



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

Commissione VIII – Ambiente, territorio e lavori pubblici

Audizioni sulla revisione della normativa degli appalti pubblici e delle concessioni in vista del recepimento delle nuove direttive europee in materia

Camera dei deputati

Lunedì 16 giugno 2014



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

VIII Commissione Ambiente Territorio e Lavori Pubblici della Camera dei Deputati

Onorevole Presidente, Onorevoli Deputati, l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, qui rappresentata dal presidente Sergio Santoro, desidera ringraziare vivamente, anche a nome dei componenti Luciano Berarducci, Giuseppe Borgia, Sergio Gallo, la VIII Commissione della Camera dei Deputati per l'invito rivolto nell'ambito dei lavori parlamentari sulla revisione della normativa degli appalti pubblici e delle concessioni in vista del recepimento delle nuove direttive europee in materia.

L'Autorità ha recentemente trasmesso alle Camere ed al Governo l'atto di segnalazione n. 3, del 21 maggio 2014 nell'esercizio del potere di segnalazione al Governo ed al Parlamento di cui all'art. 6, comma 7, lett. f), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici), formulando alcune osservazioni in merito alle tematiche strategiche ed ai profili innovativi contenuti nelle direttive n. 2014/24/UE sugli appalti pubblici, n. 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, in vista del relativo recepimento. Pertanto, in questa occasione si ritiene di potere esprimere le seguenti osservazioni di sintesi del l'atto di segnalazione n. 3 del 21 maggio 2014 cit., che per comodità viene allegato al presente intervento.

In seno alle direttive Appalti e Utilities emergono, in tutta evidenza, alcune fondamentali leve strategiche, essenzialmente riconducibili ai seguenti campi d'azione:



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

1) maggiore semplificazione, attraverso la valorizzazione delle comunicazioni elettroniche, che involge anche la presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione, l'utilizzo dei cataloghi elettronici, il potenziamento del sistema elettronico e-Certis e l'introduzione del Documento di Gara Unico Europeo.

In tale contesto normativo la banca dati nazionale dei contratti pubblici BDNCP rappresenta il fulcro di una leva particolarmente vantaggiosa per la rimozione del peso burocratico degli adempimenti posti a carico degli operatori economici e delle stazioni appaltanti.

Sempre orientato ad una più agevole gestione delle attività relative all'appalto, si pongono altresì, il nuovo istituto delle “**consultazioni preliminari di mercato**” (con possibilità di richiedere consulenze oltre che ad esperti anche ad autorità indipendenti), nonché la nuova disciplina del **soccorso istruttorio**, laddove si consente alle amministrazioni aggiudicatrici non solo di chiarire e completare le informazioni o la documentazione presentata, ma anche di **presentare e integrare** documenti mancanti. Si auspica che la legislazione nazionale, in fase di recepimento, venga orientata in quest'ultimo senso, con l'evidente beneficio che ne potrà derivare al maggiore effetto deflattivo che l'istituto svolge sul contenzioso. In tal caso un ruolo centrale, nella definizione esatta dei documenti e delle informazioni suscettibili di soccorso istruttorio potrebbe essere affidato all'Autorità, **in sede di redazione dei Bandi-tipo** (art. 64, comma 4-*bis*, del Codice);

2) maggiore incoraggiamento dell'orientamento **alla qualità**, attraverso la nuova disciplina dei criteri di aggiudicazione che privilegia il rapporto prezzo/qualità nonché quello costo/efficacia.

Il criterio del massimo ribasso è stato drasticamente ridimensionato a favore della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Orbene, in tale nuovo contesto normativo, in fase di



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

recepimento, non potrà non tenersi conto di questo nuovo approccio costo/efficacia, che andrà opportunamente valorizzato in sede di disciplina dei criteri d'aggiudicazione.

Si dovrà tener conto, altresì, dei rischi insiti nella completa abolizione del criterio del prezzo più basso (trattandosi di disposizione a recepimento facoltativo). Se è vero, infatti, che quest'ultimo costituisce il criterio che più di ogni altro consente il buon esito di eventuali accordi collusivi tra operatori, nella singola gara, è altrettanto vero che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (secondo la vecchia dizione) espone al maggior rischio di accordi illeciti tra operatori e stazioni appaltanti e ne assicura il buon esito. Da tale ultima considerazione non si potrà prescindere per una corretta valutazione dei risvolti negativi insiti nell'eventuale recepimento del divieto assoluto di utilizzare il criterio del prezzo più basso.

La centralità conferita alla qualità della prestazione involge anche la classica distinzione tra criteri soggettivi di selezione dei concorrenti e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta.

3) Maggior incoraggiamento all'**innovazione** - ivi compresa l'eco-innovazione - attraverso la disciplina dei partenariati per l'innovazione e delle varianti in sede di offerta.

Ove lo scopo precipuo del partenariato per l'innovazione è sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi per il successivo acquisto da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che essi corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le amministrazioni aggiudicatrici e i partecipanti. Per le varianti in sede di offerta la relativa disciplina non si limita ad attribuire la facoltà alle stazioni appaltanti di autorizzarle ma anche di esigerle, richiederle, previa menzione nei documenti di gara circa i requisiti minimi e le modalità specifiche per la loro presentazione.



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

Si auspica, pertanto, che il recepimento delle disposizioni appena richiamate avvenga in perfetta sintonia con la *ratio* sottesa alle medesime, riconoscendo alle amministrazioni aggiudicatrici la libera e piena facoltà di scelta circa l'utilizzo dei citati istituti.

4) ***favor per le piccole e medie imprese (PMI)***, attraverso la disciplina della suddivisione dell'appalto in lotti, dell'obbligo di motivazione relativamente ai requisiti di fatturato che, comunque, non possono eccedere il doppio del valore posto a base di gara.

Al riguardo, anche se alcune delle novità che recano le direttive costituiscono già diritto positivo nel nostro ordinamento (ci si riferisce all'obbligo di motivazione per i requisiti di fatturato e per la mancata suddivisione in lotti, al pagamento diretto ai subappaltatori, peraltro direttamente disposto dalla stazione appaltante e non su richiesta dell'appaltatore), il recepimento delle ulteriori e più penetranti misure adottate a livello di legislazione europea, se puntualmente effettuato, costituisce un sicuro rafforzamento delle misure volte a tutelare lo sviluppo delle PMI, cui sarà, in tal modo, maggiormente garantita la partecipazione alle gare d'appalto pubbliche.

5) ***tutela ambientale, sociale e del lavoro***, nell'ottica di assicurare una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, attraverso l'inserimento di specifici parametri in seno all'offerta economicamente più vantaggiosa, nonché in seno al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e la riserva di determinati appalti a laboratori protetti e ad altre imprese sociali.

Al riguardo si ritiene oltremodo auspicabile che l'effettivo recepimento delle norme in questione sia fortemente informato dal contenuto delle disposizioni della direttiva Appalti e della direttiva Utilities. La vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro dovrebbe essere svolta nelle fasi pertinenti della procedura di appalto, nell'applicare i



Avcp

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l'aggiudicazione dei contratti, nell'applicare i criteri di esclusione e le disposizioni riguardanti le offerte anormalmente basse.

Con riferimento a queste ultime, è auspicabile che, in fase di recepimento, venga allargata la casistica delle giustificazioni inammissibili (allo stato limitate agli oneri per la sicurezza ed ai trattamenti salariali minimi inderogabili) inserendovi anche quegli elementi posti a tutela dei valori illustrati nei considerando della direttiva unitamente ad un intervento che sia volto a semplificare la farraginoso procedura attualmente in vigore.

6) **maggiore impulso all'aggregazione della domanda** al fine di realizzare maggiori economie di scala e risparmi sui costi di gestione degli appalti, mediante il potenziamento degli istituti di centralizzazione degli acquisti e l'ampliamento delle funzioni che i medesimi possono svolgere.

In ogni caso la direttiva non dovrebbe applicarsi alle ipotesi in cui le attività di centralizzazione delle committenze o le attività di committenza ausiliarie non siano effettuate attraverso un contratto a titolo oneroso che costituisce appalto ai sensi della medesima direttiva. In tale contesto, e tenendo conto dei rischi insiti nell'eccessiva aggregazione della domanda, deve essere inserito il recepimento delle norme che attribuiscono un nuovo ed amplificato ruolo alla centrale di committenza, apprestando gli opportuni accorgimenti volti ad evitare i fenomeni distorsivi strettamente connessi all'aggregazione. A tal proposito, proprio in applicazione del nuovo istituto delle "consultazioni preliminari di mercato" sopra richiamato, potrebbe essere attribuito in fase di recepimento uno specifico potere di "vigilanza preventiva" all'Autorità sulle gare bandite dalle centrali di committenza, al fine di assicurare che l'aggregazione della domanda non si riveli dannosa per la concorrenza e per l'accesso al mercato degli appalti delle PMI.



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

La **direttiva Concessioni**, dal canto suo, trae ragion d'essere dalla necessità di superare la mancanza di certezza giuridica nel settore degli affidamenti delle concessioni che è alla base dei problemi e degli ostacoli che si frappongono alla realizzazione di un'effettiva concorrenza nel settore e di condizioni di parità tra gli operatori economici. L'intendimento del legislatore comunitario è quello di disciplinare l'istituto della concessione perseguendo le seguenti direttrici: certezza giuridica, pubblicità e trasparenza, snellezza e flessibilità procedurale, tutela giuridica.

In merito alle concessioni, si segnala che si potrebbe optare per una soluzione che preveda la redazione di uno specifico testo normativo che disciplini la fase della progettazione e programmazione nonché dell'esecuzione. Inoltre con il recepimento della direttiva i due istituti giuridici della concessione di lavori e della concessione di servizi dovranno essere assoggettati alla stessa disciplina normativa e particolare attenzione in fase di recepimento per le procedure negoziate previste tra amministrazioni aggiudicatrici e enti aggiudicatori con candidati ed offerenti, trattandosi di una disposizione fortemente innovativa rispetto alla disciplina attualmente dettata dal Codice dei contratti pubblici per le concessioni di lavori.

Proprio con riferimento alla disciplina dell'esecuzione delle concessioni, si rileva come, per esse, più che per gli appalti, la fase dell'esecuzione contrattuale può essere foriera di problematiche correlate alla durata nel tempo dell'affidamento ed alla possibilità della sopravvenienza di condizioni diverse ed inaspettate che determinano l'esigenza di una revisione delle clausole contrattuali, per garantire l'equilibrio economico-finanziario della gestione.



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

L'impianto complessivo delle nuove direttive - tenuto conto anche del ruolo centrale affidato alle scelte delle amministrazioni aggiudicatrici - costituisce un approccio alla disciplina degli appalti e delle concessioni di tipo sostanzialmente diverso dal contesto normativo italiano, nel quale la regolamentazione risulta molto puntuale (anche per il condivisibile obiettivo di prevenire fenomeni di corruzione o di infiltrazioni criminali).

Per converso, una regolamentazione molto spinta ha prodotto forti incentivi al contenzioso, senza ottenere risultati evidenti in termini di efficacia ed efficienza, anche per l'alto contenzioso che origina dal presunto mancato rispetto di procedure puramente formali.

Il recepimento delle direttive può costituire, pertanto, un importante punto di svolta nel modo in cui le pubbliche amministrazioni effettuano i propri acquisti. In tal senso si ritiene opportuno modificare l'attuale quadro normativo, prevedendo che nel recepimento delle direttive il legislatore si limiti ad individuare gli obiettivi che l'azione amministrativa deve conseguire.

Nel contempo dovrebbe essere attribuito uno specifico potere regolatorio all'Autorità di settore attualmente esistente. Più precisamente, dovrebbe essere espressamente disciplinato, in fase di recepimento delle nuove direttive, il potere dell'Autorità di emanare linee guida, fornire chiarimenti interpretativi, evidenziare *best practices*, mediante determinazioni, comunicazioni interpretative, raccomandazioni, oltre che redigere bandi-tipo, come è già previsto. Tali atti avrebbero il precipuo scopo di orientare le amministrazioni aggiudicatrici nelle loro scelte, di guidare il loro operato, nel rispetto della discrezionalità riconosciuta dalle direttive. Ciò che lo stesso art. 83, par. 4 della direttiva Appalti impone agli Stati membri.

Si creerebbe, così, un sistema in cui attraverso la *soft regulation*, che è più flessibile e, quindi, più facilmente adattabile alle esigenze del mercato e ai cambiamenti che si verificano nello stesso, verrebbe agevolmente e più rapidamente regolato l'intero settore.



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

L'Autorità potrebbe, altresì, essere chiamata a svolgere la funzione di "... *punto di riferimento per la cooperazione con la Commissione per quanto riguarda l'applicazione della normativa in materia di appalti pubblici*", così come previsto dal medesimo art. 83, par. 5, come peraltro, già avviene attraverso la partecipazione dell'Autorità al Public Procurement Network (PPN).

Al riguardo, occorre, infatti, evidenziare che l'Autorità ha già una serie di competenze che, se opportunamente sviluppate, potrebbero costituire strumenti essenziali per un efficientamento del mercato, sia sotto l'aspetto della *soft regulation* – le **Determinazioni** costantemente emanate dall'Autorità, che nel frattempo si è dotata anche di uno specifico **Regolamento AIR** (analisi d'impatto della regolazione), sono ormai comunemente citate e seguite sia nella prassi che dalla giurisprudenza amministrativa; analoga considerazione può essere fatta per i **pareri di precontenzioso** – sia sotto il profilo di un costante e generale rilevamento delle disfunzioni di mercato, ivi compreso il mancato raggiungimento degli obiettivi previsti dalla normativa, effettuabile tramite l'uso delle banche dati a disposizione dell'Autorità: si pensi alla **Banca dati nazionale dei contratti pubblici** (BDNCP) – nonché ai vantaggi che potrebbero derivare da un'ulteriore implementazione dell'anagrafe unica delle stazioni appaltanti – e soprattutto alle potenzialità del **sistema AVCPass** (per la qualificazione on-line alle gare degli operatori economici), che consentirà di acquisire una mole di informazioni di rilevante interesse su tutti gli operatori economici di settore.

In altri termini, l'Autorità è già oggi in grado, da un lato, di fornire indicazioni per orientare il mercato *ex ante* e, dall'altro, di vigilarne i comportamenti *ex post*, anche tramite l'elaborazione dei dati contenuti nella BDNCP.



Avcp

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

In tale contesto l'Autorità è, evidentemente, l'organismo di riferimento più qualificato ed idoneo ad assolvere al ruolo di garante del controllo dell'applicazione delle norme sugli appalti pubblici, potendo esercitare i compiti di vigilanza (referto) su violazioni specifiche o problemi sistemici (art. 83, par. 2, comma 2), di segnalazione alla Commissione delle cause più frequenti di scorretta applicazione o di incertezza giuridica, compresi possibili problemi strutturali o ricorrenti nell'applicazione delle norme, sul livello di partecipazione delle PMI agli appalti pubblici e sulla prevenzione, l'accertamento e l'adeguata segnalazione di casi di frode, corruzione, conflitto di interessi e altre irregolarità gravi in materia di appalti (art. 83, par. 3, comma 2) nonché quello di raccolta dei dati di cui alla Relazione prevista dall'art. 84 (secondo quanto espressamente previsto al par. 3 del medesimo articolo) della direttiva Appalti.

Queste ultime funzioni di raccolta dei dati relativi agli affidamenti pubblici sono, peraltro, già ampiamente svolte dall'Autorità tramite l'azione del proprio Osservatorio.