposito si osserva che l’art. 43 della Direttiva 2014/23/UE sulle concessioni (“*Modifica di contratti durante il periodo di validità*”) non esplicita se tra le modifiche del rapporto che consentono di ridefinire il rapporto concessorio senza una nuova gara rientri anche la possibilità di estensione della durata della concessione e, dunque, se sia indirettamente consentita la proroga delle concessioni.

La posizione più volte espressa dall’Autorità circa le proroghe delle concessioni è che la durata di esse debba essere rigorosamente individuata *ex ante* e che la proroga, non consentendo di cogliere i

benefici che deriverebbero dalla periodica competizione per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica, è giustificabile solo per il tempo strettamente necessario a consentire il recupero degli investimenti effettuati, ovvero a consentire la concreta organizzazione della nuova gara, evitando quindi il rinnovo automatico alla scadenza ovvero il ripetuto posticipo del termine del periodo transitorio, in quanto strumenti volti a mantenere in vigore le concessioni originariamente affidate.

L'art. 43 della Direttiva consente una modifica di una concessione esistente senza una nuova procedura di aggiudicazione, tra l'altro: a) se essa sia stata chiaramente prevista *ex ante* nei documenti di gara; b) per lavori o servizi supplementari resisi necessari, laddove un cambiamento del concessionario sia impraticabile o difficile.

Nel primo caso la modifica senza gara è ammessa in quanto funzionale ad effettuare investimenti già previsti nella concessione iniziale, a condizione che non venga alterata la "natura generale" della concessione stessa.

Nel secondo caso, la modifica è ammessa purché l'aumento di valore per lavori o servizi supplementari non ecceda il 50% del valore della concessione iniziale.

Qualora il concessionario, a fronte di una proroga della durata della concessione, si impegni a realizzare una serie di investimenti, due elementi divengono di cruciale importanza: i) la natura degli investimenti, e ii) la definizione di una durata adeguata della proroga, che deve essere proporzionata all'obiettivo perseguito.

Quanto al primo elemento (natura degli investimenti: sub i), diviene cruciale stabilire se si tratti di "nuovi" investimenti (ulteriori rispetto quelli previsti dalla concessione vigente), oppure di investimenti che dovevano in ogni caso essere realizzati entro la durata residua della concessione vigente.

Con riferimento a investimenti di tale ultimo tipo si ritiene che essi debbano concludersi entro la durata inizialmente stabilita della concessione. Si consideri che il considerando 52 della Direttiva si esprime nel senso auspicato, laddove prevede che *“la durata di una concessione dovrebbe essere limitata al fine di evitare la preclusione dell’accesso al mercato e restrizioni della concorrenza”*, e *“dovrebbe essere possibile includere (NdR: nella durata prevista) gli investimenti iniziali e successivi ritenuti necessari per l’esecuzione della concessione (...)”*.

Nel caso, invece, che gli investimenti siano “ulteriori” rispetto quelli contemplati dalla concessione in vigore, si ritiene che, in linea di principio, le procedure competitive di assegnazione delle concessioni in scadenza debbano essere preferite alle proroghe di quelle vigenti, essendo – ove opportunamente disegnate – in grado di garantire che il nuovo entrante porti effettivamente a compimento tali nuovi investimenti. Le proroghe dovrebbero essere rigorosamente limitate ai casi in cui sia effettivamente “necessaria” una flessibilità per l’adeguamento della concessione a sopravvenute “circostanze esterne” (v. considerando 76), e limitate in modo da non comportare modifiche “sostanziali” (art. 43, comma 4), specie nel senso di non estendere “notevolmente” l’ambito di applicazione della concessione” e dunque di prorogarne la durata per il tempo strettamente necessario (art. 43, comma 4, lett. e). Andrebbe, inoltre, previsto uno specifico onere di motivare in ordine alla ricorrenza dei requisiti indicati per poter procedere alla proroga, in modo tale da consentire la sindacabilità della legittimità della scelta adottata.

In conclusione, l’Autorità auspica che in sede di recepimento della Direttiva:

- sia evitata un’attuazione dell’art. 43, co. 1, lett. a), tale da consentire una proroga grazie alla sua mera iniziale previsione – per quanto precisa
- nei documenti di gara,

Autore: Consorzio Edilizia Commerciale - s.p.a. - Firenze

- sia evitata un'interpretazione dell'art. 43, co. 1, lett. b), tale da consentire una proroga ingiustificata delle concessioni: all'uopo si auspica che la previsione della possibilità di proroga sia subordinata ad una valutazione rigorosa e specificamente motivata da parte della stazione appaltante del previsto requisito di "necessità" dei lavori o servizi supplementari e non inclusi nella concessione iniziale, e alla contestuale valutazione e motivazione che la proroga non comporti una "modifica sostanziale" della concessione (in questo senso sembrano andare anche i considerando da 75 a 79 della Direttiva).

L'art. 43 della direttiva 2014/23/UE, ancora una volta esclusivamente in relazione ai profili evidenziati, potrebbe essere così attuato:

Art... (Modifica di contratti durante il periodo di validità)

"1. Le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione a norma della presente direttiva nei casi seguenti:

a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni, ma non la possibilità di proroga della durata della concessione. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche o opzioni, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate. Esse non apportano modifiche o opzioni che altererebbero la natura generale della concessione;

b) per lavori o servizi supplementari da parte del concessionario originario che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale, ove un cambiamento di concessionario;

i) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale;
e

ii) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi.

Nel caso di proroga della durata della concessione l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore devono fornire adeguata motivazione della sopravvenuta necessità dei lavori o servizi supplementari.

Tuttavia, nel caso di concessioni aggiudicate dall'amministrazione aggiudicatrice allo scopo di svolgere un'attività diversa da quelle di cui all'allegato II (della direttiva, n.d.r.), l'eventuale aumento di valore non deve eccedere il 50% del valore della concessione iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare la presente direttiva:

...

-) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ai sensi del paragrafo 4 (della direttiva, ndr), fermo restando quanto previsto alla lett. b) per le proroghe.

...

2. Inoltre, e senza ulteriore bisogno di verificare se le condizioni di cui al paragrafo 4, lettere da a) a d), sono rispettate, le concessioni possono parimenti essere modificate, ma non prorogate, senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione di una concessione a norma della presente direttiva se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i valori seguenti:

..."