

STRATEGIA PER LA RIFORMA DEL SISTEMA DEGLI APPALTI PUBBLICI

Indice

Premessa

1.	Assetto normativo e istituzionale: regole più chiare, istituzioni più forti e coordinate ...	3
1.1	Criticità	3
1.2	Soluzioni	4
1.3	Azioni	5
2.	Capacità amministrativa: stazioni appaltanti più efficienti, professionali, digitali	6
2.1	Criticità	6
2.2	Soluzioni	8
2.3	Azioni	13
3.	Apertura alla concorrenza: gare pubbliche più semplici, aperte, trasparenti	17
3.1	Criticità	17
3.2	Soluzioni	20
3.3	Azioni	22
4.	Un nuovo sistema delle concessioni	24
4.1	Criticità	24
4.2	Soluzioni	30
4.3	Azioni	39
5.	Sistema dei controlli: lotta all'inefficienza e alla corruzione	40
5.1	Criticità	40
5.2	Soluzioni	41
5.3	Azioni	43

PREMESSA

Il presente documento è stato redatto dal Gruppo di lavoro per l'elaborazione della strategia per la riforma degli appalti pubblici in Italia, istituito, nel giugno 2014, con determina del Capo del Dipartimento per le politiche europee e composto dalle amministrazioni ed autorità di seguito indicate. Per la Presidenza del Consiglio dei ministri: Dipartimento per le politiche europee, Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, Dipartimento della funzione pubblica e Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; Ministero dell'economia e delle finanze; Ragioneria generale dello Stato; Ministero dello sviluppo economico; Ministero dell'interno; Ministero della giustizia; Agenzia per la coesione territoriale; Consip; Regioni; Autorità nazionale anticorruzione; Autorità garante della concorrenza e del Mercato; Autorità di regolazione dei trasporti; Corte dei conti.

La costituzione del Gruppo di lavoro è stata proposta alle autorità italiane dalla Commissione europea con l'obiettivo di produrre un piano di azione volto a riformare il sistema degli appalti pubblici nel suo complesso, previa individuazione e analisi delle principali criticità e identificazione delle possibili cause. L'elaborazione della strategia di riforma degli appalti pubblici da parte del suddetto Gruppo di lavoro è stata, altresì, inserita dalle autorità italiane tra le azioni del Piano d'azione nazionale "Appalti pubblici" allegato all'Accordo di partenariato italiano 2014 – 2020 in ragione della centralità che il settore degli appalti pubblici riveste nel contesto dei fondi strutturali e di investimento europei (fondi SIE) e alla luce della volontà delle autorità italiane di perseguire un pieno ed efficace coordinamento tra la politica del mercato interno e la politica di coesione territoriale. Gli obiettivi della riforma, che costituiscono le finalità della strategia, possono così sintetizzarsi: quadro normativo più chiaro e semplificato, stazioni appaltanti più efficienti e professionali, gare più semplici e trasparenti, maggiore apertura alla concorrenza, soprattutto nel settore delle concessioni e dei servizi pubblici locali, sistema dei controlli più coordinato ed efficiente.

Il Gruppo di lavoro, suddiviso in sottogruppi tematici e coordinato dal Dipartimento per le politiche europee, d'intesa con il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, ha approfondito le problematiche individuate come le più ricorrenti, che vengono sinteticamente illustrate nella prima parte di ciascun capitolo del presente documento. Per ogni criticità ha quindi formulato le opportune proposte correttive e migliorative, discusse e condivise con la Commissione europea che ha costantemente fornito il suo supporto all'attività del gruppo.

Tutte le proposte di soluzioni sono corredate di un piano di azione, in cui sono riportati i tempi di attuazione, oltre a specifici indicatori di risultato, che identificano il "mezzo" attraverso il quale può essere verificata l'attuazione della misura proposta alla data prevista.

Tali proposte costituiscono la strategia di riforma, descritta nel presente documento, che dovrà essere attuata dalle competenti autorità.

1. ASSETTO NORMATIVO E ISTITUZIONALE: REGOLE PIÙ CHIARE, ISTITUZIONI PIÙ FORTI E COORDINATE

1.1 CRITICITÀ

1.1.1 COMPLESSITÀ DEL QUADRO NORMATIVO

L'assetto normativo della materia degli appalti pubblici presenta tradizionalmente una fisionomia piuttosto articolata e complessa, caratterizzata da un tasso di dinamicità intrinseca probabilmente sconosciuto alla maggior parte degli altri settori dell'ordinamento. Tale complessità è specialmente conseguenza, oltre che della tendenziale criticità e delicatezza della materia in sé, anche della pluralità e stratificazione delle fonti normative che tale disciplina concorrono a disegnare anche in un medesimo periodo temporale.

In questo contesto è intervenuto il Codice dei contratti pubblici, adottato con il decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 163, il quale ha raccolto in un unico testo normativo tutta la materia dei contratti pubblici. L'articolazione del codice dei contratti pubblici appare di per sé estremamente complessa: esso si divide infatti in 5 parti, 8 titoli, 22 sezioni e 16 capi, e consta di 273 articoli (ed oltre 1.500 commi) e 38 allegati. A completamento del Codice, è stato adottato, in data 5 ottobre 2010, il Regolamento attuativo (D.P.R. n. 207/2010), il quale consta a sua volta di 359 articoli e 14 allegati. Nel complesso, l'articolato normativo in materia di contratti pubblici (normativa primaria e secondaria) consta dunque di oltre 660 articoli. Alla complessità, già evidenziata, del Codice va aggiunto il fatto che il medesimo, dalla data della sua adozione sino ad oggi, ha subito, nella sua versione originaria, innumerevoli e rilevanti modifiche da parte del legislatore che ne hanno reso ancor più difficile la sua intelligibilità.

Un ulteriore profilo di complessità del codice, che val la pena evidenziare, attiene al suo contenuto. Infatti il legislatore ha scelto di far confluire in un unico testo normativo sia la normativa sul "*public procurement*", sia una serie di dettagliate disposizioni sulla gestione dei progetti di opere pubbliche che in altri paesi, solitamente, trovano spazio in linee guida o in altre leggi specifiche. Il risultato è un groviglio normativo e regolamentare che non consente una facile applicazione delle procedure da parte delle Stazioni Appaltanti e viene frequentemente aggirato, con sostanziali deroghe, in occasione della realizzazione di progetti con scadenze ravvicinate. L'eccessiva regolamentazione ha, come altro effetto, quello di dilatare i tempi di gara.

1.1.2 COMPLESSITÀ DELL'ASSETTO ISTITUZIONALE

Alla complessità normativa si aggiunge un'estrema frammentazione dell'assetto istituzionale. Il sistema degli appalti è gestito da una pluralità di attori a livello centrale, regionale e settoriale, con compiti e funzioni non sempre chiaramente individuati, e che agiscono in assenza di un efficace coordinamento istituzionale. Ciò impedisce la definizione di una chiara *policy* nazionale degli appalti pubblici; difatti, la ripartizione di funzioni tra un elevato numero di soggetti, per quanto in

certi casi sia da considerare inevitabile, non garantisce però l'efficiente funzionamento del sistema.

1.2 SOLUZIONI

1.2.1 SEMPLIFICAZIONE DEL SISTEMA LEGISLATIVO ATTRAVERSO IL RECEPIMENTO DELLE NUOVE DIRETTIVE APPALTI E CONCESSIONI

Entro il 18 aprile 2016 il Governo adotterà un decreto legislativo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, nonché, entro il 31 luglio 2016, un decreto legislativo per il riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, ferma restando la facoltà per il Governo di adottare entro il 18 aprile 2016 un unico decreto legislativo. La riforma è ispirata ai principi di semplificazione, snellimento e drastica riduzione e razionalizzazione delle norme attualmente vigenti in materia, legislative, regolamentari e amministrative (lettera d) della legge delega. La legge delega prevede, tra l'altro, il divieto di introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle nuove direttive appalti e concessioni (lettera a). Sempre in tema di semplificazione, questa è indicata, assieme al riordino del quadro normativo vigente, allo scopo di predisporre procedure non derogabili e di conseguire una significativa riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara e alla realizzazione delle opere pubbliche (lettera e). Anche per i contratti sotto soglia il criterio direttivo è quello della massima semplificazione e rapidità dei procedimenti (lettera g).

Nel passaggio dalla vigente disciplina alle nuove norme il Governo assicurerà l'adozione di idonee misure di coordinamento e transitorie al fine di evitare incertezza e vuoto normativo (comma 1, lettera b; comma 4)

1.2.2 SUPPORTO ALL'INTERPRETAZIONE E APPLICAZIONE DEL QUADRO LEGISLATIVO.

La legge delega prevede che, sulla base del nuovo codice, vengano adottate linee guida di carattere generale da approvarsi con decreto del Ministro delle infrastrutture, su proposta dell'ANAC e previo parere delle competenti commissioni parlamentari (art. 1, comma 5). Questo consentirà di affidare a strumenti più flessibili e di facile adeguamento la regolamentazione di aspetti sovente caratterizzati da un elevato tecnicismo e da forte dinamicità, che mal si prestano ad essere disciplinati con atti per il cui perfezionamento è necessario attivare, di regola, procedure lunghe e complesse.

A ciò si deve aggiungere l'ulteriore prevista attività di supporto che, sulla base della delega, viene attribuita all'ANAC nel quadro del rafforzamento delle sue funzioni di vigilanza, di promozione e sostegno delle migliori pratiche e di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti (lettera t). In tale contesto l'ANAC è chiamata ad adottare atti di indirizzo quali linee

guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, così fornendo agli operatori costante supporto nell'interpretazione e nell'applicazione del quadro normativo.

1.2.3 RIFORMA DEL SISTEMA ISTITUZIONALE E DI GOVERNANCE.

In considerazione della complessità dell'assetto istituzionale e delle competenze attribuite dall'ordinamento nel settore degli appalti, il nuovo Codice individua un organo di *policy*, a livello centrale, incardinato presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, al fine di assicurare il coordinamento tra i diversi attori coinvolti.

1.3 AZIONI

Azione	Principali indicatori di risultato	Data indicativa di attuazione
Snellimento e semplificazione del complesso delle disposizioni vigenti in materia di contratti pubblici	Adozione di un decreto legislativo contenente il nuovo Codice degli appalti e delle concessioni	Luglio 2016
Emanazione di linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti previo parere delle competenti commissioni parlamentari	n 1 linea guida adottate	Dicembre 2016
Ricognizione ed emanazione delle necessarie disposizioni correttive ed integrative entro un anno dall'adozione del codice	Emanazione di eventuali decreti correttivi/integrativi	Data di attuazione intermedia per verifica indicatore: dicembre 2016
Adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante	Adozione di 1 linea guida; adozione di 1 bando tipo; adozione di 1 contratto tipo.	Dicembre 2016
Istituzione di un organo di <i>policy</i>	Adozione di un decreto legislativo contenente il nuovo Codice degli appalti e delle concessioni	luglio 2016

2. CAPACITÀ AMMINISTRATIVA: STAZIONI APPALTANTI PIÙ EFFICIENTI, PROFESSIONALI, DIGITALI

2.1 CRITICITÀ

2.1.1 SCARSA CAPACITÀ DI PROGRAMMARE E CARENTE PROFESSIONALIZZAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI NELLA GESTIONE DELLE DIVERSE FASI DELLE PROCEDURE DI APPALTO

La gestione delle procedure di acquisto richiede alle amministrazioni pubbliche competenze particolarmente sviluppate. In tale contesto possono evidenziarsi diverse criticità.

In primo luogo si rileva una scarsa e, comunque, disomogenea capacità di programmare e individuare tempestivamente gli strumenti e mezzi adeguati a soddisfare il fabbisogno delle PA in quanto nell'attuale organizzazione delle amministrazioni pubbliche sono scarsamente utilizzati strumenti e tecniche di programmazione, soprattutto per quanto riguarda gli appalti di forniture e di servizi. Inoltre la previsione del fabbisogno è realizzata dalle amministrazioni in termini di spesa e non di quantità e qualità di acquisto. Con particolare riferimento alla disciplina relativa a beni e servizi vi è completa assenza di una normativa nazionale che imponga la programmazione degli acquisti; un obbligo di programmazione è stato introdotto solamente da alcune regioni (peraltro anche con modalità differenti fra i vari casi).

In secondo luogo si evidenziano alcune criticità derivanti da una scarsa professionalizzazione delle stazioni appaltanti nella gestione delle diverse fasi delle procedure di appalto, in particolare in relazione alla scelta della procedura, alla redazione della documentazione di gara, all'utilizzo dei criteri di aggiudicazione e alla valutazione delle offerte. Tra le principali cause, la scarsa preparazione tecnico-giuridica del personale, dovuta anche alla mancanza di percorsi formativi strutturati e/o certificazioni per le professionalità del public procurement, da cui deriva una carenza di competenze e professionalità specifiche. In alcune specifiche fasi della procedura poi, quali la valutazione dell'anomalia dell'offerta, non sono sufficienti professionalità specifiche, risultando necessari soggetti esperti delle dinamiche dei singoli mercati. Analoghe criticità si riscontrano nella fase esecutiva del contratto, laddove la scarsa capacità dipende in gran parte da come il contratto predisposto dall'amministrazione è stato "disegnato" e spesso le previsioni contrattuali presentano contenuti non chiari con conseguenti difficoltà interpretative.

2.1.2 MANCANZA DI COORDINAMENTO TRA I DIVERSI LIVELLI DI AGGREGAZIONE DELLA DOMANDA PUBBLICA. INADEGUATEZZA DELL'ORGANIZZAZIONE DELLA FUNZIONE ACQUISTI RISPETTO AL PROCESSO DI CENTRALIZZAZIONE DELLE COMMITTENZE.

L'attuale quadro normativo prevede un assetto generale basato su una gestione diffusa della funzione acquisti, attribuita alla molteplicità di amministrazioni pubbliche esistenti in relazione ai capitoli di spesa gestiti. Nonostante negli ultimi anni vi siano stati numerosi interventi legislativi volti a razionalizzare il sistema degli acquisti pubblici tramite l'aggregazione della domanda pubblica, la centralizzazione e razionalizzazione degli acquisti, sia a livello nazionale (Consip dal

2000) che a livello territoriale con le centrali di committenza regionali, rimangono aperte le necessità di una disciplina o organizzazione volta a differenziare le competenze delle diverse stazioni appaltanti, anche al fine di correlare know-how ed expertise con la complessità delle procedure gestite, oltre che di uno sforzo di coordinamento e semplificazione del nuovo contesto normativo determinatosi.

Ulteriori punti di attenzione possono essere riconducibili a:

- mancanza di una organica raccolta di informazioni a supporto (banche dati disomogenee, gestite da soggetti diverse, non interoperanti e a volte con un basso livello di qualità delle informazioni presenti);
- necessità di maggior presidio dell'intera catena del valore del processo di acquisto con lo spostamento di funzioni che non afferiscono solo alla fase di gara ma anche alle fasi precedenti e successive;
- interventi finalizzati a garantire un efficace ed efficiente sistema di controllo e monitoraggio del sistema con possibilità di applicare sanzioni in casi di irregolarità o palesi inefficienze.

2.1.3 CARENZE NELLO SVILUPPO E L'ATTUAZIONE DELL'E-PROCUREMENT

Relativamente all'utilizzo degli strumenti telematici nell'ambito del public procurement, lo scenario italiano, pur essendo caratterizzato da una significativa numerosità di esperienze applicative (Consip, Centrali regionali e altri soggetti aggregatori, singole Pubbliche Amministrazioni), presenta tuttavia una serie di carenze/criticità che ostacolano o rallentano notevolmente la diffusione dell'e-procurement in ambito pubblico e, conseguentemente, limitano fortemente la realizzazione dei benefici di sistema connessi alla digitalizzazione dei processi di acquisto.

In particolare, le principali criticità rilevabili nel contesto italiano sono:

- Mancanza di un sistema di governo responsabile della pianificazione, gestione e monitoraggio delle varie linee di intervento necessarie per una efficace ed efficiente piena transizione all'e-procurement.
- Mancanza di una disciplina delle procedure di approvvigionamento che tenga conto delle specifiche possibilità offerte dall'utilizzo della tecnologia.
- Mancanza di una regolamentazione che indirizzi le problematiche specifiche connesse all'introduzione delle comunicazioni telematiche nelle procedure di appalto (es. problemi tecnici in fase di presentazione delle offerte).
- Mancanza di un approccio omogeneo alla progettazione, realizzazione e conduzione dei sistemi informatici (regole tecniche, eventuale certificazione).
- Mancanza di coordinamento tra le implementazioni eproc, e i sistemi gestionali/conoscitivi che intervengono nelle fasi pre e post "gara", con conseguenti

diseconomie nella gestione delle informazioni e nei processo end to end del procurement.

- Mancanza delle specifiche competenze professionali richieste per un utilizzo diffuso ed efficace degli strumenti di eproc, in termini sia di conoscenza degli strumenti stessi sia delle modalità di adeguamento dei processi amministrativi alle nuove tecnologie.

2.1.4 INADEGUATA CONOSCENZA DELLE NORME IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI

Le maggiori criticità riscontrate nell'ambito della gestione dei programmi operativi nazionali e regionali cofinanziati dai fondi strutturali e di investimento europei (di seguito anche fondi SIE) sono riconducibili a:

- una conoscenza delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni, della loro *ratio* e della loro corretta interpretazione da parte del personale coinvolto nell'attuazione dei fondi SIE di livello insufficiente, con conseguente errata applicazione delle relative disposizioni nazionali;
- scarsa qualità della progettazione amministrativa dei fabbisogni e degli interventi da realizzare;
- l'inadeguatezza del livello di competenza e professionalità delle strutture coinvolte nella gestione degli appalti pubblici;
- incertezza riguardo alle fonti di finanziamento

2.2 SOLUZIONI

2.2.1 PROFESSIONALIZZAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI

Per ovviare alla carenza nella capacità di programmazione si prevede di introdurre l'obbligo generalizzato per le stazioni appaltanti di programmazione, in termini di fabbisogno e di spesa, in relazione a lavori, forniture e servizi, ad esclusione delle acquisizioni imposte da eventi imprevedibili o calamitosi per le acquisizioni dipendenti da sopravvenute disposizioni normative con nuova disciplina normativa lavori, forniture e servizi.

Tale previsione, già inserita nell'ambito della legge di stabilità, dovrà essere trasposta nel nuovo codice appalti, nell'ottica di razionalizzazione e riordino della normativa in tema di appalti.

Al fine del superamento delle esposte criticità in relazione alla scarsa professionalizzazione delle stazioni appaltanti si propongono due differenti ma complementari soluzioni, una rivolta alla professionalizzazione della stazione appaltante in quanto tale, l'altra rivolta alla professionalizzazione dei soggetti che operano nell'ambito della stazione appaltante.

Ai fini della professionalizzazione delle stazioni appaltanti è necessario introdurre un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti volto a classificare le stesse in base alle competenze e capacità di gestione delle procedure, prevedendo così la possibilità per ciascuna di esse di svolgere le procedure la cui complessità risulti compatibile con il livello di qualificazione della stazione

appaltante. A tal fine nell'ambito della legge delega per il recepimento delle direttive appalti (definitivamente approvata dal Parlamento il 14 gennaio 2016) è presente il criterio di delega (lettera bb) che prevede l'introduzione di un apposito sistema, gestito dall'ANAC, di qualificazione delle stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi. Tra i parametri per la qualificazione di cui è in corso la definizione in sede normativa rientrerà la presenza di un ufficio stabile all'interno dell'amministrazione, con dotazione organica qualificata. Detto ufficio dovrebbe costituire il riferimento unico in materia di appalti per l'intera organizzazione, a supporto delle singole strutture in cui si articola l'amministrazione medesima, nonché per la gestione degli strumenti di comunicazione elettronica e delle piattaforme per le gare telematiche.

In relazione alla professionalizzazione dei soggetti che operano nell'ambito della stazione appaltante, si prevede innanzitutto la definizione e l'attuazione di un piano formativo rivolto alla generalità delle stazioni appaltanti che copra tutto il ciclo degli appalti, dalla programmazione all'esecuzione, compresi moduli dedicati all'e-procurement. Risulta possibile ipotizzare anche la creazione della specifica figura professionale del "buyer pubblico" nell'ambito dei dipendenti della pubblica amministrazione; tale figura professionale dovrebbe essere dotata di una specifica preparazione teorica e pratica in tema di gestione di procedure di appalto. A tal fine dovrebbero rilevare le conoscenze specifiche nonché le esperienze maturate nella gestione di appalti complessi. Al fine di formare soggetti chiamati ad operare specificamente nella qualità di buyer pubblico andrebbe realizzato un percorso formativo ad hoc che partendo dalle competenze di base si sviluppi su uno o più livelli successivi caratterizzati da maggiore specializzazione, corrispondente alla capacità di gestire appalti progressivamente più complessi.

È evidente che le varie misure di professionalizzazione qui enunciate sono fra loro interrelate. La formazione di base dei soggetti che operano nel settore degli appalti deve costituire la prima attività formativa da svolgere parallelamente alla costituzione dell'ufficio che in prima battuta sarà costituito da personale dotato di specifica esperienza in materia di appalti. Potrà, poi, essere istituita la figura professionale ad hoc del buyer pubblico selezionando soggetti che hanno maturato competenze ed esperienze pregresse, anche mediante svolgimento di percorsi formativi specifici. Tale specializzazione del personale produrrà massimi effetti con l'inserimento nell'ufficio in questione. La realizzazione di tali misure per la specializzazione del personale adottate dalle amministrazioni dovrebbero debitamente rilevare nell'ambito del sopra richiamato sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti.

Infine, un costante supporto giuridico alle stazioni appaltanti nell'applicazione della disciplina dei contratti pubblici potrà essere fornito tramite un'attività di Help-desk da realizzare tramite il Servizio Contratti Pubblici, servizio online del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti effettuato in collaborazione con le Regioni, le Province autonome e ITACA.

2.2.2 RAZIONALIZZAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI

Si propone di intervenire al fine di un maggior coordinamento e di una semplificazione del contesto normativo sia al fine di garantire la massima efficacia degli interventi a supporto dell'aggregazione della domanda e della razionalizzazione degli acquisti sia al fine di garantire un

quadro di riferimento chiaro e preciso per le amministrazioni “utenti”, oltre che per il mondo della fornitura, così che tutti possano concorrere agli obiettivi attuali e futuri in ordine alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica per beni e servizi.

Con riferimento alla centralizzazione della domanda va evidenziata una distinzione tra appalti di lavori da un lato, e di servizi e forniture dall’altro. L’aggregazione della domanda attraverso appalti svolti dalle centrali di committenza o dai soggetti aggregatori, infatti, appare particolarmente efficace per l’acquisto di servizi e forniture standardizzati, ambiti nei quali attività di aggregazione sono già svolte da centrali di committenza, mentre per i lavori l’accentramento delle funzioni di committenza richiede una valutazione più ampia che è stata recentemente avviata, anche in considerazione della previsione contenuta nella legge di stabilità per il 2016 (legge 28 dicembre 2015, n. 208) che consente a Consip lo svolgimento di attività di centrale di committenza anche con riferimento ai lavori di manutenzione. Il comma 504 dell’art. 1 della l. 208/2015 prevede infatti che gli strumenti di acquisto e di negoziazione messi a disposizione da Consip possono avere ad oggetto anche attività di manutenzione.

In tale contesto, sembra necessario che venga avviato, consolidato e supportato, anche attraverso il trasferimento di know-how da parte dei soggetti aggregatori più maturi verso quelli in fase di start-up, il lavoro del Tavolo Tecnico dei soggetti aggregatori, al fine di far crescere un insieme di soggetti che per competenze e organizzazione possano presidiare in maniera particolarmente “qualificata” una fetta sempre più ampia di spesa per beni e servizi garantendo al contempo adeguati livelli di qualità dei beni e servizi messi a disposizione, massima trasparenza, anche attraverso un ampio utilizzo di tecnologie a supporto, legalità nello svolgimento delle procedure, massima apertura al mercato con particolare attenzione alle PMI.

Risulta inoltre necessario consolidare un sistema di controlli a supporto della corretta attuazione degli indirizzi normativi individuati anche al fine di poter correttamente misurare e monitorare l’efficacia degli interventi, sia normativi sia delle strutture operative, anche al fine di un miglioramento continuo e costante del sistema.

Insieme al consolidamento ed ampliamento delle competenze dei soggetti aggregatori in ordine allo svolgimento delle procedure di gara si pone l’esigenza di un maggiore presidio e condivisione di ulteriori fasi procedurali, anch’esse fondamentali per il raggiungimento degli obiettivi a livello di sistema, quali ad es analisi del mercato, abilitazione unica dei fornitori alle piattaforme telematiche, standardizzazione e condivisione delle informazioni disponibili, analisi complessiva dei fabbisogni, condivisione della programmazione e dei processi di acquisto dei diversi soggetti chiamati a svolgere procedure di gara ed effettuare acquisti.

2.2.3 RAFFORZAMENTO DEGLI STRUMENTI DI E-PROCUREMENT

Gli interventi da attuare nel corso del triennio 2016-2018 dovrebbero essere indirizzati al raggiungimento di due obiettivi primari:

- l'accelerazione del processo di digitalizzazione delle procedure di acquisto, per raggiungere la percentuale più vicina possibile al 100% di transazioni di acquisto eseguite in modalità digitale
- la digitalizzazione dell'intero processo "procure to pay", mediante la realizzazione della necessaria interoperabilità tra i diversi sistemi/attori che intervengono in tutte le fasi dell'intero ciclo degli acquisti della PA.

Infatti è solo attraverso l'integrazione tra le funzioni e i dati gestiti nei diversi momenti del processo di acquisto e dai diversi soggetti coinvolti che si riescono ad ottenere i maggiori vantaggi dalla digitalizzazione in termini di riduzione dei costi, di semplificazione del lavoro degli operatori, di efficacia dell'azione.

Il conseguimento degli obiettivi indicati richiede un'azione articolata su diverse linee di intervento quali la digitalizzazione delle procedure di acquisto, l'Interoperabilità tra sistemi/dati ed il supporto al cambiamento.

In particolare, le principali azioni da prevedere nell'ambito di un Piano nazionale per l'attuazione dell'e-procurement (si veda scheda J) sono:

- Definizione norme tecniche per lo sviluppo e la conduzione delle piattaforme e del relativo processo/organizzazione per la certificazione delle piattaforme stesse
- Chiarimento/semplificazione dell'attuale assetto normativo in modo da creare un contesto regolamentare organico e favorevole a facilitare la transizione alle procedure telematiche chiarendo gli aspetti critici e fornendo a PA e OE una guida nell'applicazione pratica delle norme
- Coordinamento dei piani di sviluppo delle piattaforme delle CPB per garantire l'adozione degli standard definiti e la semplificazione delle procedure per gli utenti PA e OE
- Integrazione delle Piattaforme e-proc con la BDNCP, il sistema AVCPass e i sistemi di pubblicazione e notifica (es. TED) in modo da realizzare un sistema integrato degli appalti in cui i dati vengano generati, da PA e OE, "una sola volta" e vengano scambiati tra le diverse componenti del sistema.
- Attuazione di un vasto piano di informazione (piano di "awareness" nazionale) e formazione degli attori e costituzione di canali di assistenza tecnica per l'utilizzo delle procedure telematiche

Per l'attuazione di questi interventi è necessario, come "pre-requisito istituzionale" individuare e costituire un sistema di governance, eventualmente ispirato al modello di già adottato per il piano di attuazione della "fatturazione elettronica", costituito da un "livello istituzionale di coordinamento e attuazione", stabilito presso un organismo centrale e con la partecipazione dei soggetti responsabili dell'attuazione delle diverse Linee di Intervento/Azioni e da un "livello di consultazione-proposta-verifica" costituito da un Forum nazionale cui partecipano i diversi stakeholder coinvolti (PA, Associazioni di Operatori economici, Provider di tecnologie, Università e ricerca, ecc.).

2.2.4 RAFFORZAMENTO DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA DELLE AUTORITÀ DI GESTIONE E CONTROLLO DEI FONDI SIE

Nell'ambito della programmazione dei fondi strutturali e di investimento europei (di seguito anche SIE) per il periodo 2014-2020 l'Italia ha predisposto l'Accordo di partenariato italiano, adottato dalla Commissione europea con decisione del 29 ottobre 2014.

Il Regolamento (UE) n. 1303/2013 prevede che gli Stati membri debbano, quale condizione di utilizzo dei fondi SIE, rispettare determinate condizionalità ex ante e condizionalità generali ex ante. Il rispetto della normativa nazionale e comunitaria in materia di appalti pubblici e concessioni è, ai sensi del regolamento in esame, una condizionalità generale ex ante, che nel caso dell'Italia, a seguito dell'apposito esercizio di autovalutazione condotto a livello centrale, è risultata "parzialmente soddisfatta". Pertanto, come previsto dal Regolamento citato, è stato predisposto e negoziato con la Commissione europea un Piano d'Azione allegato al suddetto Accordo di partenariato la cui attuazione consentirà, al termine dell'anno 2016, di raggiungere il pieno soddisfacimento della condizionalità "appalti pubblici" in Italia.

Infatti, il Piano d'Azione "Appalti pubblici" - che ha, altresì, una declinazione regionale inserita in ogni programma operativo 2014-2020 affinché vi sia coerenza con la versione centrale e sia possibile una sua attuazione a tutti i livelli amministrativi - prevede specifiche azioni in risposta alle maggiori criticità emerse riguardo al rispetto e alla corretta attuazione in Italia della normativa nazionale e comunitaria in materia di appalti pubblici e concessioni e sopra rappresentate. In particolare si prevede un piano di formazione specifico rivolto a tutte le Autorità di Gestione e ai soggetti coinvolti nella gestione ed attuazione dei fondi SIE; la creazione di un forum informatico interattivo, eventualmente all'interno del Progetto Open Coesione, tra tutte le Autorità di gestione dei programmi dedicato allo scambio di informazioni, esperienze e prassi in materia di appalti pubblici, quale strumento di attuazione degli interventi cofinanziati; l'individuazione presso le AdG e AdA di soggetti con competenze specifiche incaricati dell'indizione di gare di appalti pubblici e la creazione di una rete nazionale delle strutture/risorse dedicate alla verifica della corretta interpretazione ed attuazione della normativa in materia di appalti pubblici.

Con particolare riferimento al piano di formazione previsto per il settore dei fondi SIE e al fine di assicurare il pieno coordinamento con il piano di formazione generale volto alla professionalizzazione dei soggetti che operano nell'ambito delle stazioni appaltanti, si prevede di definire e attuare, anche in questo caso, un piano formativo che copra tutto il ciclo degli appalti, ma rivolto specificatamente alle autorità di gestione dei programmi operativi 2014-2020 e a tutti i soggetti coinvolti nella gestione ed attuazione dei fondi SIE. Pertanto, i moduli formativi di ogni fase saranno declinati tenendo in debito conto le peculiarità e le specificità che la programmazione e l'attuazione degli interventi cofinanziati dai fondi SIE comportano nella gestione di un appalto pubblico (ad es. distinzione tra la selezione di un progetto candidato al cofinanziamento dei fondi SIE dall'acquisto di un bene, un servizio o un lavoro; rispetto della normativa in materia di appalti pubblici sin dal momento della costituzione di partenariati quando questi intendano coinvolgere operatori economici; applicazione della normativa in materia di appalti pubblici, con particolare riferimento agli affidamenti di tipo *in house* e alle regole in

materia di cooperazione pubblico-pubblico nelle fasi di sottoscrizione di accordi o convenzioni tra soggetti pubblici ai fini dell'attuazione degli interventi cofinanziati dai fondi SIE).

Analogamente alla misura delle azioni per la professionalizzazione delle stazioni appaltanti che prevede la creazione di un apposito ufficio all'interno dell'amministrazione, con dotazione organica qualificata e assegnata con un certo grado di stabilità, il Piano d'azione nazionale "Appalti pubblici" allegato all'Accordo di Partenariato italiano 2014 – 2020 già prevede un'azione volta ad individuare presso le autorità di gestione (AdG) e le autorità di audit (AdA) soggetti con competenze specifiche incaricati dell'indizione di gare di appalti pubblici e/o, comunque, responsabili del rispetto della relativa normativa. Tale azione, il cui termine di attuazione stabilito dal Piano d'Azione è il 31 dicembre 2015, è, difatti, già stata attuata da detti soggetti, che hanno comunicato all'Agenzia per la coesione territoriale i soggetti e le strutture referenti in materia di appalti pubblici all'interno della propria AdG e AdA.

Si potranno prevedere, ove necessario e al fine di evitare ogni eventuale duplicazione, forme di coordinamento, tra l'ufficio istituito ai fini della professionalizzazione delle stazioni appaltanti e i referenti in materia di appalti pubblici individuati all'interno delle AdG e AdA, di modo che l'amministrazione di cui trattasi abbia, al proprio interno, un supporto univoco quanto agli aspetti tecnici del settore e completo relativamente ai profili di una determinata fattispecie, che possano avere rilevanza sia con riferimento alla normativa in materia di appalti pubblici e concessioni, sia con riferimento ai regolamenti sui fondi SIE.

2.3 AZIONI

Professionalizzazione delle stazioni appaltanti		
Azione	Principali indicatori di risultato	Data indicativa di attuazione
Introduzione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di programmazione annuale (o biennale) (in termini di fabbisogno e di spesa) in relazione a lavori, forniture e servizi	<p>Approvazione di norma di legge che introduca obbligo di programmazione anche per le acquisizioni di beni e servizi.</p> <p>Riconduzione di tale norma nell'ambito della disciplina in tema di contratti pubblici in sede di adozione del decreto legislativo che contiene il nuovo codice appalti e concessioni</p>	<p>1 gennaio 2016 (per entrata in vigore della legge di stabilità)</p> <p>Luglio 2016 (per riconduzione nel Codice)</p>

Qualificazione delle stazioni appaltanti	<p>Adozione di un decreto legislativo che contiene il nuovo codice appalti e concessioni</p> <p>Avvio dell'attività finalizzata all'adozione degli atti amministrativi necessari alla predisposizione da parte di ANAC del sistema di qualificazione normativamente previsto</p>	<p>Luglio 2016</p> <p>Dicembre 2016</p>
Presenza di un apposito ufficio appalti pubblici all'interno della stazione appaltante nell'ambito del sistema di qualificazione	Avvio dell'attività necessaria per ottenere la qualificazione	Dicembre 2016
Definizione e attuazione di un piano formativo per le stazioni appaltanti che copra tutto il ciclo degli appalti, dalla programmazione all'esecuzione, e che includa moduli sull'e-procurement	Attuazione del piano	Dicembre 2016
Creazione della figura professionale del buyer pubblico	Avvio piano per definizione della nuova figura professionale all'interno della pubblica amministrazione del buyer	Dicembre 2016
Creazione di un help desk in merito a questioni interpretative che garantiscano l'uniformità di applicazione delle regole e la standardizzazione delle procedure	Adozione degli atti necessari alla costituzione e operatività dell'helpdesk	Dicembre 2016
Razionalizzazione delle stazioni appaltanti		
Disciplina organica che chiarisca e delimiti le funzioni delle singole stazioni appaltanti (a livello centrale e locale) e le funzioni delle centrali di committenza, incluso l'obbligo di delegare la gestione delle gare oltre un certo valore ai "soggetti aggregatori"	Adozione del decreto legislativo contenente il nuovo Codice degli appalti e delle concessioni	Luglio 2016

	Eventuali atti normativi complementari	Dicembre 2016
Sviluppo di modelli definiti a livello legislativo ed amministrativo di aggregazioni ulteriori rispetto a quelle della centralizzazione della spesa, che consentano alle amministrazioni di svolgere in cooperazione alcune fasi del processo di acquisto oltre la procedura di aggiudicazione	Adozione del decreto legislativo contenente il nuovo Codice degli appalti e delle concessioni;	Luglio 2016
	Adozione degli atti amministrativi necessari a rendere operative le cooperazioni per l'aggregazione previste; n. di cooperazioni create, tipologia di acquisti da effettuare/effettuati	Dicembre 2016
E- procurement		
Creazione di una specifica struttura dedicata alla governance dell'e-procurement nell'ambito del coordinamento generale della policy degli appalti pubblici	Adozione degli atti necessari a creare la struttura di governance e-procurement	Dicembre 2016
Definizione e adozione del Piano nazionale per l'attuazione dell'e-Procurement pubblico (di cui alla scheda All. K)	Adozione del Piano da parte della Struttura di governance e-procurement	Da definire
Definizione norme tecniche per lo sviluppo e la conduzione delle piattaforme e del relativo processo/organizzazione per la certificazione delle piattaforme stesse	Avvio gruppo di lavoro	Giugno 2016
	Prima bozza per discussione e condivisione con Forum	Dicembre 2016
	Provvedimento di adozione delle Regole	Settembre 2017
Integrazione delle Piattaforme e-proc con la BDNCP, il sistema AVCPass e i sistemi di pubblicazione e notifica (es. TED)	Costituzione e Avvio gruppo di lavoro tecnico (Agid, ANAC, Aggregatori gestori di piattaforme, gestori sistemi di notifica)	Settembre 2016

Assegnare al “Forum nazionale dell’e-procurement” compiti di consultazione-proposta-monitoraggio – e garantire il coordinamento con la struttura di governance dedicata all'e- procurement	Adozione del Decreto di costituzione del Forum	Settembre 2016
Promuovere azioni di formazione e comunicazione per gli operatori economici	Definizione di un Programma di informazione (piano di “awareness” nazionale) e formazione degli attori nell’ambito del Piano nazionale e-procurement	Dicembre 2016
Rafforzamento della capacità amministrativa delle autorità di gestione e controllo dei fondi SIE		
Previsione e attuazione di un piano di formazione specifico rivolto a tutte le Autorità di Gestione e ai soggetti coinvolti nella gestione ed attuazione dei fondi SIE	Attuazione di un piano formativo avente ad oggetto l’applicazione della nuova normativa in materia di appalti pubblici nel contesto della gestione e attuazione dei fondi SIE	Dicembre 2016
Creazione di un forum informatico interattivo, eventualmente all’interno del Progetto Open Coesione, tra tutte le Autorità di gestione dei programmi dedicato allo scambio di informazioni, esperienze e prassi in materia di appalti pubblici, quale strumento di attuazione degli interventi cofinanziati	Pubblicazione online del forum	Dicembre 2015
Individuazione presso le AdG e AdA di soggetti con competenze specifiche incaricati dell’individuazione di gare di appalti pubblici e/o, comunque, responsabili del rispetto della relativa normativa e creazione di una rete nazionale delle strutture/risorse dedicate alla verifica della corretta interpretazione ed attuazione della normativa in materia di appalti pubblici.	Individuazione del personale con competenze specifiche	Dicembre 2015

3. APERTURA ALLA CONCORRENZA: GARE PUBBLICHE PIÙ SEMPLICI, APERTE, TRASPARENTI

3.1 CRITICITÀ

La concreta gestione delle procedure di gara viene complicata da una normativa nazionale spesso oscura, farraginoso ed eccessivamente dettagliata (come evidenziato nel capitolo I del presente documento), di difficile applicazione, ma anche dall'utilizzo distorto e inefficiente di istituti e meccanismi che, almeno nelle intenzioni iniziali, erano stati concepiti come strumenti di semplificazione, per imprese e stazioni appaltanti.

L'eccesso di regolazione discende dalla sfiducia che il legislatore ha storicamente dimostrato nei confronti della capacità e dell'integrità morale delle stazioni appaltanti e delle imprese e che lo ha portato, nel tempo, ad introdurre una regolazione estesa e rigorosa della procedura ad evidenza pubblica, con forte compressione delle attività discrezionali dell'amministrazione, per prevenire il rischio di una gestione scorretta e faziosa della gara e per neutralizzare l'eventuale tentativo di condizionamenti esterni da parte delle imprese.

Ne deriva, come prima e ovvia conseguenza, la definizione di un sistema caratterizzato dalla presenza di eccessivi oneri amministrativi e procedurali, che gravano sia sul lato amministrazione, sia sul lato operatori economici, a partire dal momento della qualificazione delle imprese per la partecipazione alle gare e l'esecuzione dei contratti.

3.1.1 DISFUNZIONI E INEFFICIENZE NEL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE DELLE IMPRESE

Il sistema di **qualificazione nei lavori** attuato in Italia mediante le Società Organismi di Attestazione (SOA) e il rilascio da parte di queste ultime di un attestato di qualificazione che ingloba i requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari, nonché quelli di carattere generale, è stato concepito come strumento di semplificazione rispetto al sistema di qualificazione in gara. Il sistema, infatti, dovrebbe facilitare le stazioni appaltanti sia nella fase di definizione dei requisiti di accesso alla gara sia nella fase di verifica; nella fase di verifica anche le imprese sono facilitate rispetto ad una comprova mediante esibizione di tutta la documentazione dimostrativa dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari. In realtà sono note le disfunzioni ed inefficienze del sistema emerse nella prassi: l'istituto della cessione di rami d'azienda utilizzato, dagli operatori economici privi dei requisiti, come espediente per evitare l'espulsione dal mercato degli appalti pubblici; la sproporzione tra la struttura della SOA e il numero decisamente alto di attestati emessi; l'eccessivo coinvolgimento dei promotori; poteri limitati e poco incisivi della competente Autorità di vigilanza (ANAC) a fronte delle irregolarità e delle violazioni commesse dalle Società in questione.

Anche la qualificazione nel settore **forniture e servizi** (dove non opera il sistema SOA) presenta non poche criticità. Gli operatori economici sono tenuti, di norma, a produrre un'eccessiva quantità di documentazione (che le stazioni appaltanti devono poi provvedere a verificare) nella fase di dimostrazione dei requisiti posseduti (rispetto a quanto autodichiarato). Lo stesso sistema

AVCPass (Authority Virtual Company Passport) di verifica dei requisiti¹ attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'art. 6-bis del d. lgs. n. 163/2006, sconta il limite di non consentire un agevole riuso, per gare diverse ma con oggetto sostanzialmente identico, dei documenti riguardanti la capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria. Peraltro, anche nell'ambito della stessa procedura, sono al momento ancora riscontrabili una serie di limiti nella funzionalità del sistema AVCPass, dovuti essenzialmente alla **non completa informatizzazione dei documenti** necessari a comprovare i requisiti di partecipazione e l'assenza di cause di esclusione, oltre che alla **mancata interoperabilità tra le diverse banche dati** coinvolte nel procedimento.

3.1.2. NON EFFICACE SISTEMA DI VERIFICA DELLE OFFERTE ANOMALE

Un altro aspetto di particolare complessità e farraginosità è rappresentato dalla disciplina del codice relativa alla **valutazione delle offerte anormalmente basse**².

Il procedimento amministrativo di individuazione delle offerte anomale nelle pubbliche gare costituisce un sub-procedimento formalmente distinto rispetto al procedimento di scelta del contraente e collocato dopo la fase della verifica dei requisiti generali e speciali e dell'apertura delle buste. Tale procedimento risulta particolarmente farraginoso e complesso per le stazioni appaltanti con riguardo agli appalti da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, mentre, per gli appalti da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'applicazione del meccanismo di valutazione previsto dalla legge può portare addirittura, come effetto paradossale, alla verifica di congruità dell'offerta seconda in graduatoria (ed eventualmente quelle a seguire) ma non anche della prima. Da segnalare infine, sull'argomento, che la disciplina degli appalti sotto soglia comunitaria, prevedendo l'esclusione automatica delle offerte, presenta un rischio elevato di accordi collusivi tra i concorrenti, i quali sarebbero indotti a presentare offerte di comodo che, sfruttando il meccanismo previsto dalla legge, vengono presentate esclusivamente per determinare l'esclusione di alcune offerte concorrenti.

3.1.3. FREQUENTE RICORSO A PROCEDURE NON COMPETITIVE (PROCEDURE NEGOZiate SENZA PUBBLICAZIONE DEL BANDO DI GARA)

Un ulteriore effetto dell'eccesso di regolamentazione è quello della dilatazione dei tempi di gara. La tempistica di gara spesso diviene una criticità per le amministrazioni nella fase di scelta del contraente. Infatti, accade di sovente di non poter far ricorso alla procedura ordinaria d'appalto per esigenze di "urgenza". Le stazioni appaltanti, per far fronte alle proprie esigenze, **ricorrono**

¹ Si tratta di un sistema di semplificazione dell'affidamento dei contratti pubblici, che consente la verifica online dell'assenza di cause di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione per la partecipazione alle procedure di affidamento.

² Art. 86: "[...] quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media"; "[...] quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara".

quindi alle deroghe concesse dal Codice adducendo motivi legati all'urgenza e all'imprevedibilità della situazione. Tali procedure, sebbene nate come eccezione alle procedure standard, sono divenute, nella pratica, uno degli strumenti maggiormente utilizzati dalle stazioni appaltanti. Infatti, secondo stime eseguite di recente, risulta che le **procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando** (il cui ricorso è motivato prevalentemente proprio da esigenze di necessità e urgenza) rappresentano il 44% del totale dei contratti delle PA.

3.1.4 ECCESSIVA LUNGHEZZA DELLE PROCEDURE DI REALIZZAZIONE DELLE OPERE PUBBLICHE

Il problema dell'eccessiva lunghezza delle procedure si ripercuote anche sulla susseguente fase di esecuzione dei contratti, segnatamente di quelli che hanno ad oggetto la realizzazione delle opere pubbliche, i cui tempi di ultimazione sono divenuti, negli ultimi anni, sempre più significativamente lunghi, a causa soprattutto dell'alto tasso di litigiosità e delle contestazioni che vengono sollevate sull'operato della stazione appaltante in sede di gara, nonché di una disciplina non sempre chiarissima della sospensione dei lavori in caso di contenzioso relativo ad opere di preminente interesse nazionale.

Infatti, il contenzioso più frequentemente instaurato sull'attività della stazione appaltante riguarda principalmente l'ammissione o l'esclusione dei concorrenti dalla procedura, con ricadute rilevanti sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. A questo devono aggiungersi i casi, sempre più ricorrenti, in cui soggetti portatori di interessi diffusi (associazioni di cittadini, utenti, associazioni ambientaliste) adiscono l'autorità giudiziaria competente con richieste che aggravano ulteriormente la tempistica di realizzazione dei lavori.

3.1.5 ULTERIORI OSTACOLI E RESTRIZIONI ALLA CONCORRENZA. NON CORRETTA APPLICAZIONE DEI CRITERI PER GLI AFFIDAMENTI "IN HOUSE".

Completano il quadro dei fattori che determinano ostacoli e restrizioni alla concorrenza nel sistema degli appalti pubblici la scarsa trasparenza nella gestione delle procedure e delle successive fasi di gestione dei contratti; i comportamenti collusivi tra le imprese (che si manifestano in particolari contesti di mercato e che vengono spesso rivelati, ad esempio, dall'esiguo numero di concorrenti che partecipano alle gare, dalla perdurante partecipazione alle gare delle stesse imprese, dall'appalto ripartito in più lotti dal valore economico simile, ecc.); la scarsa chiarezza della disciplina normativa relativa alle varianti in corso d'opera che favorisce comportamenti anticoncorrenziali delle stazioni appaltanti che mirano a creare un vantaggio per l'esecutore.

Ulteriore nodo particolarmente critico è quello degli affidamenti *in house* - sovente effettuati in assenza dei presupposti richiesti dalla normativa dell'Unione o, comunque, dai principi elaborati in materia dalla consolidata giurisprudenza comunitaria, spesso in ragione dell'assenza di una chiara disciplina normativa a livello nazionale. Ciò costituisce un grave *vulnus* alla concorrenza nel mercato soprattutto nel settore dei servizi pubblici locali.

3.2 SOLUZIONI

3.2.1 SEMPLIFICAZIONE DEL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE DELLE IMPRESE

Alla luce delle riscontrate disfunzioni, si rende necessario un intervento volto alla revisione complessiva del sistema di qualificazione degli operatori economici, come previsto dalla legge delega (lettera **uu**), a tenore del quale è prevista la *“revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità, trasparenza e verifica **formale e sostanziale** delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, **ivi comprese le risorse umane, organiche all’impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite, introducendo, inoltre, 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, nonché assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di rating di legalità”***.

Il principio contenuto nella legge delega ha portata più ampia rispetto alla sola revisione del sistema di qualificazione delle imprese operanti nel settore dei lavori, abilitate, in Italia all’esercizio di tale attività, dalle Società Organismo di Attestazione (SOA). L’attuazione del suddetto principio avverrà tenendo conto dell’esigenza di rivedere l’intero sistema di Qualificazione degli operatori economici e nel rispetto dei principi del trattato (in particolare quello di non discriminazione) per quanto concerne l’introduzione di *misure di premialità*, in modo da non alterare la par condicio dei concorrenti in gara.

Per l’abbattimento degli oneri amministrativi e procedurali che caratterizzano il sistema di qualificazione delle imprese ai fini della partecipazione alle gare, l’attuazione del Documento di Gara Unico Europeo dovrà collegarsi alla revisione del sistema di verifica dei requisiti dell’AVCPass come d’altronde previsto dallo stesso disegno di legge delega che, alla lettera z), dispone la riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti e la semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti, con particolare riguardo all’accertamento dei requisiti generali di qualificazione, costantemente aggiornati, attraverso l’accesso a un’unica banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e la revisione e semplificazione dell’attuale sistema AVCPass, garantendo a tal fine l’interoperabilità tra i Ministeri e gli organismi pubblici coinvolti e prevedendo l’applicazione di specifiche sanzioni in caso di rifiuto all’interoperabilità.

3.2.2 MECCANISMO SEMPLIFICATO PER LA VERIFICA DELLE OFFERTE ANOMALE

Al fine di una revisione generale dei criteri di individuazione delle offerte anomale, nel nuovo codice, come prescritto dal disegno di legge delega (lettera ff), dovranno essere indicate le *“modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale, che rendano non predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo dell’offerta anomala, con particolare riguardo ad appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria”*.

Nell’implementazione di tale criterio in sede di recepimento, si dovrà tener conto dell’esigenza di rafforzare il ruolo delle amministrazioni aggiudicatrici alle quali pertanto dovrebbe spettare la decisione di effettuare o meno la verifica di anomalia delle migliori offerte presentate, fornendo al

tempo stesso alle stesse strumenti di semplice applicazione (in modo particolare nei casi di appalti sotto-soglia), da utilizzare a supporto delle loro decisioni in fase di individuazione di sospette anomalie delle migliori offerte presentate.

3.2.3 GARE PIÙ TRASPARENTI

Si potrebbe ipotizzare di potenziare l'Osservatorio dei contratti pubblici gestito dall'A.N.A.C, al fine di raccogliere per ciascuna gara informazioni su **punteggio economico, punteggio tecnico, importi offerti**, con riferimento a tutti i partecipanti. Una soluzione potrebbe essere data dalla creazione di una connessione diretta tra la Banca dati dell'A.N.A.C., in particolare l'attuale sistema Simog, attraverso cui, di fatto, avviene la pubblicazione dei bandi di gara, il Portale TED della Commissione. Si tratta di interventi la cui attuazione è rimessa alla definizione di indirizzi generali da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con l'ANAC (lett. s) dell'art. 1 della legge delega appalti): revisione della disciplina in materia di pubblicità degli avvisi e dei bandi di gara, in modo da **fare ricorso a strumenti di pubblicità di tipo informatico**; definizione di indirizzi generali da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con l'ANAC, al fine di garantire adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità prevedendo, in ogni caso, la pubblicazione su un'unica piattaforma digitale presso l'ANAC di tutti i bandi di gara.

3.2.4 RENDERE PIÙ VELOCE LA REALIZZAZIONE DELLE OPERE PUBBLICHE

E' opportuna una regolazione più semplice e chiara della sospensione dei lavori in caso di contenzioso relativo ad opere di preminente interesse nazionale, in particolare tramite il rafforzamento del sistema delle misure cautelari/sospensive, rendendolo più rigoroso e soprattutto più chiaro in termini di interpretazione e di certezza giuridica.

Al riguardo la legge delega, prevede (bbb) la revisione e razionalizzazione del rito abbreviato per i giudizi di cui alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 119 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, anche mediante l'introduzione di un rito speciale in camera di consiglio che consente l'immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione; previsione della preclusione della contestazione di vizi attinenti alla fase di esclusione dalla gara o ammissione alla gara nel successivo svolgimento della procedura di gara e in sede di impugnazione dei successivi provvedimenti di valutazione delle offerte e di aggiudicazione, provvisoria e definitiva.

3.2.5 MODIFICHE SOSTANZIALI DEI CONTRATTI IN CORSO DI VALIDITÀ

La **comunicazione all'ANAC delle variazioni in corso d'opera per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria** consentirà alla stessa di invitare la stazione appaltante ad un riesame degli atti emanati, secondo le prescrizioni e i parametri determinati in apposito atto di raccomandazione e/o intervento cautelare (anche questi previsti dalla lett. t) dell'art. 1 della legge delega appalti, quale nuovo potere da attribuire all'A.N.A.C.), adottato nell'esercizio dei poteri di

vigilanza. L’A.N.AC. al momento dispone di un potere di persuasione e, in ogni caso, di segnalazione alla Corte dei Conti e alla Procura della Repubblica competenti (v. Deliberazione n. 1/2016, rinvenibile sul sito dell’A.N.AC. al seguente indirizzo: http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?id=3143f28e0a7780426db5e6194dafa85e). Il Potere di raccomandazione è previsto tra i nuovi poteri A.N.AC. (v. lett. t) dell’art. 1 della legge delega) e come tale potrà essere utilizzato anche in ordine alle varianti in corso d’opera nel momento in cui si sollecita l’esercizio dell’autotutela della stazione appaltante. Nella lett. ee) dell’art. 1 della legge delega, è prevista, altresì, l’applicazione di uno specifico regime sanzionatorio in capo alle stazioni appaltanti per la mancata o tardiva comunicazione all’A.N.AC. delle variazioni progettuali in corso d’opera per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

3.2.6 AFFIDAMENTI IN HOUSE CONFORMI ALLA NORMATIVA

Al fine di assicurare maggiore pubblicità e trasparenza negli affidamenti *in house*, in modo da garantire che essi avvengano nel rispetto dei criteri indicati dalla normativa europea, il disegno di legge delega, alla lettera eee) introduce l’obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi agli affidamenti in questione, assicurando, anche nelle forme di aggiudicazione diretta, la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all’oggetto e al valore della prestazione e prevede l’istituzione, a cura dell’ANAC, di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti in house ovvero che esercitano funzioni di controllo o di collegamento rispetto ad altri enti, tali da consentire gli affidamenti diretti.

Il potere di verifica dell’A.N.AC, ai fini dell’iscrizione nell’elenco degli enti aggiudicatori di affidamenti *in house*, dovrebbe essere realizzato attraverso un’implementazione della già esistente anagrafe unica delle stazioni appaltanti (AUSA) già attiva presso l’A.N.AC. Tutti gli atti connessi all’affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell’ambito del settore pubblico dovranno essere pubblicati sul profilo del committente.

3.3 AZIONI

Semplificazione del sistema di qualificazione delle imprese		
Azione	Principali indicatori di risultato	Data indicativa di attuazione
Riforma del sistema di qualificazione degli operatori economici per appalti di lavori, servizi e forniture	Adozione di un decreto legislativo contenente il nuovo Codice degli appalti e delle concessioni	Luglio 2016

Riforma dei poteri dell'ANAC con riferimento alla qualificazione degli operatori economici, al potenziamento del casellario delle imprese e all'uso di metodi reputazionali.	Adozione di un decreto legislativo contenente il nuovo Codice degli appalti e delle concessioni	Luglio 2016
Revisione e semplificazione dell'attuale sistema AVCpass, garantendo a tal fine l'interoperabilità tra i Ministeri e gli organismi pubblici coinvolti e prevedendo l'applicazione di specifiche sanzioni in caso di rifiuto all'interoperabilità.	Adozione di un decreto legislativo contenente il nuovo Codice degli appalti e delle concessioni	Luglio 2016
Revisione del meccanismo per la verifica delle offerte anomale	Adozione di un decreto legislativo contenente il nuovo Codice degli appalti e delle concessioni	Luglio2016
Gare più trasparenti		
Riforma dell'Osservatorio dei contratti pubblici ai fini della raccolta, per ciascuna gara, di dati sugli offerenti, gli aggiudicatari le varianti superiori al 15%, le informazioni sull'esecuzione del contratto.	Adozione di atti normativi e/o amministrativi idonei a realizzare la riforma	Dicembre 2017
Revisione della disciplina in materia di pubblicità degli avvisi e dei bandi di gara, e creazione di un'unica piattaforma digitale presso l'ANAC per la pubblicazione di tutti i bandi di gara	Adozione degli atti normativi/amministrativi necessari alla revisione della disciplina; avvio delle modifiche in ordine all'operatività del portale ANAC	Dicembre 2016
Divieto di modifiche sostanziali dei contratti		
Adeguamento della normativa del Codice alle regole delle nuove direttive	Adozione di un decreto legislativo contenente il nuovo Codice degli appalti e delle concessioni	Luglio 2016

Obbligo di comunicazione all'ANAC delle modifiche oltre un determinato valore	Adozione di atti per la riforma Adozione di un decreto legislativo contenente il nuovo Codice degli appalti e delle concessioni poteri dell'ANAC	Dicembre 2016
Corretta applicazione dei criteri per l'in-house e la cooperazione tra amministrazioni		
Adeguamento della normativa del Codice alle regole delle nuove direttive	Adozione di un decreto legislativo contenente il nuovo Codice degli appalti e delle concessioni	Luglio 2016
Linee guida sulla corretta interpretazione e applicazione dei criteri	Adozione di n. 1 linea guida per garantire una corretta applicazione delle nuove norme in materia di in-house e cooperazione tra amministrazioni	Dicembre 2016
Istituzione, a cura dell'ANAC, di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti <i>in house</i> ovvero che esercitano funzioni di controllo o di collegamento rispetto ad altri enti, tali da consentire gli affidamenti diretti	Avvio dell'attività necessaria alla definizione degli adempimenti necessari alla compilazione, aggiornamento, pubblicazione dell'elenco; pubblicazione dell'elenco	Dicembre 2016

4. UN NUOVO SISTEMA DELLE CONCESSIONI

4.1 CRITICITÀ

4.1.1 ECCESSIVA LUNGHEZZA DELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO (PER LA SOLUZIONE E RELATIVA AZIONE SI RINVIA AL CAP. 3, PAR. 3.2.4)

Una delle principali criticità del settore delle concessioni, con particolare riferimento alle concessioni di lavori pubblici, attiene alla tempistica per la realizzazione delle opere, a causa dell'eccessiva lunghezza delle procedure amministrative per l'affidamento della concessione e degli ostacoli nella fase di realizzazione dell'opera.

Il ricorso al partenariato pubblico-privato, che in alcuni dei principali paesi europei costituisce strumento per favorire la realizzazione degli investimenti con capitali privati, in Italia risulta disincentivato a causa della lunghezza dell'iter procedurale e dell'incertezza del suo esito.

4.1.2 INADEGUATEZZA DELLA PROGETTAZIONE (PER LE CONCESSIONI DI LAVORI)

Allo stato le aggiudicazioni di una concessione infrastrutturale si basano di regola sul progetto preliminare originando due tipi di problemi:

- a) allungamento dei tempi dovuto alla negoziazione del progetto definitivo tra aggiudicatario e stazione appaltante con successiva apertura della conferenza dei servizi. Il tutto con conseguente incremento di costi, necessità di varianti e di contenziosi circa il ripristino delle condizioni di sostenibilità del piano economico-finanziario presentato in sede di gara;
- b) impossibilità per il sistema bancario di fornire *commitment* già in sede di gara in quanto i parametri del progetto preliminare (progettazioni, costi di costruzione, ecc.) risultano inadeguati e non attendibili per un'appropriatezza *due diligence* tecnica.

4.1.3 MECCANISMI INADEGUATI PER IL TRASFERIMENTO DEL RISCHIO OPERATIVO

La gestione dei rischi nel contratto di concessione costituisce una delle più serie criticità del settore dei lavori pubblici. Molto spesso operazioni di PPP si sono tradotte in operazioni del tutto svantaggiose per la PA, in quanto né il rischio costruzione, né il rischio di disponibilità o di domanda sono stati correttamente trasferiti al concessionario, secondo le regole dettate dalla decisione Eurostat 2004 volte a classificare le operazioni di PPP, con conseguente necessità della PA di intervenire al fine di riequilibrare la concessione determinando effetti di indebitamento per l'amministrazione pubblica coinvolta in qualità di concedente.

Il mancato/errato trasferimento dei rischi è la diretta conseguenza di clausole contrattuali mal formulate, che non attribuiscono in maniera chiara ed esplicita al concessionario i rischi connessi alla costruzione e alla gestione dell'opera.

In proposito, si ricorda che in occasione del meeting **OCSE** sul **PPP**, che si è svolto a Parigi il 23 e il 24 marzo 2015, a seguito di un lavoro congiunto svolto dalle Amministrazioni centrali – tra le quali il DIPE e RGS – è stato pubblicato sul sito della Ragioneria Generale dello Stato uno studio nel quale si fa riferimento ai risultati ai quali ISTAT è pervenuta a seguito dell'analisi svolta su alcune operazioni di PPP, finalizzata alla successiva trasmissione dei dati a EUROSTAT, per il controllo dell'indebitamento.

In estrema sintesi, ISTAT ha osservato 24 operazioni di PPP "fredde", vale a dire remunerate attraverso il canone pubblico, per un investimento complessivo di 4 miliardi di euro.

Da tale analisi è emerso che per 17 casi su 24, pari al 71%, per un valore di 3,5 miliardi su 4 (87%), non c'è stato un vero trasferimento del Rischio, ma canoni fissi, garanzie e clausole contrattuali difformi dalle regole Eurostat hanno di fatto salvato il privato ribaltando ogni rischio sulla parte

pubblica, trasformando il PPP in un appalto, con l'ulteriore effetto di riclassificazione di tale operazioni da off a on balance.

E' rilevante, peraltro, notare che il controllo di ISTAT ha interessato solo operazioni "fredde", mentre non è dato sapere cosa accade per tutte le altre operazioni che riguardano infrastrutture stradali, aeroportuali ecc.. per le quali il capitale investito è remunerato dagli utenti attraverso il pagamento di fee e il valore degli investimenti è senz'altro più alto.

In ordine ad una valutazione delle operazioni di PPP relative a "opere calde" e in particolare alle infrastrutture, occorre precisare che una tale verifica ad oggi non è stata condotta in quanto la Decisione Eurostat 2004 e le conseguenti attività compiute da ISTAT investono solo le opere "Fredde", nelle quali il principale pagatore è la Pubblica amministrazione, attraverso canoni di disponibilità.

Ciò premesso, si evidenzia la necessità che una valutazione degli effetti sulla finanza pubblica sia condotta anche su operazioni di PPP relative ad opere calde. Anche in questi casi l'impatto sul pubblico interesse va valutato nella sua globalità laddove l'opera pubblica o il servizio siano remunerati secondo modelli misti di partecipazione pubblica e privata. Ne consegue che una corretta allocazione dei rischi coinvolge anche l'interesse del soggetto privato la cui tutela risponde ad esigenze di interesse generale.

Inoltre, data l'importanza e gli effetti di una corretta allocazione dei rischi, l'analisi di una corretta allocazione deve essere investire anche e soprattutto il rischio operativo.

Tutto ciò è strettamente connesso all'introduzione di una funzione di supporto alle amministrazioni aggiudicatrici per la redazione degli schemi di convenzione da porre a base di gara per l'attribuzione di concessioni di costruzione e gestione, così come meglio esplicitato al seguente punto 4.2.3.

4.1.4. A. DISEQUILIBRIO DEL PEF E NUOVE CONDIZIONI DI EQUILIBRIO

Nelle concessioni si è potuto constatare che al verificarsi di cause di disequilibrio del PEF si è posta la necessità di individuare nuove condizioni di equilibrio, molto spesso identificate con una **proroga** della durata della Concessione, con l'**incremento tariffario** o con il riconoscimento a favore del concessionario, di un contributo pubblico a fondo perduto.

Indipendentemente dalle soluzioni concrete individuate negli specifici casi e accordate ai Concessionari-ciò che rileva evidenziare, al fine di limitare/regolamentare nel futuro e con il nuovo Codice dei Contratti gli interventi di "Riequilibrio" alle sole ipotesi di **eccezionalità**, è la necessità che i Soggetti Concedenti verifichino le **cause** che hanno determinato il Disequilibrio del PEF, prevedendo al contempo nelle Convenzioni di Concessione clausole contrattuali ben dettagliate che indichino esplicitamente le cause e i fattori "esogeni" che consentano al Concessionario di riequilibrare il PEF.

Le possibili soluzioni a tali criticità, quali la previsione di clausole contrattuali più chiare; la previsione di clausole sanzionatorie per il mancato rispetto degli obblighi contrattuali ad attivazione automatica; previsione di un meccanismo di revisione periodica degli investimenti effettivamente eseguiti - dovrebbero essere valutate ab origine dal soggetto Concedente e tradotte in clausole contrattuali ad hoc, che consentano di allocare correttamente i **rischi** e, quindi, il **rischio operativo**.

Si evidenzia tuttavia al riguardo che il verificarsi di cd. sopravvenienze in grado di incidere sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione è elemento tipico e caratterizzante dei contratti di lunga durata come quello di cui trattasi e, sotto tale profilo, un esame *ex ante* delle clausole contrattuali appare utile ma non sufficiente ad evitare che mediante operazioni di riequilibrio si possa incidere negativamente sulla distribuzione dei rischi, anche correttamente disciplinati *ab initio*. E infatti, in caso di riequilibrio, si procederà alla predisposizione di un nuovo piano economico e finanziario e ad un nuovo documento contrattuale (cd. "Atto aggiuntivo alla convenzione di concessione") i quali potrebbero incidere negativamente sulla distribuzione dei rischi sopra citata. Proprio per tale ragione, nel nostro ordinamento è stata inserita, **all'art. 143, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, una previsione che subordina le procedure di riequilibrio dei contratti di concessione di lavori pubblici ad una previa verifica di organismi dell'Amministrazione centrali competenti in materia (CIPE-NARS)**. Tale previsione, seppur condivisibile e necessaria anche ai fini della tutela della finanza pubblica, non ha tuttavia ancora trovato piena applicazione in considerazione della mancanza di una procedura regolamentata al riguardo che non ha consentito ai predetti organi di pronunciarsi sulle numerose richieste presentate.

Al riguardo, occorre, **pertanto, riproporre la medesima previsione nel testo di recepimento della Direttiva procurandosi di individuare una procedura più snella di verifica (attribuendo ad esempio il potere di verifica direttamente al NARS – organo tecnico di consulenza e valutazione – e non al CIPE – organo di indirizzo politico – ovvero, anche in conseguenza delle recenti modifiche introdotte dalla Legge di Stabilità 2016, al DIPE)**. Allo stesso tempo, tale verifica andrebbe inserita anche con riferimento ai contratti di concessione di servizi.

4.1.4 B INADEGUATEZZA DEL CALCOLO DELLE TARIFFE E VALORI DI SUBENTRO TROPPO ELEVATI

a) DISEQUILIBRIO DEL PEF

Il problema è di particolare evidenza nella concessioni autostradali. Per essere finanziariamente sostenibile, la concessione richiede l'equilibrio del piano economico-finanziario (PEF) annesso alla convenzione. Ciò significa che la concessione deve essere strutturata in modo che, attraverso la gestione dell'opera, il concessionario rientri del capitale investito ed abbia un adeguato margine di profitto. Tuttavia, un intervento, nel corso della validità del contratto di concessione, di incrementi del volume degli investimenti da realizzare da parte del concessionario, comporta la necessità di raggiungere un nuovo equilibrio del PEF: se si esclude un aumento della tariffa, ciò

può avvenire o attraverso una estensione della durata della concessione o, in alternativa, attraverso il riconoscimento a favore del concessionario uscente di un valore di subentro da porre a carico del nuovo concessionario.

b) VALORE DI SUBENTRO

Quest'ultimo non dovrebbe costituire, in linea di principio, un ostacolo allo svolgimento della procedura di evidenza pubblica per la scelta del nuovo concessionario. Tuttavia, in determinate condizioni riferite in particolare a situazioni di crisi economico-finanziaria o se il valore assume un'entità troppo elevata, il subentro può determinare problemi di bancabilità della concessione pertanto può disincentivare la partecipazione alla gara di potenziali concorrenti. Attualmente il valore residuo non ammortizzato dell'investimento è previsto dall'art. 143, comma 7 del Codice dei Contratti.

Il meccanismo del Subentro ha da sempre creato forti criticità e un impatto per la finanza pubblica in quanto:

- nell'ipotesi in cui già con il bando di gara sia previsto un valore di subentro a fine Concessione, il rischio è che tale valore tenda a crescere nel tempo. Infatti, in assenza di forme di controllo sui possibili incrementi di costo di detti costi vengono "ribaltati" nel Valore di subentro e posti a carico del Concedente a fine Concessione;
- non incentiva il Concessionario "a fare bene" per evitare incrementi di costi, sapendo che al termine della Concessione si vedrà corrispondere il valore di subentro;
- disincentiva la partecipazione dei Concessionari alle gare per l'individuazione del nuovo affidatario alla scadenza della Concessione, posto che i potenziali soggetti interessati alla gara potrebbero ritenere il valore di subentro determinato non congruo. L'ulteriore conseguenza è quella che la PA assuma la gestione dell'opera pagando il relativo Subentro o si veda costretta a prorogare la Concessione in capo al Concessionario uscente;
- in particolare nei settori regolati (come ad es. quello autostradale o aeroportuale), il valore di subentro deve essere quantificato sulla base di una verifica dei ricavi effettivi e dei flussi di traffico reali. Anche in tal caso, una errata determinazione di tali valori potrebbe disincentivare la partecipazione dei concessionari alle nuove gare per l'affidamento delle concessioni.

Il subentro, peraltro, dovrebbe costituire un incentivo per il Concessionario a realizzare l'opera nel più breve tempo possibile, al fine di vedersi corrispondere il valore residuo a fine Concessione. Tuttavia, nella pratica, tale principio è stato totalmente stravolto disattendendo le iniziali finalità del principio del subentro soprattutto nel settore autostradale, dove a valori di subentro molto alti corrispondono Concessioni di eccessiva durata (40-50 anni).

c) INADEGUATEZZA CALCOLO TARIFFE

Anche laddove il sistema tariffario del *price cap* sia già previsto (come è il caso della delibera 39/2007), l'individuazione delle variabili di efficientamento che devono essere prese in considerazione per la definizione del parametro X rimane indeterminata. Risulta, inoltre, problematica la valutazione puntuale dell'ammissibilità dei costi ai fini tariffari, non essendo stata data applicazione alle disposizioni contenute nella delibera CIPE 39/2007 relative all'attivazione di

un sistema di contabilità regolatoria ed ai criteri di ammissibilità sia dei costi operativi sia di quelli in conto capitale. Analoghe problematiche sono emerse per quanto attiene l'allocazione delle quote dei costi di pertinenza degli investimenti con conseguenti difficoltà di distinguere gli investimenti del piano effettivamente realizzati da quelli solo previsti e non realizzati, remunerati attraverso il parametro K della formula tariffaria prevista dalla citata delibera.

L'attuale sistema normativo attribuisce al CIPE, previo parere nel NARS, la verifica degli aggiornamenti e delle revisioni dei Piani economico-finanziari delle concessioni. In detta sede, gli organi richiamati provvedono a verificare l'ammissibilità dei costi e a verificare l'effettiva esistenza dei presupposti che hanno indotto alla revisione che, in ogni caso, non devono essere riconducibili alla responsabilità del soggetto concessionario. In ogni caso, mentre la revisione è prevista, appunto, per fatti non riconducibili al concessionario, l'aggiornamento quinquennale non costituisce una revisione bensì consente di verificare il corretto funzionamento del piano finanziario regolatorio secondo quanto disposto dalle delibere CIPE in materia e non modifica alcun presupposto a base del contratto e, in particolare, dell'allocazione dei rischi.

Le criticità relative al sistema tariffario delle concessioni autostradali regolato dalla delibera n. 39/2007, non sono legate all'impianto della formula contenuta nella delibera.

In mancanza di disposizioni di attuazione della delibera n. 39/2007, le principali problematiche emerse in sede applicativa attengono all'indeterminatezza cui è lasciata la definizione dei parametri di efficientamento da valutare ai fini dell'individuazione del parametro X ed alla impossibilità di stimare con esattezza i costi ammissibili in tariffa, sia operativi che in conto capitale. Anche dal punto di vista della valutazione degli investimenti previsti dal piano economico - finanziario, rimane problematico distinguere tra gli investimenti effettivamente realizzati da quelli solo previsti. Tali affermazioni, comunque, sono calmierate dal fatto che il CIPE, con propria delibera, prevede in sede di revisione ovvero di aggiornamento dei piani economico-finanziari che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti verifichi la congruità delle imputazioni dei costi presentate dal soggetto concessionario e l'effettivo avanzamento degli investimenti secondo il rispetto di quanto previsto nel contratto e nella normativa applicabile.

Per quanto concerne poi l'allocazione dei rischi, le indicazioni regolatorie contenute nelle delibere CIPE n. 39/2007 appaiono carenti e non adeguate a quanto previsto dalla nuova direttiva in tema di concessioni, atteso che quest'ultima si limita a considerare come incumbenti in capo al concessionario la traslazione del rischio di costruzione e degli oneri di progettazione in caso di mancata approvazione del progetto.

4.1.5 PROROGHE

Interventi nel corso della validità del contratto di concessione comportano la necessità di raggiungere un nuovo equilibrio del PEF che, molto spesso, viene assicurato attraverso l'estensione della durata iniziale del contratto di concessione. Il ricorso alle proroghe viene pertanto giustificato con la richiesta sistematica e periodica di riequilibrio del PEF basata spesso su parametri e valutazioni non sufficientemente definiti. Il fenomeno è particolarmente rilevante nel settore delle concessioni autostradali.

La proroga viene quindi non correttamente utilizzata come strumento di ripristino dell'equilibrio economico e finanziario di una concessione, quando esso viene meno per cause riconducibili ai normali rischi del concessionario. Nel caso si garantisca l'equilibrio economico finanziario attraverso una proroga volta a compensare minori ricavi derivanti dall'esposizione del concessionario ai normali rischi (e al rischio operativo), si viene ad incidere su un rischio che è proprio dell'imprenditore, con violazione del principio della concorrenza nei confronti di soggetti che operano nello stesso settore o in settori contigui che non beneficiano di analogo vantaggio.

Inoltre, previsioni di proroghe con spostamento del rischio a carico dell'amministrazione possono recare indebiti vantaggi al concessionario e corrispondentemente un danno per la l'amministrazione, senza esclusione di possibili responsabilità erariali.

La conseguenza in conclusione è la sottrazione dell'affidamento della gestione dell'opera al confronto concorrenziale e, di conseguenza, un'elusione delle norme e dei principi del trattato in materia.

Nell'assetto attuale, il CIPE, previo parere del NARS, quale organo competente ad esprimersi sulle revisioni dei piani economico-finanziari dovute a cause non riconducibili al concessionario, ha verificato che in tali sedi non fossero avallate proroghe delle concessioni per motivi non ammessi dall'ordinamento nazionale e comunitario (ex art. 43 Direttiva concessioni), che le stesse, qualora ammesse, fossero comunque non significative e utilizzate solo in quanto effettivamente necessarie. Si rileva peraltro che, nel contesto attuale, in sede di revisione la proroga della durata della concessione è stata concessa, in maniera non significativa, soltanto in una occasione. Le decisioni del CIPE, peraltro, sono sottoposte all'esame degli organi di controllo nazionali (Corte di conti) che verificano, in particolare, la coerenza di tali provvedimenti con il contesto normativo nazionale e comunitario.

Con riferimento alle concessioni in corso, pertanto, è garantito il rispetto della normativa comunitaria e nazionale al riguardo da un complesso procedimento di verifica.

4.2 SOLUZIONI

4.2.1. SEMPLIFICAZIONE DELLE DISPOSIZIONI E DELLE PROCEDURE ATTRAVERSO IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA CONCESSIONI

Nel contesto del recepimento della direttiva 2014/23 è prevista (lettera hhh) del ddl delega) l'introduzione di una disciplina organica dei contratti di concessione attraverso l'armonizzazione e la semplificazione delle disposizioni vigenti in materia e la previsione da parte del legislatore delegato di criteri che garantiscano la piena attuazione del piano finanziario ed il rispetto dei tempi previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche, nonché la disciplina delle procedure di fine concessione e le modalità di indennizzo in caso di subentro.

4.2.1 BIS CONVENZIONI TIPO

La predisposizione di una Guida alla redazione di modello di convenzione standard avviata nel corso del 2015 ed elaborata da un gruppo di lavoro insediato presso la Ragioneria Generale dello Stato, cui partecipano sia la Presidenza del Consiglio, Dipartimento per la Programmazione economica ed altre amministrazioni pubbliche a vario titolo coinvolte o interessate alle operazioni di PPP, vedrà la sua conclusione nel 2016 con l'approvazione definitiva di tale modello.

Con la definizione della Guida alla redazione di uno schema standard di Contratto di concessione di progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche, si vuole fornire uno strumento di riferimento, agli operatori pubblici e privati, finalizzato a disciplinare i rapporti contrattuali in modo bilanciato e ad assicurare una corretta allocazione dei rischi tra le parti. Si dovrebbe, in tal modo, ridurre a monte il rischio di possibili riclassificazioni *ex post* di un'operazione di partenariato da *off* a *on balance sheet*, alla luce del Regolamento UE n. 549/2013 e del Manuale del SEC 2010 su Disavanzo e Debito pubblico (agosto 2014)³. La predisposizione dei contenuti contrattuali tra le parti dovrebbe contribuire al miglioramento della capacità negoziale soprattutto delle amministrazioni territoriali, ed evitare che il ricorso al PPP sia motivato essenzialmente dalla necessità di "aggirare" i vincoli di carattere finanziario posti alle autonomie locali dal Patto di stabilità interno.

Il lavoro metterà a disposizione delle Amministrazioni Pubbliche un modello contrattuale tale da consentire alle stesse di mantenersi nell'ambito di formule applicative corrette ai fini della finanza pubblica e che, al contempo, tenga in considerazione alcune delle condizioni ordinariamente richieste per favorire il finanziamento di opere pubbliche o di pubblica utilità con capitali privati nel pieno rispetto delle nuovo quadro normativo voluto dalla direttiva UE 23/2014

4.2.1. TER CONVENZIONI TIPO NEL SETTORE AUTOSTRADALE

Molte delle criticità sopra evidenziate, che l'attuale disciplina sulle Concessioni non è riuscita ad evitare in tema di non corretta allocazione dei rischi, di eccessivi valori di subentro, di indeterminatezza di clausole contrattuali, possono essere, almeno in parte, superate attraverso un uso accorto della convenzione – tipo.

A tale riguardo, va rilevato che il decreto legge del 6 dicembre 2011, n. 201 istitutivo dell'Autorità di regolazione dei trasporti, ha attribuito all'Autorità (cfr. art. 37, comma 2, lettera g del d.l. 201/2011) il compito di definire, per il settore autostradale, gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara.

Impregiudicata la delicata questione interpretativa di definire ambiti e competenze tra lo schema di concessione (di competenza dell'ART) di cui alla previsione appena citata ed il bando tipo di competenza ANAC, si forniscono qui di seguito alcuni suggerimenti idonei a superare alcune delle criticità evidenziate. Rimangono fermi i poteri di regolazione economica *ex ante* propri dell'Autorità

³Regolamento e Manuale hanno recepito le indicazioni contenute nella Decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004 "Treatment of public-private partnerships". In particolare, per il Manuale si veda il paragrafo VI. 5 Public-Private Partnerships (PPPs); per il Regolamento si veda capitolo 20, Questioni contabili relative alle Amministrazioni pubbliche – Partenariati pubblico-privato.

nel settore delle nuove concessionarie autostradali (cfr. contributo ART relativo alle schede del capitolo IV :X Riforma del sistema di regolazione e controllo delle concessioni autostradali).

L' oggetto: la fase della progettazione

Come noto, le concessioni hanno ad oggetto le fasi della progettazione, della costruzione e delle gestione dell'opera e la sua manutenzione.

Lo schema tipo di convenzione, quanto alla progettazione, deve specificare in modo analitico gli obblighi del concessionario relativamente alla fase della progettazione.

Nel caso in cui, come auspicato nei commenti di cui sopra, sia posto a base di gara il progetto definitivo, la convenzione tipo deve indicare l'obbligo del concessionario di redigere il Progetto Esecutivo secondo quanto indicato nell'oggetto della convenzione, nei documenti contrattuali⁴, nel rispetto delle norme di settore applicabili. Dovrebbe, inoltre, prevedere l'obbligo del concessionario di sottoporre al concedente, il Progetto esecutivo corredato delle relative autorizzazioni entro il termine stabilito nella concessione⁵.

La disciplina dell'allocazione dei rischi

Un altro aspetto di fondamentale importanza è quello relativo alla disciplina del rischio. Sul concessionario ricadono il rischio della progettazione e della costruzione e, secondo la nuova direttiva 2014/23/UE, anche il rischio operativo⁶. Il rischio finanziario consiste nell'impossibilità e/o difficoltà del concessionario di restituire il debito agli istituti finanziari. Ciò può derivare o dalla diminuzione del cash flow atteso dovuto alla variazione della domanda ovvero alla scadenza anticipata della Concessione a seguito del recesso, revoca o risoluzione del contratto di concessione.

Sarebbe opportuno che la Convenzione Tipo prevedesse una previsione che impegni il finanziatore alla verifica della sostenibilità economica del progetto essendo il rischio operativo in capo al concessionario.

⁴Sono documenti contrattuali: il Capitolato di appalto che è il documento che evidenzia le prescrizioni tecniche e prestazionali che dovranno essere osservate dal concessionario nell'esecuzione e/o nell'affidamento dei lavori; il Capitolato prestazionale, contenente l'elencazione delle caratteristiche qualitative e funzionali dell'opera, nonché dei servizi oggetto della convenzione e del sistema delle penali e dei premi; Disciplinare tecnico di gestione che deve contenere la descrizione delle attività di gestione e dei requisiti prestazionali attesi; il Contratto di gestione, avente ad oggetto la gestione o manutenzione dell'opera, eventualmente stipulato tra il concessionario e il gestore; Crono programma, contenente le scadenze temporali delle principali fasi realizzative dell'opera oggetto della convenzione sino alla prevista entrata in servizio; Disciplinare di manutenzione, con la descrizione delle attività riportate nel programma manutentivo dell'opera da realizzarsi. Le attività, in specie quelle di manutenzione straordinaria, devono essere coerenti con i valori riportati nel PEF.

⁵Nel caso in cui sia posto a base di gara il Progetto preliminare, la Convenzione Tipo deve prevedere l'obbligo del concessionario di redigere il progetto Definitivo ed Esecutivo secondo, secondo quanto indicato nell'oggetto della Convenzione, nei documenti contrattuali, nonché nel rispetto delle norme di settore applicabili. Nel caso di delega all'esproprio di cui all'art.6, comma 8, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 327, occorrerà prevedere, tra le obbligazioni del concessionario, quelle relative al compimento degli atti necessari per il perfezionamento della procedura. I costi relativi alla gestione dell'esproprio da parte del concessionario dovranno essere riflessi nel Piano economico finanziario (da ora PEF). In questo ultimo caso, il concessionario dovrà aggiornare periodicamente il Concedente sullo stato delle procedure di esproprio e tenere nel dovuto conto gli indirizzi dello stesso per la gestione di tali procedure. Tali obblighi informativi dovrebbero essere dettagliati nella Convenzione Tipo.

⁶Il Considerando 18 della Dir. 26 febbraio 2014, n. 2014/237UE stabilisce al riguardo che " ..La caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali....."; il Considerando 20 aggiunge che: "Un rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti. Rischi come quelli legati a una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o a cause di forza maggiore non sono determinanti ai fini della qualificazione come concessioni"

Sarebbe del pari auspicabile prevedere che se entro un certo periodo di tempo (espressamente indicato nel contratto di concessione) la concessione non ottenga il finanziamento, il rapporto si risolva senza oneri a carico del concedente.

Per scongiurare il ricorso a pratiche contrattuali scorrette volte, spesso surrettiziamente, a far ricadere i rischi operativi sul concedente (come tali, contrarie ai profili funzionali della concessione), la Convenzione deve indicare in modo dettagliato l'allocazione dei rischi tra concessionario e concedente. E' opportuno allegare alla convenzione una "Matrice dei rischi" che sintetizzi quanto convenuto nella Convenzione in merito all'esatta suddivisione dei rischi, nel rispetto della disciplina prevista dalla Direttiva 2014/23/UE e della (futura) disciplina di recepimento. L'allocazione dei rischi deve, pertanto, essere disciplinata nella Convenzione Tipo in modo chiaro. E', inoltre, importante che la Convenzione preveda e disciplini la chiara e corretta allocazione dei rischi in caso di interventi di riqualificazione delle opere già realizzate. Sarebbe, inoltre, auspicabile che il ricorso alla Convenzioni Tipo determini una standardizzazione dei rischi per i singoli settori.

La corretta allocazione dei rischi produce effetti favorevoli per le parti del rapporto: per il concedente, ad una corretta allocazione dei rischi, segue il rispetto della normativa comunitaria in materia di contenimento della spesa pubblica; il concessionario, consegue vantaggi in termini di bancabilità del progetto e in termini di certezza dei tempi di realizzazione e di remunerazione dell'investimento.

Durata

La durata della Concessione deve prevedere e disciplinare i mesi e/o anni da destinare alla progettazione. Il numero di anni previsti per la costruzione dell'opera decorrenti dalla data di consegna dei lavori. Il numero di anni per la gestione dell'opera.

In termini generali, la durata della concessione deve essere programmata in modo da assicurare l'ammortamento delle infrastrutture oggetto della stessa.

Solo in casi eccezionali, può manifestarsi la necessità di prevedere un valore residuo, pari alla parte del costo sostenuto e non ammortizzato al termine della concessione, al fine di permettere la realizzazione delle opere. In ogni caso andrebbe specificato che il valore di subentro non può comportare un allungamento dell'originaria concessione.

Nella Convenzione Tipo, oltre ad un'analitica previsione di tali fase, dovrebbe essere specificato che la modifica della durata della Convenzione, comportando una novazione del rapporto e, quindi, una nuova concessione, genera l'obbligo di programmare una nuova gara. Ciò risulta dalla disciplina della Direttiva 2014/23/UE e dal concetto di modifica sostanziale nel cui *alveo* va ricondotta la modifica della durata della Concessione.

Gli ulteriori aspetti di disciplina della Convenzione Tipo

Quanto alla disciplina sugli obblighi di manutenzione, dell'opera la Convenzione Tipo dovrebbe prevedere una disciplina relativa alla manutenzione dell'opera pubblica, ed in particolare: i) l'eventuale costituzione di un fondo del concessionario per la manutenzione straordinaria, da riportare nel PEF; ii) la corrispondenza tra la tipologia di interventi di manutenzione straordinaria con i valori del fondo di cui alla lettera i); iii) le caratteristiche dell'opera al termine del contratto;

iv) le modalità di determinazione del valore residuale dell'opera. Appare opportuno prevedere il richiamo del Disciplinare di manutenzione, con l'indicazione delle varie fasi d'intervento e dei relativi importi. Andrebbero disciplinate anche le modifiche al programma di manutenzione che deve essere disciplinato come una ipotesi di revisione contrattuale, al fine di prevenire modifiche unilaterali degli interventi di manutenzione.

Un altro fondamentale aspetto che andrebbe disciplinato nella Convenzione Tipo ⁷ riguarda la necessità di definire ed individuare le specifiche cause che possono dar luogo al Riequilibrio del Piano Economico Finanziario (da ora: PEF). L'attuale disciplina contenuta nel Codice degli Appalti (cfr. art. 143 comma 8) disciplina il riequilibrio del PEF ricorrendo a formulazione eccessivamente generiche. La disposizione normativa richiamata limita la possibilità del riequilibrio del PEF alla ricorrenza di due ipotesi: a) variazioni apportate dal Concedente ai presupposti di base della concessione; b) modifiche normative e regolamentari. L'art. 143, comma 8 *bis* prevede la possibilità di definire in convenzione le condizioni di base del PEF (non imputabili al concessionario) la cui variazione comporta la revisione del PEF.

Nella pratica tuttavia si riscontra una non chiara definizione delle cause non imputabili al concessionario. Di conseguenza, si è finito talvolta per fare ricorso allo strumento del riequilibrio del PEF al verificarsi di perdite per il concessionario, senza un concreto riferimento all'evento non imputabile al concessionario. Al fine di scongiurare questi rischi andrebbero definiti parametri quantitativi per individuare gli scostamenti rispetto alle previsioni convenzionali, a fronte dei quali può essere previsto il riequilibrio.

Andrebbero, inoltre, attentamente disciplinati gli eventi di forza maggiore che possono dar luogo al diritto al riequilibrio. In ragione dell'impatto che tali eventi possono avere sull'equilibrio del PEF occorrerebbe inserire una disciplina che contenga le seguenti casistiche a titolo esemplificativo:

- eventi naturali di eccezionale portata;
- mancato ottenimento di permessi e/o autorizzazioni, per causa non imputabile al concessionario;
- ritrovamenti archeologici rivenuti successivamente al rilascio delle autorizzazioni degli enti preposti.

Andrebbero, infine, disciplinati gli effetti conseguenti al verificarsi di determinate fattispecie di cessazione dell'interruzione del rapporto (recesso, revoca, risoluzione).

4.2.2 MIGLIORARE LA QUALITÀ DELLA PROGETTAZIONE ATTRAVERSO L'OBBLIGO DI METTERE A GARA IL PROGETTO ESECUTIVO ED IL SUPPORTO FINANZIARIO ALLE STAZIONI APPALTANTI

La valorizzazione della fase di progettazione delle concessioni di lavori è uno dei principi contenuti nel ddl delega (lettera oo) che prevede, in tale contesto, la messa a gara del progetto esecutivo. Ciò potrà consentire un più efficiente utilizzo del PPP che in tal modo potrà attrarre maggiore interesse da parte di operatori e finanziatori internazionali.

A tal fine occorre predisporre strumenti che consentano all'amministrazione di farsi carico dell'intera fase progettuale delle opere da mettere a gara dal punto di vista sia finanziario che organizzativo. Si prevede di assicurare la copertura finanziaria attraverso la costituzione di un fondo nazionale per la progettazione delle opere in concessione. Dal punto di vista operativo l'utilizzo del fondo è vincolato alla realizzazione di livelli qualitativi minimi della progettazione e

⁷Ma che potrebbe essere risolto anche dai decreti di recepimento della Direttiva Concessioni

saranno previsti tempi certi per le procedure di approvazione dei documenti progettuali (studi di fattibilità e progetti preliminari e definitivi) e per l'affidamento dei successivi livelli di progettazione.

4.2.3 SUPPORTO ALLE AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI IN GRADO DI ASSISTERLE NELLA REDAZIONE DEGLI SCHEMI DI CONVENZIONE ANCHE AL FINE DI PREVEDERE MECCANISMI ADEGUATI PER LA CORRETTA ALLOCAZIONE DEL RISCHIO OPERATIVO

Al fine di garantire che nei contratti di concessione ovvero nelle operazioni di PPP sia effettivamente trasferito sul partner privato il cd. rischio operativo disciplinato dalla direttiva concessioni e venga garantita la tutela della finanza pubblica, il monitoraggio sulla corretta allocazione dei rischi, che è effettuato attualmente solo *ex post*, ossia a valle della fase di aggiudicazione, va preceduto da una attività di supporto, anche con funzione vincolante, alle amministrazioni aggiudicatrici in una fase *ex ante* ovvero prima della pubblicazione del bando di gara.

Tale attività di supporto potrebbe essere garantita in maniera efficace anche attraverso l'attribuzione di competenze a strutture tecniche a livello centrale già esistenti.

Andrebbero inoltre definite da parte delle amministrazioni concedenti procedure snelle e trasparenti finalizzate al rilascio dei provvedimenti amministrativi, regolando contrattualmente l'allocazione del rischio amministrativo, ad esempio verificando la possibilità che il rilascio di autorizzazioni, pareri o nulla osta sia acquisito preventivamente da parte del soggetto aggiudicatore.

Il supporto EX ANTE deve mirare a rendere possibile la redazione di clausole da inserire nello schema di Convenzione da porre a base di gara, dello schema di Piano economico-finanziario nonché, ove previsto, dello Studio di Fattibilità ovvero dei documenti contrattuali da porre a base di gara.

Già tale Convenzione, infatti, deve prevedere clausole dettagliate di allocazione dei rischi, in modo che la PA renda noto ai partecipanti le modalità attraverso le quali intende regolare il rapporto contrattuale e i relativi rischi.

L'analisi deve riguardare tutte le tipologie di rischio. In particolare, con riferimento alle indicazioni Eurostat e, a titolo esemplificativo, prendendo spunto da quanto previsto dalla Circolare del 27 marzo 2009 (Criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'art. 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1 della legge 28 febbraio 2008, n. 31) si dovrebbe verificare che:

- in ordine al rischio costruzione, l'assunzione di tale rischio da parte del privato, implichi che non siano ammessi pagamenti pubblici non correlati alle condizioni prestabilite per la costruzione dell'opera;
- in ordine al rischio disponibilità, i pagamenti pubblici siano correlati all'effettivo ottenimento del servizio reso - così come pattuito nel disposto contrattuale - e il soggetto pubblico ha il diritto di ridurre i propri pagamenti, nel caso in cui i parametri prestabiliti di prestazione (sia per quanto riguarda la disponibilità dell'infrastruttura, sia per quanto riguarda i servizi erogati) non vengano raggiunti;
- in ordine al rischio domanda, i pagamenti pubblici siano correlati all'effettiva quantità domandata per quel servizio dall'utenza.

In merito al rischio operativo, che si sostanzia nella possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati o i costi sostenuti per la realizzazione dei lavori e la gestione dei servizi, occorrerà accertare l'assenza di clausole che **garantiscono** il Privato nella remunerazione degli investimenti, accollandosi così un rischio di mercato o dal lato della domanda o dal lato dell'offerta.

Il supporto dovrebbe essere effettuato su qualunque tipologia contrattuale, in qualunque settore, che abbia le caratteristiche di un'operazione di PPP, indipendentemente dal valore dell'opera, in quanto obiettivo di tale controllo è la tutela della finanza pubblica e l'esclusione di qualsiasi forma di indebitamento pubblica impropria.

Gli Studi di fattibilità, inoltre, dovrebbero essere accompagnati e da una **matrice dei rischi**. Tale documento costituisce uno strumento utile in quanto consente alla PA di effettuare un "check" sulle principali clausole contrattuali, verificando se le stesse siano state formulate in modo da assicurare la corretta allocazione dei rischi.

Circa il Soggetto deputato a svolgere l'attività di supporto sui contratti di PPP, a livello centrale potrebbero essere individuate strutture tecniche interne alle singole amministrazioni. A livello locale (regioni, Province, Comuni), invece, l'individuazione di un soggetto preposto a tale funzione risulta maggiormente complicato e forse non percorribile considerata la tecnicità della questioni di cui trattasi e gli effetti sulla finanza pubblica che le decisioni al riguardo potrebbero assumere. Al fine di porre rimedio a tali criticità, andrebbero individuati Soggetti deputati al riguardo almeno a livello di amministrazione regionale con competenza sull'intero territorio sia per consentire una maggiore coerenza delle decisioni prese sia per garantire maggior terzietà al riguardo. Tali strutture potrebbero poi avere un rapporto diretto di confronto e verifica con la struttura centrale deputata all'assistenza alle Pubbliche Amministrazioni in tema di PPP, ossia il DIPE. In ogni caso, al fine di garantire la richiamata terzietà, l'opportuna tecnicità e la giusta attenzione alla tutela della finanza pubblica andrebbe effettuato un *enforcement* sui soggetti Concedenti nel rivolgersi direttamente alla predetta struttura centrale per l'emanazione di pareri non vincolanti ma in grado di valutare ex ante le questioni richiamate come, peraltro, accade già oggi.

Tale misura sarà realizzata tramite l'implementazione delle forme di supporto già esistenti. Qualora tale funzione venga introdotta in seno al nuovo Codice dei Contratti pubblici dovrà essere coordinato con le procedure ad oggi previste, al fine di evitare sovrastrutture o sovrapposizioni procedurali in particolare nel settore delle infrastrutture strategiche per le quali, oggi, è prevista l'approvazione al CIPE dei relativi progetti, nonché degli schemi di Convenzione.

4.2.4 INTRODUZIONE DI UNA VALUTAZIONE DI IMPATTO DELLA CONVENIENZA ECONOMICA E SOCIALE DELLE OPERE PUBBLICHE OGGETTO DI PPP E VERIFICA DELLA CAPACITÀ DELL'OPERA DI GENERARE UN'ADEGUATA REMUNERAZIONE

A. Valutazione di impatto della convenienza economica e sociale delle opere pubbliche

La valutazione di impatto della convenienza economica e sociale delle opere pubbliche potrebbe essere inserita nel nuovo Codice ed in particolare per le concessioni si potrebbe prevedere l'obbligo di definire e aggiornare una lista di progetti prioritari sulla base della valutazione della sostenibilità tecnico economica e finanziaria degli stessi, previa analisi di costi e benefici; - valutare

l'impatto sui conti pubblici; verificare la rispondenza dei progetti alla specifica domanda di settore e al raggiungimento degli obiettivi socio-economici.

Al fine di dare attuazione a questa forma di valutazione, si potrebbe seguire la stessa modalità prevista per il supporto sui contratti PPP, affidandola a strutture tecniche appositamente istituite o attribuendo tale competenza alle strutture centrali attualmente competenti in materia di PPP.

Tale attività dovrebbe essere finalizzata ad:

- effettuare una ricognizione continua delle iniziative volte alla realizzazione di progetti in PPP;
- definire e aggiornare una lista di progetti prioritari sulla base della valutazione della sostenibilità tecnico economica e finanziaria degli stress, previa analisi di costi e benefici;
- valutare l'impatto sui conti pubblici;
- verificare la rispondenza dei progetti alla specifica domanda di settore e al raggiungimento degli obiettivi socio-economici.

Sul punto, si segnala comunque che l'attuale Codice attribuisce già (art. 128 e art. 175), alle singole PA, un obbligo di redazione di un programma triennale dei lavori pubblici che, come recita lo stesso Codice, deve costituire "momento attuativo di studi di fattibilità e di identificazione e quantificazione dei propri bisogni che le amministrazioni aggiudicatrici predispongono nell'esercizio delle loro autonome competenze".

In particolare per le concessioni, l'art. 128, comma 2 stabilisce che "le amministrazioni aggiudicatrici individuano con priorità i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica". Attraverso la redazione di tali studi ciascuna amministrazione dovrebbe svolgere una valutazione della convenienza economica e sociale dell'opera.

Pertanto, oltre all'introduzione di una specifica previsione normativa, occorrerebbe verificare la fattibilità dell'attuale disciplina, individuando le ragioni per le quali le attuali previsioni non sono state applicate o hanno avuto scarsa attuazione.

Il tema, quindi, è quello di sensibilizzare le PA a compiere un'attività fondamentale che rientra già nella propria capacità di programmazione e di valutazione dei bisogni pubblici.

Tutto ciò detto un'analisi della convenienza economica e sociale non può prescindere da una valorizzazione del concetto di partenariato inteso come collaborazione con soggetti privati non meramente finanziaria ma tale da utilizzare il know-how di cui il privato è portatore per poter migliorare la qualità e l'efficienza dei servizi.

B. Verifica della capacità dell'opera di generare un'adeguata remunerazione

Tale attività e la connessa responsabilità devono essere attribuite al soggetto Concessionario, che redige il PEF e accerta l'idoneità del Progetto a generare i necessari flussi di cassa.

L'assunzione di una responsabilità del Concessionario in ordine alla verifica della remunerazione è strettamente legata all'attribuzione in capo allo stesso del Rischio Operativo. Nell'ambito della redazione del nuovo codice dei Contratti, si dovranno introdurre principi che attribuiscono al

Concessionario la responsabilità della piena attuazione del piano finanziario ed il rispetto dei tempi previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche.

Ciò è connesso alla durata delle concessioni, deve essere sufficiente a garantire la completa remunerazione del capitale investito, senza dover ricorrere al meccanismo del subentro.

La valutazione di impatto della convenienza economica e sociale delle opere pubbliche oggetto di PPP e la verifica della capacità dell'opera di generare un'adeguata remunerazione potrebbero essere introdotte tramite l'implementazione nel nuovo codice dei criteri di cui alla lettera ss) e tt). In particolare, la legge delega approvata in via definitiva, prevede: lettera "ss) *razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato, con particolare riguardo alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici ed il supporto tecnico alle stazioni appaltanti, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti*"; tt) *"al fine di agevolare e ridurre i tempi delle procedure di partenariato pubblico privato, previsione espressa, previa indicazione dell'amministrazione competente, delle modalità e delle tempistiche per addvenire alla predisposizione di specifici studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria derivante dalla verifica dei livelli di bancabilità, garantendo altresì l'acquisizione di tutte le necessarie autorizzazioni, pareri e atti di assenso comunque denominati entro la fase di aggiudicazione"*.

4.2.5 RIFORMA SULLE VERIFICHE DELLE MODIFICHE SOSTANZIALI DELLE CONCESSIONI, INCLUSE LE PROROGHE ILLEGITTIME

La legge delega alla lettera *iii)* prevede l'obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare una quota pari all'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica, stabilendo che la restante parte possa essere realizzata da società *in house* per i soggetti pubblici ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedure ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato, nonché **modalità di verifica del rispetto di tali previsioni affidate anche all'ANAC.**

Inoltre il criterio di delega di cui alla lettera t) attribuisce all'ANAC più ampie funzioni di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e **dei contratti di concessione**, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio.

In particolare nel settore delle concessioni autostradali, la legge delega (lettera III) l' avvio delle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento delle nuove concessioni autostradali non meno di ventiquattro mesi prima della scadenza di quelle in essere, con revisione del sistema delle concessioni autostradali, **con particolare riferimento all'introduzione di un divieto di clausole e disposizioni di proroga.**

4.2.6 RIFORMA DEL SISTEMA DI REGOLAZIONE E CONTROLLO DELLE CONCESSIONI AUTOSTRADALI

Le specifiche funzioni di regolazione e di controllo attribuite all’Autorità per i Trasporti mirano alla razionalizzazione ed all’efficientamento dell’intero sistema delle concessioni autostradali al fine di superare le attuali criticità che lo caratterizzano.

In particolare per le nuove concessioni, il potere regolatorio *ex ante* si esplica nella fissazione dei sistemi tariffari, nella definizione degli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione, nella definizione degli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni nonché nella definizione degli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali, allo scopo di promuovere la concorrenza “per confronto”, l’efficienza produttiva delle gestioni ed il contenimento dei costi.

In particolare, sotto il profilo tariffario è necessario il superamento di elementi di indeterminatezza e opacità per evitare distorsioni nel settore autostradale che si possano tradurre in incrementi troppo elevati delle tariffe, a discapito degli utenti, ed in ricavi ingiustificati per i concessionari autostradali.

La messa a gara delle nuove concessioni autostradali interverrà pertanto nel quadro dell’assetto regolatorio così riconfigurato.

Restano comunque ferme le competenze del NARS e del CIPE con riferimento alle concessioni in essere nell’ambito delle quali, in sede di aggiornamento e nei casi di eventuali revisioni, sono state poste e verranno poste in essere le opportune attività atte ad assicurare la tutela della finanza pubblica ed una coerenza ed omogeneità regolatoria.

4.3 AZIONI

Azione	Principali indicatori di risultato	Data indicativa di attuazione
Recepimento della Direttiva concessioni nel nuovo Codice	Adozione di un decreto legislativo contenente il Codice dei contratti pubblici e delle concessioni	Luglio 2016
Predisposizione di convenzioni tipo	Adozione di n. 1 convenzione tipo	Settembre 2016
Supporto ex ante alle PPAA nell’ attuazione di interventi mediante contratti di concessione, in particolare sulla corretta allocazione del rischio operativo	Implementazione delle forme di supporto già esistenti	Dicembre 2016

Obbligo di valutazione di impatto della convenienza economica e sociale dell'opera, in particolare della capacità di generare un'adeguata remunerazione durante la durata prevista della concessione al fine di eliminare il ricorso al valore di subentro	Introduzione nel nuovo Codice dei contratti di una norma ad hoc, nell'ambito del recepimento dei criteri di cui alla lettera ss) e tt).	Luglio 2016
Obbligo di mettere a gara il progetto definitivo/esecutivo	Adozione di 1 decreto legislativo contenente il Codice dei contratti pubblici e delle concessioni	Luglio 2016
Vigilanza dell'ANAC sui contratti di concessione Revisione del sistema delle concessioni autostradali, con particolare riferimento all'introduzione di un divieto di clausole e disposizioni di proroga	Adozione di un decreto legislativo contenente il Codice dei contratti pubblici e delle concessioni	Luglio 2016
Definizione degli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali e attività di regolazione da parte dell'Autorità dei Trasporti	N. 1 atto di regolazione adottato dall'Autorità di settore	Dicembre 2016

5 SISTEMA DEI CONTROLLI: LOTTA ALL'INEFFICIENZA E ALLA CORRUZIONE

5.1 CRITICITÀ

5.1.1 ECCESSO DI ONERI INFORMATIVI PER LE STAZIONI APPALTANTI

In tutto il ciclo di vita del contratto pubblico, dalla programmazione all'esecuzione, le stazioni appaltanti devono ottemperare a numerosi adempimenti informativi scaturenti da leggi diverse (Codice dei contratti, legge anticorruzione, legge trasparenza, d.l. 66/2014, etc.) con la necessità di pubblicare ed inviare dati informativi a soggetti diversi.

Il moltiplicarsi disordinato degli obblighi informativi ha dato luogo ad un insieme complesso e disorganico di regole sui diversi soggetti tenuti ad adempiere, sui tempi e sulle modalità di trasmissione dei dati, sui sistemi di codifica e classificazione.

5.1.2 NON EFFICACE SISTEMA DI CONTROLLO SULLA REGOLARITÀ/LEGITTIMITÀ DELLE DIVERSE FASI DELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

In base all'attuale sistema si riscontrano numerose criticità in merito ai controlli sulla regolarità e legittimità delle procedure di gara nella diverse fasi, dalla pubblicazione all'aggiudicazione ed all'approvazione del contratto. Sin dalla fase di verifica sulle dichiarazioni sostitutive di certificazione rese in relazione ai requisiti di ordine generale sussistono criticità derivanti dalla lunghezza del procedimento e dalla non definitività del dato. La normativa infatti, salvo poche eccezioni, non prevede tempi massimi per il rilascio da parte delle amministrazioni competenti delle informazioni richieste né meccanismi di silenzio assenso, nel caso di mancata risposta entro un tempo definito.

Problematiche emergono anche nelle fasi successive, dall'aggiudicazione alla stipula ed all'approvazione del contratto, laddove lo stesso codice dei contratti prevede un complesso sistema di verifiche rinviando ai controlli previsti dai rispettivi ordinamenti vigenti presso le amministrazioni appaltanti.

5.1.3. NON EFFICACE SISTEMA DI CONTROLLO NELLA FASE DI ESECUZIONE DEL CONTRATTO

Nella fase post aggiudicazione si rilevano alcune problematiche dovute principalmente alla mancanza di specifiche in merito all'oggetto e l'entità della prestazione, all'assenza di penali da applicare in caso di inadempimento della prestazione o alla loro modesta entità; alla carenza delle attività di controllo da parte delle stazioni appaltanti sul corretto espletamento della prestazione. Gli studi in materia evidenziano che fenomeni corruttivi si sviluppano in particolare nella fase successiva all'aggiudicazione, soprattutto in sede di controlli della qualità o di completamento dei contratti di opere/forniture/servizi.

Ulteriore nodo problematico è quello della filiera dei subcontratti laddove risulta più complicato il controllo di legalità e si rende ancora più necessario assicurare la tracciabilità della fase esecutiva del contratto.

5.2 SOLUZIONI

5.2.1 RIORDINO DELL'INTERO COMPLESSO DEGLI ADEMPIMENTI A CARICO DELLE STAZIONI APPALTANTI IN MATERIA DI CONTRATTI E DI INVESTIMENTI

Si rende necessario un intervento di riordino dell'intero complesso degli adempimenti a carico delle stazioni appaltanti in materia di contratti e di investimenti, che operi non solo una semplificazione ed un ridisegno dei flussi, ma anche una drastica riduzione dei soggetti titolari di rilevazioni e destinatari delle informazioni delle stesse.

Un primo passo è stato l'istituzione del Tavolo tecnico di cui alla delibera del 26 ottobre 2012 (*Relazioni sul Sistema Monitoraggio Investimenti Pubblici (MIP) e Codice Unico di Progetto (CUP), relative al primo e secondo semestre 2011, delibera n. 124/2102*), che sta elaborando proposte concrete finalizzate alla razionalizzazione e semplificazione degli attuali sistemi, con l'intento di

non solo di prevedere una semplificazione degli oneri a carico delle stazioni appaltanti, ma anche di ridisegnare i flussi informativi prevedendo una riduzione dei soggetti titolari di rilevazioni e destinatari delle informazioni.

5.2.2. RAFFORZAMENTO DEL SISTEMA DI CONTROLLO NELLA FASE DI ESECUZIONE DEL CONTRATTO

La lett. II) dell'art. 1 della legge delega appalti, in merito alla finalità del rafforzamento del controllo sull'esecuzione del contratto, prevede espressamente un: "rafforzamento **delle funzioni di organizzazione, di gestione e di controllo** della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, attraverso verifiche effettive e non meramente documentali, con particolare riguardo ai poteri di verifica e intervento del responsabile del procedimento, del direttore dei lavori nei contratti di lavori e del direttore dell'esecuzione del contratto nei contratti di servizi e forniture, **nonché per le verifiche e i controlli relativi all'effettiva ottemperanza a tutte le misure mitigative e compensative e alle prescrizioni in materia ambientale, paesaggistica, storico-architettonica, archeologica e di tutela della salute umana, impartite dagli enti e dagli organismi competenti, prevedendo un adeguato sistema sanzionatorio nei casi di controlli lacunosi ovvero di omessa vigilanza. È vietata**, negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, l'attribuzione dei compiti di responsabile o direttore dei lavori allo stesso contraente generale o soggetto collegato, **ed è previsto** che i soggetti che realizzano insediamenti produttivi strategici privati o infrastrutture strategiche private di preminente interesse nazionale, **fermo restando quanto previsto dalla lettera sss)**, debbano adottare forme di contabilità esecutiva e di collaudo analoghe a quelle previste per gli appalti pubblici di lavori".

Come risulta evidente la norma appena richiamata, pur rappresentando un criterio di delega, presenta un tale livello di dettaglio da fornire indicazioni sufficienti per un rafforzamento dei controlli in fase esecutiva, indicando, peraltro, specificamente i soggetti a ciò deputati.

5.2.3 RAFFORZAMENTO DEI POTERI DI CONTROLLO DELL'ANAC

Di fondamentale rilevanza per garantire l'evoluzione positiva del sistema dei controlli sarà l'implementazione dei criteri contenuti nel disegno di legge delega.

In particolare, si richiama la lettera *q)* che dispone l'armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive, tramite la definizione di idonee misure quali:

- 4 la previsione di poteri di vigilanza e controllo sull'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici e di contratti di concessione, con particolare riguardo alla fase di esecuzione della prestazione, al fine di evitare la corruzione e i conflitti d'interesse ed a favorire la trasparenza, e la promozione della digitalizzazione delle procedure stesse, in funzione della loro tracciabilità;
- 5 un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva

denuncia e individuando le norme del codice la cui violazione determina la comminazione di sanzioni amministrative da parte dell'ANAC;

- 6 piena accessibilità, visibilità e trasparenza, anche in via telematica, in relazione agli atti progettuali, al fine di consentire un'adeguata ponderazione dell'offerta da parte dei concorrenti.

Si prevede inoltre, alla lettera t), l'attribuzione all'ANAC di più ampie funzioni di vigilanza comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa.

Al momento non è possibile fornire ulteriori dettagli sulle concrete modalità con cui verranno implementati i sopra descritti criteri di delega, ma dovrà attendersi sul punto l'adozione del nuovo codice dei contratti pubblici, in corso di elaborazione.

5.2.4 CREAZIONE DI UN ALBO NAZIONALE, GESTITO DALL'ANAC, DEI COMPONENTI DELLE COMMISSIONI GIUDICATRICI DI APPALTI PUBBLICI E CONCESSIONI

Sempre al fine di garantire maggiore trasparenza e regolarità delle procedure di affidamento il disegno di legge delega dispone (lettera hh) la creazione, presso l'ANAC, di un albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici di appalti pubblici e contratti di concessione, prevedendo, ai fini dell'iscrizione all'albo, specifici criteri in relazione ai requisiti necessari per l'iscrizione e per l'assegnazione dei componenti alle commissioni giudicatrici che dovrà avvenire mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno doppio rispetto ai componenti da nominare e comunque nel rispetto del principio di rotazione. La disciplina generale per la tenuta dell'albo, comprensiva dei criteri per il suo aggiornamento, sarà adottata con apposita determinazione dell'ANAC.

5.3 AZIONI

Azione	Principali indicatori di risultato	Data indicativa di attuazione
Riordino dell'intero complesso degli adempimenti a carico delle stazioni appaltanti in materia di contratti e di investimenti	Adozione delibera Cipe contenente le soluzioni individuate, i lavori del Tavolo ex delibera 124/12	
Rafforzamento dei poteri dell'ANAC	Adozione del decreto legislativo contenente il Codice	Luglio 2016

Creazione di un albo nazionale, gestito dall'ANAC, dei componenti delle commissioni giudicatrici di appalti pubblici e concessioni	Adozione del decreto legislativo contenente il Codice Istituzione dell'albo	Luglio 2016 Dicembre 2016
Rafforzamento del sistema di controllo nella fase di esecuzione del contratto	Adozione del decreto legislativo contenente il Codice	Luglio 2016