

## **CONVEGNO IGI**

**Roma, 5 novembre 2014**

***Relazione Dr. Rangone***

### **RECEPIMENTO DELLE NUOVE DIRETTIVE: STATO DELL'ARTE IN ALCUNI STATI UE (Spagna, Belgio, Portogallo, Francia, Regno unito e Germania)**

#### **INDICE**

- I. Premessa: L'avvio del recepimento in alcuni Stati a sistema amministrativo (e cenni su alcuni Stati a sistema civilistico)
  
- II. Stato dell'arte in:
  - 1) Spagna (Scheda tecnica relativa al quadro legislativo: allegato)
  - 2) Belgio (Scheda tecnica relativa al quadro legislativo: allegato)
  - 3) Portogallo (Scheda tecnica relativa al quadro legislativo: allegato)
  - 4) Francia: primi atti formali
    - a) criteri programmatici del recepimento
    - b) Decreto di anticipato recepimento n°2014/1087 del 26 settembre 2014
  
- III. Conclusioni: dagli ormai generalizzati studi preliminari d'impatto della legislazione ( Legiferare meglio) alla verifica della qualità di tali studi d'impatto presenti in molti Stati UE fino ai criteri obbligatori degli inglesi e dei tedeschi che vietano la c.d. "sovratrasposizione" delle direttive UE.

## **I. *Premessa***

### **L'avvio del recepimento in alcuni Stati a sistema amministrativo**

#### **(e cenni su alcuni a sistema civilistico)**

La ricognizione sui primi approcci per il recepimento della nuove direttive UE non può che iniziare dall'analisi dello stato dell'arte in alcuni paesi a sistema amministrativo che presentano ampi tratti di somiglianza anche con il nostro ordinamento. E per meglio comprendere le ragioni di fondo e le modalità di impostazione come pure le difficoltà che si delineano per il recepimento non si può prescindere dal quadro normativo vigente nei diversi paesi esaminati e la sua evoluzione negli ultimi anni: a tal fine, è stata predisposta una scheda tecnica che fotografa lo sviluppo legislativo nell'arco dell'ultimo decennio di Spagna, Belgio e Portogallo, paesi che ancora devono formalizzare l'impostazione del recepimento anche se (ci giunge notizia!) vi stanno (più o meno alacremente) lavorando nelle competenti sedi ministeriali.

In sintesi, si deve rilevare in via preliminare che in tutti i paesi citati lo spessore normativo (di 1° e 2° livello) è notevole, come pure frequenti risultano le modifiche legislative, anche sostanziali. In particolare, il sistema più "pesante" appare, quello belga, seguito a ruota da quello spagnolo mentre il Portogallo pare avere trovato con la forte concentrazione sull'e-procurement una via efficace alla modernizzazione della spesa in appalti pubblici.

Al confronto, i sistemi civilistici e/o di common law risultano molto più semplici e con una quantità di norme complessive nettamente inferiori: così, ad esempio, la Germania ha proceduto nel 2009 ad una riforma importante (l'ottava.... dal 1936!) ed ora ha un corpus normativo complessivo di una novantina di norme contenute nel VOB/A e VOL/A disciplinanti il sopra e sottosoglia della fase dell'aggiudicazione. Da notare poi che secondo dati ufficiali, più del 90% del totale dei contratti di lavori (di ogni settore) ha un importo inferiore alla soglia UE e, quindi, non ricade nell'ambito delle direttive appalti, ma della ben più liberale disciplina nazionale. Ciò è dovuto alla struttura federale del paese e ad un massiccio ricorso all'"allotissement a monte", e comporta come conseguenza non solo una forte semplificazione procedurale ma pure "un più debole sistema di protezione degli

offerenti, limitato al riconoscimento della compensazione del danno in caso di violazione di norme che ha comportato l'illegittima mancata aggiudicazione al ricorrente”.

Quanto poi al paese tipico di common law, il Regno Unito, non va dimenticato che si è sempre rapportato al diritto UE con una certa sufficienza, asserendo che le proprie norme e prassi nazionali risultano già largamente in linea con le direttive UE: anzi spesso le hanno ispirate. Questo “sentiment” è scritto ufficialmente nella premessa all'atto del recepimento delle Direttive 17 e 18 e non si vede perché non dovrebbe essere un elemento ispiratore anche di quello delle nuove direttive (che, a mio giudizio, “parlano inglese” forse più delle precedenti).

Infine, prendendo a riferimento la Danimarca, troviamo che rappresenta l'esempio emblematico della “trasposizione fotocopia”, cioè del recepimento attuato mediante la traduzione in danese del testo delle direttive 17 e 18. Essendo stato un risultato felice credo che la procedura verrà ripetuta anche per le nuove.

In conclusione, si può dire che i paesi a sistema non amministrativo non palesano molta preoccupazione e neppure troppa fretta per il recepimento: magari solo alcune “perplexità” per la trasposizione della direttiva concessioni, che, infatti, dalle notizie in mio possesso, tutti hanno relegato in ultima posizione, collocandola tra gli impegni gravosi e “forse perfino poco utili” del 2016.

Quindi, per poter avere degli spunti dall'analisi comparata, dobbiamo volgere lo sguardo a quello che è emerso (in via ufficiale o anche solo ufficiosa) in alcuni Stati a sistema amministrativo (Spagna, Belgio e Portogallo) e, tra questi, al paese che più di tutti è avanzato nel recepimento (anche perché ci tiene sempre ad apparire come il primo della classe), cioè la Francia.

## II. Stato dell'arte

### 1) SPAGNA

La Spagna parte da un quadro di riferimento normativo indubbiamente complesso, con successive modifiche legislative profonde e ravvicinate: l'ultima risulta formalizzata nel 2011 in forma di Codice composto da 334 articoli e 5 allegati.

Sul piano ufficiale non risultano provvedimenti, neppure di indirizzo, per il recepimento; tuttavia, talune indicazioni si possono dedurre da varie iniziative di approfondimento: in particolare paiono rilevanti le considerazioni emerse da un importante Seminario del 20 settembre 2014 organizzato dall'ObCP, organismo vicino agli ambienti governativi, che ha visto la partecipazione dei capi dei Ministeri competenti, di importanti giudici amministrativi e di docenti di varie Università.

In tale occasione, il tema della trasposizione delle nuove direttive è stato affrontato in modo specifico dal più illustre cattedratico di Spagna in materia di contratti pubblici, il Prof. José Antonio Moreno Molina, che ha posto in evidenza quattro principali aree problematiche su cui l'attuale disciplina nazionale deve trovare adeguate soluzioni nella trasposizione delle nuove direttive, e cioè:

- 1) gli obiettivi avanzati di efficienza, semplificazione e professionalizzazione che sono alla base della nuova normativa Ue, ma che non ispirano pienamente la vigente legislazione nazionale;
- 2) la protezione e la valorizzazione del ruolo delle PMI;
- 3) la valutazione reale delle capacità e delle competenze degli operatori, con il tema della proporzionalità e ragionevolezza dei requisiti richiesti alle gare;
- 4) le nuove procedure Ue ispirate a criteri di estesa negoziazione e responsabilizzazione delle stazioni appaltanti, abbastanza lontani dall'impostazione nazionale.

Ma ciò che più è interessante ai nostri fini, perché ci consente un parallelo con l'Italia, è che il Prof. Molina dichiara espressamente: *"il caos normativo determinato dalle costanti riforme della legislazione sui contratti pubblici comporta la necessità di una normativa ex novo, non essendo possibile un inserimento delle nuove esigenze disciplinari UE nell'attuale legislazione nazionale"*.

Una delle questioni più difficili da risolvere, sempre a detta del Prof. Molina, risulta poi essere quella della coerente delimitazione dei contratti pubblici "a regolamentazione armonizzata", di cui la formula più nota è quella dei contratti SARA, cioè contratti sottosoglia che seguono criteri procedurali estremamente "leggeri" (pubblicità locale, negoziazione diffusa e poche garanzie di tutela) anche quando possono avere una rilevanza e un interesse transfrontaliero (quei casi cioè per i quali la Comunicazione interpretativa della Commissione UE 23 giugno 2006 e la giurisprudenza della Corte di

giustizia – caso Commissione/Germania – affermano essere necessario il rispetto dei principi dei Trattati di trasparenza e non discriminazione).

Altri aspetti specifici che vanno ridefiniti secondo l'oratore citato sono:

- 1) la rideterminazione del concetto di organismo di diritto pubblico (su cui la Spagna ha subito in base alla Direttiva 18 varie condanne della Corte con pesanti bocciature delle norme e delle prassi nazionali);
- 2) l'estensione organica della disciplina delle procedure elettroniche;
- 3) l'eliminazione dalla legislazione nazionale del contratto di vendita di cosa futura che non risulta equiparato all'appalto come prescritto dalle norme Ue;
- 4) la valutazione circa la sopravvivenza o meno dell'istituto della adjudic ation, cio  del massimo ribasso.

## 2) BELGIO

Il recepimento belga va inquadrato in un contesto di tradizionale iper-regolamentazione del settore, con molteplici provvedimenti di 1° e 2° livello (rispettivamente Loi e Arr et  Royal), che hanno prodotto una nuova disciplina generale entrata in vigore il 1° luglio 2013: dunque, appena un anno fa il settore ha operato uno sforzo di adeguamento al nuovo contesto normativo nazionale, per cui si comprende la "svogliatezza" nell'affrontare una nuova e ben pi  corposa modifica del quadro delle regole. Sta di fatto che ad oggi non si rilevano provvedimenti, neppure preliminari, e lo stesso dibattito dottrinale pare alle prime battute. Si riportano al riguardo le valutazioni emerse da un importante Convegno della Regione Vallona tenutosi a Bruxelles ad inizio agosto 2014 che ha preso atto "della necessit  del recepimento entro aprile 2016 (settembre 2018 per gli appalti elettronici)" delle nuove direttive. In tale occasione, i rappresentanti dell'organo centrale della regolamentazione, la Commission marchés publics – CMP -, hanno svolto varie riflessioni tese ad un esame preliminare di alcune delle norme innovative rispetto alla Direttiva 18, individuate come segue:

- 1) il partenariato d'innovazione;
- 2) l'allotissement e la sua obbligatoriet  o meno rispetto alla disciplina vigente in Belgio;
- 3) la scelta della procedura di aggiudicazione e la sopravvivenza del massimo ribasso;

- 4) la scelta dei criteri di aggiudicazione;
- 5) l'ampliamento dell'accesso alle gare e della selezione qualitativa;
- 6) le modalità applicative delle tecniche della pre-commercializzazione;
- 7) il concetto di costo rispetto al prezzo e del Life Cycle Cost.

### 3) PORTOGALLO

L'approccio al tema della trasposizione della disciplina UE risulta originale per il Portogallo, che ha puntato sull'e-procurement sia nell'utilizzo dei Fondi strutturali dell'Unione sia nella predisposizione di una normativa organica. Sta di fatto che circa l'85/90% delle gare sopra e sotto soglia, sono svolte in via elettronica: ciò è stato reso possibile da un notevole sforzo organizzativo e gestionale basato su di un massiccio investimento in formazione della P.A. e delle imprese.

L'avvio del processo di integrale informatizzazione nella gestione delle gare risale già al recepimento delle Direttive 17 e 18 (avvenuto, in ritardo, nel 2008), ma si è accentuato a partire dalla fine dello scorso decennio (2010).

Sul piano normativo, la successione della disciplina vede il nuovo Código des Contratos publicos (CCP) entrare in vigore il 22 gennaio 2008, cui fanno seguito ben 5 modifiche significative: la 6<sup>a</sup>, l'ultima, è dell'anno scorso, attuata con la Portaria n° 85 del 27 febbraio 2013 istitutiva del Portal des Contratos Públicos, il portale unico nazionale, cui ha fatto seguito il Despacho n° 10563 del 6 agosto 2014 che mira a risolvere i tanti, nuovi problemi operativi connessi all'utilizzo su vasta scala dell'e-procurement (come, ad esempio, l'accettazione da parte del Portale nazionale dei certificati elettronici attestati dalle entità di certificazione elettronica abilitate).

Ora, da questo punto di vista, può dirsi che il Portogallo abbia già recepito ed applicato le norme UE delle nuove direttive sull'e-procurement (che vede la media UE di applicazione compresa tra il 5 e il 10% del totale delle gare soprasoglia): ma soprattutto, può dirsi che, in assenza di documenti ufficiali anche solo di impostazione sul recepimento, si ha come l'impressione che, almeno per ora, il settore sia concentrato a realizzare al meglio la procedura elettronica quale via efficace alla modernizzazione della spesa in appalti e si consideri, per ciò stesso, adempiente agli obblighi del recepimento.

#### 4) FRANCIA

La Francia ha dato formalmente il via al processo di recepimento il 12 marzo scorso con un grande Colloque organizzato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze competente in tema di appalti pubblici e di concessioni.

Il Colloque è stato concluso dal Ministro Pierre Moscovici, che ha annunciato l'architettura strategica della trasposizione, fondata su diversi provvedimenti ("misure specifiche") e una premessa generale.

Moscovici ha confermato esplicitamente l'utilità e la condivisione della Francia della revisione del quadro giuridico dell'Unione attuato con le direttive da trasporre e ha dichiarato molto felice la coincidenza temporale della riforma UE con le azioni di adeguamento del suo Ministero agli obiettivi di semplificazione e modernizzazione "de la commande publique". In particolare, ha affermato che la semplificazione "è un grande cantiere del Governo, una priorità, una delle dimensioni del "Patto di responsabilità" interno proposto dal Presidente Hollande ai francesi".

Per quanto riguarda poi la competenza specifica del Ministero, attraverso l'azione di adozione delle direttive e la conseguente modernizzazione dell'achat public, il Governo ha previsto, come obiettivo strategico, risparmi per 2 mld di € in 3 anni.

Più in particolare, il programma della Direction Affaires Juridiques -DAJ-, l'Ufficio del Ministero delle Finanze incaricato della trasposizione, pubblicato sul sito ufficiale del Ministero nell'aprile 2014 con una dettagliata tabella di marcia, prevede l'assunzione dei diversi provvedimenti di trasposizione e contiene indicazioni circa le modalità e i periodi previsti di pubblicazione dei diversi atti di recepimento.

Da queste indicazioni si ricava che le fasi di attuazione del recepimento sono tre: 1) innanzitutto, la previsione di un decreto di anticipato recepimento di talune misure urgenti da emanarsi entro l'estate 2014; 2) la seconda fase di tale programma prevede per la trasposizione delle direttive appalti pubblici nei settori classici e speciali un atto di delega del Parlamento al Governo da assumersi nel 2° semestre 2014, per consentire poi al Governo di emanare le disposizioni normative mediante Ordonnance da pubblicare nel 1°

semestre 2015; 3) infine, per la trasposizione della direttiva concessioni è prevista una legge che dovrebbe essere approvata entro fine 2015.

Al momento, dunque, è stata completata solo la prima fase con la trasposizione accelerata delle misure di semplificazione di cui al Decreto n° 2014/1097 del 26 settembre 2014 contenente misure di semplificazione per le PMI e per l'innovazione (e la cui proposta è stata oggetto di una consultazione on line di circa 2 mesi di durata in ossequio al principio del debat public preventivo) con l'obiettivo di "modificare il Code e i decreti di applicazione dell'Ordonnance n° 2005/649 sul PPP."

Quanto al merito, il primo punto attiene al "plafonement" del fatturato delle imprese esigibile nelle gare che viene fissato nel massimo a due volte il valore presunto dell'appalto e, più in generale, ancorato a una valutazione della cifra d'affari minima necessaria in rapporto alla tipologia di appalto per la buona esecuzione del contratto.

L'obiettivo dichiarato è quello di tener conto nel contesto generale di crisi delle limitata capacità finanziarie delle PMI, soprattutto di quelle di più recente costituzione.

Tale disposizione riguarda tutti gli appalti e gli accordi quadro sia nei settori classici che speciali e per ogni tipologia di procedura.

L'altro grande aspetto di merito del decreto è quello dell'alleggerimento dell'obbligo di produzione dei documenti di partecipazione, che è indicato come ancora troppo complesso e costituente spesso un ostacolo all'accesso alla gara.

In questo caso, due sono le misure prescritte:

- 1) dispensa per le imprese dal dover fornire documenti accessibili on line per la stazione appaltante:
- 2) dispensa per le imprese dal dover fornire documenti ancora validi già forniti nel quadro di una procedura precedente con la stessa stazione appaltante.

Quanto al punto 1), l'accessibilità on line gratuita ai documenti richiesta nel bando per la dispensa costituisce un obbligo per le stazioni appaltanti, esteso ai casi di esclusione dalle gare mediante verifica on line delle cause di esclusione (ad esempio il casellario giudiziario) con onere per le imprese di fornire unicamente i riferimenti informatici per tali verifiche on line.

Quanto al punto 2), si afferma il principio del "Ditecelo una sola volta", principio riferito al caso di gare dello stesso ente, con l'avvertenza che questi deve averlo specificato nel bando e che il candidato abbia confermato la validità attuale dei documenti già prodotti.

Inoltre, va notato che una buona parte del Decreto è dedicato al partenariato per l'innovazione, con l'obiettivo di stimolare e sostenere l'innovazione, soprattutto negli appalti con verifica di pre-commercializzazione e di R&S: questa disposizione si inquadra nella lunga tradizione dei Governi francesi di supporto alle formule di negoziazione e di ricerca di soluzioni innovative, come peraltro già avvenuto dopo l'approvazione della Direttiva 18 con il dialogo competitivo, reso addirittura possibile anche nel sottosoglia e pure per appalti solo complessi e non anche particolarmente complessi e sostenuto tenacemente in ogni occasione.

La 2<sup>a</sup> misura di recepimento sarà costituita da un'Ordonnance che dovrà razionalizzare le tante tipologie contrattuali, divenute nel tempo troppo numerose: il riferimento è in particolare indirizzato ai contratti "globaux" e "complexes" e alla legge MOP che derogano alla disciplina base del Code e che hanno finito nel tempo con il complicare il quadro giuridico creando rischi di contenzioso.

L'intento è quello di ridare unitarietà e coerenza giuridica al diritto nazionale attraverso la trasposizione delle direttive.

Tali modifiche di natura legislativa dovranno essere assunte con un'Ordonnance di organica modifica del Code relativamente alla sola disciplina degli appalti, la cui delega dovrebbe essere definita entro l'anno, e che costituirà la trasposizione formale delle norme delle nuove direttive appalti.

Infine, la 3<sup>a</sup> misura di recepimento, quella relativa alle concessioni, deve offrire l'occasione "per creare un regime giuridico specifico", a carattere organico, che la lunga tradizione della "délégation de service public" ha reso ormai troppo complesso.

A tale scopo, il Governo presenterà al Parlamento, nel primo trimestre del 2015, un progetto di legge di riordino organico della materia concessoria, ridisegnando una disciplina complessiva dei vari contratti di concessione, ivi compresa la figura del PPP.

### **III. Conclusioni**

A seguito di quanto deciso dalla Commissione europea per la propria legislazione ( Comunicazione su Legiferare meglio), la quasi totalità dei paesi Ue ha creato, a partire dalla fine degli anni '90, degli organismi (a volte interni alla P.A., a volte invece indipendenti) per svolgere in via sistematica e preventiva l'analisi di impatto legislativo su tutte le proposte di legge e di regolamento.

A questa prima significativa modifica strutturale nella formazione delle leggi ha poi fatto seguito, a partire dalla metà dello scorso decennio, la creazione in vari Stati Ue ( tra cui Germania, Regno unito, Svezia, Belgio, Olanda, Repubblica Ceca ) di organismi specifici per la verifica della qualità degli Studi d'impatto, da effettuarsi sulla base di un'articolata serie di criteri desunti soprattutto dall'esperienza inglese del BRE (Comitato per la riduzione della Regolamentazione).

Di questi numerosi criteri (circa 37), se ne riportano alcuni che paiono particolarmente significativi per il nostro paese: così, ad esempio, nel BRE troviamo il principio "one in, two out", secondo cui ad ogni nuovo adempimento della proposta, ne devono essere eliminati due precedenti; oppure, la possibilità prevista in capo all'organo di controllo della qualità, il NKR tedesco, di richiedere al Ministero proponente la nuova legge di avanzare soluzioni alternative in grado di raggiungere l'obiettivo prefissato; o ancora, l'obbligo sempre previsto dalla legge costitutiva del NKR di svolgere l'esame di qualità dello studio d'impatto non solo sul testo di legge, ma pure su eventuali provvedimenti attuativi ( es. decreti). Infine, si può ricordare che l'analisi di qualità deve sempre potersi esprimere in una quantificazione numerica dei costi e dei benefici, che spesso sono articolati per categorie specifiche ( imprese, amministrazioni pubbliche, cittadini ecc.).

E' in questo contesto di controlli sistematici ex ante (oltre che ex post) che si collocano le indicazioni su come trasporre le direttive, evitando soprattutto quella che è detta la "sovratrasposizione", cioè l'eccesso di regolamentazione che partendo dalle direttive va oltre il testo UE.

In questa direzione i paesi che prima e meglio di tutti gli altri si sono mossi, sono il Regno Unito e la Germania, mediante l'indicazione di vincoli e controlli molto precisi e stringenti, basati sui seguenti criteri:

- 1) divieto generale di tutte le forme di "sovratrasposizione", salvo non siano più favorevoli per le imprese nazionali e comunque appropriatamente giustificate (nel Regno Unito, nel biennio 2011-2012, i casi di sovratrasposizione senza oneri supplementari risultano il 14% del totale);

- 2) obbligo per il Governo nella misura del possibile a trasporre “parola per parola”, salvo che ciò generi un rischio di cattiva comprensione o interpretazione (nel Regno Unito, nel biennio 2011-2012, ciò è avvenuto nel 72% dei casi);
- 3) obbligo per il Governo di entrata in vigore delle norme di trasposizione delle direttive non prima del termine fissato da Bruxelles, salvo che una trasposizione anticipata convenga alle imprese nazionali (nel Regno Unito, nel biennio 2011-2012, ciò è avvenuto nel 95% dei casi);
- 4) obbligo per il Governo di prevedere nei testi di trasposizione una clausola di revisione quinquennale.