

nuove direttive appalti, ecco i punti salienti di una revisione attesa

Lo scorso 15 gennaio il Parlamento europeo ha approvato in seduta plenaria i testi delle tre nuove Direttive in materia di appalti nel settore ordinario (servizi, lavori e forniture), di appalti nel settore speciale (acqua, energia, trasporti e postali) e di concessioni.



GSA

di Martina Alò e Matteo Valente*

Le nuove Direttive, il cui numero identificativo ancora non è stato individuato (posto che verrà assegnato a ciascun provvedimento al momento della pubblicazione) entreranno in vigore dopo la ratifica del Consiglio europeo e la pubblicazione sulla G.U.U.E. e dovranno essere recepite da tutti i Paesi membri entro **due anni** da tale data. La nuova normativa andrà a sostituire quella contenuta nelle precedenti Direttive CE 2004/17 e 2004/18, recepite dal legislatore italiano attraverso il D.Lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 e ss.mm. ii. (cd. Codice dei Contratti Pubblici), il quale sarà molto probabilmente modificato in base alle nuove regole introdotte dalle nuove Direttive. In alternativa, il legislatore potrebbe optare per l'abrogazione del D.Lgs. n. 163/2006 e la pubblicazione di un nuovo testo legislativo in cui confluisca l'intera disciplina dei contratti pubblici, ma simile ipotesi è la meno probabile.

Introdotta anche una direttiva "concessioni"

La prima novità che balza agli occhi è che il numero delle Direttive è aumentato: il legislatore europeo, considerata la neces-

sità di disciplinare adeguatamente anche il sistema di affidamento delle concessioni pubbliche, ha emanato, infatti, una Direttiva *ad hoc* proprio per regolamentare legislativamente queste ultime.

Attenzione all'ambiente e ai diritti di lavoratori e collettività

Un elemento che funge da *fil rouge* delle nuove disposizioni che disciplinano le modalità di affidamento dei contratti pubblici, è dato dalla particolare attenzione riservata alla tutela ambientale, sociale e del lavoro ed alla correttezza e trasparenza dei rapporti tra privato ed Amministrazione, tutela che è trasversale a tutte le fasi delle procedure ad evidenza pubblica: dalla selezione dei candidati, all'esecuzione dei contratti. Fondamentale, ad esempio, è l'introduzione del concetto di "conflitto di interessi" come limite esterno che definisce la regolarità dei rapporti tra le parti coinvolte nel procedimento, al fine di evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici. In particolare, la presenza del conflitto di interessi può arrivare a comportare l'esclusione del concorrente, nel caso in cui questa sia idonea ad influenzare il corretto andamento della gara. Il legislatore europeo ha, inoltre, intessuto una fitta rete dei requisiti e criteri che, laddove correttamente applicati, dovrebbero garantire che il futuro de-

gli appalti pubblici sia "colorato" di verde e – in sintonia con lo spirito europeo - improntato ad una maggior tutela dei diritti fondamentali della collettività e dei lavoratori. Quest'ultimo risvolto è evidente anche dalla rinnovata attenzione che le Direttive mostrano rispetto all'aumento degli *standards* qualitativi che devono essere rispettati da tutti i soggetti che partecipano alle procedure: Amministrazioni aggiudicatrici e operatori del mercato.

Con un occhio all'efficiamento della spesa pubblica

Conferma di tale circostanza si rintraccia nei *consideranda* introduttivi della nuova Direttiva relativa agli appalti dei settori ordinari, dove è contenuta la seguente affermazione di principio: "la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale. È inoltre necessario chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la

certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia".

Non solo prezzo, ma soprattutto offerta tecnica

Ciò si traduce, ad esempio, nella scelta di rendere sempre più marginale il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso: così facendo, le Amministrazioni aggiudicatrici dovranno privilegiare le modalità di aggiudicazione volte a premiare non solo l'elemento economico (prezzo offerto) ma anche soprattutto quello qualitativo (progetto tecnico). La Direttiva, infatti, prevede che gli Stati membri, in sede di recepimento, debbano individuare specificamente i casi in cui le Amministrazioni potranno utilizzare il criterio del prezzo più basso.

Il "costo del ciclo di vita"

Ulteriore elemento di dirimente novità potrebbe risultare, poi, il nuovo criterio del "costo del ciclo di vita" dell'oggetto del contratto: detto criterio si basa sul calcolo del costo complessivo del bene o servizi o oggetto della gara che ricade sulla collettività. Ad esempio le Amministrazioni aggiudicatrici nel bando potranno scegliere di valutare: il consumo energetico dei macchinari utilizzati per la produzione del bene o per l'esecuzione del servizio, oppure l'impiego di prodotti con etichettatura ecolabel (a minor impatto ambientale), o ancora la scelta di utilizzare una modalità di smaltimento dei prodotti che ne consenta il recupero, anziché la distruzione. Ovviamente, considerata la natura estremamente tecnica di tale elemento di valutazione, gli Stati membri nel recepire la normativa, dovranno predisporre dei modelli standard dai quali le Amministrazioni possano trarre spunto per la predisposizione dei propri atti di gara.

Una sezione sulla fase di esecuzione del contratto

Altra grande novità delle nuove direttive, è la presenza di una sezione dedicata alla fase di esecuzione del contratto, in pre-

cedenza mai presa in considerazione dal legislatore europeo e che pertanto risulta diversamente regolamentata all'interno dei singoli ordinamenti nazionali (in Italia la fase di esecuzione è disciplinata quasi integralmente dal D.P.R. n. 207 del 2010). Tale novità comporterà l'uniformazione della disciplina della fase di esecuzione dei contratti in tutto il territorio europeo, per gli aspetti relativi al subappalto, alla rinegoziazione ed alla risoluzione del contratto, aprendo nuovi ed interessanti scenari che potrebbero finalmente far diventare il mercato europeo realmente "unico".

Obiettivo, aprire le frontiere

Scopo dichiarato della nuova normativa è, infatti, quello di aprire effettivamente le frontiere consentendo ad imprese appartenenti ad uno Stato membro di potersi aggiudicare gare indette da Amministrazioni di altri Stati oppure, addirittura ad Amministrazioni appartenenti a Stati diversi di approvvigionarsi mediante un'unica centrale di committenza, come chiarito dal seguente passaggio "Al fine di permettere alle Amministrazioni aggiudicatrici di sfruttare al massimo il potenziale del mercato interno in termini di economie di scala e di condivisione dei rischi e dei benefici, non da ultimo quando si tratta di progetti innovativi che comportano rischi di entità tale da non poter essere ragionevolmente sostenuti da un'unica Amministrazione aggiudicatrice, è opportuno porre rimedio a dette difficoltà. Occorre pertanto stabilire nuove norme in materia di appalti congiunti transfrontalieri al fine di facilitare la cooperazione tra Amministrazioni aggiudicatrici e accrescere i vantaggi del mercato interno creando opportunità commerciali transfrontaliere per i fornitori e i prestatori di servizi".

Incentivato il ricorso al "dialogo tecnico"

Il legislatore europeo ha inteso rendere ancora più stretto il rapporto tra Amministrazione ed impresa, conferendo un ruolo rilevante alla facoltà delle stazioni appal-

tanti di poter istaurare con gli operatori economici delle consultazioni preliminari all'indizione della gara e volte a meglio definire l'oggetto del servizio o del bene di cui necessita l'Amministrazione. In tal modo è incentivato il ricorso al dialogo tecnico, seppur con la previsione che i contatti tra Amministrazione ed impresa non devono comportare un obiettivo vantaggio di quest'ultima nei confronti degli altri operatori: in buona sostanza, il legislatore europeo intende garantire la par condicio di coloro che prenderanno parte alla procedura, impedendo all'impresa che ha "dialogato" con la stazione appaltante di trarre un illegittimo beneficio dall'aver potuto prendere parte (seppur marginalmente) alla predisposizione degli atti di gara.

I "requisiti di moralità"

Entrando ora più nel dettaglio, l'articolo delle Direttive detta rilevanti novità in materia di requisiti di moralità professionali richiesti agli operatori per accedere alle procedure di selezione. L'art. 57 della Direttiva "classica" (quella che disciplina gli appalti per i settori ordinari) introduce, accanto ai già noti motivi di esclusione (quali la condanna per partecipazione ad un'organizzazione criminale, frode, riciclaggio, corruzione, mancato versamento di tasse o contributi previdenziali), nuove cause di estromissione obbligatoria dalla gara: il finanziamento del terrorismo e lo sfruttamento del lavoro minorile o di altre forme di tratta di esseri umani. Quindi, il concorrente che sia incorso in una condanna passata ingiudicata per uno dei reati sopra elencati non potrà prendere parte alle procedure di evidenza pubblica e, quindi, sottoscrivere i relativi contratti. Accanto alle cause obbligatorie di esclusione, il legislatore europeo ha previsto, in aggiunta a quanto già contenuto nelle Direttive del 2004, casi in cui sarà lo Stato in sede di recepimento a decidere se l'esclusione del concorrente sarà un obbligo o una facoltà dell'Amministrazione. E' questo il caso di violazione degli obblighi di tutela dell'ambiente, del lavoro e sociali, della sottoscrizione di accordi intesi a

falsare la concorrenza, la presenza di un conflitto di interessi, l'indebita influenza sul procedimento decisionale dell'Amministrazione. Tali cause di esclusione sono ovviamente dettate dal legislatore europeo in termini molto generici e sarà onere del nostro Stato in sede di recepimento, quello di meglio dettagliare le singole fattispecie al fine di garantire la certezza del diritto.

Fondamentale il recepimento nazionale

L'auspicio a riguardo è quello che il legislatore nazionale sia accorto nell'effettuare tale operazione in quanto l'esclusione per il (mancato) possesso dei requisiti di moralità professionale è una delle principali cause di contenzioso (in materia di contrattualistica pubblica) dinnanzi al Giudice Amministrativo. A tal proposito, la Direttiva definisce puntualmente l'ambito di applicazione soggettiva delle sopra elencate cause di esclusione: rispetto alla normativa attuale esse opereranno anche nei confronti dei "membri del consiglio di Amministrazione, di direzione o di vigilanza" dell'operatore economico, i quali saranno pertanto onerati della dimostrazione del possesso del requisito. Anche in questo caso, stante la genericità delle categorie individuate nella Diretti-

va, sarà fondamentale l'intervento di dettaglio nel recepimento che opererà il legislatore italiano (si segnala che potrebbe costituire elemento di criticità la trasposizione nel nostro ordinamento del concetto di "consiglio di vigilanza" che apparentemente sembra essere riconducibile agli organi sindacali, alle società di revisione dei conti e agli organismi di vigilanza ex D.Lgs. n. 231 del 2001).

Aumentano le tipologie di procedure a disposizione della PA

Aumentano anche le tipologie di procedure a disposizione delle Amministrazioni per la scelta dei contraenti: vengono introdotte due nuove procedure entrambe caratterizzate da una presenza preponderante della negoziazione tra il soggetto pubblico e gli operatori economici. La prima delle due è la procedura competitiva con negoziazione, la quale prevede un articolato sistema attraverso il quale ogni operatore, in risposta ad un bando pubblicato da un'Amministrazione, è invitato a presentare una propria offerta. Ciascuna offerta sarà oggetto di singola negoziazione tra il candidato e la stazione appaltante, all'esito delle quali sarà scelta l'offerta migliore. La seconda procedura è denominata "partenariato per l'innovazione" e

consente ad un'Amministrazione che abbia la necessità di reperire un bene o un servizio che non è presente sul mercato, di istituire un partenariato con una o più imprese per sviluppare il prodotto o servizio o lavoro innovativo al fine di acquistarlo successivamente alla realizzazione. In sostanza si tratta di una procedura a formazione progressiva che consente all'Amministrazione, in vari ed articolati step, di collaborare con le imprese al fine di "creare" ex novo prodotti o servizi non ancora esistenti. Ulteriore novità riguarda, poi, i contratti parzialmente esclusi dall'applicazione della Direttiva (ovverosia, quei contratti per i quali si applicano esclusivamente alcune delle norme previste dal legislatore comunitario che, nel nostro ordinamento, sono confluiti nell'Allegato IIB al D.Lgs. n. 163 del 2006). La nuova Direttiva si pone nel medesimo alveo di quella del 2004, prevedendo per tali contratti un sistema di affidamento "alleggerito" ovverosia slegato dalla rigida applicazione della disciplina europea, tuttavia introduce, ed è questa la novità, una soglia di valore, pari ad euro 750.000 al di sotto della quale l'affidamento dei contratti non è regolato dalla Direttiva.

Introdotta una "quarta soglia"

In altre parole, il legislatore europeo ha introdotto una "quarta soglia": oltre a quelle previste per i lavori (euro 5.186.000), i servizi e le forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali (euro 134.000,00) ed i servizi e le forniture aggiudicati dalle altre Amministrazioni aggiudicatrici (euro 207.000,00), è ora presente la soglia relativa ai servizi parzialmente esclusi. Al di sotto di detta soglia, gli Stati membri potranno optare per metodi di aggiudicazione semplificati e svincolati dai dettami sanciti dalla Direttiva, mentre per contratti di valore uguale o superiore ad euro 750.000,00 le Amministrazioni, seppur con modalità meno rigide che riguardo alle altre tipologie di contratti, saranno comunque tenute al rispetto dei principi presenti nella Direttiva. Grande dibattito, infine, è sorto sulla questione della suddivisione in lotti delle gare d'appalto.

GSA

||> Nuove Direttive, i punti salienti

Dall'offerta economicamente più vantaggiosa alle indicazioni a favore delle Piccole e medie imprese, dallo snellimento burocratico al "costo del ciclo di vita", sono molti gli elementi di innovazione contenuti nelle nuove Direttive europee su appalti e concessioni licenziate dall'Europarlamento lo scorso 15 gennaio. Le nuove Direttive, che entreranno in vigore entro marzo, dopo la ratifica del Consiglio europeo e la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, dovranno essere recepite da tutti i Paesi membri entro marzo 2016. Partiamo dall'enfasi che le nuove Direttive mettono sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (proprio mentre, in Italia, l'allegato P del 286 segna un ritorno al massimo ribasso): nella procedura di aggiudicazione, le Pa potranno valutare, oltre al prezzo, anche qualità, considerazioni ambientali, aspetti sociali o innovazione. Sempre a proposito di gare pubbliche, da sottolineare l'invito alle Pa a suddividere le gare in lotti accessibili alle Pmi. Del tutto nuova, poi, appare la procedura del "partenariato per l'innovazione", che consentirà alle Pa di indire bandi di gara per risolvere un problema specifico, senza pregiudicarne la soluzione, lasciando così spazio al dialogo costruttivo tra Pa e offerente. Un altro punto saliente solo le regole, più severe, in materia di subappalto e di offerte anormalmente basse, per contrastare il dumping sociale e garantire il rispetto dei diritti dei lavoratori. E con il "documento unico europeo di gara" si va verso l'auspicato snellimento burocratico.

Suddivisione in lotti, tra accesso delle Pmi e timori di eccessiva frammentazione

Nella prima bozza di Direttiva, era, infatti, previsto l'obbligo per le Amministrazioni di suddividere le gare in lotti del valore di euro 500.000,00: questo, se da un lato assicurava una maggior apertura del mercato anche nei confronti degli operatori di dimensioni medio -piccole, dall'altro inevitabilmente ha ingenerato perplessità inerenti l'appetibilità delle gare a livello europeo e l'eccessiva frammentazione delle procedure. Tali perplessità hanno fatto sì che il riferimento all'obbligo di suddivisione in lotti è scomparso dalla versione definitiva della Direttiva ed è stato sostituito da un ben più moderato dovere delle Amministrazioni di motivare le ragioni per cui non hanno proceduto alla suddivisione in lotti.

Una disposizione “in negativo”

In buona sostanza, la Direttiva, con una disposizione “*in negativo*”, invita le Amministrazioni a suddividere sempre la gara in lotti (è stata definitivamente espunto il riferimento al valore di euro 500.000) e, nel caso in cui ciò non avvenga, sarà onere delle stazioni appaltanti quello di motivarne le ragioni. E' evidente che l'ultima formulazione, sensibilmente più tenue rispetto alla prima, consente alle Amministrazioni un più ampio margine di operatività nella scelta di indire una gara unica oppure suddivisa in più lotti, pur essendo ovviamente tenute a rispettare l'onere motivazionale in merito alla propria scelta. Concludendo, l'intervento del legislatore europeo produrrà ovvie e consistenti ripercussioni sul sistema degli affidamenti pubblici, imponendo agli Stati membri, entro un termine piuttosto breve, di recepire le nuove prescrizioni.

Una sfida complessa per il legislatore: il futuro passa da qui

Il nostro legislatore è dunque chiamato ad un intervento impegnativo e strutturale che, oltre a norme tecniche e di dettaglio, si dovrà confrontare con profili storicamente ostici per il nostro ordinamento (si pensi ad esempio alle cause di esclusione per “*conflitto di interessi*”), che inevitabilmente incontreranno resistenze e difficoltà applicative. Tuttavia, il futuro di un'Europa veramente unita e coesa non può non passare anche per la creazione di un sistema unico ed armonico degli acquisti pubblici; è per questo che la sfida è complessa ma densa di significato e di aspettative. Il futuro dell'Italia passa anche da qui.

**[Avvocati presso Brugnoletti & Associati]*