

ANALOGIE E DIFFERENZE TRA NUOVA E VECCHIA DISCIPLINA EUROPEA DEGLI APPALTI PUBBLICI NEI SETTORI CLASSICI

*Claudio Rangone**

Sommario: Premessa - Principali contenuti della nuova direttiva settori classici. - Le nuove procedure flessibili nei settori ordinari: considerando da 42 a 50 e artt. 26, 29, 30, 31, 32, 66 e 67 (artt. 28, 29, 30, 31 Direttiva 2004/18/CE). - Le verifiche pre-commerciali: artt. 40 e 41 (articoli nuovi senza riscontro nella Direttiva 2004/18/CE). - Nuova disciplina dei criteri di aggiudicazione: considerando da 89 a 98 e art.67 (considerando 1 e 46 e art.53 della Direttiva 2004/18/CE).

Premessa. Due i principali obiettivi strategici della direttiva riformata:

- 1) razionalizzare la spesa pubblica indirizzandola alla qualità e all'efficienza (procurement come driver di innovazione) e
- 2) collegare stabilmente le aggiudicazioni di appalti (e di subappalti) e delle concessioni ad obiettivi di tipo ambientale, sociale e di tutela del lavoro.

Principali contenuti della nuova direttiva settori classici. La nuova direttiva settori classici si muove in una logica di riforma profonda della Direttiva 2004/18/CE: circa il 70% dei paragrafi risultano nuovi o modificati (32 gli articoli sostanzialmente nuovi su 95 totali; 84 erano gli articoli della Direttiva 2004/18/CE, compresi quelli relativi alle concessioni).

La struttura di fondo, tuttavia, non risulta stravolta (ad es. sia l'ambito soggettivo che quello oggettivo presentano modifiche limitate), mentre più marcate risultano le differenze con la Direttiva 2004/18/CE

* Testo della relazione presentata al Convegno "2014: l'anno delle direttive" organizzato da IGI - Istituto Grandi Infrastrutture in Roma il 23 gennaio 2014. Il dott. Rangone è il referente di IGI per il diritto europeo degli appalti pubblici.

quanto alle nuove procedure flessibili di affidamento e ai criteri di aggiudicazione (istituti di cui tratterà la presente relazione).

Inoltre, la direttiva riformata introduce nuovi istituti giuridici in campi in precedenza retti solo dalla giurisprudenza della Corte (es. rapporto pubblico-pubblico; modificabilità dei contratti in essere) ovvero disciplinati in modo embrionale dalla Direttiva 2004/18/CE (es. subappalto) oppure privi in precedenza di disciplina europea (es. suddivisione in lotti degli appalti; documento di gara unico europeo; disciplina della governance).

Infine, la semplificazione normativa in un contesto di incremento quantitativo delle norme (matematicamente+ 11, ma conteggiando i 9 relativi alle concessioni ora confluiti nella Direttiva specifica si sale a +20 articoli) è perseguito mediante omogeneizzazione di molte disposizioni: circa una trentina di articoli, tra cui alcuni importanti, sono ripetuti identici (o molto simili nel contenuto e nella forma) nelle nuove direttive (in particolare, 20 nella settori speciali e 7 in quella concessioni).

Tra le tante chiavi di lettura utilizzabili per marcare le differenze con la Direttiva 2004/18/CE, ho scelto per la mia esposizione quella del ruolo centrale che la riforma attribuisce alle amministrazioni aggiudicatrici accanto a quello importante, ma non così decisivo, degli Stati membri.

L'intento di tale impostazione è quello di mettere in evidenza non tanto il carattere facoltativo o obbligatorio del recepimento delle singole norme, quanto le opportunità che i vari nuovi istituti apportano nella prospettiva di migliorare l'efficienza del nostro sistema degli affidamenti.

Le nuove procedure flessibili nei settori ordinari: considerando da 42 a 50 e artt. 26, 29, 30, 31, 32, 66 e 67 (artt. 28, 29, 30, 31 Direttiva 2004/18/CE). La direttiva riformata pone grande attenzione al tema della flessibilità procedurale, introducendo, accanto alle procedure già in vigore (aperta, ristretta, negoziata e del dialogo

competitivo), altre due, con caratteristiche di procedure concorrenziali basate sul negoziato (e per le quali l'art. 65, par. 2 specifica che, a differenza delle procedure ristrette, il numero dei candidati invitati può essere fortemente limitato, fino al minimo di 3):

- la procedura competitiva con negoziazione (art. 29) che affianca il dialogo competitivo (- art. 30 -, confermato con aggiustamenti dettati dall'esperienza applicativa nel frattempo maturata) e
- la partnership innovativa (art. 31).

Di fatto, la procedura competitiva con negoziazione sostituisce la procedura negoziata preceduta da pubblicità, di cui all'art. 30 della Direttiva 2004/18/CE, tipologia specifica che di conseguenza scompare dalla disciplina dei settori ordinari. Dunque, la strada scelta dal legislatore dell'Unione è quella di ampliare la gamma delle procedure a disposizione degli Stati e soprattutto delle stazioni appaltanti, aumentando la possibilità di ricorso a procedure concorrenziali basate sulla negoziazione, anche ampliandone l'ambito di applicazione (in tal senso, il Considerando [42] incita esplicitamente a farvi ricorso perché "è probabile che ... incrementi anche gli scambi transfrontalieri").

Resta sostanzialmente ferma, invece, la casistica tassativa prevista per il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicità (art. 32) di cui all'art. 31 della Direttiva 2004/18/CE, ma si amplia l'ambito oggettivo di applicabilità, come si vedrà più avanti.

Nel merito, le due nuove procedure a carattere negoziale presentano un ambito di applicabilità più specifico rispetto alle procedure ristrette normali e molti tratti, sia procedurali che sostanziali, tra loro comuni, pur rispondendo a esigenze almeno in parte diverse: innanzitutto, deve trattarsi di appalti a contenuto di complessità e innovazione, principali criteri di ammissibilità di tali nuove procedure flessibili.

Quanto alla procedura competitiva con negoziato, essa presenta natura di procedura ristretta, analogamente al dialogo competitivo, con selezione qualitativa degli invitati sulla base di un bando in cui l'Amministrazione aggiudicatrice precisa l'oggetto del procurement, individuando esclusivamente i bisogni e le caratteristiche richieste

relativamente alle prestazioni di forniture, servizi o lavori nonché a formulare i relativi criteri di attribuzione. Su tali indicazioni preliminari fornite dall'Amministrazione gli invitati presentano l'offerta iniziale che sarà la base per le (eventuali) successive negoziazioni, che possono riguardare (previa specificazione nel bando): (1) unicamente tale offerta iniziale (che diviene così definitiva) ovvero (2) anche altre offerte a seguire, dato che la procedura può svolgersi (come nel dialogo competitivo) per successive fasi tese a ridurre progressivamente il numero dei partecipanti.

Quanto alla partnership innovativa, la nuova procedura anch'essa con natura di procedura ristretta, si fonda, anche mediante fasi negoziali successive, sul confronto con gli offerenti chiamati a proporre, in una logica di attività di ricerca e sviluppo, proprie specifiche soluzioni ai bisogni (solo) indicati dall'Amministrazione. Quindi, nella partnership innovativa, la richiesta di soluzioni ai bisogni dell'Amministrazione di prodotti, servizi o lavori non presenti sul mercato dovrebbe sfociare, attraverso offerte presentate sulla base di elementi descrittivi minimi, ma sufficienti a delineare l'obiettivo finale dell'Amministrazione, nella "scelta di uno o più partners chiamati a condurre separate ricerche e lo sviluppo di attività" (art. 30 - 30 capoverso dello paragrafo), fino allo sbocco, magari attraverso la produzione di prototipi, alla messa sul mercato.

Da notare, inoltre, che le indicate procedure flessibili risultano nel Considerando [47] ricollegate alle formule di cui alla Comunicazione della Commissione europea del 14-12-2007 sugli appalti C.d. precommerciali (tema di cui si dirà specificamente più avanti).

Quanto, infine, al dialogo competitivo, la procedura resta invariata nella sostanza, ma con allargamento della casistica di applicabilità: infatti, nel nuovo testo normativo scompare la condizione precedente della "particolare complessità" (anche se tale concetto è richiamato a mo' di esempio dalla casistica di applicazione alla fine dello par. del Considerando [43] e si estende all'innovazione).

Pertanto, volendo in via conclusiva indicare la specificità delle nuove procedure si può dire che nella procedura competitiva con negoziazione le Amministrazioni aggiudicatrici “individuano l’oggetto dell’appalto fornendo una descrizione delle loro esigenze e le caratteristiche richieste nonché gli elementi che definiscono i requisiti minimi”.

Analogamente avviene nel dialogo competitivo dove le Amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara “le loro esigenze e i requisiti minimi”, ma la differenza sta nel fatto che nel dialogo competitivo il dialogo con gli offerenti precede la prima offerta e serve proprio per focalizzare “i mezzi più idonei a soddisfare le necessità delle Amministrazioni aggiudicatrici”.

Nella procedura competitiva, invece, non vi è dialogo o negoziazione iniziale e l’offerta di avvio è la base della eventuale successiva negoziazione. Infine, nella partnership innovativa l’Amministrazione aggiudicatrice indica nel bando “l’esigenza che non può essere soddisfatta acquistando servizi, prodotti o lavori disponibili sul mercato” (art. 31, par. 1), con l’obiettivo di procedere all’affidamento che porti alla redazione di un contratto finalizzato a sviluppare per fasi successive la proposta fino alla definizione di un prototipo e poi alla messa sul mercato del prodotto, servizio o lavoro.

Da notare in via conclusiva che il Considerando 45 e il par. 3, ultimo comma, dell’art. 28 sanciscono la preventiva indicazione dei requisiti minimi e dei criteri di aggiudicazione e la loro non modificabilità nel corso delle negoziazioni (analoghe le disposizioni per le altre procedura flessibili)

L’impatto concreto delle nuove procedure va valutato con riferimento all’art. 26 - Scelta della procedura - che ne specifica i limiti di applicabilità: il primo aspetto riguarda il par. 1, lett. b) e c) che stabilisce che “gli Stati membri prevedono la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di applicare la nuova procedura della partnership innovativa, della procedura competitiva con negoziazione e del dialogo competitivo”; viene meno, dunque, la facoltà di veto

concessa dall'art. 29, par. 1, della Direttiva 2004/18/CE agli Stati membri per l'applicabilità del dialogo competitivo.

Ora la scelta spetta unicamente alle stazioni appaltanti che potranno dare corso all'applicazione di tali procedure flessibili entro i non angusti anche se tassativi limiti previsti dal citato par. 1 che, relativamente al dialogo competitivo o alla procedura competitiva con negoziazione, indicano le "situazioni" di applicabilità per gli appalti di lavori, servizi e forniture (lett. a), punti da i) a iv) e *a-bis*): che "soddisfano uno o più dei seguenti criteri" quando

- 1) bisogni dell'amministrazione aggiudicatrice non possono essere soddisfatti senza l'adozione di soluzioni immediatamente disponibili;
- 2) implicano progettazione o soluzioni innovative;
- 3) l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla loro natura, complessità o impostazione finanziaria o giuridica o a causa dei rischi ad essi connessi;
- 4) le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall'autorità contraente con riferimento a una norma, a una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o un riferimento tecnico ai sensi dei punti da 2 a 5 dell'allegato VII;
- 5) in risposta ad una procedura aperta o ristretta, sono presentate solo offerte irregolari (cioè che non rispondono alle specifiche, ricevute oltre il termine, con evidenza di collusione o corruzione o con accertato ribasso anomalo) o inaccettabili (cioè prive delle richieste referenze o eccedenti la disponibilità finanziaria fissata dall'autorità contraente in avvio di pubblicazione della gara).

Se ora compariamo la casistica di applicabilità del dialogo competitivo e della procedura negoziata preceduta da pubblicità contenuta negli artt. 29 e 30 della Direttiva 2004/18/CE con quella sommariamente indicata, riscontriamo un ampliamento significativo dell'ambito oggettivo, anche perché la norma riformata risulta sempre applicabile agli appalti di lavori, forniture e servizi e non solo a singole categorie di appalti come risulta in alcune delle ipotesi di ammissibilità indicate dalla Direttiva 2004/18/CE.

Tra l'altro, un ampliamento dell'ambito di applicabilità è previsto anche nella procedura negoziata senza previa pubblicità di cui all'articolo 32 della direttiva riformata: al riguardo si può citare l'ipotesi di "assenza di concorrenza per motivi tecnici" e, soprattutto, il caso dei "nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi già affidati" sulla base di un progetto oggetto di gara che perde l'attuale limite del 50% di importo cumulato (par. 5). Tuttavia va notato che, in forza del par. 1 dell'art. 32, spetta agli Stati membri ("possono prevedere") limitare o meno la scelta di ricorso a tale procedura da parte della amministrazioni aggiudicatrici.

Per completare l'analisi dobbiamo ora chiederci se la disciplina relativa alle nuove procedure possa essere modificata in sede di trasposizione: al proposito occorre rilevare che essendo dette procedure certamente di tipo concorrenziale, ma comunque basate sulla negoziazione, presentano un relativo carattere derogatorio rispetto al principio generale della piena concorrenzialità affermato dai Trattati, in presenza del quale la giurisprudenza della Corte ha sempre applicato un'interpretazione restrittiva.

Non vedo, dunque, perché quest'orientamento non dovrebbe essere confermato anche post riforma. In tal senso si potrebbe ritenere che l'ambito di applicazione della norma non possa essere ampliato dallo Stato membro in sede di trasposizione neppure in via di semplice precisazione. Né tale ambito dovrebbe poter essere ristretto, al fine di limitare o addirittura precluderne l'applicabilità alle amministrazioni aggiudicatrici. Fondo questa ultima affermazione oltre che sullo spirito generale della riforma, anche e soprattutto sulla lettera della norma che, in modo dettagliato e in tono cogente, intende attribuire la scelta del ricorso o meno a tali procedure alle amministrazioni aggiudicatrici, saltando quindi la competenza statale.

Le verifiche pre-commerciali: artt. 40 e 41 (articoli nuovi senza riscontro nella Direttiva 2004/18/CE). Una forma nuova di flessibilizzazione, procedurale e sostanziale, è prevista anche dagli articoli 40 (Consultazioni preliminari di mercato) e 41 (Anticipato coinvolgimento dei candidati e degli offerenti).

Nel primo caso, l'Amministrazione aggiudicatrice, prima di lanciare una gara d'appalto, può condurre consultazioni di mercato in vista della definizione dei documenti di gara e per informare gli operatori del proprio programma, al fine di accettare indicazioni e consigli dagli operatori stessi, curando che ciò non si concretizzi in una violazione dei principi di parità di trattamento.

Nel secondo caso, viene sancito il principio per cui il coinvolgimento di un operatore quale consulente nella preparazione dei documenti di gara può non essere elemento di esclusione dell'interessato dalla stessa gara, a condizione che l'Amministrazione aggiudicatrice assuma idonee misure atte a stabilire la parità di informazioni tra i partecipanti.

Va precisato che nel primo caso, l'art. 40, comma 2, fornisce un esempio di come espletare tali consultazioni: "ad esempio sollecitare o accettare consulenze da parte di esperti o autorità indipendenti o di partecipanti al mercato".

Lo spazio di azione è quindi molto ampio per le amministrazioni che intendano avvalersene e trova il solo limite nel comma successivo, ultimo capoverso, dove è detto che "tali consulenze possono essere utilizzate nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza o comportamenti discriminazione e non trasparenza".

Pure in questo caso, da come è scritta la norma pare di capire che lo spazio per un intervento regolatore dello Stato sia comunque ristretto, e ciò anche alla luce dell'art. 41 che in certo modo completa il quadro normativo con riferimento " ... a un candidato o a un offerente o un'impresa collegata ad un candidato o a un offerente che abbia fornito consulenza o partecipato alla preparazione delle procedure di aggiudicazione ...", confermando la possibilità di invito se l'amministrazione aggiudicatrice è in grado di garantire la parità di trattamento.

Come si può notare la norma è dettagliata, con ben poco spazio per un intervento statale integrativo (che vedrei concretamente soprattutto

con riferimento alla dizione aperta “per esempio” ovvero anche al “... possono essere utilizzate nella pianificazione e nello svolgimento delle procedure d'appalto”), dato anche il marcato favore per l'inclusione tanto da prevedere l'obbligo in capo alle amministrazioni aggiudicatrici di fornire ai candidati e offerenti la possibilità di provare essi stessi che l'eventuale partecipazione non falsa la concorrenza.

Nuova disciplina dei criteri di aggiudicazione: considerando da 89 a 98 e art.67 (considerando 1 e 46 e art.53 della Direttiva 2004/18/CE). L'art. 67 - Criteri di aggiudicazione del contratto - contiene elementi fortemente innovativi anche sul piano concettuale rispetto al corrispondente art. 53 della Direttiva 2004/18/CE. Mentre la disposizione vigente prevede, come noto, due criteri (quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso) a libera scelta dell'Amministrazione aggiudicatrice, la direttiva riformata privilegia nettamente il primo metodo, basandolo però su di un nuovo approccio prezzo/qualità, il c.d. “*best price-quality ratio*” (par. 2, art. 67): tale nuovo approccio, come stabilito dal primo capoverso del 2° paragrafo, si basa “sul prezzo o sul costo, utilizzando un criterio costo-efficacia, quale il costo del ciclo di vita e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, secondo quanto previsto dall'art. 68”. Il tutto da definirsi in base a criteri qualitativi che devono comprendere aspetti ambientali e/o sociali collegati all'oggetto dell'appalto.

Tali criteri possono comprendere, ad esempio:

- la qualità, incluso il merito tecnico, estetico e caratteristiche funzionali, accessibilità, istruzioni per ogni utilizzato re, caratteristiche ambientali e innovative, di commercio e relative condizioni;
- l'organizzazione, la qualificazione e l'esperienza dello staff destinato all'esecuzione del contratto, nel caso in cui la qualità dello staff utilizzato possa significativamente impattare il livello di performance dell'esecuzione;

- il servizio post-vendita e l'assistenza tecnica, le condizioni di consegna come la data di consegna, la procedura, il periodo di consegna e il periodo di completamento.

Fermiamoci ora un momento e rispondiamo alla domanda: dove sta la novità? La novità sta, io credo, in quattro aspetti principali:

- 1) l'esplicita, rimarcata preferenza per il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come ribadito anche dal Considerando [89] che parla di "concetto prioritario";
- 2) la nuova interpretazione di offerta economicamente più vantaggiosa che sempre il Considerando [89] afferma dover essere "confrontato con un concetto diverso da quello noto delle D. 17 e 18" e cioè "il miglior rapporto qualità/prezzo";
- 3) l'introduzione del costo accanto al prezzo, ma allo stesso alternativo ("l'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia");
- 4) la (parziale) esplicitazione normativa del concetto di costo, quale costo del ciclo di vita definito all'art. 68.

La novità davvero rilevante sta, principalmente, nel concetto di costo, anche, ma non necessariamente, di costo del ciclo di vita: un concetto di chiara derivazione anglosassone (mi riferisco in particolare alla tipologia contrattuale c.d. cost-plus) che aggiunge al concetto di prezzo, oltre la dimensione dell'articolazione delle diverse voci dei vari oneri, soprattutto quella "temporale", cioè del costo determinato da oneri successivi all'acquisizione in sé (come anche specificato nel paragrafo 2 bis).

Massima estensione del concetto di costo si trova nel citato art. 68 - Costo del ciclo di vita -, con cui si intende fare riferimento a tutti i diversi costi correlati ai lavori, servizi e forniture ed in particolare:

- a) quelli generati dall'Amministrazione aggiudicatrice: "costo di acquisizione; costo correlato all'uso (es. energia), costo di manutenzione, costo di fine vita (discarica e riciclo);
- b) quelli relativi alle esternalità ambientali, quali i costi delle emissioni e di mitigazione ambientale.

Quando l'Amministrazione aggiudicatrice fa ricorso a tale criterio, deve evidenziare negli atti di gara il metodo valutativo che seguirà nel determinare il costo del ciclo di vita: nel caso dei 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 (par. 2, e par. 3) oppure all'elenco di atti legislativi fissati nell'allegato XIII (aggiornabile dalla Commissione europea in forza dei poteri di delega).

Peraltro, le novità non si fermano a questo, in quanto l'ultimo capoverso del par. 1 dell'art. 67 lascia agli Stati la possibilità di impedire il ricorso soltanto al prezzo o al costo o limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o di tipi di appalto (e anche, aggiungo io, definire un limite temporale, tipo periodo transitorio). Come si vede, la logica del massimo ribasso non è abolita formalmente, ma esce drasticamente ridimensionata dalla riforma.

In via conclusiva, occorre evidenziare quanto ribadisce il Considerando [89] quando afferma che “la nozione dei criteri di aggiudicazione è centrale nella direttiva riformata, in quanto ogni affidamento, anche quelli attribuibili con il solo prezzo o costo, dovrebbe attuarsi con la logica del best price-quality ratio, cioè del prezzo rapportato al miglior rapporto con la qualità”.

Un approccio questo tipico del Regno Unito, dove dalla fine degli anni '90 per gli affidamenti degli enti locali è stato abolito il massimo ribasso mentre quelli infrastrutturali maggiori sono attribuiti con prevalenza (a volte quasi totalizzante) di punteggio agli aspetti qualitativi. Al proposito, il Considerando [90] specifica che “il criterio raccomandato del price-quality ratio dovrebbe sempre includere un elemento di prezzo o di costo”, proprio per limitare all'ambito dell'eccezionalità una tendenza del Regno Unito agli affidamenti dei maggiori interventi con la formula del design & build - D&B -secondo la modalità dell'early involvement contractor - EIC -, che si sostanzia in una gara dove il prezzo indicato dall'Amministrazione nel bando è fisso e dove la competizione è sulle sole varianti qualitative: modalità

che, peraltro, ormai pare avvalorata dal par. 2, 2° comma dell'art. 67 riformato.