

**Il recepimento delle nuove direttive europee
su appalti pubblici e concessioni:
alcuni spunti di riflessione**

1. Spazi di scelta in sede di recepimento

Il processo di modernizzazione delle regole europee in materia di contratti pubblici che ha portato all'adozione delle tre nuove direttive su appalti e concessioni persegue molteplici obiettivi. Il primo è quello di rendere la disciplina più funzionale al perseguimento della strategia Europa 2020 "per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva". In questa prospettiva, le regole sono state riviste e aggiornate per accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un migliore uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale. Inoltre, per accrescere la certezza giuridica e favorire quindi l'attività transfrontaliera delle imprese, sono stati chiariti numerosi profili della disciplina e sono state introdotte norme comuni a livello europeo per le concessioni di servizi, che non erano coperte dalle precedenti direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE sugli appalti pubblici nei settori ordinari e speciali.

Pur mirando a delineare un quadro di regole comuni nel mercato interno, il nuovo pacchetto non è basato su un approccio di armonizzazione completa: gli Stati membri restano liberi di adottare, nelle materie coperte dalle direttive, ulteriori disposizioni purché queste non siano in contrasto con la disciplina delle direttive stesse e con le altre disposizioni del diritto europeo. In particolare, è consentito agli Stati membri adottare disposizioni che comportano una maggiore apertura alla concorrenza nel settore dei contratti pubblici¹.

Inoltre, se per alcuni aspetti le direttive dettano obblighi univoci per gli Stati membri (gli Stati membri devono... – "Member States shall..."), per altri profili individuano alcune opzioni che possono o meno essere seguite a livello nazionale (le amministrazioni aggiudicatrici o gli Stati membri possono... - "Member States may...")².

¹ Sul tema, cfr. anche Corte costituzionale, sentenza 17 novembre 2010, n. 325. La Corte sottolinea che la normativa comunitaria diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato costituisce solo "un minimo inderogabile" per gli Stati membri. E' infatti "innegabile l'esistenza di un margine di apprezzamento del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza nel mercato e per il mercato"; al legislatore italiano "non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario. L'identità del "verso" delle discipline interna e comunitaria esclude, pertanto, ogni contrasto o incompatibilità".

² Si veda per esempio la disposizione relativa alle ipotesi di esclusione della direttiva sugli appalti pubblici nei settori ordinari: oltre alle ipotesi di esclusione obbligatoria dalla partecipazione alla procedura

Pertanto, la fase del recepimento delle direttive, con la conseguente opera di revisione del Codice dei contratti pubblici, non va sottovalutata perché richiede una serie di scelte sostanziali da parte del legislatore nazionale.

Queste scelte, naturalmente, devono avvenire nel rispetto di alcuni vincoli.

Anzitutto, esse devono essere conformi alle norme del Trattato (in particolare, l'articolo 291 TFUE impone agli Stati membri di adottare tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione).

Inoltre, le scelte devono rispettare le previsioni nazionali sul divieto del *gold-plating* – ossia il divieto di aggiungere o mantenere in fase di recepimento vincoli ulteriori rispetto a quelli minimi richiesti dalle direttive laddove questo non sia strettamente giustificato³.

Tra gli altri principi e criteri generali per il recepimento delle direttive europee, appaiono rilevanti quello di assicurare il coordinamento con le discipline vigenti introducendo le modifiche attraverso il riassetto e la semplificazione normativa⁴ e quello di garantire la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto a quelli degli altri Stati membri, evitando in ogni caso un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani⁵.

I tempi per il recepimento delle nuove direttive sono stretti. Gli Stati Membri, infatti, devono conformarsi alla nuova disciplina entro due anni dall'entrata in vigore⁶. Per

d'appalto, le amministrazioni aggiudicatrici o gli Stati membri hanno la facoltà di utilizzare ulteriori ipotesi di esclusione all'interno di un elenco fissato dalla direttiva.

³ L'articolo 32, comma 1, lettera c, della legge 24 dicembre 2012, n. 234 sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione del diritto europeo, fa riferimento a livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, ai sensi dell'articolo 14, commi 24-bis, 24-ter e 24-quater della legge 28 novembre 2005, n. 246. In base alle disposizioni richiamate, sono considerati livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie: l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; l'espansione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi e complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive. Livelli di regolazione superiori al minimo sono ammessi solo se l'amministrazione dà conto delle circostanze eccezionali, valutate con metodi d'analisi d'impatto, che richiedono il superamento di quanto richiesto dalla regolazione europea.

⁴ Legge n. 234/2012, articolo 32, lettera b.

⁵ Legge n. 234/2012, articolo 32, lettera i.

⁶ Termini più lunghi sono previsti per le disposizioni che comportano l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione.

quella data le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie dovranno non solo essere state adottate ma essere già operative.

Occorre quindi procedere con puntualità e determinazione, chiarendo da subito le priorità per il legislatore nazionale rispetto al modello indicato dalle direttive. L'esperienza indica che i criteri guida devono essere quelli dell'efficiente gestione delle risorse pubbliche e della valorizzazione del ruolo del mercato. Da entrambi i punti di vista, la trasparenza delle scelte delle amministrazioni costituisce un presidio fondamentale. Al tempo stesso, per alcuni profili è possibile semplificare il sistema, riducendo gli oneri burocratici per gli operatori.

Più in generale, il recepimento delle direttive può fornire l'occasione per avviare un più ampio lavoro di razionalizzazione e riordino del quadro regolatorio in materia di contratti pubblici, ripetutamente modificato nel corso degli anni, con l'obiettivo di aumentare la chiarezza del quadro normativo riducendo la dispersione delle fonti ed eliminando sovrapposizioni e duplicazioni⁷. Nel valutare le disposizioni da adottare, occorrerà chiedersi se esse siano favorevoli alla crescita economica, agli investimenti in infrastrutture, allo sviluppo del partenariato pubblico-privato.

2. Soggetti tenuti ad applicare la disciplina dei contratti pubblici

In linea di principio dovrebbero essere assoggettati alla disciplina dei contratti pubblici solo i soggetti per i quali il sistema di incentivi ai comportamenti di approvvigionamento di lavori e forniture è diverso da quello di un'impresa privata e quindi occorrono regole particolari per assicurare il perseguimento dell'obiettivo del *best value for money*. Come noto, il diritto europeo sottopone alle regole sul *public procurement* sia le pubbliche amministrazioni sia altri soggetti, inclusi soggetti privati, presumendo che anche per essi sia necessaria una disciplina speciale.

Le nuove direttive introducono alcuni importanti chiarimenti riguardo all'ambito di applicazione soggettivo della disciplina, che è opportuno valorizzare in sede di recepimento.

⁷ Lo schema di disegno di legge sulle infrastrutture approvato dal Consiglio dei Ministri nell'ottobre 2012 prevedeva una delega legislativa in tal senso, ma non ha avuto seguito.

Nozione di organismo di diritto pubblico

Tutte e tre le direttive inseriscono gli organismi di diritto pubblico tra le amministrazioni aggiudicatrici, con la conseguente applicazione della disciplina dei contratti pubblici.

Come noto, gli organismi di diritto pubblico sono definiti dal diritto europeo come quegli organismi dotati di personalità giuridica, che sono istituiti per soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e che infine sono, in alternativa, finanziati in misura prevalente da soggetti pubblici o sottoposti al loro stretto controllo gestionale o sottoposti ai poteri di nomina della maggioranza del *board* da parte di soggetti pubblici. Questa nozione è stata interpretata in modo estensivo dalla giurisprudenza italiana. Spesso, utilizzando la cosiddetta teoria del contagio, si è finito per includere nella nozione di organismo di diritto pubblico anche le imprese che di fatto operano in concorrenza con altri operatori⁸. Questa assimilazione costituisce uno svantaggio competitivo per tali imprese in relazione agli oneri derivanti dall'applicazione delle regole dettagliate per lo svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica e all'elevato rischio di successivo contenzioso.

Il considerando (10) della direttiva sugli appalti pubblici può aiutare il legislatore e la giurisprudenza nazionale a meglio delimitare la nozione di organismo di diritto pubblico, in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia. L'ultima parte del considerando precisa infatti che "un organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività non dovrebbe essere considerato un "organismo di diritto pubblico", in quanto è lecito supporre che sia stato istituito allo scopo o con l'incarico di soddisfare esigenze di interesse generale che sono di natura industriale o commerciale".

Diritti speciali o esclusivi

Nei settori speciali (acqua, energia, trasporti e servizi postali), la disciplina sugli appalti pubblici e ora anche quella sulle concessioni si applica agli enti aggiudicatori, nell'ambito dei quali rientrano non solo le amministrazioni aggiudicatrici, ma anche le imprese pubbliche e quelle dotate di diritti speciali o esclusivi, nel presupposto che i comportamenti di acquisto di questi soggetti possano seguire logiche diverse da quelle del mercato.

⁸ Cfr. sul tema Mario Libertini, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contratto e impresa*, 2008, 1201 ss.

Sotto questo profilo, le nuove direttive chiariscono che la disciplina non si applica quando il diritto speciale o esclusivo è stato conseguito attraverso una procedura che ha assicurato un'adeguata pubblicità e seguito criteri oggettivi di aggiudicazione. Le procedure che soddisfano tali requisiti includono le procedure che richiedono una previa indizione di gara (*prior call for competition*) previste dalle direttive appalti e concessioni e quelle, ai sensi degli altri atti giuridici dell'Unione indicati nell'Allegato II, in grado di garantire un'adeguata trasparenza e basate su criteri oggettivi. Il recepimento di questa parte della disciplina contribuirà in misura importante a una migliore delimitazione dell'ambito di applicazione delle norme sui contratti pubblici.

Attività direttamente esposte alla concorrenza

Un'ulteriore disposizione volta a circoscrivere il novero dei soggetti tenuti ad applicare la disciplina dei contratti pubblici è quella relativa alle attività direttamente esposte alla concorrenza.

Il meccanismo che consente di escludere l'applicazione della disciplina delle direttive agli appalti relativi ad attività direttamente esposte alla concorrenza in mercati liberamente accessibili già esisteva nella direttiva 2004/17/CE (art. 30) e viene ulteriormente precisato dalla nuova direttiva sui settori speciali. Come nel sistema precedente, se lo Stato membro ha attuato una serie di direttive, vi è una presunzione che i mercati interessati siano aperti alla concorrenza. La nuova disciplina chiarisce che l'esclusione può riguardare anche un mercato geografico più ristretto rispetto al territorio nazionale. La richiesta di esclusione dall'ambito di applicazione delle direttive, come nel regime precedente, può essere presentata dallo Stato membro o, se la legislazione nazionale lo consente, anche dall'ente aggiudicatore. La procedura è ora semplificata se la richiesta di esclusione è accompagnata dalla valutazione di un'autorità nazionale indipendente competente nel settore.

Oltre al recepimento formale delle disposizioni della direttiva, appare importante predisporre a livello nazionale assetti organizzativi volti ad assicurare che l'attuazione avvenga in modo snello, rapido e corretto

3. Trasparenza, concorrenza, altri obiettivi di politica pubblica

Come anticipato, la disciplina europea dei contratti pubblici è stata rivista per conseguire una più stretta integrazione con gli obiettivi della strategia Europa 2020⁹. Questa impostazione pone una sfida per gli Stati membri che dovranno attuare le nuove regole. Occorre tenere conto delle nuove istanze senza deviare dalla rotta della trasparenza e della promozione di un mercato concorrenziale in cui si sviluppino imprese competitive in termini di qualità e prezzo. Infatti, se le finalità e i criteri su cui si fondano le scelte delle amministrazioni in tema di appalti pubblici sono troppo numerosi e non definiti chiaramente, può risultare difficile controllare la corretta gestione delle risorse pubbliche e ostacolare favoritismi e sviluppi di tipo protezionistico.

Per contenere questo rischio, le nuove direttive delineano un equilibrio tra gli obiettivi da perseguire che va salvaguardato in fase di recepimento, sia con riferimento alle misure per favorire la partecipazione delle PMI, sia riguardo ai criteri di esclusione, alla definizione delle specifiche tecniche e alla connessione tra i fattori rilevanti in sede di aggiudicazione e l'oggetto del contratto. Ci soffermiamo brevemente su ciascuno di questi profili.

a) Le piccole e medie imprese

Per favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, le direttive richiedono che i requisiti di fatturato minimo che le amministrazioni possono imporre non siano eccessivamente alti e non costituiscano quindi una barriera ingiustificata all'entrata. I requisiti devono rispettare il principio di proporzionalità. Di norma, se non si è in presenza di eccezionali circostanze di rischio specifico, essi non devono superare il doppio del valore del contratto.

Inoltre, le amministrazioni possono decidere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati; salvo i casi in cui la suddivisione in lotti è stata resa obbligatoria, le amministrazioni sono tenute a indicare nei documenti di gara i motivi principali della loro decisione di non suddividere in lotti (in linea con quanto già previsto nel nostro ordinamento con le modifiche al Codice introdotte dal decreto legge n. 69/2013).

⁹ Cfr. il considerando 2 della direttiva sugli appalti pubblici nei settori ordinari.

b) Criteri di esclusione

Rispetto alle precedenti direttive, i motivi di esclusione degli operatori economici dalla partecipazione alle procedure di appalto sono stati ampliati, rendendo vincolante l'obbligo di esclusione per violazioni fiscali o contributive e aggiungendo altre ipotesi in cui lo Stato membro può introdurre l'esclusione (ad esempio in caso di violazioni degli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro o di insoddisfacente performance con gravi conseguenze o di tentativi di influenzare il processo decisionale).

L'obiettivo di dissuadere gli operatori dall'adozione di comportamenti scorretti è naturalmente condivisibile, ma occorrono alcune avvertenze. Se uno Stato membro intende avvalersi dell'ampia "facoltà di escludere" prevista dalle direttive, appare necessario applicare in ogni caso, e non solo come espressamente previsto nell'ipotesi di violazioni fiscali, un criterio di proporzionalità. Ad esempio, a prescindere dalla possibilità di un ravvedimento (comunque contemplata dalla disciplina) non si dovrebbe arrivare a inibire a un operatore economico di accedere al mercato pubblico, con conseguenze economiche anche gravissime, per meri errori formali o negligenze non dolose.

c) Specifiche tecniche

Le nuove direttive confermano la linea volta ad assicurare che le specifiche tecniche vengano fissate in termini di requisiti funzionali e non siano redatte in modo da risultare discriminatorie. E' mantenuta la possibilità di fare riferimento a standard (che ora per le tecnologie dell'informazione includono anche le specifiche tecniche di forum e consorzi), a condizione che sia sempre consentito il ricorso a soluzioni alternative equivalenti.

d) Integrazione nella disciplina dei contratti di altri obiettivi di politica pubblica

La possibilità di perseguire obiettivi di politica pubblica (di natura sociale o ambientale o relativi all'innovazione) è evidente in varie parti della nuova disciplina: in particolare nelle sezioni relative alle specifiche tecniche, ai criteri di aggiudicazione e alle condizioni di esecuzione. Per evitare il rischio di opacità e distorsioni della concorrenza sarà fondamentale, in sede di attuazione, valorizzare le disposizioni che richiedono di fissare preventivamente in modo trasparente i criteri di selezione e aggiudicazione e di definirli in modo sufficientemente preciso da non consentire all'amministrazione aggiudicatrice scelte arbitrarie o eccessivamente discrezionali.

Il criterio di aggiudicazione nelle nuove direttive sugli appalti è l'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice. L'offerta economicamente più vantaggiosa deve essere individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, e può includere il miglior rapporto qualità prezzo valutato sulla base di criteri oggettivi (qualitativi, ambientali, sociali) connessi all'oggetto dell'appalto in questione. Possono essere considerati connessi all'oggetto del contratto anche fattori relativi al processo produttivo o al successivo ciclo di vita del prodotto che non si riflettono sulle caratteristiche materiali del prodotto stesso.

E' espressamente prevista la possibilità di tenere conto dei costi del ciclo di vita del prodotto o dell'opera. In tale contesto, oltre ai costi per l'amministrazione aggiudicatrice o altri utenti possono venire in rilievo costi imputati alle esternalità ambientali.

Il requisito della connessione dei fattori rilevanti al fine di selezionare l'offerta economicamente più vantaggiosa con l'oggetto del contratto implica che non possono rilevare, ad esempio, valutazioni connesse all'adozione da parte di un'impresa di un generale modello di *corporate social responsibility*. Questo requisito costituisce un'ancora importante per evitare che altri obiettivi prevalgano sull'idea di indirizzare in senso concorrenziale il comportamento di acquisto dell'amministrazione. Esso va quindi salvaguardato con cura in sede di attuazione delle direttive.

Con specifico riferimento al nuovo criterio del "costo del ciclo di vita", la direttiva fissa alcuni requisiti generali di trasparenza (obbligo di indicare nei documenti di gara i dati richiesti e il metodo di valutazione che sarà utilizzato per calcolare il costo del ciclo di vita). E' inoltre previsto, in prospettiva, che specifici atti legislativi dell'Unione possano rendere obbligatoria l'applicazione di determinati metodi comuni per il calcolo dei costi del ciclo di vita. A livello nazionale, appare fondamentale iniziare da subito ad approfondire quali potrebbero essere, nei diversi settori e sottosettori, modelli appropriati per la valutazione del costo del ciclo di vita, per fornire alle amministrazioni aggiudicatrici standard adeguati da utilizzare nelle future procedure di aggiudicazione. Una riflessione tempestiva sul tema, con il supporto dell'Autorità dei contratti pubblici, può costituire un elemento strategico in vista della definizione dei futuri metodi comuni di calcolo che saranno individuati a livello europeo.

4. Concessioni di servizi e affidamenti diretti

La nuova direttiva sulle concessioni, che definisce per la prima volta disposizioni comuni europee per le concessioni di servizi andando oltre la mera applicazione dei principi e delle regole del Trattato, era attesa con interesse dal mercato. Il diritto europeo costituisce infatti un punto di riferimento fondamentale per la disciplina dei rapporti tra amministrazioni e imprese nel settore.

La scelta del legislatore europeo è stata quella di definire un quadro giuridico comune per l'aggiudicazione dei contratti di concessione di servizi e di lavori che superano una determinata soglia (5 186 000 euro) più flessibile rispetto a quello previsto per gli appalti.

Nei primi articoli della direttiva sono ribaditi alcuni principi fondamentali del diritto europeo. Anzitutto, le amministrazioni sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi, avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o conferendole a operatori economici esterni. In quest'ultimo caso, tuttavia, la procedura di affidamento deve rispettare i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Viene anche sottolineato che la direttiva non pregiudica la libertà per gli Stati membri di definire quali servizi siano di interesse economico generale, a quali obblighi tali servizi debbano essere soggetti e in che modo debbano essere organizzati e finanziati, ma resta fermo l'obbligo di rispettare le regole europee sugli aiuti di Stato. Questi principi si applicano, naturalmente, anche al di sotto delle soglie individuate dalla direttiva.

Una novità è il chiarimento a livello normativo della nozione di concessione di lavori o di servizi, incentrato sul trasferimento in capo al concessionario del rischio operativo dal lato della domanda o dell'offerta.

Tra le disposizioni generali, presenta una particolare importanza quella relativa alla durata della concessione. Oltre a sancire il principio per cui la durata delle concessioni è limitata e deve essere stabilita dai soggetti aggiudicatori in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario, la direttiva precisa che per le concessioni ultraquinquennali la durata massima non può superare il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, incluso un ritorno sul capitale investito.

Come anticipato, per le concessioni che superano la soglia (alle quali già si applicavano le disposizioni del Trattato sulle libertà fondamentali nonché i principi di

parità di trattamento, trasparenza, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità) la nuova direttiva aggiunge regole comuni sull'aggiudicazione dei contratti¹⁰ e sull'esecuzione delle concessioni, pur senza arrivare al grado di dettaglio previsto dalle direttive sugli appalti pubblici.

Il percorso per l'approvazione della direttiva è stato contrastato e gli ambiti esclusi dall'applicazione delle nuove norme sono numerosi. Ad esempio, sono escluse dall'ambito di applicazione le concessioni nel settore idrico.

Una scelta controversa compiuta dalla direttiva è quella di escludere dal campo di applicazione le concessioni tra "enti nell'ambito del settore pubblico" utilizzando criteri di identificazione meno restrittivi di quelli richiesti dalla Corte di giustizia come requisiti per l'affidamento *in house*¹¹.

Come noto, la Corte di giustizia pone come condizioni per l'affidamento *in house*:

- a. l'esercizio da parte dell'ente aggiudicatore sul soggetto aggiudicatario di un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi;
- b. lo svolgimento da parte soggetto aggiudicatario della parte prevalente dell'attività nei confronti dell'ente o degli enti aggiudicatori controllanti;
- c. l'assenza di partecipazioni private nel capitale del soggetto aggiudicatario¹².

Come tempestivamente osservato nelle conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi presentate il 27 febbraio 2014 nella causa *Centro Hospitalar de Setúbal*¹³, la nuova direttiva estende le condizioni sinora previste dal diritto europeo per gli affidamenti *in house*:

- per quanto riguarda lo svolgimento della "parte prevalente" dell'attività, la direttiva ritiene sufficiente che il soggetto aggiudicatario svolga oltre l'80 per cento della sua attività nei confronti dell'amministrazione o delle amministrazioni aggiudicatrici che

¹⁰ Modalità di trasparenza, prevenzione dei conflitti di interesse, requisiti tecnici e funzionali, garanzie procedurali, selezione e valutazione dei candidati, comunicazioni con i candidati, criteri di aggiudicazione.

¹¹ Lo stesso approccio è seguito peraltro anche nelle due nuove direttive sugli appalti.

¹² Cfr. in particolare le sentenze *Teckal* (C-107/98); *Stadt Halle* (C-26/03); *Carbotermo e Consorzio Alisei* (C-340/04); *Asociación Nacional de Empresas Forestales* (C-295/05).

¹³ Causa C-574/12 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte di giustizia dal Tribunale amministrativo del Portogallo).

lo controllano (l'attività verso altri soggetti quindi non è marginale, potendo rappresentare quasi un quinto dell'attività complessiva)¹⁴;

- con riferimento al soggetto aggiudicatario, la direttiva consente “forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”.

Quest'ultima condizione costituisce una deroga richiesta dalla Germania per fare fronte a una situazione specifica di diritto interno; va osservato che la partecipazione di capitali privati nel soggetto aggiudicatario è consentita solo se “prescritta” dal diritto nazionale.

In sede di recepimento, va tenuto presente che in Italia gli affidamenti diretti sono ampiamente utilizzati rispetto al ricorso al mercato ma spesso non rispondono a finalità di buona gestione delle risorse pubbliche¹⁵.

L'allentamento dei vincoli europei potrebbe fornire lo spunto per incoraggiare un ulteriore ricorso indiscriminato agli affidamenti diretti nei vari settori, che alla luce dell'attuale situazione sarebbe meglio evitare. Restano naturalmente fermi gli altri vincoli agli affidamenti diretti derivanti dalla disciplina europea degli aiuti di Stato ai servizi di interesse economico generale e dalle altre disposizioni del diritto nazionale¹⁶. Ma c'è da chiedersi se, nel recepire le direttive, sia preferibile riprodurre testualmente il testo delle disposizioni sui rapporti tra “enti nell'ambito del settore pubblico”, che amplia le ipotesi di deroga al ricorso al mercato, oppure adottare una formulazione più favorevole alla concorrenza e più in linea con l'attuale giurisprudenza della Corte di giustizia sugli affidamenti *in house*.

Sicuramente, non trattandosi di direttive di armonizzazione completa, una formulazione più favorevole all'apertura al mercato sarebbe compatibile con il diritto europeo. Tale

¹⁴ La Corte di Giustizia ha ritenuto che il requisito dell'attività prevalente fosse soddisfatto nel caso in cui il soggetto aggiudicatario realizzava mediamente il 90% della sua attività a favore degli enti controllanti. Cfr. sentenza *Asociación Nacional de Empresas Forestales*, C-295/05.

¹⁵ Le analisi della Corte dei conti sulla gestione finanziaria delle regioni nel biennio 2011-2012 mostrano ad esempio che, su un totale di 403 organismi partecipati, gli affidamenti con gara nel 2012 sono stati effettuati solo in 6 regioni, per un totale di 22 affidamenti e per un modesto valore economico complessivo di 38,1 milioni di euro.

¹⁶ Cfr. ad esempio l'obbligo di una relazione in cui l'amministrazione affidante giustifichi le scelte compiute, previsto dall'articolo 34 della legge n. 179/2012 per i servizi pubblici locali.

orientamento interpretativo, peraltro, è già stato seguito dalla Corte costituzionale nella richiamata sentenza n. 325/2010.

5. Esigenze di professionalità dei soggetti aggiudicatori

Infine, va sottolineato che i nuovi criteri di aggiudicazione previsti dalle direttive rendono più complesse le scelte per le amministrazioni. Anche il *favor* per alcune procedure flessibili di aggiudicazione richiede un'elevata professionalità da parte dei soggetti che dovranno gestirle.

Diviene quindi sempre più importante per il funzionamento del sistema la professionalità e la competenza specifica dei soggetti aggiudicatori. Gli affidamenti devono essere gestiti da soggetti di dimensioni adeguate, che possano avvalersi di economie di scala e di apprendimento. In questa prospettiva, vanno sostenute le iniziative volte a:

- favorire forme di aggregazione della domanda (ad esempio a livello provinciale o regionale);
- consentire il ricorso a centrali di committenza anche nel settore dei lavori pubblici;
- subordinare la possibilità di gestire procedure complesse o relative a contratti superiori a determinate soglie a un'adeguata formazione dei soggetti aggiudicatori.

In questo contesto, all'Autorità dei contratti pubblici spetta un ruolo fondamentale di supporto all'attività delle stazioni aggiudicatrici, sia attraverso il sostegno alle iniziative di formazione, sia attraverso la definizione dei bandi standard e altri atti contrattuali tipo nei diversi settori.