

IGI

CONVEGNO 27 APRILE

La selezione delle imprese in Europa tra discrezionalità, responsabilità e politiche di qualificazione della spesa

INDICE

- I. La selezione delle imprese nelle direttive UE: la diversa lettura fatta dagli Stati membri
- II. Criteri oggettivi e criteri reputazionali nel diritto comunitario e nella giurisprudenza della Corte di giustizia
- III. La selezione delle imprese: norme e prassi in Belgio, Spagna, Germania, Francia e Regno Unito
- IV. Selezione delle imprese e qualificazione della spesa pubblica: la politica francese di favore delle PMI ed il c.d. “collaborative procurement” inglese.
- V. Conclusioni

Sommario

Il diritto dell’Unione (che ha come obiettivo ultimo la concorrenza comunitaria nel mercato unico senza ostacoli né disparità di trattamenti) conferma la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici nella scelta delle imprese da invitare, condizionandone però l’applicazione a criteri oggettivi: la Commissione europea, pur in carenza di una analisi organica del tema, esemplifica, in varie Comunicazioni interpretative e documenti di lavoro degli Uffici, talune best practices che vedono l’applicazione di poteri discrezionali riconducibili anche a criteri reputazionali e, comunque li si voglia denominare, non oggettivi.

La lettura delle direttive fatta sul tema in esame dai vari paesi appare assai differenziata: collocando i paesi UE su di un’ideale scala di minore/maggiore discrezionalità nella scelta delle imprese, possiamo distinguere, in prima approssimazione, tre gruppi: 1) paesi a discrezionalità sostanzialmente nulla, come Belgio e Spagna, 2) paesi con discrezionalità marcata, come Francia e 3) paesi a discrezionalità molto marcata come Regno Unito, Olanda, Danimarca, Paesi nordici e dell’Est.

In posizione particolare la Germania, che non utilizza se non marginalmente le gare ristrette, ma opera una selezione “implicita” nelle gare aperte mediante l’estrema precisione progettuale, che costringe gli offerenti a “selezionarsi” da soli per essere concorrenziali.

In via generale, possiamo dire che al crescere della discrezionalità, troviamo un parallelo incremento della responsabilità in capo alla stazione appaltante ed in senso lato a tutte le parti contrattuali per i compiti di rispettiva competenza.

Inoltre, alcuni paesi praticano politiche mirate di qualificazione della spesa che hanno un’incidenza anche sulla selezione nelle gare; in particolare, la Francia, con l’obbligatoria suddivisione in lotti degli appalti per favorire le PMI, consente alla P.A. di prevedere nelle gare ristrette la possibilità di includere tra gli invitati un certo numero di PMI anche se non in possesso di tutti i requisiti prescritti nel bando; nella stessa logica, la Germania pratica diffusamente lo scorporo delle opere e nelle poche procedure ristrette seleziona le imprese da invitare anche in base al minor ricorso al subappalto nonché alla qualità ed affidabilità dei subappaltatori normalmente utilizzati.

Infine, il Regno Unito con il “collaborative procurement” punta decisamente alla selezione delle imprese scelte tra quelle più propositive e dotate di staff tecnici e gestionali ad alta capacità innovativa nelle gare di Design & Build con progettazione, esecuzione e manutenzione aggiudicate secondo il concetto del long life cost.

I. *La selezione delle imprese nelle direttive UE: la diversa lettura degli Stati membri*

La discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici è parte integrante del diritto UE, ribadita puntualmente nel testo delle nuove direttive: così, limitando per semplicità l’analisi ai settori classici, nel suo primo Considerando (ultima parte), la direttiva 18, parlando dei criteri di aggiudicazione, ne afferma tre limiti essenziali:

- 1) devono essere “collegati all’oggetto dell’appalto”;
- 2) devono essere “resi noti nel bando”; e
- 3) non devono conferire all’amministrazione aggiudicatrice “una libertà incondizionata di scelta”.

La ragione di questa che potremmo denominare “discrezionalità condizionata” è spiegato nel 2° Considerando, dove sono elencati i grandi principi del Trattato cui le aggiudicazioni sono subordinate (libertà di circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi) nonché i principi specifici che ne derivano, quali la parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza.

Analoga la previsione normativa delle direttive per la selezione dei candidati: infatti, tale “discrezionalità condizionata” delle amministrazioni aggiudicatrici è sancita al Considerando 3° (“Criteri non discriminatori”) e 40° (“La riduzione del numero dei candidati sulla base dei criteri oggettivi indicati nel bando di gara. Detti criteri oggettivi non implicano necessariamente ponderazioni”).

Come noto, idoneità delle imprese e la loro selezione è regolata dagli artt. da 44 a 52: in particolare, il 3° par. dell’art. 44 ribadisce la facoltà (“possono”) delle Amministrazioni aggiudicatrici di “limitare il numero dei candidati idonei che inviteranno”, ma (oltre a garantire un numero minimo che assicuri la concorrenzialità) devono indicare nel bando di gara “le norme e i criteri obiettivi e non discriminatori che intendono applicare”. La norma appare maggiormente esplicita della facoltà attribuita alle amministrazioni aggiudicatrici della precedente di cui all’art. 22 della D.93/37, nella misura in cui non sottolinea più che la scelta deve avvenire tra tutti coloro che hanno i requisiti

In via di prima approssimazione, si può quindi giungere a questa conclusione: il diritto comunitario degli appalti pubblici ha come finalità l’attuazione della concorrenza nel mercato unico, garantendo trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento ed insieme contemperando la discrezionalità riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici con l’obbligo di utilizzare, nelle scelte

fondamentali (che sono relative essenzialmente alla selezione ed all'aggiudicazione), criteri oggettivi e non discriminatori nella trasparenza, senza obbligo di una specifica ponderazione.

Ma come contemperare questi due elementi (discrezionalità di scelta ed oggettività dei criteri) in apparenza contraddittori?

Se si procede all'esame delle norme di trasposizione relative ai settori classici e più ancora delle prassi applicative delle direttive assunte dai vari Stati membri, troviamo, semplificando all'estremo, due grandi approcci:

- 1) una lettura delle norme prevalentemente "oggettiva", che tende, cioè, a negare ogni valutazione soggettiva, oggettivizzando tutte le decisioni con presenza (pur marginale) di discrezionalità;
- 2) una lettura delle norme più organica, che chiamerei di "coesistenza" (più o meno equilibrata) tra discrezionalità ed oggettività, dove alla base della selezione vi stanno sì i criteri oggettivi, ma a cui si aggiungono valutazioni discrezionali secondo il principio della necessità ma non sufficienza dei primi e dove i secondi (cioè "le valutazioni discrezionali") attengono a ragioni di opportunità, praticità, economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

Nella lettura di cui in 1), si collocano in prima fila tre paesi Ue: oltre all'Italia, il Belgio e la Spagna, cui si può aggiungere pure il mondo austro-tedesco, che si avvicina di fatto a tale approccio, non perché neghi (che anzi afferma esplicitamente, nelle norme e nella prassi, il potere discrezionale di selezione nelle gare ristrette), bensì in quanto pratica prevalentemente la procedura aperta (su circa l'80% delle gare complessive).

Nella lettura di cui in 2), si collocano tutti gli altri paesi, con sostanziale identità di approccio tra paesi a sistema di common law come il Regno Unito (ed assimilabili, come l'Olanda, la Danimarca ed i paesi Nordici) e quelli riconducibili ad un sistema misto (civilistico/di common law) come i paesi dell'est. Anche un paese a sistema amministrativo tipico come la Francia, pratica una selezione dove accanto ai criteri oggettivi troviamo forti connotati di discrezionalità.

II. *Criteri reputazionali nel diritto comunitario e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*

Pur in carenza di una analisi organica e di una presa di posizione sulla questione dei criteri reputazionali da parte di Bruxelles, nei documenti della Commissione europea di interpretazione del diritto comunitario (dichiaratamente assunti in conformità con gli indirizzi della Corte - la cui prevalente giurisprudenza sul punto risale indietro negli anni -), troviamo, soprattutto a partire dal 2008, qualche spunto interessante riconducibile al nostro tema, che vale la pena di esaminare.

Nella Guida sulle norme comunitarie in materia di appalti pubblici di lavori, relativi alla D.93/37/CEE (redatta dagli Uffici e non avente valore formale) si afferma (par. 6.2 – Selezione degli imprenditori, in N.B., 2° comma): “la competenza nazionale [in tema di criteri di selezione degli imprenditori] non è illimitata, poiché è subordinata all’osservanza di tutte le disposizioni del diritto comunitario in materia ed in particolare dei divieti che derivano dai principi sanciti dal trattato quanto al diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi”.

Sempre nello stesso documento (punto 6.2.3) si ricorda che, nella sentenza della Corte di C-27,28 e 29/86 S.A. Constructions et Entreprises Industrielles ed altri, è ammessa la legittimità del criterio valutativo della capacità economica e finanziaria basata sull’importo totale dei lavori effettuabili contemporaneamente dall’impresa.

Infine, al punto 6.3.3 – Appello a cittadini di altri Stati membri –, troviamo un’affermazione che ha tutto il sapore di una valutazione solo apparentemente oggettiva (e forse neppure tanto logica!):

“Normalmente si può presumere che non vi siano discriminazioni in base alla nazionalità al momento della selezione degli imprenditori, se l’amministrazione aggiudicatrice ha mantenuto tra i candidati nazionali e quelli degli altri Stati membri che ha prescelto la proporzione constatata tra i candidati nazionali e quelli degli altri Stati membri che possedevano i requisiti previsti. Questa presunzione non pregiudica, tuttavia, una valutazione più approfondita – nel corso di un eventuale controllo degli elementi presi in considerazione al momento della selezione”.

Un ausilio alla pratica applicazione delle disposizioni in esame ci arriva anche dalla Comunicazione interpretativa della Commissione europea sugli appalti sottosoglia (Comunicazione dell’1-8-2006 – 2006/C179/02), che, al punto 2.2.2 – Limitazione del numero di candidati invitati a presentare un’offerta-, precisa:

“Le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di limitare il numero di candidati a un livello adeguato a condizione di farlo in modo trasparente e non discriminatorio. Possono ad esempio applicare criteri oggettivi, come l’esperienza dei candidati nel settore in questione, le dimensioni e l’infrastruttura delle loro attività, la loro capacità tecnica e professionale o altri fattori. Possono anche optare per una estrazione a sorte, sia come unico meccanismo di selezione, sia in combinazione con altri criteri. In ogni caso, il numero dei candidati iscritti sull’elenco ristretto deve rispondere alla necessità di garantire una sufficiente concorrenza”.

Inoltre, con riferimento al caso della esistenza di un sistema di qualificazione preventivo, la Commissione europea afferma:

“quando si tratterà di aggiudicare i singoli appalti che rientrano nel campo di applicazione del sistema, l'amministrazione aggiudicatrice potrà selezionare dall'elenco degli operatori qualificati, su una base non discriminatoria, gli operatori che saranno invitati a presentare un'offerta (ad esempio, estraendo a rotazione dall'elenco)”.

Chiude la panoramica sulle indicazioni comunitarie in merito alle modalità consentite per la selezione dei candidati da inserire nelle gare l'elaborazione più recente, il Documento sulle buone pratiche per favorire l'accesso delle PMI (Documento di lavoro dei servizi della Commissione, c.d. Codice europeo delle buone pratiche del 25/6/2008 – Sec [2008] 2193) che, al punto 4.1, pag. 16, sotto la voce BUONE PRATICHE, riporta questi esempi:

“Per gli appalti di valore non elevato, il governo del Regno Unito consiglia alle autorità aggiudicatrici di richiedere informazioni soltanto in merito a due esercizi contabili oppure, qualora la documentazione contabile non dovesse essere disponibile per ragioni obiettive (vale a dire nel caso di nuove società, ecc.), altre informazioni pertinenti, come i conti di gestione.

In Lettonia, l'ufficio preposto al controllo degli appalti raccomanda alle autorità aggiudicatrici di fare riferimento, nei criteri di qualificazione relativi all'esperienza richiesta all'offerente, l'esperienza del personale dell'offerente piuttosto che dell'impresa. Questo perché tale ultimo criterio probabilmente non garantirebbe il raggiungimento dell'obiettivo che l'autorità aggiudicatrice si prefigge fissando questo requisito e sarebbe maggiore la probabilità di escludere PMI giovani, formate da individui altamente qualificati.

L'utilità di questa pratica può essere altresì illustrata dal seguente esempio relativo al Regno Unito. All'inizio del 2002 lo “Small Business Service” (SBS) del Regno Unito ha invitato diverse imprese a presentare offerte per un contratto biennale, valutato a 500 000 sterline all'anno, per la pubblicizzazione, la commercializzazione e la distribuzione di un programma governativo. L'SBS ha ricevuto sei proposte, una delle quali da un ufficio di consulenza con sei dipendenti. Tale società si è aggiudicata il contratto nonostante fosse una piccola ditta fondata solo l'anno precedente, L'SBS ha accettato il rischio associato a questa scelta in virtù della qualità superiore del servizio e dell'impegno alla base dell'offerta dell'impresa”.

Questi esempi- ed altri riportati in recentissimi Documenti di lavoro connessi all'iniziativa PRO INNO EUROPE sulle best practises- paiono proprio basati su criteri di selezione reputazionali e neppure particolarmente oggettivi!

III. La selezione delle imprese: norme e prassi in Belgio, Spagna, Germania, Francia e Regno Unito

Vediamo ora più in dettaglio dato normativo e prassi operativa, partendo dai paesi a sistema più simile al nostro.

E' necessario, però, premettere una osservazione generale: la questione della disciplina e della pratica della selezione delle imprese da invitare alle gare incrocia due grandi temi essenziali per il settore, cioè 1) dell'esistenza o meno nei vari paesi del sistema di qualificazione preventiva e 2) della responsabilità delle stazioni appaltanti e più in generale delle parti contrattuali per le rispettive competenze.

Quanto ad 1), occorre chiarire che nell'Unione a 27, soltanto l'Italia presenta un sistema di qualificazione tipo SOA, mentre soltanto altri 4 paesi (Grecia, Belgio, Spagna e Portogallo) prevedono un sistema di gestione pubblica analogo al nostro vecchio Albo costruttori. Inoltre, da circa un anno, la Germania ha istituito un Albo gestito dal Ministero federale relativamente ai soli interventi federali per le grandi infrastrutture.

Tutti gli altri paesi (che rappresentano circa il 75% del Mercato interno) non hanno sistemi obbligatori di preventiva qualificazione delle imprese e quindi operano la selezione nelle gare mediante esame del dossier di qualificazione effettuato dalle singole amministrazioni aggiudicatrici per ogni singola gara ed, eventualmente, si appoggiano nell'esame del dossier a certificazioni volontarie di diverso tipo (famoso il certificato OPQCB in Francia, così come i sistemi di certificazione di qualità aziendale, ambientale ecc. presenti soprattutto nel nord Europa).

Quanto poi a 2), la responsabilizzazione delle stazioni appaltanti e delle parti contrattuali si palesa crescente in rapporto diretto all'aumentare del grado di discrezionalità.

Vediamo più in dettaglio alcuni caratteri essenziali dei sistemi-paese, per meglio inquadrare il contesto in cui si collocano gli aspetti della selezione delle imprese alle gare:

BELGIO: la legislazione belga è stata modificata da ultimo nel 2008 a seguito del recepimento (in ritardo e dopo condanna della Corte) delle nuove direttive: l'impostazione è stata quella di

apportare solo le modifiche necessarie imposte dalla D. 17 e 18 al precedente corpus normativo della seconda metà degli anni '90. Ne è nata molta confusione: tuttavia, sul tema in oggetto la disciplina è pressoché invariata (così come la giurisprudenza) e segue un'antica impostazione di stretto rigore e di ossequio alla legittimità.

Come è noto, il Belgio ha un sistema di agréation (tipo nostro Albo) molto valido e ben gestito, che rappresenta, secondo quello che è stato il massimo esperto belga del settore, il Prof. Flamme, la qualificazione di base comportante una presunzione generale di capacità per il tipo di interventi per cui si è qualificati. Di conseguenza, la selezione nella fase di invito nelle procedure ristrette o negoziate avverrà a favore delle imprese che dimostrano di possedere i requisiti migliori fra tutte quelle con la qualifica richiesta. Legislazione, giurisprudenza e dottrina concordano nel riconoscere alle amministrazioni aggiudicatrici un potere discrezionale (perfino "largement discrétionnaire"), ma da esercitarsi esclusivamente sulla base di criteri obiettivi e predeterminati nel bando nonché sorretto da motivazione.

Tale oggettività trova adeguata applicazione attraverso, ad esempio, il ricorso alla misurazione dei requisiti, cioè ad un "système avec cotation". In pratica, i vari criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica previsti dalla legge sono, per ciascun candidato, disarticolati e quotati in modo numerico nonché ponderati, magari stabilendo una soglia di sufficienza per il proseguimento nell'esame, onde agevolare la non semplice operazione della stazione appaltante.

Entro tale impostazione di stretta oggettività si colloca l'esercizio della discrezionalità che deve essere in grado di dimostrare al giudizio di legittimità la coerenza assoluta della graduatoria delle imprese ammesse ed escluse alla gara: ne consegue che non vi è spazio per criteri reputazionali e che dunque, (aspetto evidenziato anche criticamente dalla dottrina: *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*: Flamme, Mathëi, Delvaux, Dardenne), la selezione premierà sistematicamente le imprese più grandi, che posseggono evidentemente i requisiti maggiori.

SPAGNA: il sistema amministrativo spagnolo vede una forte somiglianza oltre che con quello francese da cui origina, anche con quello belga, con cui ha in comune molti aspetti ed in particolare la qualificazione preventiva obbligatoria delle imprese a gestione pubblica (tipo il nostro vecchio Albo). In generale, il sistema degli appalti si caratterizza per una forte permanenza di elementi tradizionali del sistema nazionale che hanno generato i più grandi problemi di recepimento sostanziale delle direttive rispetto a tutti gli altri paesi membri: inoltre, il sistema appare fortemente selettivo con chiara tendenza all'oligopolio, che si esprime in una presenza determinante nel mercato di una decina di grandissime imprese nazionali cui va la fetta preponderante di lavori, senza alcuna significativa presenza di imprese di altri paesi europei. Sul piano normativo, tale situazione si riflette, quanto alla qualificazione preventiva, nella disposizione cardine dell'iscrizione in base alla contestuale capacità di esecuzione dei lavori- disposizione comune anche all'Albo belga- e, nella selezione dei candidati, in un meccanismo di limitatissima

discrezionalità della P.A., peraltro perfettamente funzionale alla situazione di mercato, dominato da poche grandissime imprese nazionali- sui circa 21 md di euro di aggiudicazioni complessive del 2006, ben 6,5 md, pari a circa un terzo, sono andate alle tre maggiori imprese (ACS, FCC e ACCIONA)!-

Infatti, l'art. 149 della legge di recepimento delle Direttive, Ley 30/2007, prevede sì la facoltà di selezione in capo alle amministrazioni aggiudicatrici di chi ha i requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ma sempre e solo con riferimento ai requisiti oggettivi fissati dagli articoli da 64 a 68 della citata Ley. La conseguenza è che, in diritto ed in fatto, la selezione avviene sulla base di requisiti valutati soltanto con criteri oggettivi, rigidamente collocati in graduatoria: la dottrina conferma tale impostazione rigorosa avvalorata dalla giurisprudenza del Tribunale Supremo (sentenze 20 febbraio 1996 e 7 giugno 1999) che sancisce appunto il principio generale della potestà discrezionale ancorata ai soli principi oggettivi.

Unico margine lasciato alla valutazione non totalmente oggettiva della P.A. pare essere quello della "qualità dell'esperienza operativa che si concretizza nella qualità del servizio" (riferimento alla Sentenza della Corte di Giustizia nella causa Gevroedrs Beentjes), soprattutto in connessione a criteri ecologici nonché alla valorizzazione, attuata soprattutto ad opera della dottrina (La nueva Ley de Contratos del Sector público, Antonio Moreno Molina – 2009), del subappalto (in termini di minor percentuale di usuale affidamento a terzi di lavori da parte dell'offerente e di miglior qualità imprenditoriale dei subappaltatori indicati), come criterio di selezione dei candidati che mira alla qualità effettiva (e non solo formale) dell'esecuzione dell'appalto.

GERMANIA: il sistema tedesco di tipo civilistico ed a forte connotazione ingegneristica non palesa molto interesse specifico sul tema selezione, dato che circa l'80%- e forse più- delle gare soprasoglia avvengono con procedura aperta. L'interesse vero sta nella politica costante di qualificazione della spesa (e quindi della domanda e dell'offerta) attraverso 3 fattori: 1) attenzione alla programmazione ed in generale ad un "approccio globale" di efficienza della spesa; 2) centralità del progetto e degli atti tecnici di gara; 3) politica di attenzione alle PMI.

Quanto alla questione della selezione degli inviti alle gare, la normativa (molto semplice e costituita da poco più di un centinaio di articoli complessivi) è sostanzialmente immutata dal 1936 (data di approvazione del VOB/A, cioè il regolamento che costituisce la disciplina base della fase dell'affidamento) e prevede che la scelta da parte delle amministrazioni aggiudicatrici avvenga sulla base di criteri di "perizia, affidabilità e capacità"; questo perché gli invitati (indicati da 3 a 8 nel VOB/A) "devono dare garanzia della necessaria specializzazione ed affidabilità", nell'esecuzione e non nella sola offerta!.

L'indicazione più specifica delle norme a proposito della selezione è quella della rotazione degli invitati, per garantire la concorrenza: anche se la "vera" selezione avviene però a monte, ed è

determinata da un'estrema completezza e precisione del progetto e di tutti gli atti tecnici di gara che produce selezione di per sé, anche nelle gare aperte.

Inoltre, va ricordato quell'"approccio globale" sopra menzionato, che vede l'attenzione del legislatore focalizzata non tanto sull'appalto in sé, ma su tutto ciò che vi sta prima ed attorno: eliminazione delle "strette operative" delle procedure, continui provvedimenti di accelerazione programmatica degli interventi, regolazione delle modalità di determinazione del consenso sul territorio, semplificazione legislativa in materia di tasse ed oneri vari commessi al costruire, diffusione delle best practices nazionali ed europee ecc.

Insomma, se prima del diritto comunitario l'appalto era in Germania un contratto essenzialmente retto dal diritto civile, poi con le direttive è stato inserito in un contesto di stampo amministrativo, ora lo sforzo evidente è quello di riportarlo all'origine, lasciando ferma l'impostazione procedurale tradizionale, ma intervenendo diffusamente sugli aspetti connessi di tipo fiscale, di alienazione/costituzione dei diritti (espropriazione, leasing, compravendita ecc.), di creazione di modelli contrattuali standard ecc. ecc.

La politica dello scorporo degli appalti in opere di piccolo taglio (ed in lavori specialistici) a favore delle PMI per portarle progressivamente dal ruolo di subappaltatori a quello di appaltatori, risulta una via per inserire sempre più PMI nella selezione delle imprese da invitare alle gare: la pratica dello scorporo risulta molto diffusa nel complesso degli interventi ma generalizzata nel sottosoglia (non a caso la Germania è l'unico paese membro originario ad avere impugnato davanti alla Corte la Comunicazione interpretativa della Commissione europea sugli appalti sottosoglia asserendo la violazione dell'autonomia e competenza esclusiva dello Stato nella materia, supportata dalla Polonia- 6^ mercato delle costruzioni nella Ue, che pratica politiche largamente analoghe).

FRANCIA: il paese transalpino è dotato di un sistema amministrativo che ha costituito da sempre un modello per molti Stati (tra cui il nostro), non prevede alcun sistema obbligatorio di qualificazione delle imprese, che sono pertanto tenute a presentare un dossier per essere invitate alle gare. In via preliminare va anche chiarito che tradizionalmente la P.A. francese ha sempre goduto di una posizione di autorevolezza e di notevoli poteri discrezionali, concretamente esercitati anche nella selezione, data la lunga tradizione del gré à gré (trattativa privata) e della chiamata diretta delle imprese, anche pescando tra quelle che non hanno risposto all'invito a candidarsi: facoltà questa ancora presente nell'art. 372 ter del Code des marchés publics del 1988, mentre ancora nel Code 2001 era prevista la norma che consentiva l'invito nelle procedure ristrette a meno di 5 imprese, oggetto di infrazione da parte della Commissione europea!.

Oggi, il Code 2006 in vigore, agli artt. 52 e seguenti prevede la selezione nel rispetto delle disposizioni delle direttive, ma lasciando un ampio margine discrezionale alle amministrazioni aggiudicatrici: infatti, la Circulaire 3 agosto 2006 di applicazione del Code, parla di requisiti oggettivi di capacità economica, finanziaria e tecnica, ma anche di poteri discrezionali

(*appréciation*) per esaminare le imprese ed i suoi mezzi materiali ed umani, “da valutarsi sul piano quantitativo e qualitativo”.

E' soprattutto però in base al par. I, 4° comma dell'art. 52 che il nuovo Code segna un passaggio fondamentale, aprendo ulteriormente all'ambito discrezionale di valutazione delle stazioni appaltanti: infatti, è stabilito che

“l'assenza del requisito relativo all'esecuzione di appalti analoghi a quello in gara non può giustificare l'esclusione di un candidato e non dispensa l'amministrazione aggiudicatrice dall'effettuare l'esame delle capacità professionali, tecniche e finanziarie dei candidati”.

La norma si iscrive nel filone delle norme di favore delle PMI (di cui principalmente, l'obbligatoria suddivisione in lotti delle opere, il c.d. *lotissement*, previsto all'art. 10 e di cui si dirà meglio più avanti), che caratterizza in modo marcato il Code 2006 e che la Circulaire 3 agosto 2010, al punto 10.2.3 – Come favorire l'accesso delle PMI agli appalti pubblici a livello della selezione delle candidature? –, esplicita, indicando che la P.A. deve fare “una valutazione complessiva delle capacità di esecuzione dell'opera, alla luce dell'insieme degli altri elementi”.

Tutto questo si abbina alla facoltà delle stazioni appaltanti di riservare un numero minimo di inviti per PMI, anche se queste non hanno “alcuna esperienza nel campo dell'appalto messo in concorrenza”.

La norma del *lotissement* ha trovato finora un'applicazione limitata (circa il 5/6% del totale, anche perché il coordinamento dei lotti risulta difficile per la P.A.), mentre diffusa è la riserva di inviti alle PMI nelle gare ristrette.

È in tale contesto che giurisprudenza e dottrina parlano di “*apreciation subjective*” che permette la selezione discrezionale delle candidature.

L'analisi normativa sopra delineata trova applicazione nella prassi come conferma il responsabile legale dell'Associazione BTP francese quando chiarisce:

“gli *appel d'offres restreints* sono la procedure forse più comune in Francia e spesso si accompagnano alla forcilla con indicato il numero massimo per cui, se le richieste di partecipazione ad un appalto sono superiori al numero massimo fissato e tutti i richiedenti hanno i requisiti minimi prescritti dal bando, l'amministrazione aggiudicatrice “sceglie le imprese da invitare in modo discrezionale” sulla base di proprie valutazioni circa le migliori garanzie di buona esecuzione dell'opera. L'esercizio della discrezionalità deve avvenire secondo criteri di logicità, coerenza, buona fede e deve essere finalizzata alla migliore esecuzione dell'appalto: ad esempio, è buona prassi applicare un principio di rotazione ovvero non scegliere sempre necessariamente chi ha i migliori requisiti oltre i minimi, per non ingessare il mercato ecc. “Naturalmente, tutti i provvedimenti, anche quelli discrezionali

sono impugnabili, ma se la scelta è coerente ed ispirata a buon senso non vi sarà contenzioso, che appunto risulta di fatto limitatissimo sul tema!”.

REGNO UNITO: occorre premettere che la radicale differenza di sistema rende la comparazione estremamente difficile: tuttavia, in termini generali, si può dire che il sistema inglese di common law (che, banalizzando, significa stesse regole per soggetti pubblici e privati) e la forte centralità del contratto (rispetto alla centralità del provvedimento nel nostro ordinamento), consentono un approccio molto pragmatico al tema degli appalti pubblici, con una P.A., dotata di larga discrezionalità, che esercita realmente.

Nonostante il diritto comunitario abbia, nel tempo, temperato le diversità e anche se, di fatto, la vera disciplina inglese in materia di appalti pubblici è costituita dalle direttive comunitarie trasposte nell'ordinamento nazionale (“recepimento fotocopia”: giustificato dal fatto che esse contengono disposizioni conformi “alle pratiche già in uso da tempo nel Paese”), restano profonde differenze che generano prassi del tutto originali. In effetti, la regolamentazione nazionale (e soprattutto quella attinente la fase di scelta del contraente) è scarsa “al punto da sembrare una semplice informativa”, si esprime in “raccomandazioni” molto elementari, redatte a cura di appositi “Committees” a guida Ministeriale, ma con l’attiva partecipazione delle Associazioni di categoria.

Tutto ciò lascia ampio spazio alle stazioni appaltanti, soprattutto centrali, alla libera definizione degli aspetti contrattuali, che si cumula con una esiguità di formalismo giuridico-burocratico sbalorditiva per l’esperienza italiana ed un’ampia autodeterminazione procedurale della P.A..

In pratica, la quasi totalità delle gare si svolge a procedura ristretta (effettivamente ristretta!), con una forcilla “ferrea”, che va mediamente dai 3 ai 10 candidati invitati, ridotti da 3 a 5/6 negli appalti maggiori. Stessa procedura ristrettissima per le concessioni, soprattutto quelle più importanti.

In un paese che ha bandito la procedura aperta e il massimo ribasso è sostituito dalla generalizzazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa (addirittura obbligatoria per legge per le autorità locali dalla fine degli anni ‘90), le procedure ristrette con 3/5 candidati sono del tutto simili alle procedure negoziate precedute da pubblicità, e vanno bene pure per gli appalti particolarmente complessi e le concessioni, senza dover ricorrere alla troppo complicata (a detta degli inglesi!) procedura UE del dialogo competitivo.

Nonostante tale approccio fortemente discrezionale, per unanime giudizio, il mercato inglese è considerato da sempre il più aperto e concorrenziale nella UE!

La filosofia di base del comportamento normale delle stazioni appaltanti inglesi nell’impostare la gara è che una valida concorrenza, espressa nel principio base del best value for money, si fa “con pochi affidabili offerenti”: 3/5 offerenti sono sufficienti mentre più di 5/8 “fanno sprecare tempo” (e soldi) e, soprattutto, vale il principio che “la concorrenza è assicurata da un buon progetto e da documenti tecnico-contrattuali adeguati”.

Nonostante tali presupposti di ampia flessibilità, la Gran Bretagna ha visto dall'inizio degli anni '90 un continuo processo di rinnovamento delle procedure di affidamento, basato sulla ricerca di maggiore efficienza della spesa pubblica attraverso un incremento insieme della concorrenza, dell'innovazione (progettuale ed esecutiva) e della qualità relazionale tra le varie parti impegnate negli interventi.

Attraverso una vera rivoluzione culturale, la Gran Bretagna è così giunta ad individuare alcuni concetti innovativi che hanno avuto una notevole influenza a livello comunitario ed internazionale, quali: 1) l'esigenza di migliorare l'efficienza dei processi (di affidamento ma anche 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 applicati pienamente solo con l'ultima formula, il c.d. "collaborative procurement", cioè gli affidamenti collaborativi.

Tale indirizzo di affidamento collaborativo si concretizza nella formula del Design & Build (corrispondente nel nostro ordinamento ad una procedura a cavallo tra l'appalto concorso e l'appalto integrato) che ormai da 2 anni copre l'80/90% degli affidamenti sopra soglia e che vede l'aggiudicazione mediante l'offerta economicamente più vantaggiosa con l'elemento qualità/innovazione (progettuale/esecutiva) che oscilla tra un minimo del 30/40% ed un massimo del 60/70% rispetto al prezzo.

In un sistema tutto votato a creare condizioni di innovazione, efficienza ed economicità nella concorrenzialità, la scelta delle imprese da invitare nelle gare non può che essere anche ampiamente discrezionale e solo molto marginalmente preoccupata dai temi della legittimità: così, nell'assenza totale di disposizioni legislative-regolamentari sul tema della selezione, valgono i vari reports di buone pratiche che elencano criteri, utilizzabili in modo cumulativo, come: 1) rotazione, 2) scelta in base ai curricula dei team tecnici aziendali più che delle imprese, 3) spirito collaborativo dell'impresa con la P.A. ed assenza di contenzioso nelle diverse fasi di affidamento, di esecuzione e di gestione, 4) capacità consolidata di proposizioni innovative, 5) qualità della squadra di subappaltatori normalmente utilizzati, 5) consolidate politiche aziendali in campo ambientale, sociale, etico ecc., e simili.

Questo approccio sostanziale e non formale nella selezione, teso a valutare il merito reale dell'impresa rispetto all'opera da realizzare (senza fermarsi alla sola offerta!), può essere confermato dalla mia personale esperienza vissuta con il responsabile dell'Ufficio legale della Federazione inglese a Londra: la nostra conversazione viene interrotta da una telefonata urgente di un'importante amministrazione aggiudicatrice che chiede conferma dell'effettiva esperienza, in una certa tipologia di opere, di una impresa socia. E' sufficiente la risposta confermativa del mio

interlocutore per convincere la stazione appaltante ad inserire l'impresa nella short list: e, mi è stato spiegato, questa modalità informativa rientra nella prassi normale dei rapporti.

VI. Selezione delle imprese e qualificazione della spesa pubblica: la politica francese di favore delle PMI ed il c.d. “collaborative procurement” inglese.

I sistemi-paese, che lasciano alle stazioni appaltanti pubbliche un potere discrezionale di selezione delle imprese da invitare alle gare più o meno ampio, ricorrono frequentemente ad un “criterio cautelativo” imponendo la rotazione negli inviti: questa limitazione legislativa della discrezionalità amministrativa si ritrova in molti ordinamenti di diversa natura. Infatti, è previsto nel mondo anglosassone della common law come pure nelle norme federali statunitensi (par. 4.3 – Solicitation mailing lists –), in quello civilistico tedesco (art. 8 – VOB/A) ma anche in quello francese, il paese che vanta il sistema-paese modello di tipo amministrativo: a proposito della Francia, va chiarito che il rispetto del criterio della rotazione negli inviti si è spesso sviluppato accanto all'alternativa del sorteggio (da sempre parte della disciplina francese, abolito con il Code 2001, reinserito con la riforma del Code 2004 e da ultimo eliminato con il Code 2006 in vigore!).

Proprio in parallelo con l'elaborazione del Code 2006 francese vi è stata la riaffermazione della necessità di mantenere un certo grado di discrezionalità in capo alle Amministrazioni aggiudicatrici quale garanzia insieme di efficienza della P.A. e di qualificazione dell'offerta: diffuso era, infatti, il timore, evidenziato soprattutto della dottrina, che il ricorso esclusivo ad astratti criteri oggettivi misurabili solo quantitativamente finisse per “restringere” la concorrenza sempre e solo alle imprese più grandi, ovviamente dotate di requisiti maggiori. Infatti, requisiti maggiori non significa necessariamente imprese migliori, anche in termini di efficienza, innovazione e capacità di miglioramento delle performances nel rapporto con le stazioni appaltanti pubbliche.

Proprio questa preoccupazione ha supportato, al momento della definizione del Code 2006, l'altro tema del dibattito francese dell'epoca, quello attinente la necessità di norme legislative che, nel rispetto dei principi comunitari, dessero alle amministrazioni aggiudicatrici più ampi poteri per cooptare nella gara anche le PMI e, prima ancora, per poter decidere una politica di suddivisione in lotti degli appalti più adeguati alle PMI, magari consorziate.

Nasce così la fondamentale disposizione prevista nell'art. 10 del Code marchés publics vigente (e di cui già si è fatto cenno) che impone alle P.A. il lotissement, cioè l'obbligatoria suddivisione in lotti

dell'opera tutte le volte che questo non è tecnicamente o economicamente penalizzante. L'idea è quella di spingere le PMI a consorziarsi per crescere (infatti devono possedere secondo la direttiva i requisiti dell'intera opera e non del singolo lotto per cui gareggiano), facendole passare di ruolo (da subappaltatori ad appaltatori). Per questo, il Code in vigore, come si è già detto, prevede l'espressa facoltà delle P.A. di invitare alle gare (indicandolo già nel bando) anche PMI (singole o raggruppate) non in possesso di tutti i prescritti requisiti.

Parallelamente a ciò, il ricorso al subappalto (negli appalti scorporati e non scorporati) è disincentivato e la ridotta percentuale rappresenta un fattore premiale da giocare negli inviti nelle gare ristrette.

Anche il Regno Unito ha sviluppato una politica di qualificazione della spesa pubblica che si applica mediante il c.d. partenariato istituzionale e l'integrazione tra progettazione, esecuzione e servizi gestionali valutati nell'intero ciclo di vita dell'opera.

Come si è già evidenziato, l'esigenza di migliorare l'efficienza dei processi di affidamento attraverso una logica collaborativa (e non antagonistica come è nell'appalto tradizionale) tra le parti contrattuali, ed insieme favorire la qualificazione e l'innovazione delle imprese ha portato da ultimo, attraverso successive tappe elaborative lungo l'ultimo decennio, al c.d. istituzionale collaborative procurement, che si fonda sulla programmazione degli interventi nel lungo periodo (10 anni), ad esempio in campo ospedaliero, scolastico, dei giochi olimpici ecc., mediante selezione iniziale di un certo numero di imprese – da 15 a 20 – su scala nazionale così come di progettisti – 8/10 circa – che assumeranno al ruolo di interlocutori esclusivi dell'intero programma decennale.

Tra progettisti, imprese e P.A. inizia un intenso lavoro di definizione e di messa a punto degli elementi portanti del programma: definizione degli ambiti territoriali di intervento; individuazione degli elementi base per progetti standardizzati, sia sul nuovo che nella ristrutturazione; messa a punto di clausole finanziarie e contrattuali ecc.

Una volta precisato il tutto a livello di proposte, la P.A. fa le scelte definitive e avvia le gare per ambiti territoriali (es. spesso raggruppando un certo numero di Contee) per aggiudicare accordi quadro chiamando (a rotazione) le sole imprese qualificate a fare l'offerta (di solito 6 per gara).

La procedura di aggiudicazione degli accordi quadro si sviluppa secondo la formula del Design & Build, in genere con 2 fasi successive, che vedono l'eliminazione di 2 imprese ciascuna. L'aggiudicatario sarà chiamato ad eseguire gli interventi di cui all'accordo quadro secondo le esigenze e la tempistica dell'Amministrazione, potrà partecipare ad altre gare del programma e sarà scelto sulla base del prezzo, della qualità progettuale e della capacità di innovazione dimostrata.

La novità sta nel fatto che le imprese arrivano alla gara avendo alle spalle un lavoro spesso impegnativo di 6 mesi/1 anno di partecipazione alla messa a punto di tutti gli aspetti degli interventi e l'impegno, a fronte di una relativa certezza di commesse nel tempo, di investimenti stabili in

uomini e tecnologie per il programma, che spesso sfocia nella creazione di un gruppo di subappalto/fornitori “dedicati” a tali interventi.

Dopo ogni intervento sono attuate riunioni congiunte per discutere tutti gli aspetti emersi nell'esecuzione dell'opera, per individuare quelli da evitare e/o riportare negli interventi successivi. Insomma, si tende a qualificare l'offerta specializzandola e selezionandola anche attraverso impegni di investimento su programmi di lungo termine, offrendo in cambio adeguate garanzie di continuità di commesse.

V. Conclusioni

L'illustrazione degli indirizzi del collaborative procurement inglese come della politica francese del lotissement e dell'invito privilegiato a PMI chiarisce come il tema della scelta delle imprese da invitare nelle gare tenda ad essere correlato ad aspetti anche qualitativi a carattere dinamico e non statico dell'impresa ed ancorati a requisiti non solo oggettivi, “essendo quelli soggettivi gli unici in grado di cogliere le potenzialità di innovazione/corretta collaborazione nel tempo di un'impresa”. Peraltro, anche il mondo tedesco si muove lungo questa linea pur non operando se non marginalmente con procedure ristrette: infatti, quella che potremmo chiamare la “selezione automatica” che avviene nelle gare aperte tedesche, e di cui si è fatto cenno, è dovuta all'assoluta completezza e precisione progettuale e degli atti di gara, che costringe tutte le imprese a misurarsi realmente con le proprie competenze e capacità operative in sede di offerta, dovendo anche massimizzare la percentuale di opere eseguite in proprio ed insieme venendo selezionate nelle gare ristrette (e valutate in sede di aggiudicazione) anche sulla base della qualità dei subappaltatori per le lavorazioni residue date in esecuzione a terzi.

In altri termini, la scelta delle imprese da invitare è operata non solo e non tanto in relazione all'offerta in sé quanto alla migliore esecuzione dell'opera bandita.

In via conclusiva, ciò che va evidenziato è il fatto che i vari criteri reputazionali utilizzati nei diversi ordinamenti per selezionare le imprese (rotazione, usuale percentuale di subappalto e qualità dei subappaltatori, scarso contenzioso, reputazione di capacità innovativa e competenza esecutiva, preferenza per PMI, ecc.ecc.) non risultano “oggettivizzati” tramite sistemi di misurazione quali/quantitativa e/o rilevati statisticamente per fornire alle amministrazioni aggiudicatrici un appoggio all'esercizio della discrezionalità.

La ragione sta nel fatto che il sindacato di legittimità si ferma davanti all'uso ragionevole del potere discrezionale e quindi dei ricordati criteri, ritenendolo indice sufficiente di corretta amministrazione:

per spiegarsi con un esempio, non risulta che gli atti discrezionali di selezione degli invitati in possesso dei requisiti richiesti dal bando, facciano riferimento nell'applicare detti criteri a serie storiche tipo percentuali di subappalto usualmente praticato nel triennio, attestato da apposita documentazione di qualche autorità preposta o che la rotazione sia attuata su base statistico/matematica circa il numero di inviti ricevuti negli ultimi 5 anni da ciascuna impresa, e così via.

Molto più semplicemente le amministrazioni aggiudicatrici si assumono la responsabilità di invitare le imprese aventi i requisiti, scelte secondo criteri reputazionali trasparenti finalizzati alla migliore esecuzione possibile: e normalmente ciò risulta sufficiente a non generare ricorsi in misura superiore a ciò che è da considerarsi fisiologico, tenendo presente che il contenzioso italiano resta enormemente più vasto di quello di tutti i paesi Ue e con tendenza a posizionarsi all'incirca attorno alla metà di quello complessivo dell'Unione con riferimento alla fase dell'affidamento.