

Relazione¹

Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni

di Nicoletta Torchio

L'intervento intende svolgere una panoramica sul pacchetto direttive appalti e concessioni, volta soprattutto a evidenziare la filosofia di base e il nuovo approccio del legislatore comunitario senza affrontare i singoli istituti nel dettaglio che, invece, saranno succintamente indicati, per richiamare l'attenzione sugli elementi di novità.

La Commissione europea, nell'ambito delle iniziative volte a favorire il completamento del mercato unico europeo prospettate nel Single Market Act - Atto per il mercato unico del 13 aprile 2011, ha presentato il cd. pacchetto direttive appalti pubblici, in materia di appalti pubblici e concessioni.

L'Atto per il mercato unico - Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia, Insieme per una nuova crescita, nell'individuare un piano d'azione contenente gli elementi d'impulso (le cd. "12 leve") per stimolare la crescita nel mercato unico, vi ha ricompreso la revisione e l'ammodernamento del quadro normativo degli appalti pubblici, con l'obiettivo, tra gli altri, di garantire che le amministrazioni aggiudicatrici si avvalgano di procedure più semplici e più flessibili e di agevolare l'accesso alle imprese, in particolare alle MPMI, con interventi pro-concorrenziali a favore del commercio transfrontaliero, anche attraverso l'interoperabilità elettronica nel mercato interno.

L'iniziativa legislativa ha previsto:

- a) una proposta di direttiva sugli appalti pubblici (cd. settori ordinari);
- b) una proposta di direttiva sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia e dei trasporti e di servizi postali (cd. settori speciali);
- c) una proposta di direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

¹ Relazione tenuta per il Corso di formazione sui contratti pubblici per il personale di magistratura della Corte dei conti, 12-13 maggio 2014

L'iniziativa legislativa è stata volta all'adozione contestuale delle proposte di direttive al fine di evitare che un eventuale sfasamento temporale nell'entrata in vigore delle nuove direttive vanificasse l'obiettivo perseguito dalla Commissione europea di creare un mercato europeo nel settore degli appalti e delle concessioni.

La redazione delle tre proposte di direttive ha seguito il criterio dell'omogeneità sostanziale e, per quanto possibile, della disciplina, che invero riscontra molte disposizioni uguali o analoghe, non solo tra le due nuove direttive appalti dei settori ordinari e speciali, ma anche per quella delle concessioni.

Pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 28/3/2014, la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e la direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, dovranno essere recepite entro il 18/04/2016.

Nell'ambito della strategia Europa 2020, si legge che gli appalti pubblici sono a servizio delle politiche dell'Unione europea, sono perno e strumento non solo degli investimenti pubblici e privati in infrastrutture e servizi strategici in condizioni che assicurino un'accresciuta efficienza della spesa generata dalla domanda pubblica di contratti di lavori, servizi e forniture, a fronte di una ridotta disponibilità di risorse, ma anche di ulteriori politiche pubbliche, a proposito delle quali le commesse pubbliche possano rivestire un ruolo strategico, promuovendo l'innovazione, l'accesso al mercato delle PMI, la tutela ambientale e la responsabilità sociale. Ciò che con un'unica locuzione è reso dal legislatore europeo con la locuzione «crescita sostenibile, intelligente e inclusiva»: *sostenibile*, cioè la promozione di un'economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, più rispettosa dell'ambiente e più competitiva, *intelligente*, cioè lo sviluppo di un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione, *inclusiva*, cioè la promozione di un'economia ad alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale.

In particolare, l'individuazione del settore degli appalti pubblici come uno degli strumenti trasversali per raggiungere gli obiettivi strategici, potrà consentire di creare le condizioni per le imprese di innovare, incoraggiando un uso estensivo del *Green Public Procurement* (appalti verdi), e supportando il passaggio a un uso più efficiente delle risorse e a un'economia a basso impatto ambientale. La visione strategica principale identifica la necessità di perfezionare il mercato unico, giacché crescita e occupazione si sviluppano in mercati sani e ben collegati, dove la

concorrenza e l'accessibilità possano stimolare l'attività imprenditoriale e l'innovazione.

Inoltre, le direttive recepiscono il portato delle sentenze della Corte di giustizia e introducono definizioni giuridiche più dettagliate per chiarire alcuni concetti di base, al fine di contribuire alla certezza del diritto.

Fra le novità da segnalare in prima istanza, occorre notare che le direttive si rivolgono anche alla fase dell'esecuzione dell'appalto (subappalto, risoluzione e modifiche sostanziali che impongono di rinnovare il procedimento di gara): la giurisprudenza della Corte di giustizia ha iniziato ad affermare il principio per cui le direttive possono spiegare il proprio effetto anche nella fase di esecuzione, con riferimento alla possibilità di modificare le condizioni del contratto. Dai principi generali in materia di appalti pubblici deriva un generale divieto di apportare modifiche oggettive e soggettive al contratto già concluso e in corso di esecuzione. La Corte di giustizia collega tale divieto al procedimento di aggiudicazione, considerando le modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità come una nuova aggiudicazione, nel caso in cui, a seguito di dette modifiche, il contratto presenti caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale.

I principali obiettivi perseguiti dalle direttive si possono così sintetizzare:

A) uso più efficiente dei fondi pubblici. Le sfide sono quelle di realizzare maggiore semplificazione, maggiore flessibilità delle procedure, e attuare procedure corrette;

B) mercato degli appalti aperto a livello dell'Unione. Le sfide sono quelle di realizzare un generalizzato *favor* verso le PMI e gli offerenti transfrontalieri;

C) promuovere l'innovazione, comprensiva della cd. eco-innovazione – definita dalla Commissione (COM (2011) 899 definitivo) «qualsiasi forma d'innovazione che riduce impatti negativi per l'ambiente, aumenta la resistenza alle pressioni ambientali e consente un uso più efficace e responsabile delle risorse naturali»- e la tutela ambientale e la responsabilità sociale. Le sfide sono quelle di realizzare un più vantaggioso rapporto qualità/prezzo nelle acquisizioni pubbliche e maggiori benefici economici ambientali e per la società.

La semplificazione e la flessibilità si attuano attraverso le seguenti principali misure:

- ✓ eliminazione della tradizionale distinzione tra cosiddetti servizi prioritari e non prioritari (servizi di tipo A o B) con individuazione di norme specifiche per i servizi sociali e per specifici servizi;
- ✓ un più ampio ventaglio di strumenti a disposizione;
- ✓ promozione comunicazioni elettroniche e appalti elettronici e aggregazione della domanda;
- ✓ modernizzazione delle procedure;
- ✓ lotta alle prassi commerciali scorrette.

Il *favor* nei confronti delle PMI si attua attraverso le seguenti principali misure:

- ✓ suddivisione degli appalti in lotti;
- ✓ individuazione dei requisiti di partecipazione pienamente rispettosi del principio di proporzionalità e divieto di imporre requisiti di fatturato per un importo superiore al doppio del valore dell'appalto;
- ✓ pagamento diretto dei subappaltatori.

L'innovazione e la tutela ambientale e responsabilità sociale si attuano attraverso le seguenti principali misure:

- ✓ introduzione del calcolo dei costi del ciclo di vita e del processo di produzione;
- ✓ sanzionare le violazioni degli obblighi derivanti dal diritto del lavoro, di previdenza sociale e dell'ambiente;
- ✓ introduzione del partenariato per l'innovazione.

Di seguito, alcune brevissime e sintetiche notazioni sulle misure sopra indicate.

- ✓ Per quanto riguarda la semplificazione, emerge l'eliminazione della tradizionale distinzione tra cosiddetti servizi prioritari e non prioritari con individuazione di norme specifiche per i servizi sociali e per specifici servizi.

I *considerando* da 114 a 117 della direttiva 2014/24/UE, chiariscono che certe categorie di servizi relativi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente transfrontaliera, atteso che gli stessi sono prestati all'interno di un contesto che varia da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali; sulla scorta di tali considerazioni è evidenziata la necessità di stabilire un regime specifico per gli appalti pubblici aventi per oggetto tali servizi, con una soglia più elevata di quella che si applica ad altri servizi.

Al contempo, la nuova direttiva ha recepito gli arresti della Corte di giustizia circa l'opportunità di regolamentare in modo certo, trasparente e nel rispetto del principio di parità di trattamento degli operatori economici le procedure di aggiudicazione dei servizi in questione.

È riconosciuta agli Stati membri la facoltà di valorizzare pienamente i criteri di valutazione qualitativi e di sostenibilità sociale, prevedendo che l'affidamento avvenga sulla base del criterio qualità/prezzo.

Nell'elenco di tali servizi risultano servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi, servizi amministrativi, in materia di istruzione, assistenza sanitaria e cultura, servizi di sicurezza sociale obbligatoria, servizi di prestazioni sociali, altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative, servizi religiosi, servizi alberghieri e di ristorazione, alcuni servizi legali, altri servizi amministrativi e delle amministrazioni pubbliche, servizi della pubblica amministrazione forniti alla collettività, servizi penitenziari, di pubblica sicurezza e di soccorso, servizi investigativi e di sicurezza, servizi internazionali, servizi postali e altri servizi vari.

Inoltre, come norma a carattere facoltativo, è prevista una riserva di partecipazione a favore di organizzazioni che soddisfano tutte le seguenti condizioni: finalità specifica di servizio pubblico, assenza scopo di lucro, azionariato dei dipendenti e che non siano risultate aggiudicatarie di un appalto riservato negli ultimi tre anni.

✓ Per quanto riguarda la flessibilità, viene individuato un più ampio ventaglio di strumenti a disposizione.

Accanto alle tradizionali procedure (aperta e ristretta, per le quali la riformulazione prevede un maggior grado di dettaglio per quanto attiene alle definizioni e alla procedura) il ventaglio degli strumenti d'individuazione del contraente si amplia con le modifiche apportate alla procedura negoziata previa pubblicazione, ora definita procedura competitiva con negoziato con pubblicazione -prevista solo dalla direttiva 2014/24/UE- i cui presupposti sono equiparati a quelli del dialogo competitivo, e il partenariato per l'innovazione, una nuova forma di procedura per gli appalti innovativi, per commesse il cui oggetto non è disponibile sul mercato. Rimane, subordinata a determinate condizioni, la procedura negoziata senza previa pubblicazione.

✓ Per quanto riguarda la semplificazione, le direttive danno un forte impulso all'uso delle comunicazioni elettroniche e degli appalti elettronici nonché all'aggregazione della domanda.

Le direttive prevedono la trasmissione delle offerte mediante mezzi di comunicazione elettronici e le comunicazioni e lo scambio d'informazioni deve avvenire utilizzando mezzi elettronici -informatici, salvo le ipotesi (che dovrebbero risultare piuttosto residuali) di espressa deroga.

Tutte le procedure di aggiudicazione attuate da una centrale di committenza devono avvenire con l'utilizzo di comunicazioni telematiche.

Lo sviluppo degli appalti elettronici vede, accanto agli accordi quadro, ai sistemi dinamici di acquisizione e alle aste elettroniche, l'introduzione della disciplina concernente i cataloghi elettronici. I cataloghi elettronici sono un formato per la presentazione delle offerte e organizzazione delle informazioni in un modo comune per tutti gli offerenti e che si presta al trattamento elettronico. Devono comunque essere redatti in vista della partecipazione a una determinata procedura di appalto, in conformità alle specifiche tecniche e al formato richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice: pertanto, per garantire la parità di trattamento e l'uniformità delle offerte, non è consentito che gli operatori economici si limitino alla trasmissione del loro catalogo generale.

✓ Riguardo all'aggregazione della domanda, sempre in tema di semplificazione, accanto alla tradizionale figura della centrale di committenza, peraltro arricchita nella definizione e nelle attribuzioni, s'introduce la possibilità per due o più

amministrazioni aggiudicatrici di «eseguire» congiuntamente alcuni appalti specifici nonché nuove e specifiche norme in materia di appalti transfrontalieri congiunti.

La direttiva reca una nozione di centrale di committenza più articolata della precedente, in quanto la definisce come amministrazione aggiudicatrice che «fornisce attività di centralizzazione delle committenze» e anche «attività di committenza ausiliarie».

Le centrali di committenza possono operare secondo due modalità: o direttamente come centri di acquisto per le amministrazioni aggiudicatrici o come intermediari, aggiudicando contratti (accordi quadro) o realizzando sistemi dinamici di acquisizione ai quali le amministrazioni aggiudicatrici aderiranno.

Le attività di committenza ausiliarie sono attività che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza nelle seguenti forme:

1. Infrastrutture tecniche che consentono di aggiudicare appalti o di concludere accordi quadro
2. Consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di gara
3. Preparazione e gestione delle procedure di appalto in nome e per conto dell'amministrazione interessata.

Tutte le procedure di aggiudicazione poste in essere da una centrale di committenza devono avvenire con l'utilizzo di comunicazioni telematiche.

Con riguardo alla possibilità per due o più amministrazioni aggiudicatrici di «eseguire» congiuntamente alcuni appalti specifici, il considerando (71) della direttiva 2014/24/UE, chiarisce che l'appalto congiunto può assumere numerose forme diverse, che spaziano dall'appalto coordinato (ove le amministrazioni coordinano l'esercizio di funzioni proprie in vista del conseguimento di un risultato comune in modo complementare e sinergico, ossia in forma di reciproca collaborazione), passando per l'elaborazione di specifiche tecniche comuni per lavori, forniture o servizi che saranno appaltati da varie amministrazioni aggiudicatrici, ciascuna delle quali attua una procedura d'appalto distinta, a situazioni in cui le amministrazioni aggiudicatrici interessate attuano congiuntamente un'unica procedura d'appalto o agendo in comune o affidando a un'amministrazione

aggiudicatrice la gestione della procedura d'appalto in nome di tutte le amministrazioni aggiudicatrici.

Per facilitare la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici e per valorizzare i benefici del mercato interno e creare opportunità commerciali transfrontaliere, le direttive individuano nuove e specifiche norme in materia di appalti transfrontalieri congiunti, determinando in particolare le condizioni per l'utilizzo transfrontaliero delle centrali di committenza e la normativa applicabile agli appalti in caso di procedure congiunte transfrontaliere. Infatti, il *considerando* (73) della direttiva 2014/24/UE, rileva che le amministrazioni aggiudicatrici si trovano tuttora di fronte a considerevoli difficoltà di ordine giuridico e pratico negli acquisti presso le centrali di committenza in altri Stati membri o nell'aggiudicazione congiunta di appalti pubblici.

È consentito agli Stati membri di stabilire in quale forma le amministrazioni aggiudicatrici potranno utilizzare le «attività di centralizzazione delle committenze» offerte da una centrale di committenza ubicata in un diverso Stato membro, se solamente nella forma di «acquisizione di forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici» o nella forma di «aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici».

✓ Per quanto riguarda la modernizzazione delle procedure, si segnalano:

- la riduzione dei termini di ricezione delle offerte;
- la possibilità di esaminare le offerte prima della verifica dell'assenza di cause di esclusione: le amministrazioni aggiudicatrici nelle procedure aperte possono stabilire di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di cause di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione. Ciò si pone in contrasto con l'orientamento finora espresso dal Consiglio di Stato, secondo cui la verifica dei requisiti di carattere generale deve avvenire prima della valutazione delle offerte economiche al fine di non consentire all'amministrazione di assumere decisioni discrezionali dopo avere conosciuto gli esiti della gara. Per bilanciare tale rischio, rilevato anche dal legislatore comunitario, le amministrazioni aggiudicatrici devono garantire che la verifica dell'assenza di cause di esclusione e del rispetto dei criteri

di selezione sia effettuata con imparzialità e trasparenza, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che sarebbe dovuto essere escluso o che non soddisfa i criteri di selezione fissati dall'amministrazione aggiudicatrice. Inoltre, la direttiva stabilisce che gli Stati membri possono escludere o limitare l'uso della procedura in esame per determinati tipi di appalto o a circostanze specifiche;

- l'ampliamento del soccorso istruttorio: si aumenta l'ambito di ammissibilità della regolarizzazione, volta anche a sanare la mancata produzione di documenti specifici e non solo a chiarire e integrare i documenti presentati dagli operatori economici;
- le consultazioni preliminari di mercato e la partecipazione precedente di candidati o offerenti: si prevede che prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato per preparare i loro appalti e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi. A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono sollecitare o accettare consulenze da esperti o da autorità indipendenti, altre amministrazioni o da partecipanti al mercato. Tali consulenze possono essere utilizzate nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbiano l'effetto di falsare la concorrenza e non comportino una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza. La norma è volta a garantire alle stazioni appaltanti la possibilità di accrescere le proprie conoscenze per superare asimmetrie informative, sia in ordine ad un'adeguata pianificazione sia ai fini della gestione della gara d'appalto;
- il documento di gara unico europeo: la norma prevede un'autodichiarazione avente la natura di prova documentale preliminare ai fini della partecipazione alla gara, attraverso la quale gli operatori economici possono partecipare alle gare nel mercato unico dichiarando il possesso dei requisiti di partecipazione. Il DGUE è utilizzabile in più procedure di appalto purché gli operatori economici confermino che le informazioni ivi contenute sono ancora valide;
- la ridefinizione dei criteri di aggiudicazione: le direttive superano il c.d. principio dell'equivalenza dei criteri di aggiudicazione, privilegiando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il criterio dell'offerta più bassa risulta residuale e comunque il criterio di determinazione del prezzo deve essere effettuato

tenendo conto del costo di tutto il ciclo di vita del bene, manutenzioni e smaltimento finale compresi. In tal modo le c.d. esternalità negative (i costi futuri di un bene, non predeterminati né predeterminabili) non ricadranno sulla collettività. Ciò in particolare per quanto riguarda i costi ambientali, che devono essere inclusi nell'offerta, di modo che s'incentivano i concorrenti a cercare soluzioni tecnologiche che ottimizzino questi costi e si accresce l'efficienza della spesa pubblica a lungo termine.

Per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione finora applicato in base alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, noto come «offerta economicamente più vantaggiosa», il legislatore europeo ha coniato un termine diverso, e cioè il «miglior rapporto qualità/prezzo». L'offerta più vantaggiosa è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia valutato sulla base di criteri quali gli aspetti qualitativi, ambientali e sociali connessi all'oggetto dell'appalto. Il fine perseguito con l'indicazione di tali criteri è di promuovere la qualità e l'innovazione negli appalti pubblici, di includere gli aspetti ambientali e sociali, con particolare riferimento alla tutela dell'occupazione e delle condizioni di lavoro nonché a favore dei disabili e di altri gruppi svantaggiati.

Si segnala la previsione, del tutto innovativa, secondo cui l'elemento relativo al costo può assumere la forma di un prezzo o costo fisso e gli operatori economici competono solo in base a criteri qualitativi.

✓ Per la realizzazione di procedure corrette, le direttive pongono l'accento sul ruolo cardine, nell'ambito delle politiche europee, della lotta alla corruzione e sulle misure di prevenzione.

Le direttive appalti riflettono la consapevolezza del legislatore europeo circa la vulnerabilità alla corruzione del settore degli appalti, prevedendo specifiche disposizioni per la prevenzione della corruzione nelle procedure di affidamento degli appalti e concessioni, sia con previsioni rivolte agli operatori economici, con riguardo ai motivi di esclusione dalle procedure di affidamento di operatori economici, resosi colpevoli di una serie di reati, tra i quali la corruzione, sia con previsioni volte a far adottare agli Stati membri adeguate misure per prevenire conflitti di interessi in cui possa trovarsi il personale di un'amministrazione aggiudicatrice, sia, infine, mediante la previsione di un sistema di monitoraggio, trasparenza e tracciabilità del sistema degli appalti pubblici.

Lo sviluppo di una politica integrata di contrasto alla corruzione che preveda l'introduzione nell'ordinamento di strumenti di prevenzione volti a incidere in modo razionale, organico e determinato sulle occasioni e sui fattori che favoriscono la diffusione della corruzione e gli episodi di *maladministration* che sfuggono alla normativa penale, passa anche attraverso una corretta applicazione delle regole dettate per l'espletamento degli appalti pubblici e la vigilanza sull'operato delle amministrazioni pubbliche in detto settore.

La nuova direttiva non dà una definizione esaustiva di "conflitto di interessi", ma ne prevede solo una nozione minima. Il concetto di conflitti d'interesse copre almeno i casi in cui il personale di un'amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto.

Fra le cause di esclusione è previsto che se un conflitto d'interessi non può essere risolto efficacemente con altre misure meno intrusive, l'operatore economico deve essere escluso dalla gara.

Le direttive prevedono, inoltre, fra i motivi di esclusione anche alcune fattispecie legate a comportamenti scorretti d'impresa, tesi a minare il libero dispiegarsi della concorrenza. In particolare, è previsto che se la stazione appaltante rileva che una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto non può essere risolta con altre misure meno intrusive oppure se rileva che l'operatore economico ha tentato di influenzare indebitamente il procedimento decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice stessa, oppure ha tentato di ottenere informazioni confidenziali che possono conferirgli vantaggi indebiti rispetto alla procedura di aggiudicazione dell'appalto, oppure ancora ha fornito per negligenza informazioni fuorvianti che possono avere un'influenza notevole sulle decisioni riguardanti l'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, dovrà procedere, in entrambi i casi, con la sanzione dell'esclusione dalla gara.

Inoltre, se l'amministrazione aggiudicatrice dispone d'indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri

operatori economici intesi a falsare la concorrenza, è comminata l'esclusione dalla gara.

Con riguardo a quest'ultima fattispecie, si deve notare un elemento di criticità in relazione al suo recepimento, in quanto la normativa di settore affida all'autorità garante e alle corti di appello territoriali il compito di accertare illeciti antitrust e la giurisprudenza nazionale ha negato alle stazioni appaltanti la possibilità di effettuare accertamenti in tal senso, riconoscendo l'annullamento dell'aggiudicazione in via di autotutela accessoria rispetto all'esercizio dei poteri sanzionatori posti in essere dalle autorità preposte oppure come rimedio per casi identici a quelli già sanzionati. Nel Vademecum Antitrust - Individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici, l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato ha evidenziato che le segnalazioni non devono essere assolutamente intese come manifestazioni di una raggiunta consapevolezza da parte della stazione appaltante dell'esistenza di criticità concorrenziali nell'ambito di una propria procedura di gara. Tali segnalazioni pertanto non giustificano in alcun modo l'interruzione della procedura né, tanto meno, la rinuncia ad assegnare la commessa all'aggiudicatario. Sulla base della segnalazione inviata da una stazione appaltante, l'AGCM, dopo i necessari controlli e tenuto conto di altre analoghe segnalazioni, può raggiungere il convincimento che vi siano elementi sufficienti per l'avvio di un procedimento istruttorio. E sarà solo al termine di questo procedimento che potrà essere accertata l'effettiva presenza di una condotta lesiva del diritto antitrust. L'AGCM terrà costantemente informata la stazione segnalante sugli sviluppi della vicenda. Qualora l'AGCM pervenga all'accertamento di un'infrazione, la stazione appaltante potrà procedere alla richiesta degli eventuali danni (conseguenti la pratica anticoncorrenziale) laddove l'appalto fosse già stato assegnato.

✓ Per agevolare la partecipazione delle PMI e favorire la concorrenza, il legislatore europeo ha inteso fare leva sulla suddivisione dell'appalto in lotti.

Si deve rilevare innanzitutto che l'esclusione dal mercato degli appalti delle PMI non è soltanto un *vulnus* alle potenzialità di crescita dell'impresa, ma determina ripercussioni in termini di riduzione della concorrenza che, a sua volta, genera una perdita complessiva di efficienza che si riverbera anche sulla capacità di innovare i prodotti/servizi offerti. Imprese in grado di gestire commesse di notevoli dimensioni, possono agevolmente porre in essere pratiche predatorie all'interno del proprio mercato.

Come evidenziato nel *considerando* (59) della direttiva 2014/24/UE, poiché nei mercati degli appalti pubblici dell'Unione si registra una forte tendenza all'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, al fine di ottenere economie di scala, deve essere effettuato un attento monitoraggio dell'aggregazione e della centralizzazione delle committenze per evitare un'eccessiva concentrazione del potere di acquisto e collusioni e per preservare la possibilità di accesso al mercato per le PMI. A tal fine, s'introduce una dettagliata disciplina sulla suddivisione degli appalti in lotti, prevedendo a carico delle amministrazioni aggiudicatrici un obbligo di motivazione per il caso di non suddivisione dell'appalto in lotti.

La disciplina prevede che le amministrazioni aggiudicatrici indichino nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti i lotti.

Viene, inoltre, riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito. In tal caso, sempre nei documenti di gara, devono essere indicati i criteri oggettivi e non discriminatori che saranno applicati per l'aggiudicazione de singoli lotti, qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione prescelti comporti l'aggiudicazione a un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo.

✓ Un'ulteriore misura per agevolare la partecipazione delle PMI alle gare, attiene al requisito del fatturato: il legislatore comunitario riconosce l'illegittimità di criteri che fissano, senza adeguata motivazione, limiti di accesso alla gara connessi al fatturato aziendale, che non può essere richiesto in misura superiore al doppio dell'importo dell'appalto. Tale previsione è direttamente volta a porre in essere misure pro competitive, nel senso di una maggiore apertura al mercato a favore di operatori economici di ridotte dimensioni imprenditoriali.

In generale, le direttive individuano previsioni più stringenti, sotto il profilo della proporzionalità e adeguatezza, per quanto riguarda i criteri di selezione, che possono essere soltanto quelli indicati nelle direttive stesse ed è necessaria anche una valutazione di attinenza, proporzionalità e adeguatezza dei requisiti rispetto all'oggetto dell'appalto.

✓ Nello sforzo richiesto agli Stati membri di facilitare la partecipazione delle PMI al mercato degli appalti, è previsto che gli Stati membri abbiano la facoltà di creare

meccanismi per il pagamento diretto ai subappaltatori, come noto elemento debole della filiera dell'appalto, nella quale si inseriscono proprio le PMI, che, con tale misura, sarebbero efficacemente protette dal rischio di mancato pagamento.

Si attribuisce alle autorità nazionali l'obbligo di assumere tutte le appropriate iniziative che assicurino il rispetto delle obbligazioni derivanti dal diritto ambientale, sociale e del lavoro stabilite dall'Unione, dalla legislazione nazionale, dai contratti collettivi, ovvero da accordi e provvedimenti internazionali in materia ambientale, sociale e del diritto del lavoro elencate nell'Elenco delle convenzioni internazionali in materia sociale e ambientale.

Il particolare *focus* rivolto al subappalto si evidenzia con l'importanza attribuita all'esigenza di evitare qualunque possibile elusione all'obbligo di rispettare la disciplina a tutela dell'ambiente, delle esigenze sociali e del lavoro, soprattutto in quelle circostanze in cui il subappalto sia effettuato da società, anche di altri Stati terzi, che avvalendosi dei minori costi del lavoro e delle minori tutele lavorative, nonché di standard ambientali e sociali inferiori a quelli richiesti in ambito europeo, possano, di fatto, costituire un'elusione alla disciplina europea posta a tutela di quelle esigenze che invece l'impianto normativo europeo vuole perseguire.

✓ Con riferimento all'introduzione del calcolo dei costi del ciclo di vita e del processo di produzione, tale previsione costituisce una vera e propria novità all'interno della nuova direttiva, anche se si deve rilevare che già nell'ambito degli "acquisti verdi" (GPP) l'integrazione dei criteri ambientali nelle procedure di appalto ha visto lo sviluppo, fin dal 2003 con la Comunicazione «Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale» (COM (2003)302), di una politica integrata dei prodotti con la quale la Commissione ha invitato gli Stati membri a elaborare appositi piani d'azione per l'integrazione delle esigenze ambientali negli appalti pubblici.

Il costo del ciclo di vita è un concetto fondamentale per il legislatore europeo, che lo inserisce tra gli strumenti finalizzati alla realizzazione degli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita sostenibile, intelligente e inclusiva. Il concetto di costo comprende tutti i costi che potrebbero emergere durante l'intero ciclo di vita di un appalto di lavori, servizi o forniture.

Sono individuate due tipologie di costi: a) quelli sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice (quali i costi di acquisizione, costi correlati all'utilizzo, costi di

manutenzione e costi di fine vita); b) quelli che si riferiscono alle esternalità ambientali, quali i costi di emissione e di attenuazione dei cambiamenti climatici.

L'approccio basato sul ciclo di vita del prodotto/servizio ha una visione globale del "mercato ecologico", sinergico con tutti i settori che interagiscono nella produzione del bene. In tal modo si evita che le iniziative incentrate su singole fasi del ciclo di vita si limitino a trasferire il carico ambientale su altre fasi.

Le specifiche tecniche devono consentire la presentazione di offerte definite sulla base dei criteri in materia di prestazione legati al ciclo di vita e alla sostenibilità del processo di produzione di lavori, forniture e servizi.

Quando l'amministrazione aggiudicatrice valuta i costi attraverso un «sistema di costi del ciclo di vita», deve evidenziare negli atti di gara il metodo valutativo che seguirà nel determinare il costo del ciclo di vita: in caso di costi ambientali esterni, sono prefissati limiti e condizioni (come oggettività, verificabilità, ragionevolezza, proporzionalità, accessibilità) ovvero dovrà essere fatto riferimento a metodi approvati ufficialmente nell'Unione europea.

✓ Una delle principali novità della nuova normativa europea consiste nell'introduzione, tra i principi generali, dell'obbligo per gli Stati membri di adottare le misure appropriate per garantire l'integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e del lavoro nelle procedure di gara nonché nell'esecuzione dei contratti, e far sì che gli operatori economici rispettino detti obblighi stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dal diritto internazionale.

Il rispetto di tali obblighi è valutato dalle S.A. in fase di selezione, di aggiudicazione, di verifica dell'offerta anomala, nonché nei riguardi del subappaltatore. Nel nuovo quadro normativo europeo, il già importante ruolo attribuito a tali esigenze assume un peso ancora maggiore in considerazione dell'impatto rilevante, anche in termini economici oltre che di crescita intelligente e sostenibile, che esse hanno sul mercato.

Ne consegue che la disciplina dei contratti pubblici, ancor più che in passato, non può essere vista solo sotto la lente dell'economicità in senso stretto o della sola concorrenza, ma anche attraverso quella della tutela ambientale, sociale e del lavoro, di modo che le scelte degli Stati membri, prima, e delle amministrazioni aggiudicatrici poi rappresentano sempre più il frutto di un continuo bilanciamento d'interessi diversi.

✓ Per promuovere l'innovazione s'introduce il partenariato per l'innovazione: è una procedura speciale per la ricerca, lo sviluppo e il successivo acquisto o fornitura di prodotti, lavori e servizi innovativi, non disponibili sul mercato, nel rispetto di prestazioni e costi concordati con procedura articolata in più fasi, con negoziazione volta a individuare la migliore soluzione e aggiudicazione con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

Il partenariato per l'innovazione è strutturato in fasi successive secondo la sequenza delle fasi del processo di ricerca e di innovazione, che può comprendere la fabbricazione dei prodotti o la prestazione dei servizi o la realizzazione dei lavori.

In generale, si osserva che viene attribuita dalle direttive una maggiore capacità di negoziazione alle amministrazioni. Come rilevato dal considerando (42) della direttiva 2014/24/UE, 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. Ciò presuppone un elevato grado di competenza e professionalità in capo alle amministrazioni aggiudicatrici. Inoltre, l'elevato grado di discrezionalità attribuito alle amministrazioni in sede di negoziazione, è bilanciato dalla previsione secondo la quale, nel corso delle negoziazioni, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono la parità di trattamento fra tutti gli offerenti. A tal fine, esse non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri.

Direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

In relazione alle concessioni, l'obiettivo della direttiva 2014/23/UE è quello di delineare un quadro normativo certo, che disciplini le concessioni di lavori e quelle di servizi aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e che consenta di superare le attuali distorsioni presenti nel mercato interno, con riguardo soprattutto alle limitazioni di accesso al mercato nei confronti delle piccole

e medie imprese, nonché di superare le inefficienze generate dall'assenza di una normativa di riferimento, elemento che spinge alle aggiudicazioni dirette, con conseguente possibile rischio di pratiche scorrette o di corruzione.

Come evidenziato dalle consultazioni delle parti interessate tenute dalla Commissione nel corso del 2010, prodromiche all'avvio dell'iniziativa legislativa in esame, la mancanza di certezza giuridica nel settore degli affidamenti delle concessioni è alla base dei problemi e degli ostacoli che si frappongono alla realizzazione di un'effettiva concorrenza e di condizioni di parità tra gli operatori economici. Ciò si traduce sicuramente in occasioni commerciali mancate, il cui peso rileva non solo per l'aspetto economico, ma si spinge fino a investire il profilo curriculare dell'operatore economico, che non può far valere, in future contrattazioni, un affidamento che avrebbe potuto conseguire.

Attualmente l'aggiudicazione delle concessioni di lavori è disciplinata da un numero limitato di disposizioni del diritto derivato, mentre alle concessioni di servizi si applicano i principi del Trattato.

In primo luogo già l'attuale definizione di "concessione" presenta un carattere d'incertezza giuridica, soprattutto per la mancata specificazione normativa del livello e dei tipi di rischio di gestione assunto dal concessionario. Infatti, la vigente direttiva settori ordinari, definisce le concessioni di lavori e le concessioni di servizi con dei rimandi alla definizione del contratto di appalto, segnatamente come contratti che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori (di un appalto pubblico di servizi) ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori (dei servizi), consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera (i servizi) o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

La direttiva, pertanto, fornisce una definizione più puntuale del contratto di concessione, definendolo come un contratto a titolo oneroso concluso tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori o la prestazione di servizi, ove il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Inoltre, il diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto del contratto comporta sempre il trasferimento al concessionario del cd. rischio operativo, comprensivo del rischio di domanda o del rischio di offerta o di entrambi. Si considera che il concessionario

assuma il rischio operativo nel caso in cui non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dell'opera o dei servizi oggetto della concessione.

Per la prima volta, l'affidamento in concessione di servizi da parte di amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori è oggetto di un'articolata disciplina normativa, in linea con quella vigente per gli affidamenti nei settori ordinari.

Le principali linee di azione su cui s'incentra la disciplina prevedono:

- la libertà di organizzare la procedura finalizzata alla scelta del concessionario, purché ciò avvenga nel rispetto della direttiva (Art. 30 Principi generali)
- la struttura portante della procedura, con l'individuazione di alcuni punti fermi ispirati ai principi di trasparenza, pubblicità, parità di trattamento (Art. 37 Garanzie procedurali)
- l'aggiudicazione sulla base di criteri oggettivi che siano conformi ai principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, ma senza indicazione di alcun criterio predefinito (Art. 41 Criteri di aggiudicazione)
- l'individuazione di quali modifiche apportate a una concessione durante la sua esecuzione che devono condurre a una nuova procedura di aggiudicazione. Ciò accade quando sono apportate modifiche c.d. sostanziali alla concessione iniziale, per esempio quando vengono toccati il campo di applicazione e il contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti (Art. 43)
- l'estensione delle vigenti disposizioni in materia di procedure di ricorso vevoli per gli appalti nei settori ordinari e speciali alle concessioni (Art. 46)

Dalla pur breve ricognizione delle principali previsioni innovative introdotte dalle direttive appalti e concessioni si possono comunque trarre alcune considerazioni.

Innanzitutto l'importanza e l'esigenza di una trasposizione nel diritto interno quanto più fedele e organica ai principi che hanno ispirato il legislatore europeo, soprattutto riguardo alle previsioni sulla tutela dei lavoratori, delle persone svantaggiate, dell'ambiente e sull'armonizzazione delle condizioni di concorrenza.

Inoltre, per realizzare l'uso strategico dei contratti pubblici, il legislatore dovrà effettuare, anche nelle scelte di tecnica legislativa, passi che concretamente consentano di avvalersi dei contratti pubblici come strumenti di politica industriale, sociale, ambientale e d'innovazione. Sarà allora indispensabile optare per un recepimento assai snello e puntuale: certezza giuridica, pubblicità e trasparenza, snellezza e flessibilità procedurale, tutela giuridica consentiranno all'azione delle amministrazioni aggiudicatrici, se pienamente introdotti nel mercato degli appalti pubblici, di effettuare quell'avanzamento in consapevolezza, professionalità e legalità, non più procrastinabile che le permetterà di essere protagoniste dello sviluppo economico del Paese e non solo portatrici di domanda di beni, servizi e lavori.