

**CONVEGNO IGI**  
**17 novembre 2011**

**FLESSIBILITA' PROCEDURALE  
E ADERENZA AL DIRITTO UE  
NEL REGNO UNITO**

**Relazione Claudio Rangone**

- I. *Premessa*** – Sistema di common law con lunga tradizione negoziale.
  
- II.** La procedura ristretta e la flessibilità procedurale al centro del sistema inglese. La logica del collaborative procurement e le formule negli interventi complessi: dal D&B al Framework agreement, dal PFI/PPP mediante dialogo competitivo fino al c.d. collaborative procurement strutturato. Disciplina e prassi applicativa.
  
- III.** La tipicizzazione delle procedure nelle direttive UE e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.
  
- IV. *Conclusioni*** – Approccio manageriale al public procurement: prima di tutto il criterio economico del best value for money: uno stimolo per il nostro paese all'utilizzo di legittimi spazi di discrezionalità per giungere ad affidamenti insieme più collaborativi e più efficienti.

## **SINTESI**

Il sistema inglese di common law si basa sulla centralità del contratto affidato mediante procedure ristrette con largo ricorso alla c.d. “negoziazione concorrenziale”. Tale tradizionale approccio negoziale è radicato anche nella procedura ristretta (la procedura di affidamento di gran lunga più utilizzata nel Regno Unito), che si è evoluta negli interventi complessi in formule varie quali il **Design & Build** (nella modalità più avanzata dell’**Early Contractor Involving**), il **Private Finance Initiative – PFI**- affidato mediante **dialogo competitivo** e, da ultimo, il c.d. **Collaborative Procurement strutturato** attuato in base a programmi nazionali (Procure 21+; Project model; BSF, ecc.).

Elementi negoziali emergono nella prassi ancora diffusa del *step by step procedure* tanto nella fase pre-aggiudicazione come nella fase successiva alla nomina del c.d. *preferred bidder*, sia nelle tradizionali procedure ristrette che in quelle più articolate sopra ricordate relative ai maggiori interventi nei settori classici e speciali.

La spinta alla flessibilizzazione delle procedure mediante negoziazione si è affermata negli ultimi 2 decenni attraverso un approccio particolarmente innovativo, che ha sancito l’orientamento primario della spesa pubblica in appalti pubblici al principio economico-gestionale del *best value for money* fondato sulla logica dell’appalto collaborativo, con una continua tensione verso un approccio manageriale della gestione della procedura, dall’affidamento fino all’esecuzione degli appalti: tutto ciò ha creato la strutturale concorrenzialità del mercato inglese, forse il più aperto tra i grandi paesi della UE.

Tuttavia, questa tensione alla concorrenzialità ed al mercato non ha evitato l’emergere di un divario crescente tra alcune prassi procedurali tuttora presenti e la forte spinta alla tipizzazione delle procedure attuata con le direttive 17 e 18 del 2004 e sancita da una giurisprudenza rigorosa della Corte di Giustizia, tesa a garantire una stretta applicazione dei principi di pari trattamento nella completa trasparenza (come ribadito da ultimo nella sentenza della Corte di Giustizia Commissione / Repubblica francese, causa C-299/08 del 10 dicembre 2009).

La lezione che si può ricavare per l’Italia è che occorre sfruttare al meglio tutti i legittimi spazi di discrezionalità che il diritto UE attribuisce ai Paesi membri ed alle stazioni appaltanti, dato che l’esperienza inglese ( e più in generale europea) dimostra che, senza una positiva tensione verso un approccio tipo *best value for money* fondato sulla logica del *collaborative procurement* attuato nella trasparenza, non può esservi efficienza e economicità negli affidamenti, obiettivo più che mai primario in epoca di grave crisi economico/finanziaria.

## **I. Premessa**

Le profonde differenze concettuali e di prassi applicativa che caratterizzano il sistema inglese basato su Common law e centralità del contratto e del progetto con ampia discrezionalità delle stazioni appaltanti devono essere tenute presenti per meglio capire quella profonda “rivoluzione culturale” avviata dall’inizio degli anni ’90 che ha prodotto ( e tuttora produce) uno sforzo continuo teso a migliorare la spesa pubblica mediante la ricerca di formule procedurali e contrattuali capaci di rispondere al principio economico fondamentale del best value for money.

Infatti, solo collocando l’analisi della disciplina e della prassi inglesi in tale prospettiva si può comprendere la propensione alla flessibilità procedurale ancorata ad una vasta discrezionalità delle stazioni appaltanti, sconosciuta al nostro ordinamento, che però, come vedremo più avanti, rischia di collidere, anche profondamente, con il diritto UE, così come è venuto evolvendosi con le direttive del 2004.

Nel merito delle procedure, la tradizionale indicazione rivolta alle stazioni appaltanti circa l’uso preferenziale della procedura ristretta con una forte selezione di invitati ( forcilla con min. 3/4 e max. 6/8 offerenti) e il parallelo giudizio negativo sulla procedura aperta perché “inefficiente per l’eccessivo affollamento che genera”, si accompagna al consiglio (già presente nella Guidance governativa del 1975) circa lo svolgimento di riunioni pre e post offerta: le prime, per accertarsi che tutti i (pochi) candidati invitati siano realmente motivati a partecipare ed abbiano ben compreso le condizioni e gli elementi tecnici degli atti della gara; le seconde, da svolgere separatamente con il primo ed il secondo classificato, per chiarire eventuali punti dell’offerta e, se necessario, per “modificare in via negoziale elementi non essenziali dell’offerta”. La Guidance citata esplicita al riguardo che resta ferma l’esigenza di assicurare riservatezza e pari trattamento a tutti i partecipanti alla gara, ma molti indizi evidenziano che tale esigenza rimane un po’ sullo sfondo, oggettivamente sormontata dalla continua spinta governativa all’assunzione di managerialità da parte delle stazioni appaltanti chiamate ad una governance ottimale delle procedure di aggiudicazione così come dei processi pre e post gara. Questa continua attenzione all’efficienza gestionale delle stazioni appaltanti che si spinge fino a divenire in modo esplicito vero e proprio “orientamento al business” (business oriented) ha prodotto nel tempo (soprattutto per gli interventi complessi) l’emergere di soluzioni procedurali e contrattuali originali, di cui alcune hanno avuto un successo ed una diffusione mondiale (basti citare, ad es., il Privatet Finance Initiative - PFI/PPP-) e che si fondano essenzialmente sull’idea di collaborazione e non di antagonismo aprioristico tra le parti contrattuali, con relativa attenzione alla ripartizione dei rischi e degli oneri nascenti dal

contratto. Va pure ricordato che questo approccio collaborativo che ispira tutto il più recente procurement inglese non può essere scisso dal principio secondo cui “la concorrenza è assicurata da un buon progetto e da documenti tecnico-contrattuali completi e precisi” e non certo dal numero dei concorrenti. Nonostante tali presupposti di tradizionale ampia flessibilità di approccio agli affidamenti, la Gran Bretagna ha visto, dall’inizio degli anni ’90, un continuo processo di rinnovamento delle procedure, basato sulla ricerca di sempre maggiore efficienza della spesa pubblica attraverso un incremento insieme della concorrenza, dell’innovazione (progettuale ed esecutiva) e della qualità relazionale tra le varie parti contrattuali impegnate negli interventi maggiori.

Vale la pena di ricordare in sintesi la genesi di tale vasto e continuo processo, ancorata alla constatazione delle gravi carenze che caratterizzano il tradizionale processo di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici: l’avvio di quella che appare come una vera “rivoluzione culturale” della Pubblica Amministrazione e, di riflesso, delle imprese è fatto risalire al fondamentale Rapporto Latham del 1994, dal titolo significativo *Construction the team (Costruire la squadra)*.

A questo primo, storico Report che poneva lucidamente l’esigenza di una riconsiderazione delle procedure in termini di maggiore integrazione dei ruoli, con l’obiettivo di contenere il livello del contenzioso, riducendo, a regime, del 30% costi e tempi delle opere, è seguita una lunga serie di altri importanti contributi elaborativi (anche settoriali), sviluppati a partire dall’analisi sistematica dell’esperienza pratica acquisita (Report Leverre 1995: *Verifica dell’efficienza*; Egan Report 1998: *Ripensare il processo costruttivo*; Gershon Review 2001: *Efficienza e risparmi nelle procedure*; National Audit Report 2002: *Modernizzazione delle procedure*; Achieving Excellence 2003: *Incrementare la performance*) fino alle recentissime elaborazioni sull’*Innovative procurement*.

La Gran Bretagna è così giunta ad individuare e applicare in pratica alcuni concetti che hanno avuto una notevole influenza a livello comunitario ed internazionale, quali:

- 1) l’esigenza di migliorare l’efficienza dei processi (di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici) attraverso una logica collaborativa e non antagonistica tra le parti contrattuali;
- 2) l’idea di una corretta, sostenibile e pienamente consapevole allocazione dei rischi contrattuali tra le parti;
- 3) l’esigenza di una piena valutazione dei costi nell’intero ciclo di vita dell’opera;
- 4) l’apertura all’innovazione, progettuale e tecnologica, in ogni fase della procedura di affidamento e di vita del contratto.

Si tratta di concetti riconducibili al generale principio del *Best value for money*, attuabile al meglio solo con la formula del c.d. “*collaborative procurement*”.

Questo continuo lavoro elaborativo (sempre incoraggiato dai Governi di varia tendenza politica succedutisi negli anni) ha portato alla formalizzazione di diversi metodi procedurali/contrattuali, adeguati alle caratteristiche dei vari comparti del settore pubblico, esaminati nel capitolo seguente.

## **II. *Analisi delle formule procedurali più utilizzate negli interventi maggiori:***

### ***DESIGN & BUILD, PFI/PPP affidato mediante dialogo competitivo e formule di COLLABORATIVE PROCUREMENT STRUTTURATO***

Quattro sono attualmente le formule di maggiore utilizzo nel caso di interventi complessi: 1) Design & Build (D&B); 2) Framework Agreement; 3) Private Finance Initiative (PFI/PPP) affidato mediante il dialogo competitivo, cui si aggiungono le più recenti formule del 4) c.d. collaborative procurement strutturato, che esamineremo successivamente.

Le prime tre formule citate coprono, in termini di valore contrattuale complessivo, circa il 35/40% del mercato totale delle opere e dei servizi e riscontrano una sostanziale equivalenza quanto alla rispettiva percentuale di applicazione, compresa intorno al 12% circa.

Negli ultimi anni si sono poi sviluppate modalità particolari di governance degli affidamenti ancorate a programmi nazionali di spesa in campo scolastico, sanitario e dell'housing della Difesa, che sono tutte accomunate dalla logica collaborativa che presiede al c.d. procurement collaborativo strutturato.

Esaminiamo ora in particolare la prima e la terza delle formule citate, il D&B ed il PFI/PPP, per capire se la flessibilità procedurale e l'approccio negoziale inglesi siano compatibili con il rispetto ( sostanziale e formale ) del diritto dell'Unione, anche alla luce di quel particolare contesto che è il procurement collaborativo, garanzia di raggiungimento delle migliori performance in termini di costi e tempi realizzativi rispetto alla formula tradizionale come certificato anche dalla NAO, la Corte dei Conti inglese.

Quanto alla procedura della Design&Build -D&B-( assimilabile a una formula compresa tra l'appalto integrato e l'appalto-concorso) utilizzata massicciamente nei maggiori interventi infrastrutturali ed edilizi, sia nei settori classici che speciali, l'idea di fondo che la anima è quella di ottenere best value for money mediante una sostanziale integrazione delle diverse competenze così coinvolte, affrontando l'approfondimento delle varie tematiche in una logica collaborativa e non puramente antagonista che si sviluppa lungo l'arco di tre principali fasi procedurali ( secondo la

tipica formula della “step by step procedure”): 1)selezione degli invitati, 2)offerta spesso articolata in due steps con indicazione finale del “preferred bidder” e 3) definizione contrattuale conclusiva con il “preferred bidder”.

Di queste fasi, vedremo in dettaglio quella dell’offerta e quella della negoziazione finale.

Trattandosi di una procedura assimilabile in linea di massima alle formule del nostro appalto-integrato/appalto concorso, la prima fase della procedura vede la presentazione di un’offerta su progetto preliminare (ma decisamente più articolato e completo del nostro preliminare) con richiesta di varianti e possibilità di proposte migliorative e l’esclusione degli offerenti giudicati non i migliori in base ai prefissati criteri del bando secondo il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa; agli offerenti che restano in gara( in genere 2, massimo 3) è richiesto di presentare l’offerta finale dalla quale scaturirà la scelta del “preferred bidder”, con cui sarà poi “negoziata” la definizione conclusiva delle condizioni contrattuali.

Per una più completa analisi di tale procedura, si riporta una illustrazione dettagliata della procedura specifica di D&B seguita dalla Highway Agency – HA –, l’ANAS inglese, nella forma ECI – *Early Contractor Involvement* , traducibile come “anticipato coinvolgimento dell’appaltatore” –.

Se il D&B è la formula applicata da qualche anno alla maggior parte dei contratti della Highway Agency, nella sua versione più avanzata, l’ECI appunto, riguarda ormai la totalità dei contratti maggiori, pur essendo una formula molto discussa nel Regno Unito, non per l’aderenza o meno alle norme Ue, ma solo circa la sua reale efficacia di best value for money.

Come il D&B classico, si sviluppa essenzialmente con una concorrenza basata sulla sola qualità/innovazione e marginalmente sul prezzo, secondo le seguenti fasi e caratteristiche:

- 1) definizione del progetto preliminare, anche con indicazioni solo prestazionali;
- 2) pubblicazione del bando e formazione della lista ristretta di contractors+consultants invitati alla gara: per i grandi appalti non più di 5/6;
- 3) nella fase successiva, anche attraverso incontri ed interviste mirate ai tecnici indicati per l’esecuzione in caso di aggiudicazione, si attua un’ulteriore cernita delle imprese sulla base dei requisiti e delle proposte tecniche innovative esposte, riducendo a 4 gli invitati alla fase successiva;
- 4) esame approfondito delle idee e delle proposte progettuali tese alla miglior esecuzione (progettuale ed operativa) dell’intervento con offerta preliminare: scelta di 2 concorrenti per la formulazione della proposta progettuale e offerta del c.d. prezzo obiettivo (*target price*), secondo i criteri valutativi tipo offerta economicamente più vantaggiosa, con peso dell’80% alla qualità e 20% al prezzo. Tra l’altro, l’attività di intensa elaborazione progettuale operata dagli invitati può essere remunerata come attività professionale, acquisita dall’Ente ed incorporata alla soluzione finale;

5) scelta del c.d. offerente preferito (*preferred bidder*), con cui l'HA continua l'affinamento progettuale e la negoziazione economica fino alla definizione del progetto esecutivo;

Come si può notare (e come si evidenzierà meglio in seguito), assomiglia molto ad una procedura negoziata preceduta da pubblicità o del dialogo competitivo.

Oltre all'Accordo quadro, l'altra procedura più utilizzata nei maggiori interventi (soprattutto di edilizia) è quella del PFI/PPP, che oggi risulta inquadrata legislativamente nel dialogo competitivo di cui all'art. 29 della D. 18, dopo essere stata da sempre una procedura (assimilabile a quella) negoziata preceduta da pubblicità o, forse più esattamente, ad una procedura ristretta con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa attuata in due fasi mediante ( spesso) doppia offerta e vasto approccio negoziale lungo l'intero ciclo procedurale.

Di questo pregresso carattere di "procedura negoziata competitiva", come dicono gli inglesi evidenziandone fin nella definizione i lati positivi, in un contesto di sostanziale allineamento disciplinare alle disposizioni UE del dialogo competitivo, resta qualche traccia perfino nei documenti ufficiali (Treasury Task Force – Private finance – Technical note. 4 – How to appoint and work with a preferred bidder), che utilizzano una terminologia (forse volutamente) poco precisa e non tassativa (punto 4.2.4) sulla possibilità di cambiare le specifiche in corso di gara (punto 4.3.7 e 4.3.8), sugli spazi negoziali dopo l'aggiudicazione preliminare (*preferred bidder*), e (punti 5.1.1 e 5.1.2) sulla possibilità di prevedere offerenti di riserva, se il *preferred bidder* non dovesse andare a contratto ecc..

Quanto indicato è avvalorato autorevolmente anche dal rapporto del Treasury sul PFI del 21/02/2008 (Command, paper n. 7322), dove si ammette che "1/3 delle stazioni appaltanti impegnate nell'aggiudicare progetti PFI, cambia i progetti dopo aver nominato il "preferred bidder": tuttavia, va detto anche che altri documenti successivi hanno indicato dati diversi, in ragione della maggiore conoscenza delle regole Ue nel frattempo maturata dalle stazioni appaltanti inglesi.

Tuttavia, anche il lessico è duro a morire se nel documento ufficiale sul Dialogo competitivo del Governo, "Competitive Dialogue Procedure: OGC Guidance – January 2006", al punto 1.2 dell'Introduzione si spiega che a seguito dell'efficace azione di lobby inglese presso la Commissione europea a Bruxelles, il Dialogo competitivo "si sposa bene con la prassi esistente del PFI", essendo in realtà "una procedura negoziata strutturata", "del tutto simile alla procedura preesistente praticata nel Regno Unito".

Quanto, infine, alle particolari modalità di gestione degli affidamenti ( punto 4) connessi ad importanti programmi pluriennali nazionali come quello scolastico (Building Schools for future-BSF-) o quello sanitario ( ProCure 21+), si deve evidenziare che essi si muovono in una logica di “procurement collaborativo strutturato”, l’ultima frontiera della nuova generazione di PFI/PPP attuati mediante accordi quadro: per meglio spiegarne i contenuti è bene fare un passo indietro e dare uno sguardo d’insieme al fenomeno PFI/PPP

La formula del partenariato pubblico privato, nata più di 20 anni fa, riguarda una percentuale di contratti (sono circa un migliaio quelli stipulati fino ad oggi), normalmente importanti ( di valore unitario pari a circa 20 ml di euro ed oltre), corrispondente a circa il 15/18% della spesa pubblica totale annuale, ed ha nel tempo assunto una funzione strategica, fortemente perseguita dai vari Governi di ogni tendenza, di sperimentazione operativa per il rinnovo della politica degli appalti pubblici della P.A., centrale e periferica.

In tale spirito, già da un decennio, il Governo, in accordo con gli enti locali e le Associazioni di categoria, ha proceduto alla progressiva standardizzazione dei contratti di tutti i Ministeri e di molti gli Enti locali, che vogliono applicare la formula PPP/PFI e per la quale possono usufruire di fondi agevolati e/o supporti tecnici ( ad esempio, la Task force centrale di valutazione tecnico-finanziaria, opera gratuitamente per gli Enti locali che si adeguano allo schema contrattuale prefissato).

Dal 2007, il Governo ha razionalizzato gli interventi secondo una logica di programmazione settoriale abbinata ad una “partnership strutturale”, in particolare nel settore scolastico ed in quello sanitario: per giungere a ciò, il primo passo è stato quello di scegliere nei due settori indicati a scala nazionale, gli ambiti operativi ottimali e gli interventi da effettuare, con l’obiettivo di giungere, in 10 anni, alla ristrutturazione/ricostruzione di tutti gli edifici scolastici e di tutte le strutture sanitarie primarie (relative cioè al sostegno sanitario di prossimità).

A tal fine, sono stati previsti finanziamenti pubblici inizialmente per 10 miliardi di sterline (ora dimezzati a causa della crisi finanziaria) per ciascuno dei due programmi decennali e stanziati circa 200 ml di euro da parte dei due Ministeri coinvolti – Istruzione e Salute – per gli studi e l’attivazione dei supporti di analisi per l’individuazione degli ambiti territoriali ottimali, per le priorità di intervento nel territorio, per le modalità di intervento – ristrutturazione/demolizione/ricostruzione –, per le tipologie progettuali standard ecc., prevedendo un livello minimo di importo per singolo intervento, fissato a scala nazionale a 20 ml di sterline da conteggiarsi sul costo contrattuale complessivo di progettazione, costruzione e gestione dei servizi per 10 anni.

Parallelamente, il Governo ha, con gara ristretta europea, invitato le maggiori imprese interessate a costituire consorzi e RT anche con imprese locali, per qualificarsi quali specialisti globali nei due settori indicati e divenire “partners di lungo periodo con gli enti locali committenti”: su 10 gruppi prequalificati, sono stati scelti 3 “consortia” per ciascun settore, chiamati ad apportare l’80% del finanziamento necessario all’intervento di progettazione, costruzione/ristrutturazione e gestione del servizio, normalmente per 10 anni (il restante 20% del finanziamento è stato ripartito in egual misura tra Stato ed Enti locali), che sarà ripagato dal committente pubblico in rate semestrali per 10 anni, comprensive di capitale, interessi e oneri di servizio.

Di conseguenza, questi tre “consortia” hanno acquisito l’esclusiva per partecipare alle gare dei relativi programmi su tutto il territorio nazionale per 10 anni costituendo una “relazione committente pubblico-imprenditore privato strutturale, a carattere quasi permanente, che deve essere costruita e gestita secondo clausole e criteri prefissati il più possibile negli atti di prequalifica”.

L’idea base è quella di passare dall’affidamento tradizionale del singolo intervento alla programmazione degli interventi attuata in un quadro stabile di relazioni di partnership decennale, in cui si dovrebbero realizzare, attraverso affidamenti successivi, sempre maggiori sinergie a partire dalle condizioni iniziali date, verificate secondo un’evoluzione nell’ottimizzazione di costi e performance di servizio ancorate a benchmarks prefissati ed adeguati man mano nel tempo, in base alle esperienze maturate negli interventi del programma stesso ma anche emerse dal confronto con tutti gli altri contratti simili a scala nazionale.

Vediamo più in dettaglio il caso specifico delle scuole, il cui programma, denominato Building Schools for the Future, riguarda le scuole secondarie: ciascun ambito territoriale locale – detto LEA, Local Educational Authorities – sceglie un partner privato con gara ristretta ai tre consorzi prequalificati e gli affida come primo contratto 4 complessi scolastici – due di nuova costruzione e due in ristrutturazione –, che rappresentano il riferimento base su cui costruire il rapporto contrattuale da aggiornare nel tempo, nella prospettiva di procedere in 10 anni all’affidamento di complessive 20 scuole.

L’idea – che fino ad ora ha funzionato solo in parte data la grande macchinosità della governance del programma – è di risparmiare sui costi elevando la qualità complessiva attraverso l’effetto virtuoso congiunto di specializzazione/continuità relazionale/partnership contrattuale stabile.

Analoga l’impostazione di fondo del programma sanitario Procedure 21 che si sviluppa su 6 anni, e che vede, dopo i tagli del Governo Cameron, una dotazione di 5,5 md di € al momento sono 6 i consorzi di imprese prequalificate su 18 che avevano fatto richiesta ed il programma viaggia con circa 4/6 mesi di ritardo su quanto prefissato nonostante le semplificazioni ed accelerazioni volute

dal Governo conservatore nella nuova versione denominata “ProCure 21+”, dal nome dell’accordo quadro generale che regola la fase realizzativa del programma.

In via conclusiva, va ricordato che il presupposto del successo del “partenariato strutturale” dipende da una somma di elementi, in parte già evidenziati, quali la standardizzazione spinta delle clausole contrattuali, dei progetti, dei costi base di riferimento ri-aggiornati periodicamente avendo a raffronto non solo i costi di settore in generale ma pure quelli specifici dei progetti analoghi degli altri ambiti territoriali del programma ecc.

Oltre a ciò, va pure evidenziato che l’interesse al miglioramento di costi e servizi risulta anche garantito dalle clausole c.d. refinancing, una previsione del bando che consente la rinegoziazione periodica delle condizioni finanziarie e di performance dei servizi nell’arco dei 10 anni di durata del contratto, con ripartizione dei guadagni tra parte pubblica e parte privata.

In altre parole, se le prestazioni sono ben eseguite, le cose vanno bene anche per l’impresa, che potrà guadagnare molto dal raggiungimento/avanzamento dei vari obiettivi, definiti dal benchmark contrattuale di riferimento.

Ora, come si vedrà meglio nelle conclusioni, l’esperienza attuata con i nuovi partenariati strutturali dirà se le innovazioni programmatiche e contrattuali hanno apportato reali vantaggi: al momento, restano forti dubbi sull’aderenza di questa formula alla disciplina comunitaria degli accordi quadro, specialmente per quanto attiene

1) alla durata – 10 anni per il BSF scolastico e 6 per il ProCure 21+ contro i 4 della direttiva 18, “salvo casi particolari debitamente motivati, in particolare dall’oggetto dell’accordo quadro” – art. 32, 2°c, 4° parag.;

2) alle previste possibili modificazioni sia al progetto che al contratto base post aggiudicazione, ancorché indicate sommariamente nel bando;

3) al previsto adeguamento negoziale nel tempo delle clausole e delle condizioni contrattuali post stipula, anche se indicato come possibile nel bando ed anche se si tratta di contratti di durata almeno decennale.

### **III. La “tipicizzazione” delle procedure nelle Direttive UE e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia**

Il Regno Unito ha sempre sostenuto in tutte le sedi comunitarie che, come l’Accordo sugli appalti pubblici – GPA – del World Trade Organization (WTO) ha l’obiettivo originario di aprire i mercati internazionali alla competizione così la disciplina degli appalti pubblici comunitari lo ha a livello dell’Unione e che sia il GPA che le direttive UE sono state concepiti come una cornice generale

entro cui gli Stati membri rimanevano liberi di adottare regole più dettagliate per dare attuazione alle norme comunitarie in aderenza alle pratiche nazionali, secondo le proprie esigenze e tradizioni. Inoltre, ha sempre evidenziato che questo concetto risulta enfatizzato nel Preambolo alla Direttiva 71/305/CEE e confermato dalla famosa sentenza Beentjes della Corte di Giustizia: basandosi su tale assunto, il Regno Unito ha continuato a seguire una tradizione consolidata di diffusa “negoiazione concorrenziale”, peraltro ancorata più alla prassi che a norme specifiche, notoriamente assai scarse. Tuttavia, l’evoluzione del diritto dell’Unione e della giurisprudenza della Corte hanno prodotto un progressivo restringimento dell’originaria libertà degli Stati, in due direzioni principali: da un lato, regole più precise e stringenti per le procedure nelle varie fasi (dalla selezione all’aggiudicazione) e, dall’altro, estensione progressiva, formale e soprattutto di fatto, delle regole comunitarie a nuovi campi quali il sottosoglia, le concessioni e, da ultimo, gli appalti della difesa.

Va pure ricordato che tale processo è avanzato, in una prima fase, in modo abbastanza strisciante ad opera della Corte di Giustizia mediante l’interpretazione estensiva dei principi cardine dei Trattati, relativi alla parità di trattamento e alla trasparenza ( in particolare con le sentenze FABRICOM; STOREBAELT; BUS WALLON; SIAC ecc.).

Successivamente, la Corte ha chiarito il contesto normativo ed interpretativo sul punto giungendo ad una conclusione univoca nella causa C-470/99, UNIVERSALE-BAU AG, del 12 dicembre 2002, dove, ai punti 88, 89, 91, 92, afferma: “la direttiva 71/305 è stata codificata dalla direttiva 93/37”; ed ancora “Dal titolo e dal secondo ‘considerando’ della direttiva 93/37 risulta che quest’ultima ha semplicemente per oggetto il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, cosicché essa non prevede un sistema completo di norme comunitarie in materia (si veda anche sentenza 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, Lombardini e Mantovani)”. Tuttavia, prosegue la Corte, “il principio della parità di trattamento, che costituisce la base delle direttive relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici, implica un obbligo di trasparenza al fine di consentire di accertarne il rispetto (in particolare, sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Teleaustria e Telefonoadress)”.

Sono così poste le premesse per una progressiva “tipicizzazione” delle procedure che, però, soltanto con la D. 2004/18/CE si realizza formalmente attraverso un riscontro testuale nel diritto positivo con gli artt. 2 e 28.

Ciò non solo è ricavabile direttamente dalla lettera del testo normativo, ma è avvalorato anche dall’interpretazione della Corte di Giustizia che, nella causa C-299/08, Commissione europea contro Repubblica francese del 10 dic. 2009, afferma (punto 28): “Se è vero che la direttiva 2004/18 non è intesa a stabilire un’armonizzazione completa del regime degli appalti pubblici negli Stati

membri, è anche vero che le procedure di aggiudicazione degli appalti che gli Stati membri sono autorizzati ad utilizzare sono elencate tassativamente all'art. 28 di tale direttiva”.

Ed ancora, al punto 29, “L’aggiudicazione di appalti pubblici mediante altre procedure non è autorizzata dalla detta direttiva”, dato che (punto 32) “l’art. 28, secondo comma, della direttiva 2004/18, che non aveva equivalenti nella direttiva 71/305, elenca con precisione le procedure cui le amministrazioni aggiudicatrici devono fare ricorso per aggiudicare i loro appalti”.

Significative al riguardo risultano anche le osservazioni dell’Avvocato generale nella sentenza richiamata: “esistono taluni fattori che lasciano intendere in modo convincente che le procedure cui fa riferimento l’art. 28 della direttiva devono essere considerate esaustive. In generale, la formulazione del testo di tale articolo non evidenzia nessuno dei caratteri di quella che potrebbe essere considerata un’elencazione aperta”. E l’Avvocato generale così continua: “Il legislatore comunitario ha previsto due procedure che dovrebbero, in via generale, essere seguite dalle autorità aggiudicatrici. Esse sono la procedura aperta e la procedura ristretta e possono essere considerate procedure normali o standard. Si può poi ritenere che il dialogo competitivo costituisca una procedura speciale o eccezionale la cui attuazione e i cui presupposti sono specificati dall’art. 29 della direttiva 18. Del pari, la procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara, può essere considerata di natura speciale o eccezionale e la sua applicazione è basata sui presupposti specificati agli artt. 30 e 31 della direttiva”. Sempre l’Avvocato generale nella causa in esame evidenzia che “Il governo francese contrariamente sostiene che vi sono determinate specifiche procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva 18, nel capo V, al titolo «Procedure», che non sono menzionate all’art. 28. Il governo francese si riferisce a: accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione e appalti pubblici di lavori con disposizioni specifiche sull’edilizia sociale”, per concludere che “gli accordi quadro e i sistemi dinamici di acquisizione costituiscono forme specifiche di appalti o varianti di procedure esistenti. Esse non costituiscono nuove forme distinte di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici che sono, come tali, previste dall’art. 28 della direttiva. Deriva, inoltre, dal testo degli artt. 32, n. 2 e 33, n. 2 della direttiva che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad osservare le disposizioni procedurali menzionate all’art. 28 della direttiva. In secondo luogo, per quanto riguarda le norme relative all’edilizia sociale, il titolo dell’art. 34 espone chiaramente che esso riguarda «disposizioni specifiche» e non norme di procedura di per sé”.

Questa analisi (seppure sommaria) dell’evoluzione del diritto UE verso una sempre maggiore ( ed ormai compiuta) “tipicizzazione” delle procedure di affidamento e della loro intrinseca connessione con il principio di parità di trattamento e di trasparenza, consente di analizzare con più oggettività la prassi inglese della “negoiazione concorrenziale”, tuttora molto forte, valutandone il progressivo

distacco dalla disciplina comunitaria, anche alla luce del generale indirizzo interpretativo della Corte, molto più propensa per un intervento regolatore sui dettagli procedurali dando preferenza ai principi di pari trattamento e di trasparenza rispetto ai criteri (discrezionali) legati alla convenienza economica e alla riduzione dei costi nei singoli affidamenti delle stazioni appaltanti.

#### **IV. CONCLUSIONI**

Osservando l'esiguità della disciplina normativa inglese e la linearità delle prassi applicative viene spontaneo chiedersi come si possa operare nella spendita del denaro pubblico con maggiore efficienza.

Tra l'altro, anche a prescindere dal tema di una maggiore o minore aderenza alle regole procedurali UE, non vi è dubbio che il mercato inglese abbia (per unanime giudizio) connotati strutturali di grande apertura ed accentuata concorrenzialità che paiono confermare la validità sostanziale dei capisaldi delle prassi utilizzate: gare molto ristrette basate su progetti estremamente precisi, logica collaborativa di tipo addirittura strutturale di lungo periodo tra le imprese e i committenti pubblici, vasto ricorso a prevalenti criteri qualitativi di aggiudicazione a scapito del solo prezzo, attenzione maniacale ai costi procedurali e preferenza per la centralità del contratto che tenga conto del costo dell'intero ciclo di vita dell'opera e che preveda clausole adeguate per rendere flessibile il rapporto contrattuale nel lungo periodo, rendendo così il servizio connesso all'opera pienamente rispondente alle esigenze mutevoli della Amministrazione.

Tutti gli elementi indicati confermano una sostanziale propensione del sistema inglese ad affermare ambiti di ampia discrezionalità delle stazioni appaltanti, orientate nel loro procurement più a logiche tecniche, finanziarie e gestionali che strettamente giuridiche.

Naturalmente tutto ciò crea quelle ampie "zone grigie" circa l'aderenza alle regole procedurali UE che la dottrina inglese più autorevole denuncia da tempo (tra tutti, 1) Sue Arrowsmith, in *The law of public and utilities procurement*, Thomson, Sweet&Maxell e in *The european procurement rules and PPP ( Common Market Revue)* e 2) Peter Braun in *Strict compliance versus commercial reality* )proprio con riferimento agli aspetti connessi al tradizionale approccio della "negoziazione concorrenziale".

In questa sede non è possibile ( e neppure interessa) formulare un giudizio definitivo di legittimità facendo riferimento in generale alle procedure dato che occorrerebbe calarlo nel contesto preciso dei singoli casi: tuttavia, le perplessità sono forti circa la legittimità rispetto al diritto comunitario di molte prassi procedurali che paiono fare propri un equilibrio diverso da quello previsto nel diritto UE tra pari trattamento e trasparenza, da un lato, ed efficacia ed efficienza dell'azione

amministrativa, dall'altro. Non si tratta, infatti, nel caso inglese di rilievi di legittimità legati alla volontà di negare o comprimere la concorrenzialità in sé, ma semmai di rilievi circa la volontà di perseguire tale concorrenzialità in forme e modi eccessivamente discrezionali, proprio perché troppo legati ad un'idea di efficienza immediata rispetto all'appalto in gara e non complessivamente intesa rispetto all'apertura del Mercato UE come sanciscono le direttive: in altre parole, una sorta di valutazione del best value for money ristretta alle esigenze immediate del committente riferite al singolo appalto.

Infatti, la tendenza diffusa alla negoziazione con non rara modifica del progetto e del contratto anche nelle fasi post-offerta e post-aggiudicazione per meglio rispondere alle esigenze della P.A. contrasta palesemente con le disposizioni del diritto Ue come si sono venute progressivamente completando, anche se spesso consente un oggettivo, maggior avvicinamento al best value for money del singolo appalto del committente.

Osservando il concreto esplicarsi delle procedure nel Regno Unito si ha come l'impressione che l'esiguità normativa inglese consenta l'affiorare della tendenza prevalente nella cultura anglosassone fondata sulla common law alla gestione manageriale ed in chiave di pura efficienza di ogni rapporto contrattuale, "annebbiando" un poco di conseguenza ogni diversa considerazione, anche se si tratta della conformità al diritto UE degli appalti pubblici.

In fondo, il sentirsi "isola lontana" dal continente produce nella cultura inglese una sorta di superamento della distinzione (considerata di stampo amministrativo-continentale) tra disciplina dei settori classici e disciplina dei settori speciali, con prevalenza di questi ultimi, molto più prossimi alla tradizione procedurale inglese.

Pertanto, una volta preso atto delle riserve circa la legittimità di talune prassi procedurali inglesi, occorre comunque mettere in evidenza l'importante lezione che l'Italia deve trarre circa la grande attenzione agli aspetti di efficienza e alla ricerca continua di innovazione procedurale e contrattuale. Dovremmo infatti riflettere su come utilizzare in modo più esteso ed efficace tutte quelle procedure (dall'appalto integrato all'accordo quadro, dal dialogo competitivo all'e-procurement) in cui l'aspetto discrezionale è rilevante se non decisivo, limitando se non bandendo del tutto gli automatismi, visto che, come insegnano l'esperienza inglese e, più in generale, europea, questi non garantiscono al meglio il raggiungimento ottimale del principio del best value for money.

A tutto questo fa da presupposto necessario l'idea che la qualità degli interventi debba far perno su di un rapporto più collaborativo tra le parti (o forse ci potremmo accontentare di dire meno conflittuale), che ovviamente mal si concilia ad esempio con uno spessore del quadro normativo italiano tanto elevato e in continua modificazione e neppure con i nostri ritardi nei pagamenti (40/60 giorni resta anche in epoca di crisi il ritardo medio dei pagamenti a scala nazionale inglese); allo

stesso modo, mal si concilia con la nostra approssimazione nella definizione progettuale e neppure con il ( correlato ) sistematico ricorso alle riserve ed al contenzioso, fenomeni che, per quanto cresciuti nell'ultimo decennio anche nel Regno unito, mantengono comunque livelli assolutamente fisiologici in Gran Bretagna.