

IGI

Istituto Grandi Infrastrutture

Convegno

Roma, 18/03/2015

Le direttive 2014: contributo di approfondimento per il loro recepimento

Le novità delle nuove direttive europee appalti e concessioni e il nuovo ruolo delle stazioni appaltanti

di Domenico Crocco

In Italia un appalto pubblico su dieci può essere viziato dalla corruzione. E' una percentuale che supera di oltre tre volte il dato francese e più di dieci volte quello dell'Olanda, dove il malaffare influisce per meno dell'1% sull'aggiudicazione dei contratti.

I dati raccolti da Pricewaterhouse per l'Olaf, l'agenzia antifrode europea ci disegnano come un Paese a rischio, poco trasparente e gradito ai malfattori, con numeri, purtroppo, sorprendenti. Dei 120 miliardi che la Commissione Ue stima siano sottratti ogni anno all'economia continentale dalle tangenti, metà è di nostra competenza. **In Italia la corruzione pesa quindi per 60 miliardi**. E' un record imbattibile che nessuno potrebbe mai invidiarci. Così come l'Italia è prima in Europa per corruzione, **è anche a livelli di record il contenzioso legato agli appalti e quello sull'esecuzione** (che vede peraltro la pubblica amministrazione soccombente, totalmente o parzialmente, nel 97,5 % dei casi).

Questi dati su **corruzione** e **contenzioso** sono profondamente connessi ad un sistema di committenza pubblica letteralmente polverizzato.

In Italia operano attualmente circa **35mila stazioni appaltanti** dove troppo spesso si concentra l'incompetenza, la subordinazione a un potere politico talora aggressivo, la carenza di risorse umane specializzate, l'incapacità di programmare e progettare, la difficoltà a negoziare le nuove tecnologie e a difendersi nei contenziosi. Il risultato è

che i beni, i servizi e i lavori che vengono acquistati da molte stazioni appaltanti costano spesso di più di quanto dovrebbero e sono di scarsa qualità.

Le nuove direttive europee su appalti e concessioni mirano invece esattamente all'opposto: puntano ad un **uso strategico degli appalti** per assicurare una **spesa pubblica di qualità** in lavori, forniture e servizi, nel contesto di una ridotta disponibilità di risorse. Una spesa non fine a se stessa ma **capace di promuovere una crescita sostenibile** (rispettosa dell'ambiente), **intelligente** (basata su conoscenza e innovazione), **inclusiva** (per favorire occupazione e coesione sociale).

Da Bruxelles arriva lo stimolo a considerare le commesse pubbliche come strumento forte di sviluppo. A percepire il sapere tecnico delle imprese come una straordinaria risorsa anche per la pubblica amministrazione. **A colmare le distanze tra il sistema degli appalti pubblici e il mondo imprenditoriale privato,** ormai caratterizzato da rapporti economici sempre più rapidi basati sulle innovazioni tecnologiche. **A semplificare,** eliminando gli ostacoli al libero e corretto gioco dei legittimi interessi nel mercato delle opere pubbliche, dei servizi e delle forniture. **Ma anche l'invito agli Stati a qualificare sempre di più le proprie stazioni appaltanti** rendendole trasparenti, competenti, capaci di spendere bene e di dialogare e negoziare alla luce del sole con le imprese. Come vedremo, questo è il filo conduttore e il presupposto di ognuna delle principali novità delle nuove direttive europee su appalti e concessioni.

Nell'ottica della semplificazione e dello snellimento delle procedure di aggiudicazione si pongono alcuni importanti nuovi istituti e la revisione di altri già esistenti. Il volume "Appalti e concessioni: le nuove direttive europee", di C. Contessa e D. Crocco (DEI, Roma 2015) che oggi andiamo a presentare, rappresenta un tentativo di inquadrare questi nuovi istituti ed il loro possibile impatto nel sistema giuridico nazionale e nell'assetto del mercato.

Le novità delle direttive europee e il loro impatto sulle stazioni appaltanti

Le direttive europee intendono dare **nuovo impulso alle comunicazioni elettroniche.** **L'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronica, anche per la presentazione di domande e offerte, diventa obbligatorio dal 18 ottobre 2018.** Ne deriva un quadro in seno al quale l'utilizzo di mezzi elettronici costituisce la regola, non l'eccezione.

Anche **il Documento di gara unico europeo (cd. DGUE)** consiste in **un'autodichiarazione aggiornata in formato elettronico** che gli operatori economici partecipanti a procedure di appalto in Paesi UE diversi da quello di

appartenenza, dovranno esibire al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, e che costituirà **la prova preliminare dei requisiti posseduti dalle imprese concorrenti**, in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o da terzi. Probabilmente, la piena implementazione del DGUE attenuerà in modo determinante il relevantissimo contenzioso che oggi si incentra sulle questioni relative alla dichiarazione dei requisiti di partecipazione ex art. 38 del 'Codice dei contratti'.

Ma la gestione dei mezzi di comunicazione elettronica non si può improvvisare: richiede risorse qualificate in grado di padroneggiare le nuove tecnologie e quindi stazioni appaltanti attrezzate e competenti.

Le nuove direttive ridefiniscono anche i **criteri di aggiudicazione**. Il principio dell'equivalenza tra prezzo più basso e offerta più vantaggiosa viene superato. L'orientamento verso gli appalti di qualità porta il legislatore comunitario ad attribuire un ruolo centrale al criterio di aggiudicazione dell' "offerta economicamente più vantaggiosa" che risulta nettamente privilegiato e diversamente denominato, vale a dire **criterio del "miglior rapporto qualità/prezzo"**.

Agli Stati membri viene consentito addirittura di **proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo** o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa qualora lo ritengano opportuno.

Il criterio del massimo ribasso non è abolito formalmente, ma il suo utilizzo, nelle nuove direttive, risulta drasticamente ridimensionato.

Occorre tuttavia considerare che **la gestione del criterio del miglior rapporto qualità prezzo è certamente più impegnativa rispetto al prezzo più basso e richiede stazioni appaltanti più attrezzate, più qualificate, anche più controllate** considerando il rischio di opacità laddove prevale una maggiore soggettività di giudizio e una maggiore discrezione.

Le nuove direttive, inoltre, non si limitano ad attribuire la facoltà alle stazioni appaltanti di autorizzare varianti in sede di offerta ma le richiedono e le esigono, privilegiando un orientamento verso la massima innovazione. **Ed anche questo orientamento richiede un sapere tecnico non sempre diffuso** a livello di stazioni appaltanti.

Anche **le nuove procedure di gara**, sempre più flessibili, sempre più dinamiche, introdotte dalle direttive comunitarie, responsabilizzano quindi ulteriormente le amministrazioni aggiudicatrici.

La procedura competitiva con negoziazione sostituisce la vecchia procedura negoziata con pubblicazione di bando . La negoziazione può risultare necessaria quando si richiedono progettazioni o soluzioni innovative, prodotti sofisticati, tecnologie complesse.

La procedura competitiva è prevista se ricorrono determinati presupposti :

- a) nel caso in cui le esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici non possano essere soddisfatte senza **l'adattamento di soluzioni immediatamente disponibili;**
- b) laddove esse implicino **progettazione o soluzioni innovative;**
- c) nel caso in cui l'appalto non possa essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla loro natura, **complessità o impostazione finanziaria e giuridica o a causa dei rischi ad essi connessi;**
- d) laddove **le specifiche tecniche non possano essere stabilite *ex ante* con sufficiente precisione.**

La procedura competitiva con negoziazione ha un obiettivo chiaro: apre spazi maggiori di flessibilità e discrezionalità alle amministrazioni in modo da individuare **un'offerta pienamente rispondente alle esigenze della pubblica committenza.** Ma il ricorso a questo modello **richiede una profonda professionalizzazione degli operatori: occorre innanzitutto conoscere perfettamente le esigenze della stazione appaltante e poi essere in grado di gestire la negoziazione con competenza e in modo equo e trasparente.**

La stessa capacità è richiesta anche per gestire i **partenariati per l'innovazione, un'altra procedura del tutto innovativa introdotta dal legislatore comunitario con un obiettivo chiaro:** consentire alle amministrazioni di sviluppare, in piena collaborazione con il settore privato, prodotti e servizi del tutto confacenti con le proprie esigenze *«se l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato (...)*» (**considerando 49 della direttiva Appalti**).

Istituendo un partenariato per l'innovazione, le stazioni appaltanti favoriscono lo sviluppo e il successivo acquisto di prodotti, servizi o lavori caratterizzati da rilevanti profili di innovazione.

Attraverso i partenariati per l'innovazione, **il legislatore comunitario non si limita a selezionare l'offerta migliore sul mercato ma punta addirittura ad immettere dentro il mercato soluzioni non ancora presenti, frutto di una domanda di ricerca e sviluppo.** I prodotti e servizi innovativi possono consentire un miglior rapporto qualità/prezzo, possono portare **benefici ambientali, economici e sociali,** possono favorire una crescita economica sostenibile e intelligente.

I Partenariati per l'innovazione rappresentano una particolare modalità di procedura ristretta, flessibile come la procedura competitiva con negoziazione, che consente quindi di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi non disponibili sul mercato e di acquistarli successivamente.

E' evidente che l'enfasi posta dalle direttive sull'innovazione incoraggia le amministrazioni aggiudicatrici a consentire varianti quanto più spesso possibile e stimola la ricerca nel settore delle nuove tecnologie, favorendo il progresso, la qualità e la ricchezza di un mercato sempre più vicino alle necessità degli utenti.

La funzione delle negoziazioni, che possono riguardare tutte le caratteristiche dei lavori, forniture e servizi, è quella di migliorare le offerte adeguandole, quanto più possibile, alle specifiche esigenze delle amministrazioni. Ma le negoziazioni, come abbiamo visto, particolarmente quelle orientate allo sviluppo di nuove soluzioni, richiedono abilità e competenze degli operatori pubblici, oltre che trasparenza per evitare che la flessibilità possa favorire derive oscure ed interessi opachi.

Tra le principali novità delle nuove direttive europee su appalti e concessioni va senza dubbio rilevata **la possibilità di rinegoziazione del contratto aggiudicato.** Alcuni considerano questa **innovazione rivoluzionaria,** considerando l'orientamento giurisprudenziale precedente, resistente ad ogni modifica contrattuale a seguito della stipula. Le nuove direttive puntano invece ad una maggiore efficienza ed economicità nella gestione del contratto. **Ma questa ulteriore flessibilità, consentita solo a seguito di una serie di circostanze precisamente elencate, chiama anch'essa i soggetti pubblici ad un maggiore senso di responsabilità, ad una maggiore efficienza e competenza.**

Tra i principali elementi di novità delle nuove direttive, c'è il nuovo quadro normativo sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, che riempie un vuoto giuridico che non ha favorito il mercato. E' vero che la nuova direttiva concessioni (in parte deludendo le aspettative degli operatori che auspicavano un approccio fortemente innovativo alla materia) si è mossa nella direzione di una 'armonizzazione

minima' e del recepimento del consolidato *acquis* giurisprudenziale; ma è pur vero che il varo della nuova direttiva costituisce di per sé una novità di grandissimo rilievo sistematico che va a colmare un vuoto disciplinare protrattosi per circa tre lustri.

La più precisa definizione dei contratti di concessione, ha portato alla costruzione del decisivo concetto di "**rischio operativo sostanziale**". Ai sensi dell'art. 5 della direttiva, le concessioni sono contratti a titolo oneroso conclusi 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 (**titolo I, capo I, sezione I; art. 5 par. 1, punti 1), 2), 4) 7)**). **Il diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto del contratto comporta il trasferimento al concessionario del c.d. rischio operativo sostanziale; ciò avviene "nel caso in cui non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dell'opera o dei servizi"** (**titolo I, capo I, sezione I; art. 2, par. 2**). **Le nuove direttive prevedono, anche per le concessioni, la possibilità di modifica in vigore delle stesse.** Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori non sono, infatti, tenuti a ricorrere a una nuova procedura in presenza di circostanze esterne che non potevano essere previste al momento dell'aggiudicazione della concessione. **Anche la nuova cornice di prescrizioni sulle concessioni richiama i soggetti pubblici a maggiore efficienza e competenza soprattutto rispetto alla esatta definizione del rischio operativo sostanziale e delle circostanze che rendono possibili la modificabilità dei contratti.**

L'esigenza di stazioni appaltanti più professionali

E' evidente, quindi, che **le nuove direttive europee richiedono una maggiore professionalità nella gestione degli appalti e delle concessioni.** Questa professionalità non è evidentemente compatibile con la polverizzazione della pubblica committenza. Così le direttive puntano anche ad una centralizzazione degli appalti. L'aggregazione della domanda significa riduzione del numero degli enti appaltanti, significa possibilità di ottenere economie di scala, significa **prezzi più bassi e minori costi delle transazioni.** Poiché, però, un altro dei criteri delle nuove direttive è anche il **favor per le piccole e medie imprese**, il legislatore comunitario invita gli Stati membri a non confondere l'aggregazione della domanda con l'eccessiva concentrazione del potere di acquisto. Il rischio di collusione va quindi combattuto con accorgimenti che possano **conciliare la riduzione e la**

professionalizzazione degli enti appaltanti con la massima accessibilità delle piccole e medie imprese alle gare.

Storicamente, è interessante rilevare come **le tre grandi scosse normative sugli appalti in Italia derivino dall'impatto delle direttive comunitarie.** Nel settore dei lavori pubblici **la legge fondamentale del 1865 resiste per 130 anni**, insieme al regio decreto n.350/1895 e al capitolato generale del 1962. **E' l'eurolegislazione, con la direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14.6.1993, che porta a seppellire il precedente quadro normativo a seguito del recepimento della direttiva stessa con la legge Merloni (l. n. 109/1994).**

La direttiva 93/37/CEE, relativa ai lavori, insieme alla contemporanea direttiva 93/36/CEE, relativa agli appalti di forniture, e 93/38/CEE, relativa agli appalti nei settori cosiddetti "esclusi", nonché alla direttiva 92/50/CEE, di poco precedente, relativa agli appalti dei servizi, hanno l'obiettivo di armonizzare le normative degli Stati membri esaltando al massimo i principi della trasparenza, della concorrenza, della massima pubblicità negli affidamenti.

Ed è ancora l'eurolegislazione a seppellire la Merloni e le normative relative a forniture, servizi e settori speciali (un nuovo ambito che solo in parte coincide con quello dei pregressi 'settori esclusi'), **con le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE del 31.3.2004, recepite, nel 2006, dal Codice dei contratti pubblici. Il codice del 2006 è anche il compimento di un cammino del legislatore italiano verso l'adeguamento armonico alle previsioni comunitarie sugli appalti pubblici.**

L'ultima scossa è arrivata con le nuove direttive europee, destinate a lasciare un profondo impatto sulla legislazione italiana nel senso della modernità, della semplificazione, della trasparenza, della legalità.

Le nuove direttive recano numerosi obblighi e prescrizioni direttamente riferiti alle stazioni appaltanti. Ma il concetto di stazioni appaltanti che il legislatore comunitario ha in mente è profondamente differente dalla situazione attuale della committenza pubblica in Italia.

Il legislatore comunitario ha in mente un numero ridotto di stazioni appaltanti, fortemente professionalizzate, con tecnologie e risorse umane adeguate, completamente informatizzate, con notevoli capacità negoziali, in cui accentrare tutti i controlli di trasparenza e legalità. Non ha certo in mente un quadro con circa 35mila stazioni appaltanti, spesso sprovviste di mezzi e tecnologie, spesso a corto di personale, spremute dalla spending review degli ultimi anni e troppo spesso arrendevoli di fronte al pressing opaco di un mercato a forte rischio corruzione.

Ecco perché l'impatto delle nuove direttive, con il loro carico di flessibilità e di innovazione, sull'attuale sistema pubblico sarebbe devastante. Ed ecco perché è **apprezzabile l'orientamento del Governo italiano volto a razionalizzare il sistema delle stazioni appaltanti prima di fare spazio alle novità contenute nelle direttive europee.**

Nella sua prefazione al volume "Appalti e concessioni: Le nuove direttive europee", **Filippo Patroni Griffi** ritiene fondamentale il ruolo delle stazioni appaltanti anche in Italia rispetto all'operatività delle nuove regole di Bruxelles: **"Sarà importante procedere ad una maggiore concentrazione delle stazioni appaltanti**, peraltro in senso conforme ai più recenti orientamenti di politica legislativa. Ma occorrerà anche dotarle del **massimo della competenza e della capacità negoziale, pur assicurando i necessari controlli di legalità**"¹.

Ciò al fine di assicurare la migliore qualità ed efficienza della spesa pubblica ma anche al fine di prevenire i fenomeni di corruzione nelle procedure di affidamento.

Il disegno di legge recante la delega al Governo per l'adozione di un decreto legislativo finalizzato a dare attuazione alle nuove direttive europee del Parlamento e del Consiglio del 26 febbraio 2014 prevede esplicitamente, tra i criteri di delega la **"razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, contenimento dei tempi, piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti e l'introduzione di misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera"**.

E' un criterio fondamentale da cui dipenderà non solo **la qualità degli acquisti pubblici in Italia**, non solo la **riduzione della corruzione negli affidamenti** ma anche la possibilità per il potere politico di mantenere la **promessa di recepire le nuove direttive europee all'interno di un "Codice degli appalti pubblici e delle concessioni" snello, essenziale, semplice, accessibile.**

Si è posta molta enfasi sull'obiettivo del Governo di **"ridurre drasticamente il numero di norme sui contratti pubblici"**. **Claudio Contessa** giustamente rileva che "è ben possibile che un testo estremamente breve sia allo stesso tempo mal fatto ed incomprensibile e che un testo lungo e articolato sia organico e razionale e del tutto adeguato alle esigenze di chi è chiamato ad applicarlo"². E ricorda, a tal fine, che il

¹ Prefazione a C. Contessa e D. Crocco, *Appalti e concessioni: le nuove direttive europee*, DEI, Roma 2015, pag. 13.

² Ibid, p. 203.

Codice napoleonico del 1804, con i suoi oltre 2.300 articoli, non rappresenta certamente un testo snello e sintetico ma che- nonostante ciò- il testo in questione è **in vigore da oltre due secoli** e costituisce ancora oggi un punto di riferimento pressochè insuperato di qualità della formazione e completezza sistematica.

Il Codice dei contratti pubblici del 2006 ed il Regolamento di attuazione ed esecuzione vigente rappresentano sicuramente un tentativo importante di sistemazione organica della normativa su appalti e concessioni. Il fatto che i recenti protagonisti di fenomeni di corruzione abbiano spesso operato per aggiudicare contratti **“in deroga”** al Codice vigente testimonia anche il contributo di queste norme all’obiettivo della legalità e della trasparenza.

Sono veramente troppi gli articoli del Codice e del regolamento vigenti? E’ vero che la normativa vigente sui contratti pubblici è corposa e puntuale. Ma è anche vero che essa si rivolge a **circa 35mila stazioni appaltanti che male avrebbero operato sulla base di una normativa di soli principi e non di fattispecie**, sia per le difficoltà interpretative sia perché essa avrebbe incentivato opacità già troppo frequenti.

Un codice di principi, snello ed essenziale, che affidi alla norma primaria solo il recepimento secco delle direttive, lasciando margini ampi alle stazioni appaltanti, non è impossibile. Ma non è sicuramente compatibile con la permanenza di circa 35mila stazioni appaltanti troppo spesso impreparate, inadeguate ed opache. Può invece essere compatibile, vincendo le inevitabili resistenze di potere, con la drastica riduzione delle stazioni appaltanti a 35 (l’obiettivo del Governo), accentrando in esse le migliori professionalità, le conoscenze giuridiche e tecniche, le migliori capacità negoziali e tutti i controlli di trasparenza e di legalità.

