



**OSSERVAZIONI AL LIBRO VERDE
DELLA COMMISSIONE EUROPEA - COM/2011/15 def.**

*“Sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia
di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza
del mercato europeo degli appalti”*

18 aprile 2011

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO E NAZIONALE SUGLI APPALTI PUBBLICI
ID number in the EU Register of interest representative: **10423745688-62**

www.osservatorioappalti.unitn.eu

Presentazione dell'Osservatorio e del gruppo di lavoro.

L'*Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici* è un centro di studi e di ricerca attivato nel 2001 presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento (Facoltà di Giurisprudenza) con l'obiettivo di analizzare - applicando gli strumenti della comparazione giuridica - l'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'Unione Europea e gli effetti sull'ordinamento e sul mercato italiano. Le principali attività dell'Osservatorio riguardano:

- (a) l'**aggiornamento giuridico**; l'Osservatorio dispone di un'area web accessibile a tutti e articolata in sezioni tematiche che offrono il quadro esaustivo e aggiornato degli strumenti giuridici del settore (www.osservatorioappalti.unitn.eu);
- (b) l'**approfondimento scientifico**; l'Osservatorio raggruppa una rete di esperti che mettono a disposizione *papers* e pubblicazioni specializzate sui temi dell'interpretazione e applicazione delle regole europee e nazionali nel settore degli appalti pubblici. I contributi sono accessibili a tutti sul sito web dell'Osservatorio;
- (c) la **formazione specialistica**; l'Osservatorio ospita convegni e seminari con relatori altamente qualificati (Commissione europea, Autorità di Vigilanza, Consiglio di Stato, ecc.) con l'obiettivo di fornire contributi alla modernizzazione del settore, alla teorizzazione scientifica, all'individuazione di nuove soluzioni per gli operatori;
- (d) la **ricerca**; l'Osservatorio favorisce e partecipa a studi e progetti di ricerca realizzati anche in collaborazione con altre Università, Istituzioni, Enti e Organizzazioni europee e nazionali e con le imprese. La descrizione delle iniziative in corso e dei risultati è disponibile sul sito web.

Dal 2007 l'Osservatorio ha avviato un progetto di ricerca (SVAP)¹ finalizzato a verificare nel settore degli appalti pubblici le relazioni che intercorrono fra l'applicazione delle regole europee e il funzionamento (in termini di maggiore/minore efficacia ed efficienza) dei sistemi nazionali/regionali di contrattazione pubblica. Il progetto sviluppa con metodologia inedita il tema della “*misurazione del diritto*” e rientra nel novero delle cosiddette ricerche giuridiche empiriche, fondandosi sulla raccolta di evidenze misurabili attraverso l'analisi giuridica, economica e statistica.

Le valutazioni e gli strumenti della ricerca possono risultare particolarmente utili nell'attuale fase di ridefinizione della politica e della legislazione europea sugli appalti pubblici, tanto più che il contesto di crisi economica verificatosi dal 2008 sta inducendo a ripensamenti critici sul funzionamento del mercato interno a favore di decisioni, che, spesso, sono espressione di protezionismo economico e localismi.

Il presente documento è stato predisposto da un gruppo di persone provenienti da tutta Italia (professori universitari, magistrati, avvocati, funzionari della pubblica amministrazione, operatori del settore e studiosi), le quali, rispondendo all'invito dell'Osservatorio², hanno aderito alla consultazione promossa dal Libro Verde della Commissione. Il documento è il risultato di un lavoro collettaneo,

¹ Il progetto di ricerca (*Strumenti informatici per valutare l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dei sistemi di contrattazione pubblica - SVAP*) è stato promosso in *partnership* dal Dipartimento di Scienze Giuridiche (referente prof. Gian Antonio Benacchio) e dal Dipartimento di Ingegneria e Scienza dell'Informazione (referente prof. Maurizio Marchese) dell'Università di Trento con il coinvolgimento del dott. Michele Cozzio e dell'ing. Alexander Ivanyukovich e con la collaborazione di istituzioni e organizzazioni nazionali ed europee.

² Nell'ambito del Workshop organizzato presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento l'11 aprile 2011 sul tema *L'Unione Europea alla ricerca di nuove regole nel settore degli appalti pubblici - Riflessioni a margine del dibattito in corso*. Si veda il programma: www.jus.unitn.it/appalti/provvisori/Locandina.pdf.

possibile grazie al coordinamento di **Michele Cozzio** e alla partecipazione, fra gli altri, degli esperti **Marinella Baschiera, Gian Antonio Benacchio, Domenico Bezzi, Alessandro Bonanni, Alma Chiettini, Carlo Contaldi La Grotteria, Fulvio Cortese, Franco Dalla Mura, Nicola De Nigro, Gianni M. Di Paolo, Damiano Florenzano, Giuseppe Gubert, Valentina Marotta, Michele Miguidi, Paolo Patrito, Emanuela Piva, Cristina Tosolini, Alessandro Vetrano.**

Il documento è articolato in due parti. Nella prima parte, introduttiva e di carattere più generale, si riportano alcune considerazioni sulle principali questioni poste dal Libro Verde con l'obiettivo di **individuare alcune direttrici di riferimento rispetto alle quali orientare la futura attività legislativa.** Nella seconda parte sono segnalati orientamenti più specifici, in relazione alle singole domande del Libro Verde.

Parte generale.

I Libri Verdi della Commissione svolgono solitamente la *funzione di discussant* nelle consultazioni che sono finalizzati ad avviare nell'arena europea. Il Libro Verde *sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici* mette in discussione, in modo radicale, l'impianto normativo europeo del settore proponendo una serie di **quesiti che intervengono sull'intero ciclo di vita degli appalti pubblici** (dalla fase di aggiudicazione all'esecuzione). L'obiettivo è quello di predisporre un **intervento programmatico a tutto campo** e per questa ragione abbiamo ritenuto di far precedere le osservazioni sui quesiti specifici (*infra* Parte speciale) da **quattro considerazioni di portata più generale**.

1. La prima considerazione è per sottolineare l'importanza degli obiettivi di **maggiore efficienza della spesa pubblica** perseguiti dalla politica dell'Unione e sollecitati dal Libro Verde, per la realizzazione dei quali non pare possibile prescindere da **interventi di semplificazione e modernizzazione del sistema**. A queste necessità si potrebbe **parzialmente** rimediare anche senza l'elaborazione di nuove disposizioni o la definizione *ex novo* dell'impianto normativo, ma, più semplicemente, utilizzando adeguatamente le **tecnologie informatiche** esistenti. **Ciò non significa rinviare all'applicazione generalizzata degli strumenti dell'e-procurement** (soluzione da percorrere ma non di rapida attuazione), bensì rendere gli strumenti informatici funzionali alle esigenze di un moderno sistema di contrattazione pubblica.

La semplificazione e la modernizzazione operata per questa via potrebbe riguardare, ad esempio:

- la fase di accertamento dei **requisiti generali di partecipazione** (art. 45 della Direttiva 2004/18/CE³ e art. 38 del Codice appalti⁴). L'analisi della giurisprudenza amministrativa italiana di primo grado⁵ ed autorevoli opinioni⁶ ribadiscono che questa **fase della procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici sia all'origine di eccessi di formalismo burocratico e di contenzioso elevatissimo**, laddove le informazioni richieste potrebbero essere **recuperate direttamente dalle stazioni appaltanti per via informatica** attraverso la 'messa in rete' (con apposito *software* e con le cautele del caso) delle informazioni disponibili presso le banche dati esistenti (Camere di Commercio, Agenzia delle Entrate, Casellario informatico, Casellario giudiziale, INPS, INAIL, Cassa edile, ecc.). L'acquisizione delle informazioni per via informatica dalle banche dati garantirebbe inoltre **l'aggiornamento e l'attendibilità dei dati**;
- la fase di **accertamento dei requisiti di qualificazione**, con riferimento al settore dei lavori, dei servizi e delle forniture. La

³ Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al *coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi* pubblicata sulla G.U.U.E. L 134 del 30 aprile 2004, pag. 114.

⁴ Decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e ss.mm. recante *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CEE e 2004/18/CEE* pubblicato sulla Gazz.Uff. n. 100 del 2 maggio 2006.

⁵ Il progetto di ricerca RETE TAR promosso dall'Osservatorio ha lo scopo di rilevare l'effettività dell'applicazione del diritto dell'Unione europea e delle decisioni della Corte di giustizia nell'ordinamento nazionale attraverso il monitoraggio dell'attività del legislatore e delle pronunzie dei giudici amministrativi di primo grado nel settore degli appalti pubblici. Si veda la descrizione del progetto: www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=131.

⁶ Si vedano le recenti considerazioni del Presidente del Consiglio di Stato, Pasquale de Lise, il quale ha dichiarato nel corso della tavola rotonda del 5 aprile 2011 organizzata a Roma presso il Ministero delle Infrastrutture il proprio scetticismo sulla possibilità di risolvere *per legem* il problema, almeno "*fino a quando per ogni dichiarazione resa dai partecipanti alle gare verrà richiesta una fotocopia del documento di identità*", su Italia Oggi, 6 aprile 2011, p. 19.

soluzione informatica sembra funzionale soprattutto all'adozione di un **sistema europeo di (pre) qualificazione delle imprese**, in grado di favorirne l'effettiva azione transfrontaliera nel mercato unico. Peraltro non vanno sottaciute le criticità, che, alla luce delle peculiarità del sistema italiano, potrebbero derivare dall'informatizzazione di questa fase. Ci si riferisce, in primo luogo, all'unicità del sistema italiano delle qualificazioni rese nel settore dei lavori pubblici per il tramite delle SOA, (modello) che, oltre a sollevare dubbi sulla conformità ai principi europei sulla libertà di circolazione⁷, rappresenta **un'area di mercato non facilmente assoggettabile a (ulteriori) processi di liberalizzazione né di pubblicizzazione**. Ci si riferisce, in secondo luogo, ai requisiti di qualificazione richiesti nel settore dei servizi, che non sempre sono disponibili presso banche dati ufficiali;

Il tema della semplificazione e della modernizzazione perseguita per via informatica dovrebbe considerare anche **i risultati della consultazione avviata dal Libro Verde della Commissione sull'estensione dell'uso degli appalti elettronici** nell'Unione Europea, conclusasi lo scorso 31 gennaio 2011⁸ (risultati che al momento non sono disponibili).

⁷ Circostanza solo parzialmente giustificata dalle peculiarità (antimafia) del contesto nazionale. Le disposizioni alle quali si fa riferimento sono quelle in tema di libera prestazione dei servizi (artt. 56-62), libertà di stabilimento (artt. 49-55) e concorrenza (artt. 101-109) contenute nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché quelle di diritto derivato, prime fra tutte le Direttive unificate 2004/17/CE e 2004/18/CE e la Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno.

⁸ Si veda il Libro Verde *sull'estensione dell'uso degli appalti elettronici nell'UE*, del 18 ottobre 2010, COM/2010/ 571 def.

2. La seconda considerazione riguarda la scelta dello **strumento legislativo ottimale** per conseguire gli obiettivi di modernizzazione del settore prefissi dalla Commissione nell'ambito della strategia *Europa 2020*⁹. Tale scelta dovrebbe essere operata sulla base di alcune **valutazioni preliminari** riguardanti, innanzitutto, **l'effettiva portata dell'azione legislativa europea**.

Al riguardo rileviamo che gli intendimenti programmatici indicati nella strategia *Europa 2020* e nel Libro Verde incidono profondamente gli attuali assetti normativi della materia e prospettano un intervento con **finalità diverse da quelle di un mero restyling normativo**.

La Commissione, in altri termini, appare intenzionata alla **ridefinizione dell'intera politica europea degli appalti pubblici** e, se queste sono le premesse, è limitante pensare a micro interventi correttivi sulle Direttive, mentre è ipotizzabile una **nuova disciplina europea in materia di appalti pubblici da attuarsi mediante uno o più Regolamenti**.

La scelta del **Regolamento** è funzionale anzitutto a **esigenze di riduzione dei tempi legislativi**. L'accelerazione delle dinamiche economiche, l'intensificarsi dei fenomeni concorrenziali su scala locale e globale, lo sviluppo e la diffusione delle nuove tecnologie sono solo alcuni dei fenomeni fra loro interagenti che favoriscono la **rapida obsolescenza dei sistemi di regolazione**. A fronte di questo scenario i processi (politici e normativi) di adattamento alle

⁹ Ci si riferisce alla Comunicazione della Commissione *EUROPA 2020 - Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, del 3 marzo 2010, COM/2010/2020 def. e alle indicazioni emergenti dal Rapporto Monti (*Una nuova strategia per il Mercato unico*) e dalla Comunicazione recante 50 proposte per rafforzare il Mercato unico (*Verso un atto per il mercato unico. Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva*).

trasformazioni in atto costituiscono una priorità da perseguire puntando:

- i. al **miglioramento della qualità della legislazione**¹⁰;
- ii. a **tempistiche ragionevoli per l'adozione e l'applicazione delle nuove norme.**

Le Direttive unificate in materia di appalti pubblici sono state approvate nel 2004 e sono il risultato di un **processo di consultazioni e negoziazioni**, il cui punto di partenza è rappresentato dalla **pubblicazione nel 1996 del Libro Verde *Gli appalti pubblici nell'Unione Europea. Spunti di riflessione per il futuro***¹¹. Le due Direttive sono state trasposte in Italia con il Codice dei Contratti Pubblici adottato nel 2006 e in seguito ripetutamente modificato per renderlo conforme alle disposizioni delle Direttive stesse. Nel 2010, infine, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il Regolamento attuativo¹² del Codice e, salvo imprevisti, esso dovrebbe entrare in vigore a giugno 2011. Ciò significa che **le direttrici di riforma della politica comunitaria degli appalti pubblici avviate alla fine degli anni '90 sono state trasposte in Italia nel 2006, mentre le disposizioni attuative interne troveranno completa applicazione da giugno 2011.**

Ora, per quanto le Direttive del 2004 abbiano novellato profondamente il quadro normativo comunitario sulla base di una serie di obiettivi ritenuti strategici, va pur detto che **i tempi per un**

¹⁰ Sul tema della better regulation si rinvia ai numerosi documenti dell'Unione Europea: http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/key_docs_en.htm.

¹¹ Vedi il Libro Verde della Commissione su *Gli appalti pubblici nell'Unione Europea - Spunti di riflessione per il futuro*, del 27 novembre 1996, COM/96/583 def. e le due proposte di Direttive del 10 maggio 2000, rispettivamente COM/2000/275 def. e COM/2000/276 def.

¹² Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010 n. 207 recante il *Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, pubblicato nella G.U. del 10 dicembre 2010 n. 288.

intervento riformatore (almeno di pari valenza) sembrano oggi eccessivamente lunghi.

Ecco perché le **prerogative di portata generale, obbligatorietà e diretta applicabilità proprie dei Regolamenti europei** (art. 288 TFUE) contribuirebbero a **velocizzare i tempi di applicazione di un'eventuale riforma europea**. Le stesse prerogative, inoltre, rendono lo strumento regolamentare particolarmente adeguato rispetto all'altro problema di fondo rappresentato dal **parziale e incompleto recepimento negli Stati membri delle Direttive sugli appalti pubblici**.

La scelta dello strumento regolamentare, inoltre, si porrebbe come **naturale prosecuzione dell'attività legislativa dell'Unione Europea** in materia di appalti pubblici avviata a partire dagli anni '70 del secolo scorso e susseguitasi per fasi¹³ che hanno progressivamente segnato il **superamento degli obiettivi dell'armonizzazione minima e dell'armonizzazione rafforzata** lasciando spazio ad un'inerziale

¹³ È possibile distinguere tre periodi storici che riflettono anche l'evoluzione del processo di europeizzazione dei sistemi nazionali: (a) il primo va dai Trattati di Roma (1957) fino all'adozione del Libro Bianco sul Mercato interno (1985); (b) il secondo dalla ratifica dell'Atto Unico Europeo (1986) all'avvio dei 'lavori' per la codificazione comunitaria degli appalti pubblici (2000); (c) il terzo, tuttora aperta, coincide con l'approvazione delle Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE. Sul tema TITOMANLIO F., *Problemi vecchi e nuovi nella direttiva unificata*, in BENACCHIO G. A., de PRETIS D. (a cura di), *Appalti pubblici e servizi di interesse generale*, atti dei Seminari della Facoltà di Giurisprudenza di Trento del novembre – dicembre 2004, collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, n. 51, 2005, Trento, pag. 242. Vedi anche CHITI M. P., *Regolamentazione e mercato nella disciplina degli appalti pubblici*, in *Privatizzazione ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, ANGELETTI L. (a cura di), Milano, 1996, 144 e ss. come pure MORBIDELLI G., ZOPPOLATO M., *vc. Appalti pubblici*, in *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, vol. I Parte speciale, II. ed., Milano, 2007, 424 e ss. i quali qualificano le precedenti come direttive di prima e seconda generazione.

spinta uniformante. In questa direzione (**uniformazione**) sono orientate anche le Direttive del 2004 **di terza generazione**¹⁴.

Non si ritiene che il legiferare per Regolamenti possa pregiudicare eccessivamente lo **spazio di autonomia legislativa degli Stati membri**, posto che il legislatore dell'Unione potrebbe disciplinare la materia **operando ampi rinvii agli ordinamenti nazionali, che pure sono caratterizzati ancora da enormi differenze**¹⁵. In questo modo verrebbe ribadita la scelta di procedere verso una maggiore **uniformazione delle regole**, dal momento che **la fonte normativa (Regolamento) sarebbe esattamente uguale in tutti gli Stati membri**.

3. La terza considerazione riguarda **il modo e gli strumenti con i quali approcciare il processo di riforma**, posto che in mancanza di riferimenti certi cresce il rischio di perseguire orientamenti dettati da **variabili contingenti piuttosto che da reali intenti riformatori e strategie di medio / lungo periodo**. Si avverte, in altri termini, l'esigenza di predisporre un **metodo (com)unitario** per misurare gli effetti delle scelte politiche e normative, non solo sotto il profilo della **corretta trasposizione negli ordinamenti nazionali**, ma anche sotto

¹⁴ Così BENACCHIO G. A., COZZIO M. (a cura di), *Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio*, atti dei Seminari della Facoltà di Giurisprudenza di Trento del maggio – giugno 2007, collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, n. 74, 2008, Trento, pag. 1 e ss.

¹⁵ Può risultare utile la disamina dell'evoluzione normativa europea nel settore societario laddove la scelta di disciplinare con Regolamento nuovi istituti a dimensione sovranazionale, quali ad esempio la Società europea (SE) e la Società cooperativa europea (SCE) non ha portato comunque all'esistenza di modelli giuridici unici per effetto degli ampi rinvii agli ordinamenti nazionali, si veda in particolare BENACCHIO G.A., *Diritto Privato dell'Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, V ed., Padova, 2010, pag. 210 e ss. e TORINO R., *vc. Diritto Comunitario e diritto europeo delle società*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. Commerciale*, Aggiornamento, vol. III, 2009, Utet.

il profilo dei **benefici che derivano in termini di migliori o peggiori performance dei sistemi di contrattazione nazionali.**

L'applicazione di nuove regole europee, parafrasando, deve essere valutata in relazione (anche) agli **effetti economici, ma pure sociali, ambientali, amministrativi, ecc. che comporta sui sistemi di contrattazione**, posto che, *in assenza di effetti di questa natura, cioè se l'applicazione della disciplina europea risultasse efficace solo sul piano della trasparenza e della non discriminazione tra imprese, verrebbero meno la valorizzazione delle risorse impiegate ed i benefici per la collettività, che rappresentano una fra le aspettative fondamentali della creazione di un mercato interno*¹⁶.

Il tema della **misurazione del diritto** non è sconosciuto al legislatore europeo, il quale, anzi, vi ricorre frequentemente nell'ambito delle cosiddette **procedure di valutazione d'impatto della regolamentazione (AIR)**.

Nel settore degli appalti pubblici le esperienze di valutazione *d'impatto della legislazione* svolte in sede europea sono state **sistematicamente orientate a dimostrare i benefici derivanti dall'applicazione delle Direttive**. In tal senso la *ratio* dell'intervento europeo, rinvenibile nell'apertura dei mercati nazionali alle imprese di tutti gli Stati membri, potrebbe aver condizionato non solo i metodi di valutazione, ma anche **l'individuazione degli indicatori, che, in effetti, sono sempre tali da dimostrare l'evoluzione in positivo:**

- i.* della trasparenza del mercato degli appalti pubblici,
- ii.* della circolazione transfrontaliera delle imprese,

¹⁶ MELE G., *La dimensione economica e il funzionamento del mercato degli appalti pubblici*, paper realizzato nell'ambito del progetto *Appalti pubblici e concorrenza* dal Centro Studi di Confindustria, coordinato da I. CIPOLLETTA, S. MICOSI, G. NARDOZZI, 2006, disponibile su www.astrid-online.it

iii. delle migliori condizioni di acquisto negoziate dalle pubbliche amministrazioni.

Le valutazioni operate non vanno oltre dette indicazioni e tale circostanza rivela (di fatto) la mancanza di sistemi e modalità (consolidate e condivise) per la valutazione sistematica ed esaustiva delle **relazioni che intercorrono fra l'applicazione delle regole europee, l'efficienza dell'azione contrattuale delle stazioni appaltanti e il funzionamento del mercato degli appalti pubblici**¹⁷.

Dette premesse giustificano **l'elaborazione di sistemi di misurazione / valutazione delle regole e dei mercati degli appalti pubblici**. Le stesse premesse, peraltro, sono alla base del quesito al quale il progetto SVAP avviato dall'*Osservatorio sul diritto comunitario e nazionale degli appalti pubblici* di Trento vuole rispondere, vale a dire: *se è vero che alla maggiore o minore conformità comunitaria di un sistema di regole degli appalti pubblici (nazionale, regionale o provinciale) corrisponde una migliore o peggiore performance (in termini di efficacia ed efficienza economica) del (rispettivo) mercato*¹⁸.

Le tecniche sviluppate nell'ambito della ricerca SVAP potranno concorrere (con funzione essenzialmente di **management cockpit**) al riconoscimento di scelte normative e prassi funzionali all'ottimizzazione del mercato degli appalti pubblici.

¹⁷ Va pur detto che sono attesi (estate 2011) i risultati dell'ampia valutazione avviata dalla Commissione *sull'impatto e l'efficacia dei costi della politica dell'Unione in materia di appalti pubblici*. Tale valutazione, come viene detto, raccoglierà prove oggettive basate sui dati del mercato in relazione al funzionamento della vigente normativa sugli appalti.

¹⁸ Per maggiori dettagli si rinvia al seguente indirizzo web: <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=118>.

Orbene molte questioni affrontate dal Libro Verde comportano **scelte strategiche rispetto alle quali è necessario orientarsi disponendo di strumenti di analisi/supporto**, tanto più che il contesto di crisi economica verificatosi dal 2008 sta inducendo a ripensamenti critici sul funzionamento del mercato interno a favore di scelte, che, come si è detto, spesso sono espressione di conservatorismo economico e localismi. In tal senso la decisione di favorire e rafforzare - nella scrittura di nuove norme - l'applicazione di logiche e regole del mercato interno "*in quanto fattore chiave nel medio periodo delle prestazioni macro-economiche dell'Unione e degli Stati membri*" (Rapporto Monti, 2010), **non può significare l'avallo incondizionato del processo di liberalizzazione del mercato e delle regole pro-concorrenziali**, ma tale *favor* deve, semmai, essere il risultato di valutazioni quanto più possibile rigorose e oggettive, in grado di stabilire **presupposti e condizioni che possono giustificare regole e strumenti (anche) restrittivi del mercato e della concorrenza**.

4. Un'ultima considerazione riguarda **l'innalzamento/abbassamento delle soglie**, vale a dire la nuova **perimetrazione** del campo di applicazione delle regole europee degli appalti pubblici, circostanza che incide non solo sul funzionamento del mercato interno, ma anche sui rapporti, sempre più rilevanti, dell'UE e degli Stati membri con gli Stati extra UE.

La questione ha natura prima di tutto politico-economica piuttosto che tecnico giuridica, pertanto si ribadisce quanto già rilevato in precedenza (§ 3) sostenendo che qualsiasi presa di posizione non dovrebbe prescindere:

- **da un'accurata valutazione degli impatti** derivanti dalla modificazione (in rialzo o in ribasso) delle soglie europee soprattutto per quel che riguarda: **i tempi delle procedure di**

aggiudicazione, le variazioni dei costi al termine dei lavori / servizi / forniture (rispetto agli importi di aggiudicazione), le percentuali di impugnazione ecc.

- **dalla rigorosa applicazione (anche sotto soglia) delle disposizioni e dei principi del TFUE** riguardanti, in particolare, la libera circolazione delle merci, il diritto di stabilimento, la libera prestazione di servizi nonché i principi che ne derivano in tema di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza.

Parte speciale.

1. Ritenete che l'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici debba essere limitato ad attività di acquisto? Le eventuali limitazioni dovrebbero semplicemente codificare il criterio dell'interesse economico diretto elaborato dalla Corte o dovrebbero invece stabilire condizioni e concetti supplementari/alternativi?

Appare condivisibile l'ipotesi di applicare le norme sugli appalti pubblici ai soli contratti stipulati dalle amministrazioni **per soddisfare esigenze proprie**, vale a dire alle ipotesi nelle quali **l'oggetto del contratto sia riferito ad un interesse economico diretto** dell'amministrazione aggiudicatrice.

Più precisamente l'ambito di applicazione dovrebbe essere caratterizzato non solo dall'elemento dell'onerosità, ma anche dalla **sussistenza di un rapporto sinallagmatico diretto tra i contraenti**, laddove ad una prestazione deve corrispondere l'esecuzione di una contropartita che, come detto, dovrebbe implicare un interesse economico diretto per l'amministrazione aggiudicatrice.

Tale interesse sussisterebbe non solo qualora l'amministrazione aggiudicatrice divenisse proprietaria dei beni / delle prestazioni oggetto dell'appalto, ma anche qualora **disponesse di un titolo giuridico che le garantisce la disponibilità sui beni** (attesa la loro eventuale destinazione pubblica) o **sui vantaggi economici** che potrebbe trarre dal futuro utilizzo o dalla futura cessione degli stessi. Tale concetto, come ha specificato anche la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁹, perché di fatto **escluderebbe dall'ambito di**

¹⁹ CGCE, sez. Terza, del 25 marzo 2010, C-451/08, *Helmut Müller GmbH / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*.

applicazione della normativa le ipotesi di concessioni di aiuti e di fondi pubblici che per loro natura non costituiscono un interesse diretto per la pubblica amministrazione ma tendono solo alla realizzazione di un interesse pubblico.

La codificazione di tale concetto appare utile e opportuna.

* * *

2. Ritenete adeguata l'attuale struttura dell'ambito di applicazione materiale, e la sua suddivisione in appalti di lavori, forniture e servizi? In caso contrario, quale struttura alternativa proporreste?

È certamente interessante affrontare l'ipotesi sollecitata dalla Commissione di **semplificare l'attuale tripartizione** dell'ambito di applicazione materiale delle **Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE** anche rifacendosi alla distinzione già presente nel GPA tra appalti di forniture e appalti di servizi, considerando i lavori una forma di servizio (appalto di servizi nel settore della costruzione).

Tuttavia non si può non considerare che siffatta **modifica dovrebbe essere accompagnata da una ridefinizione globale della disciplina che ne dettagli i vari aspetti**, posto che in diversi Stati membri, fra i quali anche l'Italia²⁰, **la normativa interna stabilisce regole differenti a seconda delle tre categorie.**

* * *

²⁰ Si consideri il caso della qualificazione che in Italia è operata nel settore dei lavori con il sistema delle SOA (società organismi di attestazione), estraneo all'esperienza degli Stati membri.

3. Ritenete che la definizione di “appalti di lavori” debba essere riesaminata e semplificata? In caso affermativo, proporreste di omettere il riferimento ad un elenco specifico allegato alla direttiva? Quali elementi dovrebbe contenere la nuova definizione?

In linea di principio la definizione di appalti pubblici di lavori potrebbe essere semplificata rinviando ad un **concetto omnicomprensivo**. In particolare la definizione di cui all’art. 2 della abrogata legge quadro italiana in materia di lavori pubblici²¹ sembrava esaustiva ed efficace.

Si suggerisce di precisare la nozione di lavori di manutenzione, spesso sovrapposta ma antitetica a quella dei servizi di manutenzione.

* * *

4. Ritenete opportuno riesaminare la distinzione tra servizi A e B?
5. Credete che le direttive sugli appalti pubblici debbano applicarsi a tutti i servizi, eventualmente sulla base di un regime ordinario più flessibile? In caso contrario, si prega di indicare per quale servizio (o per quali servizi) sarebbe necessario continuare a seguire il regime attualmente operativo per i servizi B, e per quali motivi.

²¹ Si tratta della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e ss. mm., *Legge quadro in materia di lavori pubblici*, pubblicata nella Gazz. Uff. del 19 febbraio 1994 n. 41. L’art. 2, rubricato come *Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della legge* indica quali appalti di lavori quelli riguardanti “attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere ed impianti, ad esclusione di quelli ricadenti nell’ambito di applicazione della normativa nazionale di recepimento delle direttive ...”.

La distinzione tra servizi A e B è spesso all'origine di **difficoltà interpretative** tanto per le stazioni appaltanti, quanto per gli operatori, per questa ragione può risultare opportuna una ridefinizione, salvo continuare a garantire **per alcune tipologie di servizi una disciplina semplificata** (del tipo di quella stabilita per i servizi dell'Allegato B). Ciò vale, ad esempio, per i **servizi caratterizzati da specificità oggettive e predefinite** riferibili tanto ai **destinatari quanto ai prestatori / fornitori** come nel caso, ad esempio, dei **servizi alla persona**, laddove **l'elemento relazionale sopravanza qualsiasi valutazione di natura economica o tecnico - organizzativa**.

Altri settori per i quali sembra opportuno definire / mantenere una **disciplina semplificata, caratterizzata da flessibilità e speditezza**, sono quelli dell'istruzione e della formazione, dei servizi culturali (almeno limitatamente alle fasi dell'organizzazione e gestione di mostre ed eventi), dei servizi sociali e sanitari e, ancora, dei servizi sportivi e ricreativi.

Si tratta di attività, che, come precisa la Corte di Giustizia nei recenti casi *Strong Segurança SA (C-95/10)*²² e *Commissione/Irlanda (C-226/09)*²³, dovrebbero essere assoggettate ad una disciplina meno rigida, posto che **“presentano caratteristiche particolari, tali da giustificare che l'amministrazione aggiudicatrice consideri, in modo personalizzato e specifico, le offerte presentate”** (pt. 43-45)²⁴. In

²² CGCE, sez. Terza, 17 marzo 2011, C-95/10, *Strong Segurança SA / Município de Sintra*.

²³ CGCE, sez. Quarta, 18 novembre 2010, C-226/09, *Commissione europea / Irlanda*.

²⁴ Peraltro la pronuncia della Corte di Giustizia pur confermando il regime semplificato dell'allegato IIB della Direttiva conclude dichiarando che **“la direttiva non impedisce che gli Stati membri e, eventualmente, le amministrazioni**

Strong Segurança SA la Corte prende in considerazione i servizi di sorveglianza e di sicurezza, ma, come viene esplicitamente dichiarato, le medesime valutazioni sono applicabili anche ai servizi legali, ai servizi di collocamento e reperimento di personale, ai servizi relativi all'istruzione, anche professionale o, ancora, ai servizi di investigazione e di sicurezza.

In risposta ai quesiti 4 e 5 del Libro Verde si segnala, con considerazioni di più vasta portata, l'esigenza di **garantire una maggiore certezza del diritto applicabile**. Il tema che si propone, in altri termini, è quello delle **regole desumibili dai principi generali dell'ordinamento europeo**, posto che, come è stato più volte ribadito dalla Commissione europea²⁵ e dalla Corte di Giustizia²⁶, **la disciplina applicabile agli appalti pubblici è costituita non soltanto dalle disposizioni delle Direttive, ma anche dalle regole del diritto primario** (vale a dire le norme dei Trattati europei e i principi generali). Queste ultime, in particolare, dovrebbero sempre trovare applicazione:

- nelle concessioni di servizi;

aggiudicatrici prevedano tale applicazione, rispettivamente, nella loro normativa e nei documenti relativi all'appalto".

²⁵ Si veda soprattutto la Comunicazione interpretativa relativa *al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici*, COM/2006/179 def. pubblicata nella GUUE C 179 del primo agosto 2006. La Commissione ha espressamente dichiarato che per gli appalti rientranti nell'ambito di applicazione del Trattato CE "le amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri sono tenute a conformarsi alle disposizioni e ai principi di tale Trattato, riguardanti in particolare la libera circolazione delle merci, il diritto di stabilimento, la libera prestazione di servizi, la non discriminazione e l'uguaglianza di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità e il riconoscimento reciproco.

²⁶ Si veda l'ordinanza della Corte del 3 dicembre 2001, C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard* laddove viene dichiarato che "sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del trattato".

- negli appalti inferiori alle soglie europee;
- negli appalti di cui all' Allegato II B.

Orbene è auspicabile **definire in modo sufficientemente uniforme un gruppo di regole minime**, espressione dei principi generali, per l'affidamento dei contratti sopra menzionati. In effetti pur condividendo l'orientamento di chi²⁷ ritiene che detti principi **non possano assumere una connotazione esattamente identica a quella imposta negli appalti disciplinati dalle Direttive** (fino a identificarsi con l'adozione delle procedure colà disciplinate), resta inteso che **occorre attribuire ad essi un 'contenuto minimo' trasferibile in una regola applicativa certa**²⁸.

In mancanza di queste regole applicative (o alternativamente di obiettivi specifici circa le forme di pubblicità, le procedure concorrenziali ecc.) continuerà ad esservi l'esigenza di **desumere caso per caso le regole applicative** con conseguenti **interpretazioni (e applicazioni) ondivaghe e discontinue**²⁹.

* * *

²⁷ Si vedano le Conclusioni dell'avvocato gen. della Corte di Giustizia Paolo Mengozzi presentate il 29 giugno 2010 nel procedimento C-226/09, *Commissione / Irlanda*, pt. 44, poi confermate dai giudici della Corte di Giustizia.

²⁸ Sul rapporto tra principi e regole nel settore degli appalti pubblici si rinvia alle relazioni di PICOZZA E., *Quali rapporti fra autorità nazionali e comunitarie per il rispetto delle regole degli appalti pubblici* e di MARIUZZO F., *I Tribunali Amministrativi Regionali e l'applicazione delle scelte normative e giurisprudenziali comunitarie*, in BENACCHIO G. A., COZZIO M. (a cura di), *Mercato, regole e innovazione nel settore degli appalti e dei servizi pubblici*, EDK editore, 2010.

²⁹ Vedi *infra* le osservazioni svolte alla nota 5 sul progetto RETE T.A.R.

9. Ritenete adeguato l'approccio attualmente adottato per definire i committenti pubblici? In particolare, ritenete necessario chiarire e aggiornare il concetto di "organismo di diritto pubblico" sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia europea? In caso affermativo, che tipo di aggiornamento riterreste idoneo?

La nozione di organismo di diritto pubblico andrebbe riformulata sulla base di criteri meno sfuggenti.

Per quanto sia apprezzabile l'attività ermeneutica svolta dalla Corte di Giustizia, dai Giudici nazionali e dagli operatori (*in primis* consulenti e avvocati), si dovrebbe perseguire più efficacemente l'obiettivo di **garantire maggiore certezza sul diritto applicabile** anche se ciò potrebbe comportare la riduzione del campo di applicazione delle Direttive.

Il concetto di organismo di diritto pubblico andrebbe inoltre coordinato con quello di impresa pubblica.

* * *

15. Ritenete che le procedure fissate nelle direttive vigenti consentano alle amministrazioni aggiudicatrici di ottenere i migliori risultati in materia di appalti? In caso contrario, come è possibile migliorare le procedure per alleviare gli oneri amministrativi/ridurre i costi delle operazioni e la durata delle procedure e garantire allo stesso tempo che le amministrazioni aggiudicatrici ottengano il miglior rapporto qualità/prezzo?

Il quesito rinvia a quanto anticipato nella parte generale delle osservazioni (§ 1) con riferimento:

- ai vantaggi che si possono conseguire per effetto dell'adozione di strumenti informatici;
- alla necessità di prediporre sistemi di valutazione e misurazione delle regole e delle procedure degli appalti pubblici.

La necessità di approntare procedure che garantiscano alle amministrazioni il miglior rapporto qualità / prezzo non va disgiunta **dall'analisi dei ribassi in fase di gara**, le cui dinamiche, oggi acuite dalla crisi economica, fanno registrare in Italia percentuali di aggiudicazione con ribassi anche superiori all'80% rispetto al prezzo di partenza. Si tratta di soglie che possono portare a **livelli inaccettabili di riduzione del livello di approfondimento e di controllo** (in sede progettuale o nella fase esecutiva ecc.) da parte dei fornitori. Di qui la necessità di **favorire procedure di selezione basate su criteri di tipo tecnico – qualitativo e incentivanti l'innovazione piuttosto che su valutazioni esclusivamente economiche**.

Per completezza si riportano le osservazioni risultanti dal monitoraggio effettuato dal Centro Studi del Consiglio Nazionale degli Ingegneri sui **bandi di gara per l'affidamento dei servizi di ingegneria** (nel corso del 2009)³⁰. Sulla base dei dati esaminati il Centro rileva: (i) diffusa arbitrarietà nella determinazione dei compensi da porre a base d'asta; (ii) ribassi medi nell'ordine del 40% e massimi del 70-80%; (iii) crescente marginalizzazione dei professionisti nel mercato dei bandi pubblici di progettazione. Ebbene, tali valutazioni possono essere trasposte *mutatis mutandis* anche ad altri settori del mercato italiano degli appalti pubblici.

³⁰ Trattasi di bandi per l'affidamento di attività di progettazione, direzione lavori, coordinamento per la sicurezza, collaudo, misura e contabilità (appalti di servizi), v. AA. VV., *Monitoraggio sui bandi di progettazione, Aprile – giugno 2009*, in Quaderni del Centro studi del Consiglio Nazionale degli Ingegneri, 174, Roma, 2009.

A fronte di detto contesto, le cui dinamiche negli altri Stati membri non sono note, potrebbe essere opportuno introdurre alcuni correttivi ricorrendo:

- ad un **utilizzo più accurato delle procedure e dei criteri di aggiudicazione**, nel senso di favorire dinamiche negoziali basate sui criteri sopra menzionati;
- ad una **maggiore responsabilizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici**, tale da garantire più **precisione nella determinazione dei prezzi di partenza**, nelle **verifiche sulle offerte anomale** e sulla **qualità progettuale**³¹ nonché maggiore **professionalità nella gestione delle gare**;
- ad una **maggiore responsabilizzazione delle imprese offerenti** (vedi *infra* domanda 25).

La domanda posta dal Libro Verde si presta anche a **considerazioni di più ampia portata** (che qui si affrontano marginalmente) con riferimento al processo (italiano) di **liberalizzazione delle tariffe professionali**³². Orbene, pur con le avvertenze del caso circa le incertezze e le differenti opinioni connesse al tema, va rilevato che tanto i **sistemi di tariffe obbligatorie**, quanto i sistemi basati su **ribassi massimi vincolati non sembrano in grado di offrire le tutele che dovrebbero caratterizzare il mercato pubblico** né i

³¹ Il Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti pubblici (DPR 207/2010) sembra andare nella direzione indicata favorendo: (i) il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, (ii) (re)introducendo limiti ai ribassi praticabili nelle gare per l'affidamento dei servizi di progettazione, (iii) stabilendo nuove regole per la verifica dei progetti (completezza, coerenza del quadro economica, durabilità dell'opera, appaltabilità, minimizzazione dei rischi).

³² Si veda la legge 4 agosto 2006 n. 248 di conversione del decreto legge del 4 luglio 2006 n. 223 recante *Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale* pubblicato sulla G.U. 4 Luglio 2006 n. 153.

conseguenti benefici per le imprese / prestatori, per le stazioni appaltanti e la collettività³³.

In un mercato liberalizzato la determinazione dei prezzi è rimessa all'autonomia contrattuale delle parti, spesso con la possibilità (ulteriore) **di agganciare il compenso al raggiungimento di determinati risultati**. È evidente, però, che il funzionamento di tale mercato si basa su un sistema di 'buone' **regole di contrattazione e di disciplina dell'agire negoziale delle parti**.

Un'ultima considerazione, infine, è per segnalare i vantaggi che potrebbero derivare alle amministrazioni aggiudicatrici dall'applicazione nella materia degli appalti pubblici delle metodologie del *risk management*. Tali metodologie, basate sulle conoscenze sviluppate fin dagli anni '50 nel campo della programmazione e dell'analisi del rischio nel settore nucleare, permettono di **far acquisire una comprensione complessiva delle criticità connesse all'intero ciclo della commessa pubblica e di predisporre eventuali misure risolutorie**. L'obiettivo, in altri termini, è quello di permettere alle stazioni appaltanti di adottare tempestivamente rimedi e soluzioni (tecniche, procedurali, contrattuali, giudiziali ecc.) per facilitare il raggiungimento dei risultati.

Gli strumenti utilizzati dai sistemi basati sul *risk management* sono:

- la **mappa dei rischi**, attraverso la quale viene individuato un **elenco dei rischi connessi alla programmazione e realizzazione**

³³ I sistemi tariffari delegano all'automatismo delle tariffe il perseguimento di obiettivi che spesso sono al di fuori della propria portata, con l'effetto di non poter assicurare le finalità dichiarate (qualità della prestazione, tutela dell'acquirente ecc.) finendo col favorire ambiti di mercato protetti a beneficio prevalente dei fornitori. In tal senso è possibile parlare di eccesso di delega (rispetto ai propositi iniziali) per lo strumento delle tariffe obbligatorie.

di un'opera. La mappa costituisce un passaggio fondamentale per garantire omogeneità e unitarietà alla metodologia del *risk management*;

- la **valutazione dei rischi**, in grado di fornire per ciascuna voce **l'indice di pericolosità, in percentuale, sul totale dell'entità del rischio ed il relativo impatto sulle performance dell'intervento in termini di costi, tempi e qualità**;
- sistema di **reporting periodico**, mediante il quale è rappresentato costantemente il dato sull'avanzamento dell'opera. Il reporting migliora l'intero processo di programmazione e controllo dell'investimento.

L'applicazione delle metodologie del *risk management* rende possibile una migliore la **comprensione dei fenomeni che influenzano l'investimento e la predisposizione di una serie di vincoli e di obiettivi progressivi da rispettare da parte dei soggetti coinvolti** nelle fase di realizzazione.

Dette metodologie sono state sperimentate con ottimi risultati ed ora potrebbero qualificarsi come *best practice* per le quali favorisce **l'applicazione in modo generalizzato**. In via esemplificativa si segnalano le esperienze realizzate:

- (i) presso il Comune di Sesto San Giovanni (Italia); qui la sperimentazione ha interessato l'insieme dei progetti dell'amministrazione ed è quindi di particolare interesse per l'impatto sul sistema di governo complessivo dell'ente;
- (ii) presso i Musei Vaticani (Italia); qui la sperimentazione ha riguardato l'applicazione della metodologia ad un singolo progetto, anche se di grandi dimensioni³⁴.

³⁴ Si veda la relazione di COLOMBO R., *Programmazione e risk management come strumenti di controllo di tempi, costi e qualità dei contratti pubblici*, in BENACCHIO G. A., COZZIO M. (a cura di), *Mercato, regole e innovazione nel settore degli appalti e dei servizi pubblici*, EDK editore, 2010 nonché COLOMBO

* * *

19. Sareste favorevoli a consentire un maggior grado di negoziazione nelle procedure degli appalti pubblici e/o a generalizzare l'utilizzo della procedura negoziata previa pubblicazione?

20. Quanto alla seconda possibilità, ritenete che questa dovrebbe essere concessa per tutti i tipi di appalti/tutti i tipi di amministrazioni aggiudicatrici o soltanto a determinate condizioni?

21. Siete d'accordo nel ritenere che l'uso generalizzato della procedura negoziata potrebbe comportare alcuni rischi di abusi/discriminazioni? Oltre alle garanzie già previste dalle direttive per la procedura negoziata, riterreste necessario aggiungere altri strumenti per tutelare i principi di trasparenza e di non-discriminazione così da compensare il più alto livello di discrezionalità? In caso affermativo, quali potrebbero essere questi strumenti supplementari di tutela?

Si ritiene opportuno **ampliare i presupposti per l'applicazione delle procedure negoziate** (per forniture e servizi) laddove le prestazioni contrattuali presentino un **carattere altamente specializzato e/o non predefinibile**.

Quanto al rischio di abusi/discriminazioni e all'opportunità di adottare **adeguate cautele** a fronte di un maggior grado di negoziazione nelle procedure degli appalti pubblici e/o a l'utilizzo massiccio della procedura negoziata si rinvia alle considerazioni svolte alle domande n. 4 e n. 5.

R., BELLUCCI A., *Opere pubbliche negli enti locali e risk management*, in *Sviluppo & Organizzazione*, 224, novembre - dicembre 2007.

* * *

23. Sareste favorevoli ad un approccio più flessibile all'organizzazione e alla sequenza dell'esame dei criteri di selezione e di aggiudicazione, nell'ambito della procedura di appalto? In caso affermativo, ritenete possibile esaminare i criteri di aggiudicazione prima dei criteri di selezione?

Come anticipato nella parte generale (§ 1) **alcuni vantaggi in termini di speditezza potrebbero essere conseguiti**, in prima battuta, anche **senza necessità di interventi normativi** strutturali, attraverso l'utilizzo delle **tecnologie informatiche esistenti**.

* * *

24. Pensate che potrebbe essere giustificato, in casi eccezionali, consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di tener conto di criteri legati all'offerente nella fase di aggiudicazione? In caso affermativo, in quali circostanze ciò sarebbe possibile, e quali garanzie supplementari sarebbero necessarie secondo voi per garantire l'equità e l'obiettività della decisione di aggiudicazione in un sistema di questo tipo?

La soluzione prospettata **appare condivisibile se confinata a ipotesi eccezionali**, posto che, diversamente, verrebbero meno **imprescindibili garanzie di effettività della concorrenza e parità di accesso al mercato degli appalti pubblici**, a svantaggio soprattutto delle imprese presenti su mercato da minor tempo.

La soluzione prospettata appare auspicabile per i **servizi caratterizzati in modo significativo da profili di tipo relazionale**. Sarebbe comunque opportuno predeterminare: *i.* i casi nei quali la procedura risulterebbe consentita, *ii.* i criteri qualitativi e quantitativi ammissibili.

* * *

25. *Ritenete che la direttiva debba esplicitamente consentire la possibilità di tener conto delle esperienze maturate in precedenza con uno o più degli offerenti? In caso affermativo, quali garanzie si renderebbero necessarie per prevenire pratiche discriminatorie?*

Il tema è noto alle Istituzioni italiane e, in particolare, all’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, che nella *Relazione annuale* presentata alla Camera il 22 giugno 2010³⁵ ha indicato **una serie di proposte dirette ad arginare i fenomeni di illegalità del settore** e, più in generale, a **massimizzare l’efficienza del settore**.

Fra le proposte si segnala quella riguardante l’integrazione dell’attuale sistema di **qualificazione delle imprese con l’aggiunta di parametri reputazionali oggettivi, basati sul comportamento tenuto dalle stesse nell’esecuzione del contratto**. In questo modo si vorrebbe valorizzare il patrimonio informativo a disposizione delle stazioni appaltanti che dispongono di dati sulla condotta imprenditoriale degli operatori e sulla loro reputazione.

³⁵ Si veda la Relazione annuale dell’anno 2009 accessibile dal sito dell’Autorità: www.avcp.it/portal/public/classic/Comunicazione/Pubblicazioni/RelazioneParlamento.

Secondo l’Autorità nella valutazione dovrebbero essere inclusi non solo **l’apprezzamento del risultato finale conseguito**, ma anche **l’efficienza prestazionale globalmente intesa, compresi i costi e i tempi di realizzazione**. In effetti è probabile che una **appropriata valutazione dei criteri reputazionali** potrebbe contribuire a massimizzare l’efficienza globale della prestazione ed innescare, in tal modo, un meccanismo virtuoso di incentivazione all’innalzamento qualitativo³⁶.

Orbene un sistema così delineato, **pur condivisibile negli obiettivi**, necessità di **attente valutazioni preliminari**, posto che potrebbe dar luogo **ad applicazioni non conformi alle disposizioni sulla libera prestazione dei servizi** (artt. 56 – 62) e **sulla libertà di stabilimento** (artt. 49 – 55) contenute nel Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea e alle disposizioni della Direttiva 2006/123/CE³⁷ relativa ai **servizi nel mercato interno**. Ulteriori profili problematici potrebbero essere originati da **fenomeni di discriminazione inversa**, laddove l’impresa italiana, soggetta al controllo sui risultati ottenuti, rischia di essere discriminata rispetto all’impresa europea non soggetta agli stessi controlli.

Per ovviare a tali problematiche il sistema dovrebbe

- **disporre dell’avallo dalle Istituzioni europee** e configurarsi come **sistema europeo** applicabile con **regole uniformi in tutti gli ordinamenti degli Stati membri**;
- funzionare mediante **applicazioni informatiche**, per assicurare la speditezza delle procedure ed evitare aggravii;

³⁶ Si legga la relazione del Presidente dell’Autorità di Vigilanza BRIENZA G., Utilizzo dei criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese, presentata al Convegno organizzato da IGI in Roma il 24 giugno 2010 e disponibile sul sito del’Osservatorio: www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=32.

³⁷ Direttiva 2006/123/CE *relativa ai servizi nel mercato interno*, pubblicata nella GUUE L 376 del 27 dicembre 2006.

- garantire la **revisione periodica del rating delle imprese**;
- predefinire le **cause** che possono essere addotte dalle imprese per evitare penalizzazioni non giustificate.

* * *

27. Ritenete che il regime integrale degli appalti pubblici sia adeguato o al contrario inadatto alle esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici più piccole? Motivate la vostra risposta.

28. In caso affermativo, sareste favorevoli ad un regime di appalti semplificato per le aggiudicazioni di appalti di valore relativamente ridotto da parte di amministrazioni aggiudicatrici locali e regionali? Secondo voi, quali dovrebbero essere le caratteristiche di un simile regime semplificato?

Il tema del **sotto-dimensionamento e sovraffollamento delle stazioni appaltanti** è noto alle Istituzioni italiane. In più occasioni l'Autorità italiana per la Vigilanza sui Contratti Pubblici ha manifestato **l'esigenza di riqualificare il sistema della contrattazione pubblica andando a incidere sul numero e sulle competenze delle stazioni appaltanti ritenute troppo numerose e con professionalità e strumenti spesso non adeguati.**

Il legislatore italiano, inoltre, si è attivato prevedendo l'istituzione in ambito regionale della **Stazione Unica Appaltante (SUA)**³⁸ con

³⁸ Si rinvia all'art. 13 della legge 13 agosto 2010 n. 136 recante *Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale italiana del 23 agosto 2010 n. 196. L'attività delegata è pressoché conclusa posto che il legislatore nazionale sta concludendo l'iter di approvazione del Decreto legislativo relativo alla Stazione Unica appaltante negli appalti pubblici. Lo schema del Decreto legislativo predisposto dal Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta di alcuni

l'obiettivo specifico di garantire trasparenza, regolarità ed economicità all'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

Ciò premesso non pare che *punctum dolens* della questione sia rappresentato dal **numero delle stazioni appaltanti** bensì **dall'inefficienza dell'agire contrattuale** e tale criticità potrebbe essere risolta in maniera ottimale non con **procedure di negoziazione deregolate / semplificate**, bensì **garantendo adeguato ausilio tecnico**. In questo senso le SUA potrebbero rappresentare **una soluzione**: per le competenze e le professionalità che esse potrebbero raggruppare e **la facoltà di intervenire / fornire adeguato ausilio tecnico** alla preparazione e gestione delle procedure di aggiudicazione (ad esempio nella predisposizione e pubblicazione dei bandi di gara e degli inviti, nella valutazione dell'anomalia delle offerte, nell'individuazione degli elementi per aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Non si ritiene che la soluzione delle SUA, laddove configuri **semplicemente l'accentramento dell'attività contrattuale**, rappresenti la soluzione ottimale per gli obiettivi perseguiti.

Le forme di centralizzazione della gestione degli appalti pubblici finora sperimentate hanno fatto rilevare **sensibili miglioramenti sulle performance contrattuali** ma limitatamente ad alcuni settori, mentre in altri casi se ne lamenta **l'eccessiva (e scontata) rigidità di programmazione e di tempistica, la carenza nella fase di**

Ministeri, consta di sei articoli che specificano: finalità e modalità di promozione della Stazione unica appaltante; il rapporto della stazione unica appaltante con i soggetti aderenti; l'attività e i servizi della SUA; gli elementi essenziali delle convenzioni; le forme e il monitoraggio e di controllo degli appalti; la collaborazione e il coordinamento con le altre amministrazioni (lo schema è disponibile sul sito web: www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=21).

assistenza, le mancate ricadute (in primi economiche) a livello territoriale.

* * *

29. Ritenete che la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, alla luce delle spiegazioni fornite dalla comunicazione interpretativa della Commissione, offra sufficiente certezza giuridica per aggiudicare appalti di valore inferiore alle soglie previste dalle direttive? O ritenete invece necessario fornire ulteriori orientamenti, ad esempio in merito all'eventuale esistenza di un interesse transfrontaliero, o adottare altre iniziative a livello UE? Su quali punti ritenete che ciò sia pertinente o necessario?

Con riferimento al tema si rinvia preliminarmente alle considerazioni svolte in risposta alle domande n. 4 e n. 5.

Il nodo che qui si vuole affrontare riguarda **la nozione degli appalti pubblici transfrontalieri**, particolarmente rilevante poiché, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, la transfrontalierità sembra divenire *condicio sine qua non* per l'applicazione dei **principi del Trattato agli appalti sottosoglia**.

Nel caso *Serrantoni Srl (C-376/08)*³⁹ i giudici europei dichiarano che *“l'applicazione delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato alle procedure di aggiudicazione degli appalti di valore inferiore alla soglia di applicazione delle disposizioni comunitarie presuppone che gli appalti in questione presentino un interesse*

³⁹ CGCE, sez. Quarta, del 23 dicembre 2009, C-376/08, *Serrantoni Srl / Comune di Milano*.

transfrontaliero certo” (pt. 24). Il che vorrebbe dire che **gli appalti pubblici sottosoglia, privi di tale attributo, sono esclusi dall’applicazione dei principi del Trattato** (ivi compresi quelli fondamentali sulla parità di trattamento, la trasparenza, la non discriminazione ecc.).

È evidente che un tale orientamento, oltre a porsi in contrasto con quanto indicato dalla Commissione nella comunicazione interpretativa *relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici*⁴⁰ **rischia di dare spazio, per l’indeterminatezza del concetto dell’appalto transfrontaliero, ad una vasta area di appalti pubblici sottratti all’applicazione delle regole europee di diritto primario e derivato.**

Si pone, in altri termini, l’ulteriore problema dell’individuazione dei **criteri in base ai quali definire oggettivamente e in modo sufficientemente uniforme** in tutta l’Unione Europea **il carattere transfrontaliero di un appalto pubblico.**

Al riguardo la Corte di Giustizia ha stabilito che, in linea di principio, spetta **all’amministrazione aggiudicatrice valutare l’eventuale interesse transfrontaliero dell’appalto sottosoglia**, fermo restando che tale valutazione potrà sempre essere oggetto di controllo giurisdizionale. In ogni caso, precisa la Corte, resta aperta la possibilità per il legislatore, locale o nazionale, *“di stabilire ... criteri oggettivi che indichino l’esistenza di un interesse transfrontaliero certo”* facendo riferimento, ad esempio, al luogo di esecuzione dei lavori, alla provenienza del precedente prestatore ecc.

⁴⁰ Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al *diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici*, COM/2006/179 def. pubblicato sulla GUUE C 179 del primo agosto 2006.

Entrambe le soluzioni non paiono risolutive.

Nel primo caso, infatti, si corre il rischio di concedere un **margin di discrezionalità eccessivo alle stazioni appaltanti** che, a seconda delle circostanze, potranno essere tentate di qualificare questa o quella gara come avente o no carattere transfrontaliero. Nel secondo caso, ancor meno auspicabile del primo, questa discrezionalità viene trasferita nella mani dei legislatori (nazionali, regionali, provinciali) e si rischia che **l'individuazione del carattere transfrontaliero degli appalti sottosoglia** (che pur costituiscono una quota rilevante di questo mercato) sia attuata a macchia di leopardo e in maniera differenziata negli Stati dell'Unione (ed in modo ulteriormente differenziato al loro interno). Insomma per questa via si verrebbe alla negazione degli obiettivi di armonizzazione che fin dagli anni '70 caratterizzano l'azione comunitaria nel campo degli appalti pubblici.

Sulla base di quanto detto si ribadisce quanto indicato in risposta alle domande n. 4 e n. 5 e si segnala **l'inopportunità di introdurre regimi differenziati per categorie del tipo degli appalti pubblici transfrontalieri.**

* * *

34. In generale siete favorevoli ad una più forte aggregazione della domanda e ad un maggiore ricorso agli appalti comuni? Secondo voi, quali sono i benefici e/o gli svantaggi?

35. A vostro avviso, ci sono ostacoli che impediscono che l'aggregazione della domanda e agli appalti comuni possano effettuarsi in maniera efficiente? Ritenete che gli strumenti previsti da queste direttive per aggregare la domanda (centrali di committenza,

contratti quadro) siano efficaci e sufficienti? In caso contrario, come si dovrebbero modificare tali strumenti? Quali altri strumenti o disposizioni sarebbero necessari secondo voi?

36. *Ritenete che una più forte aggregazione della domanda e un maggiore ricorso agli appalti comuni potrebbero comportare rischi in termini di limitazioni della concorrenza e di ostacoli all'accesso delle PMI agli appalti pubblici? In caso affermativo, come sarebbe possibile ridurre i rischi?*

37. *Ritenete che gli appalti pubblici comuni sarebbero più adatti per alcune specifiche categorie di prodotti? In caso affermativo, specificate alcune di queste categorie e motivate la vostra risposta.*

38. *Ritenete che esistano problemi specifici per gli appalti comuni transfrontalieri (ad esempio in termini di legislazione applicabile e procedure di ricorso)? In particolare, ritenete che il diritto nazionale del vostro paese consentirebbe di assoggettare un'amministrazione aggiudicatrice ad una procedura di ricorso in un altro Stato membro?*

Si vedano le risposte alle domande n. 28 e n. 29.

* * *

39. *Ritenete opportuno che la direttiva sugli appalti pubblici regoli la questione delle modifiche sostanziali di un appalto mentre questo è ancora in vigore? In caso affermativo, quali elementi chiarificatori proporreste?*

40. *Qualora si renda necessario organizzare una nuova procedura competitiva in seguito alla modifica di una o più condizioni essenziali, riterreste giustificata l'applicazione di una procedura più flessibile? Che tipo di procedura proporreste?*

L'esecuzione dell'appalto pubblico rappresenta, in Italia, una fase ancora poco analizzata dal punto di vista dei possibili rimedi e delle cautele sostanziali ammissibili. Ad esempio **la difformità dell'esecuzione dell'appalto rispetto alla proposta effettuata** può essere contestata quasi esclusivamente dalla stazione appaltante mediante l'applicazione delle penalità o la risoluzione del contratto.

Rimane da verificare l'opportunità di predisporre strumenti / rimedi che offrano:

- agli altri offerenti **la facoltà di censurare l'operato dell'aggiudicatario che abbia disatteso nella fase esecutiva la propria offerta** (sulla base della quale aveva ottenuto l'appalto). L'effetto positivo potrebbe essere quello di **disporre di un maggiore controllo sulla corretta esecuzione / svolgimento dell'appalto** (peraltro si segnalano i rischi derivanti da prese di posizione strumentali che potrebbero causare ritardi nell'esecuzione dei contratti);
- alle **collettività** interessate dall'esecuzione dei contratti pubblici (nel caso, ad esempio, di infrastrutture o di servizi particolarmente rilevanti) **la facoltà di attivare richieste di risarcimento per i danni derivanti da ritardi ingiustificati o le maggiori spese sostenute dall'amministrazione territoriale più prossima nella fase dell'esecuzione** a causa di controlli deficitari ecc. Si tratterebbe, in altri termini, **di estendere l'utilizzo dello strumento della *class action* nel settore degli appalti pubblici.**

* * *

59. Ritenete che nelle norme UE in materia di appalti pubblici sarebbe necessario introdurre maggiori garanzie per tutelarsi da comportamenti anticoncorrenziali nelle procedure di appalto? In caso affermativo, quali nuovi strumenti/disposizioni proporreste?

Il tema proposto **l'occasione per segnalare i rischi di comportamenti anticoncorrenziali causati da un utilizzo strumentale degli accordi di standardizzazione o normazione tecnica.** Tali comportamenti possono riguardare **tanto le pubbliche amministrazioni nella fase di precisazione delle specifiche tecniche dell'appalto, quanto le imprese che si associano per definire/scegliere standard di riferimento.**

Preliminarmente va rilevato che: (a) lo *standard* è inteso dal legislatore europeo come **il requisito tecnico o qualitativo da applicare a prodotti, processi o metodi di produzione;** (b) gli accordi di standardizzazione rinviano alla predisposizione di un disciplinare relativo a categorie di prodotti, alle dimensioni, alle specifiche tecniche e di interoperabilità, nonché alle condizioni per il conseguimento di un determinato marchio o l'omologazione da parte di un ente regolatore.

Ebbene la creazione, il mantenimento o il rafforzamento di una posizione di potere sul mercato possono essere l'effetto di atti o di pratiche concordate che determinano restrizioni della concorrenza⁴¹. **Un esempio di cooperazione tra imprese a rischio di non conformità con le disposizioni in materia di tutela della concorrenza è costituito dagli accordi cd. di normazione tecnica o**

⁴¹ Ad esempio allorché risultino precluse o predeterminate le aree di business, gli aumenti dei costi di produzione, oppure venga limitata la capacità di competere efficacemente ecc.

standardizzazione, il cui rilievo va crescendo di pari passo con il contenuto tecnologico dei prodotti e dei servizi sul mercato⁴².

Ogni norma tecnica/standard è solita causare restrizioni del mercato ed anzi frequentemente l'accordo stesso, con cui le imprese adottano la norma tecnica, costituisce una **pratica restrittiva**. In tal senso, se gli accordi con i quali le imprese si prefiggono di utilizzare lo standard si rivelano strumenti di esclusione di altre imprese, essi ricadono nel divieto di cui all'art. 101 TFUE. Diversamente, **gli accordi non sono illegittimamente restrittivi della concorrenza se la partecipazione alla fase di scelta e determinazione dello standard è aperta e non discriminatoria e gli accordi sono trasparenti e finalizzati all'adozione di uno standard aperto**.

Orbene storicamente **l'individuazione e il controllo sul rispetto degli standard** era demandato a organizzazioni internazionali (spesso caratterizzate in senso pubblicistico o con la partecipazioni di autorità pubbliche). Oggi, invece, **il modello emergente segna un'inversione di tendenza con la progressiva decentralizzazione dei fenomeni di standardizzazione**: le strutture internazionali stanno cedendo il passo ad altre tipologie di normazione **dominate da logiche di mercato, attive principalmente su base regionale e promosse principalmente da realtà consortili**⁴³. Il rischio è che il legislatore

⁴² GIANNACCARI A., *Standard e protocolli: al crocevia tra definizione e monopolizzazione del mercato*, in *Mercato, Concorrenza e regole*, 2004, 22. Secondo l'autore sempre più spesso, inoltre, anche pratiche pro-competitive dirette a garantire l'interoperabilità e compatibilità tra prodotti e reti si (ri)orientano verso strategie escludenti 'pilotate' nell'ambito di enti di standardizzazione. In questo modo *"esternalità positive di rete (ad. esempio gli standard) possono risolversi in elevate barriere all'entrata –modellate da strategie di lock-in –, con il rischio che la pratica conduca ad una chiusura oligopolistica e che ciò metta fuori gioco o ritardi l'ingresso di tecnologie superiori"*.

⁴³ Il fenomeno è noto Istituzioni dell'Unione Europea: la Commissione ammette la possibilità di cooperare per finalità di standardizzazione e stabilisce che gli accordi di normazione tecnica *"possono essere stipulati tra imprese private o in modo*

e/o le amministrazioni formalizzino con atti impositivi (ad esempio disposizioni di legge o provvedimenti amministrativi) **preferenze assolute ed esclusive per determinate tipologie di standard**, magari predefinite da realtà consortili operanti a livello nazionale / locale. In questi casi lo *standard* diviene il riferimento rispetto al quale valutare, nell'ambito della discrezionalità del committente pubblico, ogni altro sistema di standard.

Al riguardo l'Autorità italiana Garante della Concorrenza e del Mercato segnala *“il riconoscimento di un'unica certificazione/standard nei confronti dei singoli privati che si rivolgono alla Pubblica amministrazione, è atto a produrre effetti restrittivi della concorrenza fra gli operatori del settore, in quanto influisce, indirettamente, attraverso una discriminazione della clientela degli uni rispetto a quella degli altri, sulla posizione concorrenziale delle imprese che operano nella offerta ai privati di servizi di certificazione delle conoscenze informatiche”*⁴⁴. L'Autorità,

indipendente sotto il controllo di enti pubblici o enti responsabili del funzionamento di servizi di interesse economico generale”. Le valutazioni compiute dalla Commissione hanno dimostrato che gli organismi istituzionali di normalizzazione hanno tempi eccessivi, mentre i consorzi privati possono convergere su uno standard con maggiore rapidità. In tal senso GIANNACCARI A., *Standard e protocolli: al crocevia tra definizione e monopolizzazione del mercato*, cit., 32 e ss. osserva che *“la Commissione, nel riscontrare le lentezze degli organismi europei di normazione, ha riconosciuto l'esigenza di garantire agli operatori la possibilità di sviluppare autonomamente gli standard, riservandosi tuttavia la facoltà di renderli vincolanti sul territorio comunitario attraverso il placet degli organismi riconosciuti di normalizzazione. In altri termini, il tentativo sembrerebbe quello di porsi a mezza via, con l'obiettivo di limitare la presenza pubblica, mantenendo comunque la veste di censore dell'attività di standardizzazione. In tal modo, la Commissione, nel tutelare il profilo politico della standardizzazione (sia nella fase iniziale, in quella conclusiva, nonché a livello internazionale), lascerebbe ai privati il compito di individuare gli standard ritenuti più adatti”*.

⁴⁴ Si veda la segnalazione dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato AS 276 sui *servizi di formazione e di certificazione delle conoscenze informatiche* del 2 marzo 2004.

in altri termini, guarda criticamente al **consolidamento di una preferenza assoluta da parte della pubblica amministrazione per una unica determinata certificazione, in quanto, il conseguente effetto di favore per gli operatori che offrono tale certificazione potrebbe determinare una restrizione della concorrenza nel settore.**

Di conseguenza l'individuazione da parte delle Pubbliche amministrazioni di una determinata certificazione quale standard di riferimento **non dovrebbe comportare l'esclusione di certificazioni equipollenti, proprio in considerazione del livello comunque minimo degli elementi che tali certificazioni dovrebbero attestare.**

Le Direttive unificate in materia di appalti pubblici ammettono la facoltà per le amministrazioni aggiudicatrici di definire le specifiche tecniche dell'appalto rinviando a caratteristiche basate su norme armonizzate o uniformi. Questa soluzione è **sollecitata dalla crescente integrazione su scala mondiale dei mercati**, tuttavia, la legislazione in materia **risulta caotica tanto nei contenuti quanto nei livelli eterogenei di normazione**: in alcuni settori vi sono norme europee recepite nell'ambito nazionale; in altri casi si prevedono omologazioni tecniche europee; altre volte ancora le disposizioni sono il risultato di autoregolamentazione (su base volontaria) adottata dalle categorie produttive interessate.

* * *

67. Ci sono casi in cui una limitazione ai soli fornitori locali o regionali potrebbe essere giustificata da motivi legittimi e obiettivi che non siano basati su considerazioni puramente economiche?

Fra i contratti per i quali potrebbero essere auspicabili soluzioni a favore degli operatori locali si indicano quelli **aventi ad oggetto servizi sociali, socio sanitari, culturali ed educativi** (contratti connotati da rilevanti contenuti relazionali), in particolare quando le condizioni per l'esecuzione del contratto prevedono **l'impegno dell'aggiudicatario di collaborare con altri soggetti (privati e/o pubblici) locali impegnati in attività rilevanti per il servizio oggetto dell'appalto** e/o in attività di programmazione socio-sanitaria locale e di valutazione dell'efficacia del servizio in collaborazione con l'Amministrazione.

* * *

69. Quali potrebbero essere a vostro avviso utili esempi di competenza tecnica o altri criteri di selezione tesi a favorire la realizzazione di obiettivi come la protezione dell'ambiente, la promozione dell'inclusione sociale, il miglioramento dell'accessibilità dei disabili e il sostegno all'innovazione?

Nell'ambito dei contratti aventi ad oggetto servizi sociali, socio sanitari ed educativi alla persona con rilevanti contenuti relazionali un criterio utile sembra essere: l'aver partecipato a percorsi di coprogrammazione sociale locale, l'intrattenere significativi rapporti di collaborazione con soggetti *non profit* locali.

* * *

70. Il criterio dell'offerta più vantaggiosa sembra il più adatto a realizzare altri obiettivi strategici. Ritenete che, per tener conto nel

modo migliore di tali obiettivi, sarebbe utile modificare le norme vigenti (per alcuni tipi di appalti/alcuni settori specifici/in determinate circostanze):

70.1. per eliminare il criterio basato unicamente sul prezzo più basso;

70.2. per limitare l'applicazione del criterio del prezzo o l'importanza che le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire al prezzo;

70.3. per introdurre una terza possibilità tra i criteri di aggiudicazione oltre al prezzo più basso e all'offerta economicamente più vantaggiosa? In caso affermativo, quale criterio alternativo proporreste per realizzare altri obiettivi strategici con maggiore efficacia e per garantire condizioni paritarie e pari condizioni di concorrenza tra le imprese europee?

71. Ritenete che, in ogni caso, il punteggio attribuito ai criteri ambientali, sociali o innovativi, ad esempio, debba essere limitato ad un massimo fissato preventivamente, in modo che tale criterio non diventi più importante dei criteri basati sulla prestazione o sui costi?

Si vedano le risposte alla domanda n. 15.

* * *

72. Ritenete che la possibilità di includere criteri ambientali o sociali nella fase di aggiudicazione sia compresa e sfruttata? Pensate che la direttiva debba definirla con maggiore chiarezza?

Non sembra ancora sufficientemente compresa e sfruttata in modo adeguato.

* * *

73. A parer vostro dovrebbe essere obbligatorio tener conto dei costi del ciclo di vita al momento di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, soprattutto nel caso dei grandi progetti? In caso affermativo, ritenete necessario/opportuno che i servizi della Commissione elaborino una metodologia per determinare i costi del ciclo di vita?

Si vedano le risposte alla domanda n. 15.

Il criterio del prezzo più basso non va eliminato, specie per gli appalti più semplici e nei quali i requisiti di qualità della prestazione sono facilmente determinabili e controllabili: ciò evita l'utilizzo di criteri che potrebbero risultare discriminatori e causare l'allungamento della procedura.

Ogni elemento utile per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa deve essere sfruttato: per alcune macro aree la Commissione potrebbe favorire, a titolo di *best practice* replicabili, metodologie di calcolo e di ponderazione.

* * *

75. Che tipo di clausole sull'esecuzione dell'appalto sarebbero particolarmente adeguate, a vostro parere, per tener conto di considerazioni sociali, ambientali e di efficienza energetica?

Per quanto attiene le considerazioni sociali si richiama **la clausola dell'impiego di persone svantaggiate** (anche al di fuori della definizione comunitaria di "svantaggio") nonché **ogni altra clausola che introduca nell'esecuzione modalità rilevanti sotto il profilo**

sociale (si ribadisce l'utilità di far circolare best practice già sperimentate come particolarmente efficaci).

* * *

79. Alcune delle parti in causa propongono un'applicazione meno rigida o addirittura l'abbandono della condizione per cui i requisiti imposti dall'amministrazione aggiudicatrice devono essere collegati all'oggetto dell'appalto (in questo modo sarebbe possibile, ad esempio, richiedere agli offerenti una politica occupazionale che garantisca l'uguaglianza di genere sul posto di lavoro o l'assunzione di una certa quota di categorie specifiche di soggetti, come persone in cerca di lavoro, portatori di handicap, ecc.). Siete d'accordo con questa proposta? Quali potrebbero essere, a vostro parere, i vantaggi o gli svantaggi di un'applicazione meno rigida o dell'abbandono del collegamento con l'oggetto dell'appalto?

Si auspica l'**applicazione meno rigida del 'collegamento'**, mentre si ritiene **inopportuno l'abbandono di qualunque collegamento**.

La proposta di svincolare, in tutto o in parte, i requisiti di qualificazione e/o i criteri di attribuzione del punteggio dall'oggetto del contratto implicherebbe, sebbene motivata da intenti condivisibili, **un (eccessivo) ampliamento del potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici**. Tale *favor*, come anticipato nella parte generale, dovrebbe essere il risultato di valutazioni oggettive in grado di prevedere *ex ante* i benefici dell'opzione presentata e valutarne *ex post*, mediante appositi indicatori, l'effettivo raggiungimento.

Il vincolo del collegamento con l'oggetto del contratto opera, inoltre, come parametro di **riscontro della legittimità dell'operato della stazione appaltante nella determinazione dei requisiti di qualificazione e dei criteri di attribuzione del punteggio**. Gli uni e gli altri, infatti, dovrebbero sempre **rivelarsi congrui, proporzionati e funzionali rispetto all'oggetto del contratto**.

Infine si sottolinea che il mancato vincolo del collegamento **potrebbe ostacolare** l'applicazione delle regole europee in tema di libera prestazione dei servizi. La maggiore discrezionalità che ne deriverebbe per le amministrazioni aggiudicatrici potrebbe incentivare il perseguimento di priorità locali con **modalità sartoriali** perciò causando: *i.* discriminazioni ingiustificate fra gli operatori economici e *ii.* un *vulnus* alla concorrenza senza che a ciò corrisponda la tutela di un interesse / bene prevalente.

* * *

80. Se si decidesse di applicare meno rigidamente il requisito che prevede il collegamento con l'oggetto dell'appalto, quali meccanismi correttivi, eventualmente, dovrebbero essere inseriti per ridurre il rischio di discriminazioni e di restrizioni alla concorrenza?

Si auspica l'indicazione per *legem* e/o con strumenti di *soft law* delle **clausole che non potrebbero essere utilizzate**.

* * *

81. Ritenete che le PMI possano avere difficoltà a rispettare i vari requisiti? In caso affermativo, come proponete di affrontare il problema?

La risposta è affermativa. Non è dubitabile che un'impresa di piccole/medie dimensioni, specialmente in congiunture quali quelle attuali, connotate da una crisi economica diffusa a tutti i livelli del mercato, possa risentire in termini fortemente negativi di un appesantimento delle condizioni di partecipazione alle gare.

Ove si decidesse di applicare meno rigidamente la condizione che prevede il collegamento con l'oggetto dell'appalto, pertanto, sarebbe opportuno prevedere che gli **obiettivi ambientali, sociali o di welfare da perseguire siano graduati in funzione delle dimensioni aziendali dell'operatore economico**, con conseguente attenuazione/eliminazione dei relativi oneri e vincoli soprattutto nel caso delle micro, piccole e medie imprese.

* * *

82. Se ritenete che il collegamento con l'oggetto dell'appalto debba diventare meno rigido o addirittura essere eliminato, in quale delle fasi successive della procedura di appalto questo dovrebbe accadere?

Qualora venisse eliminato il collegamento con l'oggetto del contratto, sarebbe opportuno che ciò accadesse con riferimento alla fase della gara inerente alla verifica dei requisiti generali dei concorrenti.

* * *

82.3. Ritenete che il collegamento con l'oggetto dell'appalto debba essere eliminato o reso meno rigoroso nella fase di aggiudicazione per tener conto di altre considerazioni strategiche (ad esempio si potrebbe attribuire un punteggio supplementare agli offerenti che assumano persone in cerca di lavoro o portatori di handicap)?

La facoltà di attribuire, in fase di aggiudicazione, un punteggio maggiore a favore dei concorrenti che dovessero rispettare vincoli imposti da obiettivi strategici sotto profili che nulla hanno a che vedere con l'oggetto del contratto **si tradurrebbe in un indebito vantaggio concorrenziale** in favore di quegli operatori che potrebbero più agevolmente adeguarsi alle condizioni premianti di volta in volta stabilite dalla stazione appaltante.

Nel caso di procedure con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, una simile previsione finirebbe per **ridurre la competitività delle offerte sotto il profilo qualitativo**. Lo sforzo competitivo degli offerenti rischierebbe, in altri termini, di essere **distratto verso il conseguimento di quella porzione di punteggio assicurata dal rispetto dei vincoli di volta in volta prefissati**.

In ogni caso, sarebbe necessario prevedere che tali condizioni premianti non possano incidere, se non marginalmente, sul punteggio da attribuire ai concorrenti ai fini dell'aggiudicazione (analogamente a quanto già avviene in Italia con riferimento agli appalti di servizi di architettura e ingegneria).

* * *

91. *Ritenete che vi sia la necessità di promuovere ulteriormente e di stimolare l'innovazione tramite gli appalti pubblici? Quali incentivi/misure sosterrrebbero e accelererebbero la diffusione delle innovazioni da parte degli organi pubblici?*

92. *Ritenete che il dialogo competitivo consenta una sufficiente protezione dei diritti di proprietà intellettuale e delle soluzioni innovative, tale da assicurare che gli offerenti non vengano privati dei benefici derivanti dalle loro idee innovative?*

93. *Ritenete che altre procedure potrebbero soddisfare meglio il requisito del sostegno all'innovazione tutelando soluzioni originali? In caso affermativo, quale tipo di procedure sarebbe più adeguato?*

94. *A vostro parere, l'approccio dell'appalto pre-commerciale, che prevede che le amministrazioni aggiudicatrici appaltino servizi di R&S per lo sviluppo di prodotti non ancora disponibili sul mercato, è adatto a stimolare l'innovazione? È necessario introdurre altre migliori prassi di condivisione e/o definizione di parametri per attività di appalto nel settore della R&S nei vari Stati membri con l'intento di favorire una più ampia diffusione dell'appalto pre-commerciale? Le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero richiedere in altri modi non contemplati esplicitamente dal vigente quadro giuridico lo sviluppo di prodotti e servizi non ancora disponibili sul mercato? Ritenete che ci siano strumenti specifici con i quali le amministrazioni aggiudicatrici possano incoraggiare le PMI e le imprese in fase di avviamento (start-up) a partecipare ad appalti pre-commerciali?*

95. *Sono necessarie altre misure per favorire la capacità di innovazione delle PMI? In caso affermativo, che tipo di misure specifiche suggerireste?*

96. *Che tipo di misurazione delle prestazioni suggerireste per monitorare i progressi e l'impatto degli appalti pubblici innovativi? Quali dati sarebbero necessari per la misurazione delle prestazioni e in che modo possono essere raccolti senza imporre oneri aggiuntivi a carico delle amministrazioni aggiudicatrici e/o degli operatori economici?*

Le politiche di supporto dell'innovazione, che agiscono sul lato della domanda, possono apportare **consistenti vantaggi in termini di crescita globale di sistema.**

La disciplina europea e italiana del **dialogo competitivo** stabilisce che le stazioni appaltanti **non possono rilevare le soluzioni proposte dagli altri partecipanti né altre informazioni riservate se non previo accordo** con i rispettivi titolari. Di fatto ciò rafforza la tutela dei diritti di proprietà intellettuale.

Maggiori criticità si presentano, invece, nel caso di **soluzioni sviluppate nel corso della procedura di selezione / aggiudicazione.** Al riguardo un aspetto che potrebbe essere chiarito è il rapporto tra **siffatte ipotesi e il diritto di accesso:** in particolare, potrebbe essere utile **stabilire orientamenti uniformi circa i documenti divulgabili** (ad esempio si potrebbe precisare che sono conoscibili gli obiettivi conseguibili con la soluzione individuata, ma non le modalità per il suo conseguimento).

L' **“appalto pre-commerciale”** costituisce uno **strumento strategico per la promozione dell'innovazione di prodotti/servizi ancora non presenti sul mercato** e favorisce la capacità di innovazione delle PMI.

Si ritiene che **la condivisione dei rischi e dei benefici**, tra il committente pubblico e gli operatori economici interessati, i quali partecipano all'iniziativa **sin dal momento della definizione del bisogno e degli obiettivi del committente pubblico, consente di filtrare i rischi tecnologici insiti nelle attività di ricerca e sviluppo**, e consente di contribuire al finanziamento della ricerca senza comportare l'erogazione di aiuti di Stato.

La **separazione tra la fase di ricerca e sviluppo e quella di commercializzazione** permette di concentrare l’iniziativa sull’acquisizione degli approfondimenti necessari per individuare le migliori soluzioni innovative da adottare nella successiva fase della produzione commerciale.

Appare opportuno far conoscere e promuovere l’appalto pre-commerciale anche tramite la costituzione di una specifica rete a livello nazionale ed europeo, nonché l’adozione di un **manual delle buone pratiche**, che affronti soprattutto questi aspetti:

- la definizione dell’ambito di applicazione della deroga ex art. 16, lett. f) della Direttiva 2004/18/CE, entro il quadro giuridico vigente (definito dall’accordo sugli appalti pubblici dell’OMC, dalle direttive europee, dal diritto primario dell’Unione);
- il rapporto con la disciplina sugli aiuti di stato: nello sviluppo congiunto “*intelligent public customer*” e operatori economici il **prezzo deve rispecchiare il rischi assunti dagli operatori** a fronte del contributo anche economico del committente pubblico;
- i criteri da seguire nella redazione delle norme di gara per garantire la condivisione dei rischi e benefici a prezzi di mercato;
- la **disciplina dei diritti di proprietà intellettuale** degli operatori economici in modo da evitare che il riconoscimento di tali diritti costituisca uno strumento per escludere potenziali fornitori;
- la definizione di **standard aperti funzionali** (in modo da evitare di preconstituire vantaggi ingiusti in capo alle imprese individuate nell’ultima fase dell’appalto pre-commerciale);
- la distribuzione dei rischi con relative differenziazioni nelle fasi della procedura (nella quale potrà essere previsto, anche perché ragionevole e attrattivo, che il rischio per le imprese aumenti con l’incedere delle fasi).

Il coinvolgimento delle PMI nelle politiche di supporto all’innovazione è elemento fondamentale tenuto conto

dell'importanza sul PIL a livello comunitario e interno. A tal fine potrebbe essere previsto che i diritti di sfruttamento economico siano accessibili alle PMI. Si potrebbe inoltre valutare di destinare una quota dei fondi, destinati all'innovazione e agli appalti pre-commerciali, agli appalti alle PMI (agevolando forme di collaborazione tra più PMI).

* * *

97. Ritenete che sarebbe opportuno dedicare maggiore attenzione alle specifiche caratteristiche dei servizi sociali nella normative UE in materia di appalti pubblici? In caso affermativo, in che modo?

97.1. Ritenete che sia necessaria una maggiore regolamentazione, a livello UE, di alcuni aspetti concernenti l'appalto di servizi sociali, al fine di migliorare la qualità di tali servizi? In particolare:

97.1.1. opportuno che le direttive proibiscano il criterio del prezzo più basso per l'aggiudicazione di appalti, limitino l'uso del criterio del prezzo, limitino l'importanza che le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire al prezzo, introducano una terza possibilità per i criteri di aggiudicazione oltre al prezzo più basso e all'offerta economicamente più vantaggiosa?

97.1.2. è necessario che le direttive consentano la possibilità di riservare gli appalti in materia di servizi sociali a organizzazioni senza scopo di lucro? Sarebbe opportuno concedere altri privilegi a tali organizzazioni per quanto riguarda l'aggiudicazione di appalti in materia di servizi sociali?

97.1.3. misure intese ad alleggerire i criteri di aggiudicazione o riservare gli appalti a determinati tipi di organizzazione potrebbero compromettere la capacità delle procedure di appalto di assicurare l'acquisizione di tali servizi "al costo minore per la comunità" e

pertanto presentare il rischio di appalti che comportino un aiuto di Stato. Condividete queste preoccupazioni?

97.2. *Ritenete che altri aspetti dell'appalto di servizi sociali debbano essere meno regolamentati (ad esempio mediante soglie più alte o norme de minimis per tali servizi)? Quale sarebbe la giustificazione per il trattamento speciale riservato ai servizi sociali?*

Tale *favor*, come anticipato nella parte generale delle osservazioni, dovrebbe essere il **risultato di valutazioni oggettive** in grado di prevedere *ex ante* i benefici dell'opzione presentata e valutarne *ex post*, mediante appositi indicatori, l'effettivo raggiungimento.

Le direttive potrebbero **valorizzare maggiormente l'esperienza acquisita dagli operatori nel campo dei servizi sociali**, anche nel caso in cui essi costituiscano al tempo stesso esecutori del servizio e, in virtù della propria composizione sociale, destinatari del servizio. L'esperienza delle società cooperative di tipo B e di cui alla legge italiana 8 novembre 1991 n. 381⁴⁵ può essere utile per **precisare l'ambito di applicazione dei laboratori protetti**, che non sono presenti in tutti gli Stati membri. In ogni caso sembra opportuno esaltare i profili sociali dell'appalto.

* * *

104. *Ritenete che l'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE concernente l'esclusione degli offerenti sia un utile strumento per sanzionare comportamenti commerciali scorretti? Quali meccanismi alternativi e/o miglioramenti di questo meccanismo proporreste?*

⁴⁵ Legge 8 novembre 1991 n. 381 e ss. mm. recante la *Disciplina delle cooperative sociali* pubblicata nella G.U. del 3 dicembre 1991 n. 283.

Lo strumento è utile. Può essere opportuno **limitare la facoltà per i legislatori nazionali di stabilire ulteriori cause di esclusione** rispetto alle fattispecie stabilite dalla Direttiva.

Il legislatore italiano ha trasposto la disposizione della Direttiva integrando l'elenco europeo delle ipotesi di esclusione (vedi art. 38, co. 1, lett. 1, *m-bis*, *m-ter*, *m-quater*). Peraltro, come osserva l'Autorità per la Vigilanza dei Contratti pubblici⁴⁶, talune di queste ipotesi cause risultano disallineate rispetto alle prescrizioni europee.

Il riferimento più evidente riguarda le **false dichiarazioni**⁴⁷: il legislatore europeo le ha connotate in termini di **colpa grave**, mentre il legislatore nazionale prescinde da tale presupposto⁴⁸. Un'altra fattispecie problematica riguarda la mancata enumerazione delle ipotesi di reato che incidono sulla moralità professionale⁴⁹.

Il quadro giuridico così definito causa non pochi problemi agli operatori, i quali se non dichiarano taluni precedenti penali **incorrono nel divieto di false dichiarazioni** (il che comporta - anche in mancanza del presupposto comunitario della colpa grave - il divieto di partecipazione alle gare per la durata di un anno).

⁴⁶ Si legga la Determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010 dell'Autorità di Vigilanza in tema di *Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi*, disponibile su: www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=77.

⁴⁷ Vedi art. 45, par. 2, lett. g, Direttiva 2004/18/CE.

⁴⁸ Vedi art. 38, co. 1, lett. h, Decreto legislativo 163/2006.

⁴⁹ Vedi art. 45, par. 2, lett. c, Direttiva 2004/18/CE, scelta che è confermata dal legislatore nazionale con l'art. 38, co. 1, lett. c, Decreto legislativo 163/2006.

A fronte di quanto detto è auspicabile ridefinire le regole europee **con una formula in grado di garantire maggiore uniformazione legislativa (e applicativa)**.

* * *

105. Come sarebbe possibile rafforzare la cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici per ottenere informazioni sulla situazione personale dei candidati e degli offerenti?

Si vedano le osservazioni proposte nella parte generale (§ 1).

* * *

107. La decisione motivata di respingere un'offerta o una candidatura può essere considerata una sanzione adeguata per migliorare il rispetto del principio di parità di trattamento?

In linea di massima l'esclusione di un'offerta, o la non ammissione di una candidatura, può essere considerata **misura sufficiente per garantire il principio di parità di trattamento**.

Il legislatore europeo potrebbe chiarire le sanzioni che dovrebbero essere comminate nel rispetto dei principi di:

- lett. a) tassatività e determinatezza dei precetti, di modo che l'operatore economico non risponda di conseguenze sanzionatorie collegate a precetti non chiari o non adeguatamente specificati;
- lett. b) gradualità e proporzionalità delle sanzioni;

lett. c) contraddittorio in sede di accertamento e irrogazione della sanzione;

lett. d) rifiuto di qualsivoglia automatismo.

Al riguardo il legislatore italiano ha stabilito una sanzione “ulteriore” per i casi di false dichiarazioni⁵⁰: l’inibizione alla partecipazione dalle gare per la durata di un anno. Ebbene, **tale sanzione, nella misura in cui non tiene conto dei gradi della gravità dell’infrazione commessa, non sembra affatto ispirata al principio di cui alla lett. b).**

* * *

108. Ritenete che alla luce del trattato di Lisbona, a livello UE debbano essere elaborati standard minimi per le sanzioni penali in particolari circostanze, quali corruzione o conflitti di interesse non dichiarati?

Si, ed anzi questa potrebbe essere l’occasione per **specificare i casi nei quali trovi applicazione la sanzione penale e quali conseguenze abbia con riguardo alla partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento** di contratti pubblici.

* * *

109. Sarebbe opportuno introdurre norme specifiche a livello UE per affrontare la questione che alcuni offerenti sono avvantaggiati

⁵⁰ Vedi art. 38, co. 1, lett. h, del Decreto legislativo 163/2006.

dall'aver partecipato in precedenza all'elaborazione del progetto oggetto della gara di appalto? Quali garanzie proporreste?

Con riferimento al settore dei servizi sociali **la co-progettazione con i soggetti *non profit* operanti sul territorio è un vantaggio e dovrebbe costituire una prassi da incentivare.** Va ribadita la necessità di garantire l'ammissione alla co-progettazione **con procedimenti ad evidenza pubblica non competitivi** e accessibili a tutti i soggetti idonei (anche limitatamente a specifiche categorie: ad esempio operatori *non profit*).