

La nuova direttiva appalti nel segno della flessibilità e della negoziazione

di Federico Dini

Non mancano le novità, alcune delle quali estremamente innovative, nella nuova Direttiva appalti per i settori ordinari 2014/24/CE di recente approvazione. Uno degli aspetti che sta più a cuore al legislatore comunitario è quello di garantire ai committenti pubblici margini di manovra più ampi, e quindi maggiore flessibilità, nella scelta di procedure di affidamento basate sulla negoziazione con gli operatori economici. Su questo il considerando (42) della Direttiva è piuttosto esplicito: *“È indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione. È probabile che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri, in quanto la valutazione ha dimostrato che gli appalti aggiudicati con procedura negoziata con previa pubblicazione hanno una percentuale di successo particolarmente elevata di offerte transfrontaliere”*. Come sempre, l'elemento centrale nelle valutazioni legislatore comunitario è rappresentato dagli *“scambi transfrontalieri”* e tutto ciò che è in grado di aumentarne il volume – nello specifico un maggior ricorso alla negoziazione come sistema di affidamento dei contratti pubblici – è visto con particolare favore in quanto funzionale allo sviluppo del mercato comune. Evidentemente, le procedure negoziate che prevedono la pubblicazione del bando contengono un *mix* di elementi – la flessibilità dovuta alla negoziazione dei termini contrattuali e gli adeguati livelli di trasparenza assicurati dalla pubblicazione del bando – che consentono agli operatori stabiliti in altri Stati membri di far emergere la propria capacità negoziale e di offrire alle stazioni appaltanti soluzioni e condizioni contrattuali particolarmente vantaggiose. In effetti, si deve osservare che, soprattutto per l'acquisizione di beni/servizi/lavori di una certa complessità, poter negoziare alcuni aspetti dell'offerta in un contesto caratterizzato da trasparenza e parità di trattamento, può costituire un vantaggio reciproco per le parti; infatti, la stazione appaltante può valutare meglio le condizioni e le proposte offerte dal mercato e gli operatori economici hanno la possibilità di comprendere pienamente le esigenze del committente e di formulare offerte competitive.

Tra l'altro, si deve osservare che i dati dell'Autorità mostrano come l'affidamento tramite procedura negoziata assorba già oggi una parte non trascurabile dei contratti

pubblici¹ ed in particolare, rappresenti circa il 53% in numero (il 19% in valore) dei lavori, il 44% in numero (ed il 14% in valore) dei servizi, il 36% in numero (il 28% in valore) delle forniture (cfr. relazione al Parlamento per l'anno 2012).

Al fine di ampliare ulteriormente le possibilità di utilizzo delle procedure negoziate, il legislatore comunitario ha apportato rilevanti modifiche a due importanti istituti della contrattualistica pubblica: la procedura negoziata con bando (PNB), normata all'art. 56 del Codice dei contratti pubblici (Codice), e al dialogo competitivo (DC), disciplinato al successivo art. 58. Le modifiche sono avvenute su due piani.

Su un primo piano, nella Direttiva 2014/24 la PNB, che assume la denominazione di "procedura competitiva con negoziazione" (PCN), può essere utilizzata non solo nelle circostanze attualmente previste, cioè quando sono pervenute solo offerte irregolari o inammissibili all'esito di una procedura aperta o ristretta, oppure per la realizzazione di lavori a scopi di sperimentazione/ricerca, ma anche in altre circostanze, sostanzialmente legate alla complessità dell'appalto, che fanno ritenere come la negoziazione con gli operatori, in luogo delle procedure ordinarie aperta o ristretta, risulti fondamentale per il raggiungimento degli obiettivi della stazione appaltante. La PCN potrà, infatti, essere adottata anche quando:

- le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice non possono essere soddisfatte senza l'adattamento delle soluzioni disponibili sul mercato;
- gli appalti implicano progettazione o soluzioni innovative;
- vi è la necessità di preventive negoziazioni per la natura, la complessità o l'impostazione finanziaria e giuridica dell'appalto o a causa dei rischi ad essi connessi.

A tendere, quindi, le condizioni attualmente previste dall'art. 56 del Codice rappresenteranno solo alcune delle possibili circostanze in cui la stazione appaltante potrà ricorrere alla PCN. In effetti, la realtà e la prassi degli acquisti pubblici inducono a ritenere come per l'acquisizione di varie tipologie di prodotti, servizi e lavori la negoziazione dei termini del contratto con gli operatori economici fornisca all'amministrazione maggiori garanzie in ordine all'effettivo conseguimento degli

¹ Il dato si riferisce al valore complessivo posto a base di gara dei contratti pubblici di importo superiore a 150.000 euro nei settori ordinari affidati tramite procedura negoziata, con o senza bando.

scopi cui esso è preordinato – si pensi, ad esempio, all’acquisizione di infrastrutture/applicazioni nel settore ICT che necessitano, talvolta, di un adattamento o integrazione delle soluzioni esistenti sul mercato alle specifiche esigenze del committente.

E’ lo stesso legislatore comunitario poi, al considerando (42), a riconoscere come la PCN (ma anche il DC di cui si parlerà fra poco) possa essere un utile sistema di affidamento dei contratti in taluni servizi come, ad esempio, i servizi intellettuali, i servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria o alle tecnologie informatiche e della comunicazione, ma anche per la realizzazione di opere pubbliche che implicano progettazione o soluzioni innovative. In tale ambito, potrebbero in linea teorica rientrare gli appalti più complessi che prevedono l’attività di progettazione che, ad oggi, possono essere affidati con procedura negoziata previa pubblicazione del bando solo alle condizioni poc’anzi previste dall’art. 56 del Codice, oppure con procedura negoziata senza pubblicazione del bando purché di importo inferiore a 1.000.000 di euro.

La maggiore flessibilità concessa ai committenti pubblici per l’utilizzo della PCN non è, tuttavia, “a costo zero”, ma è accompagnata da una serie di misure volte ad aumentare il grado di trasparenza dell’*iter* di affidamento. In tal senso, è prevista non solo una maggiore regolamentazione del confronto negoziale con gli operatori economici – si parla, infatti, di “offerta iniziale”, come base per la negoziazione, e di “offerta finale”, non previste nell’attuale art. 56 del Codice – ma anche il divieto contrattare su alcuni elementi cardine del bando ed in particolare i criteri di aggiudicazione ed i requisiti minimi circa le caratteristiche dei beni/servizi/lavori che la stazione appaltante deve fissare e che tutte le offerte devono possedere, pena l’esclusione dalla procedura. Si delinea quindi una procedura particolarmente flessibile nella quale il committente stabilisce nel bando alcuni requisiti minimi inderogabili, che possono essere di natura tecnica, funzionale, prestazionale, ecc., rispetto ai quali i concorrenti potranno formulare offerte migliorative o di completamento, che saranno valutate secondo i criteri di aggiudicazione, non negoziabili, previsti a monte nel bando.

Su un secondo piano – e questa è un’altra novità significativa del nuovo impianto normativo – si rileva un sostanziale allineamento del DG alla PCN. Si ricorda che nella Direttiva 2004/18 e nell’attuale Codice dei contratti pubblici la procedura negoziata con bando ed il DC hanno presupposti molto diversi; in particolare,

mentre la PNB può essere utilizzata nei due casi poco fa ricordati, il ricorso al DG è ammesso nel caso di appalti di complessità tale da rendere impossibile per la stazione appaltante la definizione di un bando di gara ovvero dei mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi o la specificazione dell'impostazione giuridica o finanziaria del progetto. Nella nuova Direttiva, invece, le condizioni che permettono il ricorso al DC sono le stesse della PCN (cfr. art. 26 della Direttiva), con la conseguenza che la particolare complessità dell'appalto non rappresenta più l'unico presupposto ammissibile e che, pertanto, le stazioni appaltanti potranno scegliere l'una o l'altra procedura a seconda delle specifiche esigenze.

L'accostamento alla PCN che contraddistingue il nuovo DG contribuisce ulteriormente ad ampliare gli spazi per il ricorso alle procedure negoziate che, ad oggi, sono estremamente limitati e circoscritti alle particolari condizioni previste all'art. 56 Codice nonché all'art. 57 relativamente alla procedura negoziata senza bando.

Naturalmente, non sfugge una criticità del nuovo assetto. Fatti salvi eventuali scostamenti dalla formulazione della Direttiva in sede di recepimento nell'ordinamento italiano, poiché le stazioni appaltanti potranno liberamente adottare la PCN o il DC, si porrà la questione di quando adottare l'una o dell'altra procedura, avuto riguardo anche al fatto che, a fronte dei medesimi presupposti, il DG, che nella nuova Direttiva non ha subito modifiche di rilievo dal punto di vista procedurale, offre minori "garanzie" in termini di trasparenza della procedura rispetto alla PCN che, viceversa, proprio su questo fronte è stata rafforzata.

In assenza di chiare previsioni normative da parte del legislatore nazionale, potrà essere l'Autorità a fornire le opportune indicazioni alle stazioni appaltanti.