

Consulenza Legale Appalti

La nuova direttiva europea in materia di appalti pubblici

Dalla semplificazione alle nuove tecnologie: le novità della “Direttiva appalti”

Claudio Guccione

Avvocato

Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati

Nella seduta del 15 gennaio scorso, il Parlamento Europeo ha approvato in prima lettura i testi delle tre nuove direttive in materia di concessioni (COM (2011)897), di appalti pubblici nei settori ordinari (COM (2011) 896) e nei settori speciali (COM (2011) 895), già concordati con il Consiglio nel giugno 2013 e in attesa di nuova e imminente adozione da parte dello stesso. Le nuove direttive entreranno in vigore decorsi venti giorni dalla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, momento a partire dal quale inizierà a decorrere, per gli Stati membri, il termine di due anni entro il quale provvedere al loro recepimento nell'ambito della normativa nazionale. La rivisitazione e l'aggiornamento della nuova disciplina in parola appare dettata dall'esigenza di accrescere l'efficienza della spesa pubblica favorendo, da un lato, la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici e, dall'altro, permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi di valenza sociale, ambientale e di tutela del lavoro. Si è ritenuto, altresì, di dover fissare con chiarezza concetti e nozioni di base, onde

assicurare con maggiore fermezza la certezza del diritto incorporando, nella materia normata, alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

In un'ottica di completamento del processo di unificazione del mercato europeo, dunque, tali esigenze costituiscono la *ratio* del progetto di riforma che l'Europa, negli ultimi anni, ha prioritariamente coltivato. In questa sede, ci si focalizzerà sulla disciplina degli appalti pubblici nei settori ordinari, passando in rassegna le novità di maggiore rilievo.

Prima di scendere nel dettaglio dell'analisi ricognitiva prospettata, si evidenzia che la nuova direttiva presenta numerose innovazioni rispetto alla Direttiva 2004/18/CE - circa il 70% dei paragrafi risultano nuovi o modificati - sebbene, a un'attenta lettura, emerge che la struttura di fondo non risulti affatto stravolta. Come di seguito si evidenzierà, essa introduce e disciplina, tra i tanti, istituti giuridici che possono trovare sostanziale origine nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (es. rapporto pubblico-pubblico o modificabilità dei contratti in essere), oppure che si presentano solo a livello embrionale nella Direttiva 2004/18/CE (es. istituto del subappalto), ovvero che, allo stato, risultano completamente nuovi rispetto al contesto di riferimento (es. suddivisione in lotti degli appalti o documento di gara unico europeo).

Documento di gara unico europeo

Al fine di limitare gli ostacoli di partecipazione agli appalti pubblici delle PMI, la nuova normativa comunitaria si impegna a ridurre fortemente gli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o altri documenti relativi ai criteri di esclusione e di selezione, facendo ricorso ad uno strumento che a livello europeo, per le imprese, può comportare una riduzione complessiva dell'80% degli oneri attuali. Il contenimento degli oneri è previsto, all'art. 59 della nuova direttiva, con lo strumento del documento di gara unico europeo (DGUE), ossia ad un'autodichiarazione aggiornata che comporterà una notevole semplificazione a vantaggio sia delle Amministrazioni aggiudicatrici che degli operatori economici. Il DGUE costituirà, dunque, una prova documentale preliminare che avrà la funzione di sostituire i certificati rilasciati da Autorità pubbliche o terzi e con cui si dichiarerà l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 57 e, al contempo, la sussistenza dei pertinenti criteri di selezione definiti dall'art. 58 (riguardanti l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale; la capacità economica e

finanziaria e le capacità tecniche e professionali) nonché il rispetto delle norme e dei criteri oggettivi fissati dall'art. 65 (facoltà per le PA di ridurre il numero dei candidati da invitare). E invero, solo l'aggiudicatario dovrà fornire la documentazione originale, al fine di dimostrare la veridicità delle dichiarazioni *prima facie* rese, nonché consentirne la verifica da parte dell'Amministrazione aggiudicataria.

La suddivisione in lotti

Al fine di consentire la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, la nuova direttiva invita le Amministrazioni aggiudicatrici alla suddivisione dei contratti in lotti, prevedendo le ipotesi in cui il ricorso a tale strumento sia obbligatorio e disciplinando espressamente l'obbligo per le committenti di fornire, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, un chiarimento specifico delle ragioni del mancato inserimento di tale istituto. L'effetto, già positivamente sperimentato in Austria, Germania e Italia (art. 2, co. 1-bis e 1-ter, DLgs 163/2006), è quello di favorire, nei limiti del principio di concorrenzialità e non discriminazione, le frammentazioni dei grandi appalti offrendo, in tal modo, alle PMI la possibilità di partecipare alle gare pubbliche.

E invero, l'art. 46 della direttiva in commento prevede che le Amministrazioni aggiudicatrici possano, anche ove sia indicata la possibilità di presentare offerte per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un offerente a condizione che il loro numero massimo sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse. Esse, inoltre, stabiliscono e indicano nei documenti di gara le norme o i criteri oggettivi e non discriminatori per l'aggiudicazione dei singoli lotti, qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione prescelti comporti l'aggiudicazione a un offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo.

Gli Stati membri, nelle ipotesi in cui al medesimo offerente possa essere aggiudicato più di un lotto, possono altresì prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici possano aggiudicare appalti che associano alcuni o tutti i lotti ove abbiano specificato nel bando o nell'invito a confermare interesse che si riservano tale facoltà e indichino i lotti o gruppi di lotti che possono essere associati.

Requisiti di fatturato

Requisiti eccessivamente severi relativi alla capacità economica e finanziaria spesso costituiscono un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici. Le Amministrazioni aggiudicatrici non devo-



L'avvocato Claudio Guccione è referente scientifico dell'Executive Master in Management delle Imprese di Costruzione della LUISS Business School (claudio.guccione@peilex.com)



no, pertanto, essere autorizzate a esigere che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo superiore a tre volte il valore stimato dell'appalto. Ne discende che il criterio quantitativo prescelto determina la facoltà per le stazioni appaltanti di richiedere al più un fatturato doppio rispetto all'importo posto a base di gara. Tuttavia, in circostanze debitamente giustificate legate, ad esempio, agli alti rischi connessi alla esecuzione del contratto o al fatto che la tempestiva e corretta realizzazione è di fondamentale importanza in quanto costituisce un presupposto necessario per l'esecuzione di altri contratti, potrebbero essere applicati anche requisiti più rigorosi.

La semplificazione e flessibilità delle procedure nei settori tradizionali

La nuova disciplina mira ad ampliare l'attuale assetto delle procedure utilizzabili, in un'ottica di massima semplificazione e flessibilità, introducendo, accanto a quelle già in vigore, la procedura competitiva con negoziazione (art. 29) che andrà ad affiancare il dialogo competitivo (art. 30), il cui ambito di applicazione è stato peraltro esteso con l'eliminazione del riferimento agli "appalti particolarmente complessi", e la partnership innovativa (art. 31). La prima procedura in commento, la quale presenta i tratti distintivi di una procedura ristretta, si caratterizza per la selezione qualitativa degli invitati sulla base di documenti di gara in cui l'Amministrazione aggiudicatrice precisa l'oggetto dell'appalto, fornendo una descrizione delle esigenze e delle caratteristiche richieste delle forniture, dei lavori o dei servizi da appaltare, e specifica i criteri per l'aggiudicazione dell'appalto. Sulla base di tali indicazioni preliminari, le Amministrazioni aggiudicatrici negoziano con i partecipanti le offerte iniziali, a meno che non si siano riservate, nel bando di gara o nell'invito, il potere di aggiudicare l'appalto esclusivamente sulla base delle offerte finali, e tutte le offerte successive da essi presentate, ad eccezione di quelle finali.

La procedura di partnership innovativa, invece, si fonda sul confronto degli offerenti, chiamati a proporre proprie specifiche soluzioni ai bisogni indicati dall'Amministrazione. Nei documenti di gara, infatti, l'amministrazione aggiudicatrice, definendo i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare, identifica l'esigenza di prodotti, servizi o lavori innovativi che non può essere soddisfatta acquistando prodotti, servizi o lavori disponibili sul mercato. L'istituto, pertanto, presenta un ambito di applica-

zione più esteso, rispetto ai cosiddetti Accordi pre-commerciali di cui all'art. 16 lett. f Direttiva 2004/18/CE, i quali appaiono confinati nella categoria dei soli appalti di servizi. L'amministrazione aggiudicatrice può decidere di instaurare il partenariato per l'innovazione con un solo partner o con più partner che conducono attività di ricerca e di sviluppo, anche attraverso la produzione di prototipi eventualmente da proporre sul mercato. Premessi i tratti distintivi delle due procedure, si evidenzia che la nuova disciplina è evidentemente ispirata all'ampliamento della sfera discrezionale, per le stazioni appaltanti, nella scelta della procedura da adottare. L'art. 26 della nuova disciplina, infatti, se da un lato, impone agli Stati membri di prevedere normativamente la possibilità, per le Amministrazioni aggiudicatrici, di ricorrere ai partenariati innovativi, dall'altro, sempre in un'ottica di discrezionalità, estende l'ambito oggettivo di applicazione della procedura competitiva con negoziazione e del dialogo competitivo, indicando i criteri che consentono, alle stesse stazioni appaltanti, il ricorso a tali ultime procedure.

La stessa tecnica normativa di ampliamento dell'ambito oggettivo, seppure con indicazione di vincoli di applicabilità, ricorre nell'art. 32 della direttiva riformata, il quale individua i casi in cui le stazioni appaltanti possano utilizzare la procedura negoziata senza previa pubblicità. Tra i tanti, 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, già oggetto di gara. Diversamente dalla previsione di cui all'art. 26 del nuovo testo, tuttavia, si evidenzia che non sussiste, in tal senso, un obbligo di recepimento per gli Stati membri, i quali, dalla lettera della disposizione in commento, "possono prevedere" di limitare o meno la scelta di ricorso a tale procedura nei confronti delle Amministrazioni aggiudicatrici. Nel ridefinire la procedura negoziata senza bando è importante evidenziare che, rispetto alla precedente disciplina, il legislatore comunitario ha meglio circostanziato le ipotesi di ricorso a tale strumento, al fine di evitare elusioni al principio di concorrenza (si veda art. 32, direttiva).

Le comunicazioni elettroniche

Al fine di garantire l'interoperabilità di formati tecnici, processi e messaggistica delle procedure di appalto, l'art. 22 della nuova direttiva prevede che gli Stati membri provvedano affinché tutte le comunicazioni e gli

scambi di informazioni, ed in particolare la trasmissione in via elettronica, siano eseguiti utilizzando i mezzi elettronici di informazione e comunicazione. Nell'ottica del legislatore comunitario, il ricorso a tali mezzi deve diventare la norma per la comunicazione e lo scambio di informazioni nel corso delle procedure di appalto, in quanto consente di aumentare enormemente le possibilità di partecipazione degli operatori economici, nell'ambito del mercato interno, a procedure d'appalto.

La riduzione dei termini

Il tema della semplificazione della disciplina in materia di appalti si ravvisa anche nell'operazione di riduzione dei tempi di presentazione delle offerte, da parte dei concorrenti, operata dal legislatore comunitario, con specifico riferimento alle procedure prescelte dalle stazioni appaltanti. E invero, nel caso di procedura aperta, l'art. 27 della direttiva riformata prevede che il termine minimo per la ricezione delle offerte scenda da cinquantadue giorni, così come previsto nella vecchia disciplina, a 35 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara. Nel caso in cui le Amministrazioni aggiudicatrici abbiano pubblicato un avviso di preinformazione che non è stato esso stesso usato come mezzo di indizione di una gara, il poc'anzi citato termine minimo di 35 giorni per la ricezione delle offerte, può essere ridotto a quindici giorni purché siano rispettate le condizioni indicate nel secondo paragrafo della norma in commento. Lo stesso dicasi nel caso di procedure ristrette, in riferimento alle quali, l'art. 28 fissa in trenta giorni sia il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione - ad oggi di 37 giorni - che decorrerà dalla data di trasmissione del bando di gara o, in caso di ricorso all'avviso di preinformazione, dalla data d'invio dell'invito a confermare interesse, sia quello per la ricezione delle offerte a partire dalla data di trasmissione dell'invito a presentarle, attualmente previsto in 40 giorni.

I criteri di aggiudicazione

Se la disciplina previgente lasciava ampio margine di scelta alle stazioni appaltanti nell'individuazione del criterio di aggiudicazione da preferire, potendo queste optare per il criterio del prezzo più basso o per quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a contrario, la nuova direttiva dimostra evidentemente di privilegiare tale ultimo metodo, orientato su un approccio completamente innovativo di cosiddetto "best price-quality ratio". Nel considerando n. 92, infatti, emerge chiaramente l'esigenza di valutare il miglior rapporto qualità/prezzo, determinando i criteri economici e qualitativi connessi all'oggetto dell'appalto che verranno applicati a tal fine dalle stazioni appaltanti. Tali criteri dovrebbero, pertanto, permettere una valutazione comparativa del livello di prestazione che ciascuna offerta presenta, rispetto all'oggetto dell'appalto, quale definito nelle specifiche tecniche. Al fine di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, la decisione di aggiudicazione dell'appalto non dovrebbe basarsi solo su criteri qualitativi, ma dovrebbe pertanto essere accompagnata da un criterio basato sui costi che potrebbe, a scelta dell'amministrazione aggiudicatrice, basarsi sul prezzo o su un approccio costo/efficacia, come per esempio la determinazione dei costi del ciclo di vita e la considerazione delle esternalità negative (art. 68, direttiva). La nuova di-

sciplina, sulla base della giurisprudenza comunitaria più recente ma ormai consolidata, prende oggi espressamente in considerazione, con previsioni articolate, l'incorporazione di criteri ambientali e sociali, oltre a quelli qualitativi tradizionali.

La verifica dell'offerta anomala

L'art. 69 della direttiva in commento conferma, in capo alle amministrazioni aggiudicatrici, la facoltà di richiedere agli operatori economici di fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse rispetto a lavori, forniture o servizi. Tali spiegazioni possono, in particolare, riferirsi a:

- l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione;
- le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori;
- l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente;
- il rispetto degli obblighi di cui all'art. 18, paragrafo 2;
- il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 71;
- l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato.

L'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente. Essa può respingere l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti. L'amministrazione aggiudicatrice respinge l'offerta se ha accertato che l'offerta è anormalmente bassa in quanto non rispetta gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali richiamate in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro.

L'amministrazione aggiudicatrice che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può respingere tale offerta unicamente per questo motivo soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice, che l'aiuto in questione era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'art. 107 TFUE.

Il subappalto

La nuova direttiva appalti per i settori tradizionali prevede l'importante novità del pagamento diretto ai subappaltatori, che sono frequentemente piccole e medie imprese sottoposte al rischio di mancato pagamento. Gli Stati membri, infatti, possono prevedere che, su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, l'autorità aggiudicatrice possa trasferire i pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore per i servizi, le forniture o i lavori forniti al contraente principale. In tal caso, gli Stati membri mettono in atto idonei meccanismi, indicati nei documenti di gara, che consentano al contraente principale di opporsi a pagamenti indebiti. È stato previsto poi che, nei documenti di gara, l'amministrazione aggiudicatrice possa chiedere o possa essere obbligata, dallo Stato membro, a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti. È, infatti, necessario garantire una certa trasparenza nella catena dei subappalti, in quanto ciò fornisce alle Amministrazioni aggiudicatrici informazioni su chi è presente nei cantieri edili nei quali si stanno eseguendo i lavori per loro conto o su quali imprese forniscono servizi negli edifici, infrastrutture o aree, ad esempio municipi, scuole comunali, infrastrutture sportive, porti o autostrade, dei quali le amministrazioni aggiudicatrici sono responsabili o su cui hanno un controllo diretto. L'obbligo di fornire le necessarie informazioni grava, in ogni caso, sul contraente principale, in virtù di clausole specifiche che l'Amministrazione aggiudicatrice dovrà inserire in tutte le procedure di appalto, o in virtù di obblighi che gli Stati membri imporranno al contraente principale mediante disposizioni di applicazione generale.

È, altresì, importante che l'osservanza, da parte dei subappaltatori, degli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro di cui alla presente direttiva, sempre che tali norme, e la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione, sia garantita dalle autorità nazionali competenti, ad esempio gli ispettora-

ti del lavoro o le agenzie per la protezione dell'ambiente, mediante azioni adeguate entro i limiti delle loro responsabilità e del loro mandato.

Le verifiche pre-commerciali

Un'altra forma nuova di flessibilizzazione è prevista dagli articoli 40 (Consultazioni preliminari di mercato) e 41 (Anticipato coinvolgimento dei candidati e degli offerenti). La prima disposizione prevede che, prima dell'avvio di una procedura di appalto, le Amministrazioni aggiudicatrici possano svolgere consultazioni di mercato, ai fini della preparazione dell'appalto 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 ad esempio sollecitare o accettare consulenze da parte di esperti o autorità indipendenti o di partecipanti al mercato. In questo caso, il legislatore comunitario detta una specifica disciplina per evitare che queste consultazioni abbiano l'effetto di falsare la concorrenza e violare i principi di non discriminazione e di trasparenza.

La nuova disciplina sulle varianti

Di particolare interesse è la nuova disciplina sulle varianti in fase di esecuzione del contratto (art. 72, direttiva, "modifica di contratti durante il periodo di validità"). Il nuovo regime specifica dettagliatamente le ipotesi di varianti ammissibili e ne circoscrive accuratamente la fattibilità, sia in termini di situazioni, sia in termini di valore complessivo. In caso di varianti in sede di esecuzione, la nuova disciplina si preoccupa, altresì, di obbligare le stazioni appaltanti ad adottare forme di pubblicità delle modifiche, anche per finalità di controllo. Una disciplina particolare è riservata alle varianti che si potrebbero definire minori, residuali rispetto a quelle "maggiori" ma rigorosamente circoscritte sotto l'aspetto quantitativo (necessità di non superare la soglia generale dell'art. 4 della direttiva e, nel caso di lavori il 15% del valore iniziale del contratto; nel caso di servizi e forniture, il 10% di tale importo). In aggiunta, il legislatore comunitario ha previsto specifiche definizioni del carattere "sostanziale" delle varianti. ■■

OSSERVATORIO NORMATIVO

■ **Determina dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori servizi e forniture n. 6 del 18 dicembre 2013** "Indicazioni interpretative concernenti le modifiche apportate alla disciplina dell'arbitrato nei contratti pubblici dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", pubblicata in GU Serie Generale n. 18 del 23 gennaio 2014.

■ **Decreto Legge 23 dicembre 2013, n. 145** "Interventi urgenti di avvio del piano 'Destinazione Italia', per il contenimento delle tariffe elettriche e del gas, per la riduzione dei premi RC-auto, per l'internazionalizzazione, lo sviluppo e la digitalizzazione delle imprese, nonché misure per la realizzazione di opere pubbliche ed EXPO 2015", pubblicato nella GU n. 300 del 23 dicembre 2013.

■ **Legge 27 dicembre 2013, n. 147** "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2014)", pubblicata nella GU n. 302 del 27 dicembre 2013 - Suppl. Ordinario n. 87 e ripubblicata nella GU n. 9 del 13 gennaio 2014 - Suppl. Ordinario n. 4

■ **Legge 27 dicembre 2013, n. 148** "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2014 e bilancio pluriennale per il triennio 2014-2016", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 302 del 27 dicembre 2013 - Supplemento Ordinario n. 88.

■ **Decreto Legge 30 dicembre 2013, n. 150** "Proroga di termini previsti da disposizioni legislative", pubblicato nella GU n. 304 del 30 dicembre 2013.

■ **Decreto Legge 30 dicembre 2013, n. 151** "Disposizioni di carattere finanziario indifferibili finalizzate a garantire la funzionalità di enti locali, la realizzazione di misure in tema di infrastrutture, trasporti e opere pubbliche nonché a consentire interventi in favore di popolazioni colpite da calamità naturali", pubblicato nella GU n. 304 del 30 dicembre 2013.

■ **Determina dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori servizi e forniture n. 1 del 15 gennaio 2014** recante: "Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del DLgs. 12 aprile 2006, n. 163", pubblicata in GU n. 34 dell'11 febbraio 2014.