

TIPO DI DOCUMENTO:

ARTICOLO

TITOLO:

L'anno zero delle Direttive europee per i contratti pubblici

SOTTOTITOLO:

AUTORE:

Cognome Nome (max. 3 tra virgole) / Ente / AA VV:

Conio Paola, Leone Luca

ESTRATTO DA PERIODICO:

Titolo:

FMI - Facility Management Italia

N°:

23

Del:

04/2014

ESTRATTO DA SITO INTERNET:

Indirizzo home page [http://]:

Indirizzo esteso [http://]:

Di:

Nazione:

Data primo contatto:

Data rimozione:

PAROLE CHIAVE:

gare & appalti, contratti pubblici, direttive ue, codice contratti

ABSTRACT:

MB

Dopo una complessa gestazione sono venute contemporaneamente alla luce le tre nuove Direttive europee sui contratti pubblici, rispettivamente dedicate ai settori ordinari, ai settori speciali e alle concessioni. Le nuove Direttive, ed in particolare quella sugli appalti del settore ordinario, per i contenuti e gli aspetti di forte innovazione che le indirizzano sono destinate a delineare un nuovo scenario di riferimento per il mercato dei servizi per i patrimoni pubblici proprio in una fase congiunturale di estrema complessità e criticità. Ed il relativo processo di recepimento, che di fatto è già partito con l'attivazione del Tavolo istituzionale costituito presso il Dipartimento delle Politiche Europee della Presidenza del Consiglio, rappresenta non solo un obbligo per il nostro Paese, ma anche e soprattutto una grande opportunità: quella di cogliere l'occasione per metter mano finalmente ad un concomitante processo di adeguamento/ammodernamento di quelle fondamentali infrastrutture normative che avrebbero fino ad oggi dovuto sostenere e orientare virtuosamente il mercato dei servizi ma che di fatto spesso hanno fortemente contribuito ad appesantirlo, disorientarlo o, addirittura, a distorcerlo.

L'anno zero delle Direttive europee per i contratti pubblici

Dopo una complessa gestazione sono venute contemporaneamente alla luce le tre nuove Direttive europee sui contratti pubblici, rispettivamente dedicate ai settori ordinari, ai settori speciali e alle concessioni. Le nuove Direttive, ed in particolare quella sugli appalti del settore ordinario, per i contenuti e gli aspetti di forte innovazione che le indirizzano sono destinate a delineare un nuovo scenario di riferimento per il mercato dei servizi per i patrimoni pubblici proprio in una fase congiunturale di estrema complessità e criticità. Ed il relativo processo di recepimento, che di fatto è già partito con l'attivazione del Tavolo istituzionale costituito presso il Dipartimento delle Politiche Europee della Presidenza del Consiglio, rappresenta non solo un obbligo per il nostro Paese, ma anche e soprattutto una grande opportunità: quella di cogliere l'occasione per metter mano finalmente ad un concomitante processo di adeguamento/ammodernamento di quelle fondamentali infrastrutture normative che avrebbero fino ad oggi dovuto sostenere e orientare virtuosamente il mercato dei servizi ma che di fatto spesso hanno fortemente contribuito ad appesantirlo, disorientarlo o, addirittura, a distorcerlo.

The year zero of the European Directives for public contracts

After a complicated gestation, three new European Directives on public contracts came to light, dedicated respectively to ordinary sectors, to special sectors and to concessions. The new Directives and especially contracts in the ordinary sectors, due to the content and strong innovation aspects that address their focus, are intended to delineate a new scenario for the market of services for public assets, precisely in a contingent phase of extreme complexity and criticality. And its transposition process, which in fact has already started with the activation of the institutional Board established with the Department of European Policies of the Presidency of the Council, represents not only an obligation for our country, but also and above all a great opportunity: to seize the opportunity to be involved finally in a concomitant process of adaptation/modernisation of those basic regulatory infrastructures that would have until now had to support and steer virtuously the services market, but that in fact often have strongly contributed to burdening it, disorient or even to distort it.

Paola Conio*
Luca Leone**

Le parole-chiave dell'evoluzione normativa

Le due nuove Direttive europee sugli appalti pubblici (2014/24/UE) e sui contratti di concessione (2014/23/UE) pubblicate lo scorso 28 marzo sulla GUUE non rappresentano semplicemente la modifica delle disposizio-

ni precedenti, ma configurano un importante salto quantico nell'evoluzione normativa del diritto europeo degli affidamenti pubblici.

Non solo è stata per la prima volta introdotta la disciplina delle concessioni, con una direttiva autonoma, ma la maggior parte delle disposizioni relative agli

appalti pubblici nei settori ordinari risultano modificate, spesso in modo significativo, dando così luogo ad un corpus normativo profondamente innovato.

Non è facile, quindi, sintetizzare quali siano gli aspetti più significativi di questa evoluzione. Alcune delle parole chiave di questo nuovo corso potrebbero essere:

- semplificazione;
- flessibilità;
- uso strategico degli appalti pubblici;
- qualità;
- qualificazione.

E ciò non solo dal lato dell'offerta ma anche dal lato della domanda, ovvero dal lato delle stazioni appaltanti.

Semplificazione

Diverse disposizioni sono dirette alla riduzione delle formalità nelle gare di appalto. Molte volte è stato segnalato che l'attuale sistema spinge gli operatori del settore ad investire maggiori energie e attenzione negli adempimenti formali piuttosto che nell'elaborazione e nella valutazione delle offerte che vengono proposte in sede di gara, con evidente pregiudizio per l'efficienza complessiva. Le disposizioni introdotte nel diritto nazionale - si pensi alla tipicità/tassatività delle cause di esclusione e ai c.d. "bandi tipo" - non sono riuscite, nella sostanza, ad invertire la tendenza, tanto che ancor oggi (a distanza di tre anni dall'introduzione del comma 1-bis dell'art. 46 del Codice dei Contratti) il contenzioso più cospicuo viene generato dal mancato rispetto - reale o presunto - di oneri formali da parte dei concorrenti.

Un punto certamente nodale dell'evoluzione normativa, oltre alla previsione del "DGUE"

("Documento di Gara Unico Europeo") è la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere in qualsiasi momento della procedura integrazioni documentali e la previsione della verifica della documentazione prodotta solo in capo all'aggiudicatario.

Flessibilità

Viene riconosciuto uno spazio assai più significativo alla negoziazione, anche attraverso la creazione di due nuove procedure - la "procedura competitiva con negoziazione" e la "partnership innovativa" - che, come il dialogo competitivo già introdotto nel 2004, appaiono caratterizzate da una minore rigidità e dall'attitudine ad adattarsi alle esigenze specifiche delle stazioni appaltanti. È illuminante per comprendere la linea evolutiva della normativa europea considerare che, nella fase di consultazione che ha preceduto l'adozione delle nuove direttive, uno dei quesiti posti agli operatori del settore e agli Stati membri era l'utilità o meno della procedura del dialogo competitivo e l'eventuale opportunità di una sua eliminazione.

Il risultato è che nelle nuove Direttive non solo il dialogo competitivo è stato pienamente confermato, vedendo anzi un allargamento della casistica di possibile utilizzo, ma allo stesso sono state affiancate nuove procedure del medesimo stampo, eliminando contemporaneamente la facoltà degli Stati membri di non recepirle nei propri ordinamenti (come, invece, era stato previsto per il dialogo competitivo dal legislatore del 2004).

Non solo, vengono anche previste espressamente nell'articolato le "consultazioni preliminari di mercato" finalizzate alla preparazione

dell'appalto che, nell'attuale regime, hanno un prodromo nel dialogo tecnico previsto dall'8° considerando della Direttiva 2004/18/CE, stabilendo al contempo che la partecipazione a tali consultazioni non inibisce la successiva partecipazione alla gara.

Uso strategico degli appalti

Cade il tabù che impediva il perseguimento, attraverso gli appalti pubblici, anche di finalità diverse dalla mera tutela della concorrenza, quali, ad esempio, obiettivi di promozione dell'innovazione e di salvaguardia ambientale e sociale. Gli appalti pubblici vengono, quindi, riscoperti come strumento di politica economica, ambientale e sociale. Attraverso l'utilizzo mirato della leva degli appalti, gli Stati membri possono avviare importanti processi di sviluppo degli obiettivi che i medesimi si prefiggono negli ambiti citati.

Qualità

Strettamente connesso al tema dell'uso strategico degli appalti è il radicale mutamento di approccio relativo ai criteri di aggiudicazione delle gare pubbliche, con la configurazione di un nuovo criterio di "offerta economicamente più vantaggiosa", del quale si tratterà più diffusamente nel prossimo paragrafo.

Ma in termini di qualità del risultato dei contratti pubblici può essere letta anche la riscrittura delle norme in materia di avvalimento, nel tentativo di rendere l'istituto più effettivo e rilevante sul piano sostanziale.

Qualificazione

Le nuove procedure e il nuovo approccio alle gare d'appalto induce ed impone al contempo un innalzamento significativo della

qualificazione non solo degli operatori economici, ma anche e soprattutto delle stazioni appaltanti. L'aggregazione e la professionalizzazione dal lato della domanda rappresentano una necessaria conseguenza dell'evoluzione normativa, di cui si tratterà più diffusamente nel prosieguo dell'articolo.

L'impatto sul settore degli appalti di servizi

Il considerando 3-quinquies della nuova Direttiva sugli appalti nei settori ordinari riprende la disposizione già presente nelle passate Direttive in ordine alla corretta qualificazione degli appalti che abbiano ad oggetto la gestione dei patrimoni immobiliari e urbani pubblici.

Il considerando citato ribadisce che un appalto dovrebbe essere considerato appalto pubblico "di lavori" solo se il suo oggetto riguarda specificamente l'esecuzione delle attività di cui all'allegato II (che espressamente includono la costruzione e l'installazione), anche se l'appalto può riguardare la fornitura di altri servizi necessari per l'esecuzione delle suddette attività. Gli appalti pubblici "di servizi", in particolare nel settore dei servizi di gestione immobiliare e urbana, possono in talune circostanze comprendere dei lavori. Tuttavia, se tali lavori sono accessori rispetto all'oggetto principale dell'appalto e costituiscono quindi solo una conseguenza eventuale o un complemento del medesimo, il fatto che detti lavori facciano parte dell'appalto non può giustificare la qualifica di appalto pubblico di lavori per l'appalto pubblico di servizi di gestione immobiliare e urbana. Benché le nuove Direttive non

abbiano ulteriori specifiche disposizioni dedicate a questa tipologia di affidamenti, è evidente che il settore potrà beneficiare di tutte le novità introdotte dai nuovi testi.

In particolare, poiché alcune tipologie di appalti di servizi per i patrimoni immobiliari ed urbani - quali quelli di tipo integrato - sono particolarmente complessi, non vi è dubbio che la previsione di procedure maggiormente flessibili e basate sulla negoziazione delle possibili soluzioni, unitamente all'opportunità delle consultazioni tecniche preliminari, renda più facile addivenire all'aggiudicazione di questi contratti.

Inoltre, trattandosi di contratti con impatti potenzialmente notevoli anche sotto il profilo ambientale (si pensi, ad esempio, alle componenti di tipo energetico) la possibilità di prendere in considerazione, al fine di addivenire all'individuazione della migliore offerta, anche indicatori qualitativi più sofisticati e componenti economiche legate alle esternalità determinate dall'esecuzione delle prestazioni, potrà incentivare le stazioni appaltanti a ricorrere a questo tipo di affidamenti.

Il nuovo criterio dell'OEV

Con le nuove Direttive viene scardinato un principio base del sistema normativo previgente: quello dell'equivalenza dei criteri di aggiudicazione.

I criteri previsti dalle disposizioni attualmente vigenti sono due, ovvero quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (c.d. principio della tassatività) e non vi è un criterio ritenuto in astratto preferibile all'altro, visto che en-

trambi erano posti dal legislatore sul medesimo piano (c.d. "principio dell'equivalenza").

L'art. 67 della nuova Direttiva sugli appalti, invece, sembra esprimere il favore della normativa nei riguardi del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'unico in sostanza descritto, che diverrebbe quello da preferirsi in via ordinaria per l'aggiudicazione delle commesse.

In realtà, leggendo le disposizioni del citato articolo in correlazione ai considerando 89 e 90 della medesima Direttiva appalti, si comprende che la "rivoluzione" concettuale operata dalle nuove Direttive è più profonda.

Non esistono più, difatti, due distinti criteri di aggiudicazione e solo per esigenze di semplificazione espositiva il nuovo (ed unico) criterio proposto viene denominato dell'"offerta economicamente più vantaggiosa", pur non coincidendo con l'attuale omonimo criterio che dovrebbe più correttamente essere espresso dalla locuzione "miglior rapporto qualità/prezzo".

Se, da un lato, si afferma (considerando 90) che l'offerta economicamente più vantaggiosa dovrebbe essere valutata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo e che, dunque, la valutazione dovrebbe sempre tener conto anche di un elemento economico e, quindi, del prezzo o del costo, con le nuove Direttive sarà possibile aggiudicare il contratto tenendo conto esclusivamente di elementi qualitativi e, dunque, impedendo la competizione sulla componente economica, che rimarrà quella fissata ab initio dalla stazione appaltante. Questa facoltà potrebbe rappresentare una soluzione efficace nel caso di affidamenti "labour intensive" nei



quali la competizione sul prezzo finisce inevitabilmente per incidere sul rispetto delle condizioni essenziali di tutela dei lavoratori coinvolti. Di contro, sarà anche possibile che la valutazione dell'offerta avvenga soltanto sulla base del prezzo o di un approccio costo/efficacia, tuttavia, è evidente la supremazia riconosciuta dalla nuova direttiva al "rapporto qualità-prezzo" essendo previsto che, al fine di incoraggiare maggiormente l'orientamento alla qualità degli appalti pubblici, si ritiene opportuno consentire agli Stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa qualora lo ritengano appropriato.

L'enfasi che il legislatore europeo pone sull'obiettivo strategico di innalzamento della qualità dei contratti pubblici, si evince anche dalla possibilità riconosciuta alle stazioni appaltanti di valutare elementi che entrano nel processo di realizzazione della prestazione o

in processi successivi anche ove gli stessi non siano parte diretta del contenuto dell'offerta. Accanto al pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, l'accessibilità, la progettazione adeguata per tutti gli utenti, le caratteristiche sociali, ambientali e innovative, e la commercializzazione e relative condizioni, l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto (sempre che la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto) i servizi post-vendita e assistenza tecnica, le condizioni di consegna o di esecuzione, tutti elementi direttamente incidenti sul contenuto sostanziale della prestazione, il comma 3 dell'art. 67 prevede che sono comunque considerati connessi all'oggetto dell'appalto pubblico ove riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, i fattori coinvolti:

- nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi;
- oppure in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita.

E ciò anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale.

Il costo del ciclo di vita

Per una stazione appaltante non dovrebbe essere indifferente, al fine di valutare quale sia effettivamente la migliore possibile offerta, il complesso di costi - ulteriori e diversi rispetto al prezzo - che la collettività sarà chiamata a sostenere in dipendenza dall'accettazione di una determinata offerta, piuttosto che di un'altra.

A parità di "prezzo" e, quindi, di corrispettivo da pagare da parte della stazione appaltante per l'erogazione di una determinata prestazione, vi potrebbero essere costi di produzione o di manutenzione futura o di utilizzo dell'opera o del prodotto considerato,

radicalmente diversi. Senza la considerazione di questi ulteriori elementi economici, offerte che hanno un impatto assai diverso in termini di consumo delle risorse collettive sarebbero valutate come assolutamente equivalenti.

Nell'attuale sistema di valutazione dell'offerta, tuttavia, vi è una possibilità limitata di considerare tali elementi. È, quindi, estremamente innovativa l'introduzione della possibilità di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base di un approccio "costo/efficacia", in particolare fondato sul "costo del ciclo di vita", che comprende i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e così via, ma può anche abbracciare costi imputabili a esternalità ambientali. In buona sostanza, attraverso il metodo dei costi del ciclo di vita sarà possibile tenere in considerazione non soltanto i costi sostenuti dalla stessa stazione appaltante o da altri utenti in tutte le fasi di realizzazione di un servizio, di un'opera o di un prodotto, a partire dall'acquisizione dello stesso e sino al termine della vita utile, inclusi, quindi, i costi per smaltire o riciclare ciò che residuerà alla fine del ciclo di vita, ma potranno essere valutate anche le "esternalità" negative, ovvero gli impatti che la realizzazione di quel servizio, opera, o fornitura avrà sull'ambiente, in termini, ad esempio, di immissioni inquinanti, cambiamenti climatici, a patto che tali costi esterni siano suscettibili di determinazione in termini monetari.

La qualificazione della domanda pubblica

La nuova Direttiva appalti persegue anche l'obiettivo strategico,

per l'Unione Europea, di favorire la crescita del mercato, innalzando progressivamente non solo la qualificazione dal lato dell'offerta, ma anche la qualificazione dal lato della domanda.

Non vi è dubbio che il nuovo approccio ai criteri di aggiudicazione dei contratti pubblici, certamente più sofisticati e complessi rispetto al passato, potrebbe risultare particolarmente difficile per una stazione appaltante di piccole o piccolissime dimensioni.

Le nuove Direttive favoriscono, quindi, il rafforzamento delle centrali di committenza, la possibilità di ricorrere ad "appalti congiunti" occasionali, meno sistematici e istituzionalizzati, e confermano la legittimità della prassi (diffusa in molti Stati membri) di ricorrere a prestatori di servizi specializzati che preparano e gestiscono le procedure di appalto in nome e per conto di un'amministrazione aggiudicatrice e seguendo le sue istruzioni.

Quest'ultima fattispecie è espressamente contemplata al punto 15 dell'art. 2 che definisce le "attività di committenza ausiliarie" che, secondo quanto indicato ai successivi punti 16 e 17, possono essere svolte dalle centrali di committenza, ma anche da qualsiasi altro organismo, pubblico o privato, che offra tali attività sul mercato, consistenti nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti:

- infrastrutture tecniche che consentano alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per servizi, lavori o forniture;
- consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto;

▪ preparazione e gestione delle procedure di appalto in nome e per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata.

Va segnalato che, nella normativa italiana, è stata da tempo preclusa la possibilità di affidare a soggetti terzi la funzione di stazione appaltante (si veda oggi l'art. 33 comma 3 del D.Lgs. 163/2006) e, pertanto, occorrerà attendere la normativa di recepimento per comprendere se il legislatore vorrà o meno dare alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di valersi di tali servizi, ove prestati da soggetti diversi rispetto alla centrale di committenza.

Il ruolo delle centrali di committenza

Le centrali di committenza, così come delineate dalle nuove Direttive, giocano due differenti ruoli: da un lato, dovrebbero agire come "grossisti" acquistando, immagazzinando e rivendendo alle PA le prestazioni acquistate; dall'altro lato, le stesse dovrebbero agire come "intermediari", aggiudicando appalti, gestendo sistemi dinamici di acquisizione o concludendo accordi quadro ad uso delle amministrazioni aggiudicatrici.

In tale ultima ipotesi, si potrebbero prospettare due diverse alternative: il ruolo di intermediazione potrebbe essere espletato dalle centrali di committenza attuando le procedure di aggiudicazione in nome e per conto di una specifica amministrazione aggiudicatrice e secondo le istruzioni di quest'ultima, quindi fungendo da stazione appaltante invece di un determinato committente pubblico; oppure la centrale di committenza potrebbe espletare in autonomia le procedure di

aggiudicazione senza ricevere dalle amministrazioni aggiudicatrici delle istruzioni particolareggiate.

Non vi è dubbio che le nuove Direttive aprano alle centrali di committenza nuovi orizzonti, confermandone il ruolo chiave per la crescita della qualificazione e della professionalizzazione dal lato della domanda.

Tuttavia, le centrali di committenza nazionali si troveranno a "competere" anche con quelle transfrontaliere, giacché viene preclusa agli Stati membri la possibilità di vietare alle proprie amministrazioni aggiudicatrici il ricorso ad attività di centralizzazione delle committenze offerte da centrali di committenza ubicate in un altro Stato membro, pur restando possibile precludere la possibilità di richiedere alla centrale di committenza transfrontaliera di svolgere solo la funzione di stazione appaltante.

Fermo restando che le amministrazioni aggiudicatrici non dovranno ricorrere a tale strumento al solo scopo di aggirare eventuali norme interne più rigorose - ad esempio in materia di trasparenza e accesso ai documenti o requisiti specifici per la tracciabilità delle forniture sensibili - la normativa che applicherà la centrale di committenza transfrontaliera è quella nazionale del luogo ove la medesima ha sede, non solo per le attività che la medesima svolge, ma anche per quelle a valle effettuate dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, quali la concreta aggiudicazione dell'appalto nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione, ovvero la riapertura del confronto competitivo nell'ambito di un accordo quadro.

Prospettive

Nonostante le nuove Direttive presentino senz'altro dei punti ancora non chiari e alcune delle disposizioni certamente necessitino di limature e adeguamenti anche di carattere interpretativo, non può ignorarsi che le stesse segnano un importante punto di svolta nell'approccio al settore dei contratti pubblici.

I margini di manovra per gli Stati membri non sono in realtà moltissimi, ma certamente in alcuni casi le scelte operate in occasione del recepimento potranno determinare se l'onda di rinnovamento generata dalle nuove Direttive verrà amplificata e irrobustita giungendo a travolgere gli ostacoli e le inefficienze che si oppongono ad un reale sviluppo sistema, oppure se finirà per perdere vigore sino a spegnersi senza clamori.

Basti pensare alle disposizioni a recepimento facoltativo relative ai limiti del ricorso al criterio dell'offerta più vantaggiosa misurata sui soli elementi economici, o all'utilizzo delle semplificazioni procedurali offerte dalle nuove norme, elementi che possono evidentemente determinare una notevole differenza nel futuro del sistema.

In questo quadro, il mercato degli appalti di servizi per i patrimoni immobiliari ed urbani pubblici ha certamente necessità, per potersi consolidare come un importante volano per lo sviluppo del Paese, che la normativa di recepimento sfrutti ogni possibile elemento di semplificazione e flessibilità che il nuovo sistema normativo mette a disposizione.

Ed il processo di recepimento che è già partito con l'attivazione del Tavolo istituzionale costituito presso il Dipartimento delle Poli-

tiche Europee della Presidenza del Consiglio rappresenta non solo un obbligo per il nostro Paese, ma anche e soprattutto una grande opportunità: quella di cogliere l'occasione per metter mano finalmente ad un concomitante processo di adeguamento/ammodernamento di quelle fondamentali infrastrutture normative che avrebbero fino ad oggi dovuto sostenere e orientare virtuosamente il mercato dei servizi ma che di fatto spesso hanno fortemente contribuito ad appesantirlo, disorientarlo o, addirittura, a distorcerlo.

*Senior Partner Studio Legale Leone

**Name e Managing partner Studio Legale Leone