

3 GIUGNO 2015

La direttive UE del 2014 in materia  
di contratti pubblici e l'articolato  
processo di integrazione europea nel  
diritto interno degli appalti

di Francesco Martines  
Ricercatore di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Messina



# La direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti\*

**di Francesco Martines**

Ricercatore di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Messina

**Sommario:** 1. Premessa. 2. L'approccio normativo delle direttive UE appalti del 2014. 3. Le novità in tema di semplificazione delle procedure di aggiudicazione. 4. Promozione della qualità e dell'innovazione negli appalti. 5. Il *favor* per le piccole e medie imprese. 6. La tutela ambientale, sociale e del lavoro. 7. Conclusioni.

## 1. Premessa

Il 28 marzo 2014 sono state pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L 94/65 tre direttive che riformano il settore degli appalti e delle concessioni: la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei cd. "settori ordinari", la direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei cd. "settori speciali" (acqua, energia, trasporti, servizi postali) e la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Le direttive sono entrate in vigore il 18 aprile 2014 e gli Stati membri dovranno recepirne le disposizioni nei rispettivi ordinamenti interni entro il 18 aprile 2016.

E' così giunto a compimento un articolato percorso di elaborazione di nuove norme in grado di innovare e sostituire le precedenti disposizioni comunitarie in materia. In particolare, le direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE sugli appalti abrogano rispettivamente le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE recepite in Italia con le norme del Codice degli Contratti Pubblici approvato con

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.



d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 in esecuzione della delega contenuta nella legge comunitaria 2004 (legge 18 aprile 2005, n. 62).

Quanto alla direttiva 2014/23/UE in materia di contratti pubblici di concessione va segnalato che essa interviene a colmare un vera e propria lacuna normativa: a differenza di quanto occorso per le procedure di appalto, l'aggiudicazione delle concessioni di servizi con interesse transfrontaliero scontava un *deficit* di disciplina al quale era possibile sopperire solo mediante l'applicazione dei principi contenuti nei Trattati, con evidenti ricadute negative in termini di certezza e uniformità della disciplina applicata in concreto.

L'obiettivo del presente contributo è quello di proporre una disamina dei principali profili innovativi delle direttive, con particolare riferimento alla direttiva sugli appalti nei settori ordinari, soprattutto in raffronto alle norme attualmente vigenti contenute nel Codice dei Contratti; nonché formulare alcune osservazioni conclusive sulle scelte del legislatore comunitario e sul percorso di recepimento che attende il legislatore domestico.

## **2. L'approccio normativo delle direttive appalti del 2014**

Una lettura generale delle norme introdotte dalle nuove direttive europee sugli appalti pubblici consente di cogliere – in via preliminare – la scelta di fondo che ha animato l'intenzione del legislatore comunitario: riconoscere maggiore discrezionalità alle amministrazioni aggiudicatrici, onerando queste ultime delle connesse responsabilità per le scelte operate.

Questo nuovo approccio assume significativa rilevanza con riferimento ai riflessi che produrrà nell'ordinamento interno laddove l'attuale normativa sugli appalti è caratterizzata da un elevato tasso di regolamentazione, nel senso che il Codice dei Contratti e le successive modifiche e integrazioni introdotte negli anni successivi alla sua approvazione esprimono la volontà del legislatore di fornire una puntuale (anzi puntualissima) disciplina su ogni possibile aspetto delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, comprimendo fortemente i margini di discrezionalità delle autorità appaltanti.

La ragione che sta alla base di tale “iper-regolamentazione” deve essere individuata nell'obiettivo di prevenire fenomeni di corruzione o di diversa alterazione della legalità delle procedure che, si è ritenuto, fossero favoriti da spazi di autonomia lasciati alle amministrazioni appaltanti. In altri termini, si è ritenuto che una regolamentazione non eccessivamente puntuale creasse l'*humus* ideale per il proliferare di fenomeni di illegalità, corruzione o, comunque, di insana distorsione del modello legale tipico.



L'esperienza applicativa del Codice degli Contratti, in verità, non pare abbia dato ragione della correttezza e funzionalità dell'approccio normativo del nostro legislatore. Al contrario, l'elevato tasso di procedimenti penali per reati di corruzione consumatisi nell'ambito di procedure di appalto (non risulta, infatti, che essi dopo l'entrata in vigore del Codice siano diminuiti rispetto al passato) ma soprattutto l'andamento anche solo quantitativo del contenzioso dinanzi ai giudici amministrativi induce a formulare alcune considerazioni critiche riguardanti proprio la normativa generale ed astratta di riferimento.

Invero, pare che l'eccessivo formalismo a cui sovente le procedure di aggiudicazione degli appalti sono state improntate dalla normativa del Codice recettivo delle direttive europee del 2004 abbia restituito ben poco in termini di semplificazione, trasparenza, tutela della concorrenza e del mercato (tutti obiettivi a cui le predette direttive erano ispirate) e, piuttosto, abbia incentivato il proliferare del contenzioso amministrativo spesso legato alla violazione o falsa applicazione di regole talmente "puntuali" da risultare pressoché inapplicabili senza un margine di errore oltretutto, di frequente, non incidenti sugli aspetti sostanziali dell'affidamento dell'appalto.

Così, mentre il legislatore nazionale, nel 2005, introduceva nella disciplina generale sul procedimento amministrativo norme volte a superare alcuni limiti connessi all'eccessiva rilevanza delle patologie formali dell'atto (il riferimento è alle norme di cui alla l. 80/2005, modificative della l. 241/1990, che hanno introdotto i casi di non annullabilità per alcune ipotesi di vizi formali o meramente procedurali), nello stesso periodo, in tema di appalti pubblici - sulla spinta per vero di scelte comunitarie anch'esse legate ad un approccio fortemente regolamentare - venisse accolta una soluzione inversa ispirata, per l'appunto, dall'idea che una disciplina normativa puntuale potesse garantire maggiormente la tutela della legalità sostanziale.

A ciò si aggiunga che le norme del Codice dei Contratti non sono state esenti da significativi interventi di modifica e riforma che certo non hanno garantito quella stabilità del diritto positivo che è l'elemento fondamentale per assicurare la semplificazione, la coerenza e l'efficienza auspicata. Invero, le frequenti modifiche normative hanno minato la funzionalità del sistema in quanto, da un lato, la regolamentazione per via legislativa richiede tempi lunghi, sia per la sua approvazione che per il recepimento nella prassi, e dall'altro lato, perché essa impone alle stazioni appaltanti ed agli operatori economici un continuo adeguamento dei propri comportamenti alle nuove norme nel cui processo di elaborazione essi spesso non sono coinvolti in alcun modo.

In questa prospettiva, uno dei tratti distintivi delle nuove direttive appalti del 2014 pare proprio essere quello del maggior spazio di discrezionalità riconosciuto alle amministrazioni appaltanti che - assumendosi le relative responsabilità - saranno dotate degli strumenti necessari per

indirizzare la procedura di aggiudicazione verso gli obiettivi di tutela del mercato, semplificazione amministrativa e efficienza complessiva del sistema cui devono tendere.

Il processo di recepimento che attende il legislatore italiano (così come quello degli altri Stati membri) costituisce, dunque, un'occasione preziosa per introdurre una normativa interna sugli appalti che rimuova i limiti esistenti in quella attualmente vigente. Tale obiettivo potrà essere raggiunto dal legislatore soltanto ove si acceda ad un recepimento per così dire “snello”, senza aggravare cioè lo stesso di un *surplus* di regolamentazione ulteriore che – come osservato – rischia di creare più danni che vantaggi<sup>1</sup>. Del resto, per un recepimento snello milita anche quanto disposto in via generale dall'art. 32, comma 1, lett. c) della l. 24 dicembre 2012, n. 234 secondo cui “*gli atti di recepimento di direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse ai sensi dell'art. 14, commi 24 bis e 24 quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246*”.

Il recepimento “snello” delle direttive, peraltro, dovrà essere controbilanciato dal rafforzamento delle funzioni di regolazione dell'Autorità preposta alla vigilanza sui contratti pubblici. Scelta, quest'ultima, che richiederebbe – con riguardo al caso italiano – una riformulazione delle norme del Codice dei Contratti che regolano l'organizzazione ed i poteri dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Avcp) (art. 6 d.lgs. 163/2006) o semplicemente una

---

<sup>1</sup> Di certo, il tipo di recepimento dovrà tenere conto anche del diverso modello di sistema giuridico vigente negli Stati membri. In Italia, il recepimento delle direttive del 2004 ha assunto una natura che condivisibilmente è stata definita “rielaborativa”, ovvero per il tramite di norme che hanno fatto propria la disciplina comunitaria con uno sforzo di adattamento ispirato ai principi tipici dell'ordinamento interno delle procedure negoziali ad evidenza pubblica spesso non del tutto coerenti con l'impianto rinvenibile nelle direttive comunitarie. Tradizionalmente il sistema normativo degli appalti in Italia è stato caratterizzato dall'esigenza di tutelare in via prioritaria (per non dire esclusiva) l'interesse dell'autorità pubblica contro i rischi derivanti da una gestione non corretta del danaro pubblico; tale obiettivo – come rilevato – è stato perseguito attraverso l'introduzione di regole molto puntuali, formali, rigide e rigorose. Il *file rouge* delle direttive (sia di quelle del 2004 che di quelle del 2014) è individuabile invece nella necessità di realizzare il perseguimento dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza e al mercato. Il confronto (o conflitto?) fra queste esigenze fondamentali è stato fronteggiato dal legislatore italiano del 2006 mediante il suddetto recepimento rielaborativo, con uno sforzo di adattamento che, per molte delle norme introdotte, ha determinato rilievi da parte della Commissione Europea circa l'effettivo rispetto delle scelte contenute nelle direttive. Questo processo così complesso di trasposizione del diritto comunitario degli appalti nel diritto interno non ha certamente giovato a quello che è certamente un obiettivo comune per tutti gli ordinamenti giuridici: la coerenza di sistema e la certezza delle regole. Proprio per tale ragione si ritiene che il percorso di recepimento delle direttive appalti 2014 possa costituire l'occasione per orientare la disciplina interna, tenendo conto delle esperienze pregresse, verso un nuovo orizzonte muovendo da tecniche di trasposizione del diritto comunitario più coerente che le istanze di rinnovamento e sistematicità che provengono dalla prassi. Per l'approfondimento di tali argomenti si rinvia a F. ASTONE, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici ed il codice dei contratti*, in F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici, di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, p. 1 ss.; ID., *Il diritto europeo dei contratti pubblici e la sua trasposizione nell'ordinamento interno*, Roma, 2010, in particolare, p. 42 e ss.; G. FIDONE, *Il codice dei contratti pubblici*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, p. 10.



maggiore consapevolezza e considerazione delle potestà di regolazione e sostegno alle amministrazioni aggiudicatrici di cui essa già dispone.

In effetti, questa esigenza emerge anche dalle disposizioni programmatiche contenute nella direttiva 2014/24/UE (art. 83, par. 4) ove è espressamente stabilito che gli Stati membri provvedono affinché “*a) siano disponibili gratuitamente orientamenti ed informazioni per l’interpretazione e l’applicazione del diritto dell’Unione sugli appalti pubblici, al fine di assistere le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici, in particolare le PMI, nella corretta applicazione della normativa dell’Unione in materia e b) sia disponibile il sostegno alle amministrazioni aggiudicatrici per quanto riguarda la pianificazione e la conduzione delle procedure d’appalto*”. Appare evidente come il legislatore comunitario se, da un lato, propende per una disciplina pro-concorrenziale che riconosca maggiore discrezionalità alle autorità appaltanti rispetto al passato, dall’altro, richieda un rafforzamento del ruolo delle autorità di controllo statali al fine di garantire una guida univoca nell’esercizio della suddetta discrezionalità.

Questa scelta, come anticipato, per il caso italiano, potrebbe essere accolta anche (solo) promuovendo una interpretazione adeguatrice delle norme già vigenti (art. 6 del Codice), nel senso di rendere più efficaci le funzioni affidate all’Avcp<sup>2</sup>. In effetti, l’Autorità già detiene ed esercita un’importante funzione di assistenza e sostegno alle stazioni appaltanti attraverso i propri atti di *soft law* (determinazioni, deliberazioni, comunicati *ex art. 8 comma 5 del Codice e pareri di pre-contenzioso ex art. 64 comma 4 bis del Codice*). Proprio nelle potenzialità di questi atti-fonte, più flessibili e responsivi rispetto alle esigenze del mercato e della prassi, potrebbe essere individuato lo strumento per realizzare gli obiettivi posti (*rectius*, imposti) dall’art. 83 par. 4 della direttiva 2014/24/UE.

L’utilizzo del modo condizionale è d’obbligo considerato che il legislatore domestico, in assoluta controtendenza rispetto alla rilevanza del ruolo che l’Avcp ha ed avrebbe potuto svolgere a seguito del recepimento delle direttive, ne ha disposto la soppressione trasferendo le relative funzioni all’Autorità nazionale anticorruzione (Anac) (art. 19 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114).

La scelta del legislatore non convince sotto diverse angolazioni: a) si tratta di una soluzione suggerita dalla primaria di esigenza di realizzare risparmi economici nella gestione dell’attività

---

<sup>2</sup> Per una trattazione estesa delle funzioni dell’Autorità di Vigilanza ai sensi del Codice dei Contratti si rinvia a E. CARACCILO LA GROTTIERA, *L’autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in F. SAIITA (a cura di), *op. cit.*, p. 83 ss.; M. DI LULLO, *L’autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in M. SANINO (a cura di), *Commento a codice dei contratti relativi a lavori servizi e forniture*, Torino, 2006, p. 72.



della P.A. (esigenza certamente condivisibile in astratto, caldeggiata dall'opinione pubblica, ma che non può non tenere conto delle peculiarità dei settori nei quali è praticata); b) mette in difficoltà lo svolgimento delle funzioni fondamentali dell'Anac cui – anche a seguito di recenti casi clamorosi di corruzione in procedure di aggiudicazione e realizzazione di lavori pubblici (per tutti, casi Mose di Venezia e Expo 2015) – il Governo ha praticamente consegnato il compito di arginare e prevenire i fenomeni corruttivi nel settore della P.A.; c) crea le condizioni perché il processo virtuoso di affinamento dell'azione dell'Avcp si interrompa in un momento storico particolarmente importante, quale appunto l'avvio del percorso di recepimento delle nuove direttive UE in materia di appalti e concessioni.

Ma vi è un ultimo aspetto che rende – ad avviso di chi scrive – il recente provvedimento legislativo tacciabile di approssimazione: esso, infatti, muove, con ogni probabilità, dalla ritenuta sovrapponibilità dei ruoli dell'Anac (autorità preposta alla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella P.A.) a quello dell'Avcp. La sovrapponibilità è figlia di un'impostazione di fondo errata che riguarda proprio le funzioni della Avcp e, in senso più ampio, il modello di disciplina delle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici di appalto, servizi e forniture.

In altri termini, quel che si vuole sottolineare è che l'Avcp non esaurisce la propria attività nella vigilanza finalizzata ad evitare che le procedure negoziali possano essere inficiate da atti e/o comportamenti collusivi e corruttivi, elemento questo che con le dovute cautele potrebbe consentire di argomentare la sovrapponibilità di funzioni con la neonata Anac. L'Avcp assume, invero, un ruolo ben più ampio, strettamente connesso con la piena realizzazione delle condizioni di efficientamento del mercato imposte dall'Unione Europea, che si sostanzia nell'attività di sostegno ed assistenza ai soggetti dell'attività negoziale (P.A. e operatori economici) al fine di garantire in via effettiva il pieno rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e, in particolare, la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché dei principi cd. derivati, ovvero la libera concorrenza, la trasparenza, la proporzionalità, il mutuo riconoscimento (vd. primo considerando della direttiva 2014/24/UE).

Nel provvedimento di soppressione dell'Avcp e trasferimento delle funzioni all'Anac si coglie una certa indifferenza del Governo rispetto a tali considerazioni che, certamente, avrebbero meritato maggiore attenzione suggerendo, quanto meno, di rinviare una tale scelta ad un provvedimento più meditato, adeguatamente istruito e discusso nelle aule del Parlamento (sulla conversione del d.l. 90/2014 il Governo ha invece posto la questione di fiducia).

### 3. Le novità in tema di semplificazione delle procedure di aggiudicazione

Le direttive UE del 2014 danno un nuovo impulso ad alcuni istituti e strumenti tutti riconducibili all'ambito della semplificazione e della trasparenza delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici.

In particolare, l'art. 22, par. 1, della direttiva 2014/24/UE stabilisce che le comunicazioni e gli scambi di informazioni fra le stazioni appaltanti e gli operatori economici, nell'ambito della procedura di gara, devono essere eseguite per via elettronica. I successivi paragrafi della norma introducono alcune deroghe, per il cui accesso le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a fornire compiuta motivazione nella relazione unica di cui all'art. 84.

E' palese l'*intentio* del legislatore comunitario di imprimere all'utilizzo delle comunicazioni elettroniche nelle procedure negoziali pubbliche il carattere di strumento privilegiato e prioritario di informazione.

Tale volontà si coglie, in particolar modo, nel raffronto di questa disposizione con l'art. 42 della direttiva 2004/18/CEE (recepita senza sostanziali modifiche dall'art. 77 del Codice dei Contratti) che poneva la comunicazione elettronica come alternativa a quella via fax, posta, telefono.

Istituto connesso all'utilizzo delle comunicazioni elettroniche è la disciplina dei cataloghi elettronici: l'art. 36 della direttiva Appalti 2014 stabilisce la facoltà delle amministrazioni appaltanti – quando sia richiesto l'uso di forme di comunicazione elettronica – di esigere che le offerte siano presentate sotto forma di catalogo elettronico o che includano un catalogo elettronico.

Il recepimento di tali disposizioni sarà prevedibilmente articolato e complesso onerando gli Stati membri ad assicurarsi che tutte le amministrazioni aggiudicatrici detengano gli strumenti necessari per l'effettivo utilizzo degli strumenti di comunicazione elettronica. Probabilmente per tale ragione, la direttiva, con riguardo a questa materia stabilisce ai sensi dell'art. 90 un termine di recepimento più ampio (quattro anni anziché due). Deve peraltro considerarsi che, sul fronte del cd. *e-procurement* in materia di appalti pubblici, nel nostro paese è stato di recente compiuto un notevole passo avanti che, con ogni probabilità, faciliterà l'effettivo recepimento delle nuove indicazioni del legislatore comunitario *in subiecta materia*. Il riferimento è alle disposizioni introdotte dall'art. 6 *bis* del Codice dei Contratti inserito nel testo dall'art. 20 primo comma lett. a) del d.l. 9 febbraio 2012 n. 5 convertito con l. 4 aprile 2012 n. 35: a decorrere dall'1 gennaio 2013 sussiste l'obbligo di acquisire presso la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (Bdncp) istituita presso l'Acvp tutta la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere

generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per la partecipazione alle procedure negoziali disciplinate dal Codice.

Attorno all'attività già svolta tramite la Bdncp si potrà costruire il sistema che consenta di rendere operativi altri strumenti di semplificazione previsti dalla direttiva Appalti 2014, come l'*e-Certis* (art. 61 della direttiva) e il documento di gara unico europeo-Dguc (art. 59 della direttiva)<sup>3</sup>.

Si colloca nel solco delle novità ispirate ad una maggiore semplificazione e trasparenza delle procedure di aggiudicazione il cd. soccorso istruttorio disciplinato dall'art. 56 paragrafo 3 della direttiva 2014<sup>4</sup>. La norma pone gli Stati membri impegnati nel recepimento dinanzi ad una questione di non facile risoluzione che vede contrapposte, alla ricerca di un delicato equilibrio, due esigenze fondamentali: per un verso, la tutela della massima partecipazione e della concorrenza e, per altro verso, la necessità di evitare che gli spazi concessi per l'integrazione della documentazione incompleta possano dar luogo a disparità di trattamento fra le imprese partecipanti alla gara.

Il tema si era già posto nel vigore della precedente direttiva del 2004 che, ancorchè con una disposizione decisamente più sintetica, disciplinava il medesimo strumento. Il legislatore nazionale, nel Codice dei Contratti, aveva disciplinato l'istituto all'art. 46 stabilendo che *“le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”*. Il tenore letterale della norma interna aveva indotto la dottrina e giurisprudenza maggioritarie ad interpretare tale potere come un potere-dovere e non, piuttosto, una mera facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici<sup>5</sup>; il che, com'è evidente, ha comportato conseguenze rilevanti anche da un punto di vista pratico: si pensi alle implicazioni in

---

<sup>3</sup> Con riferimento a quest'ultimo istituto, il paragrafo 5 dell'art. 59 della direttiva 2014/24/UE stabilisce che *“agli operatori economici non è richiesto di presentare documenti complementari o altre prove documentali qualora e sempre che l'amministrazione aggiudicatrice abbia la possibilità di ottenere i certificati e le informazioni pertinenti direttamente accedendo a una banca dati nazionale che sia disponibile gratuitamente in qualunque stato membro”*. A ben vedere, la Banca Dati Nazionale istituita dall'art. 6 bis del Codice dei Contratti, operativa dal 2013, si candida ad essere uno strumento che, opportunamente potenziato, anticipa comunque le scelte del legislatore comunitario.

<sup>4</sup> La norma prevede quanto segue: *“Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza.”*

<sup>5</sup> M. OCCHIENA, *Documenti ed informazioni complementari*, in R. GAROFOLI - M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, p. 676; F. LACAVA, *La richiesta di integrazioni e chiarimenti documentali da parte della stazione appaltante*, in F. SAIITA (a cura di), *op. cit.*, p. 399. In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 6 marzo 2006, n. 1068; C.G.A. Reg. Sic., 3 marzo 2003, n. 62.



tema di motivazione, nel momento in cui la stazione appaltante decide di esercitare o non esercitare un potere-dovere o piuttosto una mera facoltà.

A ridimensionare parzialmente la portata della norma interna in esame, peraltro, è intervenuta una modifica legislativa di non poco conto. Difatti, l'art. 4, comma 2, lettera d), della l. 106/2011 ha introdotto nel testo dell'art. 46 del Codice dei Contratti il comma 1 *bis* che statuisce quanto segue: *“La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.* La norma ha il chiaro intento di tipizzare in maniera netta le cause di esclusione, riducendo anche gli spazi per l'esercizio del potere-dovere di chiedere chiarimenti o integrazioni della documentazione di gara.

V'è da chiedersi quali conseguenze avrà sulla disciplina in esame l'introduzione della nuova norma comunitaria che, come rilevato, ricalca la precedente disciplina in materia di soccorso istruttorio pur indicando in modo più puntuale i margini entro i quali (e nel rispetto di quali garanzie) tale soccorso può intervenire. In particolare, si segnala come la norma della direttiva espressamente riservi agli Stati membri – in sede di recepimento - la possibilità di escludere l'esercizio del soccorso istruttorio.

E' molto probabile che – pur con i limiti connessi agli interessi sottesi all'intervento modificativo del 2011 - l'istituto in discorso verrà mantenuto, se non addirittura potenziato, quale leva per la deflazione del contenzioso oltre che a garanzia del principio di leale collaborazione procedimentale che, applicato al sistema degli appalti pubblici, impongono la previsione di una finestra di contraddittorio con le imprese finalizzato, per un verso, a tutelare al meglio l'interesse pubblico e, per altro verso, a non vulnerare le legittime aspettative economiche delle imprese medesime in un contesto di leale concorrenza e massima partecipazione.

#### **4. Promozione della qualità e dell'innovazione negli appalti**

Un aspetto che caratterizza in modo significativo la direttiva Appalti 2014 è l'impulso dato, più fortemente che nel passato, al tema della qualità e della innovazione nelle procedure di aggiudicazione dei lavori pubblici.



Ha certamente lo scopo di promuovere la qualità negli appalti la scelta netta che il legislatore comunitario compie in tema di criteri di aggiudicazione della gara: l'art. 67, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE stabilisce infatti che, fatte salve le disposizioni legislative nazionali, *“le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa”*. Pur mantenendo la facoltà degli Stati membri di non aderire a tale indirizzo, è evidente che il legislatore comunitario – a differenza di quanto avvenuto con la precedente direttiva del 2004<sup>6</sup> - esprime una scelta decisa a favore del criterio suddetto rispetto a quello alternativo del prezzo più basso. In tale prospettiva va richiamato il cons. 89 che indica il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa come *“prioritario”* chiarendo, anche al fine di evitare sovrapposizioni rispetto alla disciplina delle precedenti direttive del 2004, che esso va inteso come *“miglior rapporto qualità/prezzo”*<sup>7</sup>.

Alla luce delle disposizioni della nuova direttiva, pertanto, il criterio del massimo ribasso non viene formalmente abolito ma la sua possibilità di adozione risulta significativamente ridimensionata. In altri termini, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa costituisce la regola, mentre quello del massimo ribasso l'eccezione.

Le novità in tema di criteri di aggiudicazione contenute nella direttiva 2014 comporteranno, pur nel rispetto dell'autonomia riconosciuta agli Stati membri, rilevanti modifiche dell'ordinamento interno considerato che attualmente l'art. 81, comma 1, del Codice dei Contratti riconosce in capo alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di scegliere fra i due criteri di aggiudicazione possibili.

In fase di recepimento non potrà non tenersi conto del nuovo approccio costo/efficacia rinvenibile nelle direttive 2014, approccio che andrà opportunamente valorizzato.

Un'altra sfida che pongono le nuove direttive UE 2014, ed in special modo la direttiva Appalti, è quella orientata alla introduzione di regole e vincoli finalizzati alla promozione dell'innovazione, declinata nelle sue diverse forme (l'innovazione tecnologica, sociale e ambientale). La particolare attenzione rivolta dalla direttiva Appalti a questa tematica, da considerarsi prioritaria anche in

---

<sup>6</sup> L'art. 53 della dir. 2004/18/CE, oltre a disciplinare diversamente il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, lo indicava come meramente alternativo (cioè senza esprimere alcuna preferenza fra i due) rispetto a quello del prezzo più basso.

<sup>7</sup> Ai sensi del cons. 92 *“nel valutare il miglior rapporto qualità/prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero determinare i criteri economici e qualitativi connessi all'oggetto dell'appalto che applicheranno a tal fine. (...) Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a scegliere criteri di aggiudicazione che consentano loro di ottenere lavori, forniture e servizi di alta qualità che rispondano al meglio alle loro necessità.”*

relazione agli obiettivi strategici di *Europa 2020*<sup>8</sup>, si coglie in modo puntuale nelle indicazioni di cui al cons. 47 ove si stabilisce che *“le autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l’innovazione. L’acquisto di prodotti, lavori e servizi innovativi svolge un ruolo fondamentale per migliorare l’efficienza e la qualità dei servizi pubblici e nello stesso tempo affrontare le principali sfide a valenza sociale”*.

Per la concreta realizzazione degli obiettivi legati all’innovazione, la direttiva Appalti attribuisce un ruolo fondamentale al reperimento di prodotti, lavori e servizi per il tramite della procedura di partenariato disciplinata dall’art. 31 della direttiva medesima. Aldilà delle peculiarità di tale procedura<sup>9</sup>, ciò che appare significativo è che il partenariato per l’innovazione viene indicato quale soluzione non derogabile dagli Stati in sede di recepimento. In questo senso, la direttiva si discosta dalla soluzione accolta dieci anni prima nella direttiva 2004/18/CE con riferimento al dialogo competitivo indicato come procedura che gli Stati avevano la facoltà di introdurre per gli *“appalti particolarmente complessi”* (art. 29, comma 1).

V’è da ritenere che la scelta di introdurre con norma non derogabile il partenariato per l’innovazione sia da giustificare in ragione della riscontrata “prudenza” di alcuni Stati membri (fra i quali l’Italia) nel rendere operativo la procedura del dialogo competitivo disciplinata già dalla direttiva del 2004. In effetti, le sorti di questa procedura sono state non positive: originariamente accolto nell’art. 58 del Codice dei Contratti del 2006, la sua efficacia è stata prorogata per ben tre volte.

Al riguardo, però, preme osservare che la direttiva 2014, nel disciplinare i due istituti (artt. 30 e 31) pone delle regole molto puntuali e dettagliate che, a prescindere dalla reazione che avranno gli

---

<sup>8</sup> La strategia *Europa 2020* prevede quale obiettivo fondamentale una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva (si veda la comunicazione della Commissione COM/2010 del 3 marzo 2010). La strategia globale e i relativi obiettivi sono stati discussi dal Parlamento europeo e approvati dal Consiglio europeo in occasione dei vertici di marzo e giugno 2010. A distanza di quasi cinque anni dall’avvio del progetto, il 5 marzo 2014, la Commissione UE ha elaborato un primo bilancio (documento reperibile all’indirizzo web [http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/europe2020stocktaking\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/europe2020stocktaking_it.pdf)) dalle cui conclusioni si rileva, per un verso, l’assoluta attualità degli obiettivi strategici individuati nel 2010 e, per altro verso, la necessità di approvare delle indicazioni più puntuali per il prosieguo della strategia in considerazione della crisi economico-finanziaria che ha colpito l’Unione Europea incidendo anche sull’effettivo conseguimento dei risultati attesi.

<sup>9</sup> In estrema sintesi, essa consiste nella possibilità di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi per il successivo acquisto da parte dell’amministrazione senza bisogno di una distinta ed autonoma procedura d’appalto per l’acquisto.



Stati membri in fase di recepimento, potrebbero consentire di ritenere – per questa parte – la direttiva “autoapplicabile”<sup>10</sup>.

## 5. Il *favor* per le piccole e medie imprese

Uno degli obiettivi delle direttive UE 2014, strettamente connesso alla tutela del principio di libera concorrenza fra gli operatori economici, è quello di facilitare la partecipazione alle gare d'appalto delle piccole e medie imprese (PMI).

Va certamente letta in questa prospettiva la nuova disciplina (art. 46 della direttiva) riguardante la divisione dei grandi appalti in lotti che, a discrezione dei singoli Stati membri, potrà anche essere estesa a tutti gli appalti ove si ritenga appropriata tale soluzione in concreto. La suddivisione dell'appalto in lotti separati può essere operata non solo in ragione di criteri di natura quantitativa ma anche qualitativa avendo riguardo, per esempio, alle varie categorie di lavori o specializzazioni occorrenti. In proposito il cons. 78 della direttiva 2014/24/UE ravvisa la suddivisione in lotti quale “*opportunità*” per le amministrazioni in armonia a quanto stabilito nel *Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici* di cui al documento programmatico dei servizi della Commissione europea del 25 giugno 2008 SEC(2008) 2193.

La direttiva, in ogni caso, chiarisce che rimane in capo alla stazione appaltante la facoltà di non procedere alla suddivisione dell'appalto in lotti fornendo adeguata motivazione di tale scelta nella relazione unica prevista dall'art. 84 della direttiva o nei documenti di gara.

La disciplina della suddivisione in lotti, con riferimento all'ordinamento interno, non dovrebbe comportare degli stravolgimenti considerato che l'Italia – di recente – si è dotata di analoga normativa diretta a favorire le PMI. L'art. 26 bis del d.l. 69/2013, convertito in L. 98/2013, ha novellato il comma 1 bis dell'art. 2 del Codice degli Appalti stabilendo che “*al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese. Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti*”<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> In questo senso, con riferimento all'art. 29 della dir. 2004/18/CE, si esprime M. PANDOLFINO nel contributo *Il dialogo competitivo* in F. SAITTA (a cura di), *op. cit.*, p. 579. Più in generale sull'argomento, F. ASTONE in *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999, p. 157.

<sup>11</sup> Sul tema si registra, a seguito della novella legislativa citata, un'inversione rispetto alla previgente disciplina sia del Codice dei Contratti (in particolare, art. 29) che limitava la possibilità di frazionamento dell'appalto in lotti al fine di evitare rischi di elusione delle norme di matrice comunitario ed interna sulla calcolo del valore dell'appalto. La suddivisione in lotti, pertanto, ove finalizzata ad agevolare la partecipazione alle gare delle PMI diviene obbligatoria per le stazioni appaltanti.



Nonostante la normativa interna appaia in un certo senso già “adeguata” rispetto alle indicazioni della direttiva UE 2014, si ritiene che il suo percorso di recepimento potrà costituire occasione utile per porre soluzione ad alcuni profili di difficile interpretazione che hanno costituito motivo di contenzioso. In particolare, pur nel rispetto dell’autonomia delle singole amministrazioni di scegliere se frazionare o meno l’appalto, la casistica giurisprudenziale mette in luce una certa complessità nell’interpretazione della nozione di “convenienza economica” della suddivisione in lotti e conseguentemente dubbi circa la legittimità delle clausole dei bandi di gara che disciplinano il frazionamento dell’appalto.

Sempre nella prospettiva di favorire la partecipazione alle gare delle PMI va letta la disposizione della direttiva Appalti 2014 che disciplina i requisiti di fatturato che devono possedere gli operatori economici. Ai sensi del cons. 83 della direttiva, infatti, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che le imprese partecipanti abbiano un fatturato minimo purchè esso sia proporzionato all’oggetto dell’appalto; il fatturato, in particolare, non dovrebbe superare, al massimo, il doppio del valore stimato dell’appalto e, in ogni caso, risultare da espressa motivazione resa nei documenti di gara (art. 58, paragrafo 3, comma 2, della direttiva Appalti). Rispetto alla disciplina interna già vigente *in subiecta materia* (art. 41, comma 2, del Codice dei Contratti), che impone il generale obbligo di congrua motivazione in ordine ai limiti di accesso connessi al fatturato aziendale<sup>12</sup>, la direttiva aggiunge il divieto di fissare valori di fatturato minimo superiori al doppio dell’importo complessivo dell’appalto.

## **6. L’uso degli appalti come strumento di politica sociale, dell’occupazione e dell’ambiente**

Le nuove direttive del 2014, ed in particolare la direttiva 2014/24/UE, pone un’attenzione specifica al tema della tutela sociale e del lavoro. Il cons. 36 della direttiva citata, infatti, statuisce che *“lavoro e occupazione contribuiscono all’integrazione nella società e sono elementi chiave per garantire pari opportunità a tutti”*.

In questa prospettiva il legislatore comunitario autorizza le amministrazioni aggiudicatrici a bandire procedure di gara riservate agli operatori economici che, nell’esercizio della propria attività imprenditoriale, promuovono concretamente la tutela di categorie di lavoratori svantaggiate.

---

<sup>12</sup> L’art. 41, comma 2, del Codice dei Contratti, come modificato dall’art. 1, comma 2-bis, lett. b), d.l. 95/2012 convertito dalla l. 7 agosto 2012 n. 135 stabilisce che *“sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale”*.



Pur non essendo un tema del tutto nuovo, con la disciplina in esame, viene dato un maggiore impulso all'impegno su questo fronte. Già la direttiva Appalti 2004/18/CE (art. 19), infatti, aveva individuato la possibilità per gli ordinamenti interni di prevedere la riserva degli appalti a tali categorie di operatori economici ancorchè tale impegno fosse limitato alla promozione delle pari opportunità in favore di quelle imprese che occupassero al proprio interno lavoratori disabili (cd. *sheltered workshops*).

La disposizione aveva trovato un timido recepimento in Italia attraverso la disposizione contenuta all'art. 52 del Codice dei Contratti che stabilisce che “(..) *le stazioni appaltanti possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. Il bando di gara menziona la presente disposizione*”.

Rispetto alla disciplina del 2004-2006, la direttiva 2014 amplia, sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo, il campo di applicazione della normativa sugli appalti riservati. Invero, tali procedure – ai sensi dell'art. 20 della direttiva 2014/24/UE – sono ammissibili non soltanto per gli *sheltered workshops* ma anche per le imprese sociali il cui scopo principale sia l'integrazione sociale o professionale delle persone svantaggiate, estendendo il campo di applicazione alle imprese che occupano lavoratori disoccupati o comunque svantaggiati che non versano in condizione di disabilità. Si tratta, com'è evidente, di una risposta che il legislatore vuole dare, nella materia dei contratti pubblici, alle difficoltà legate alla crisi economica e sociale che ha investito l'area europea nell'ultimo decennio.

Grazie a tale estensione dell'ambito soggettivo, con riferimento all'ordinamento interno, potranno certamente ambire alla partecipazione a procedure riservate tutte le cooperative sociali individuate ai sensi dell'art. 1 lett. b) della l. 381/1991 e s.m.

Come detto, l'ampliamento del campo di applicazione della norma sugli appalti riservati non riguarda solo il profilo soggettivo ma anche quello oggettivo essendo stata ridotta la percentuale minima di lavoratori svantaggiati occupati necessaria per accedere alla riserva: il quoziente minimo della maggioranza è stato ridotto, infatti, al 30% (art. 20, paragrafo 1, della direttiva).

Queste nuove norme dovranno necessariamente impegnare il legislatore interno, in fase di recepimento, ad assumere una posizione più decisa rispetto alla disciplina attualmente prevista dall'art. 52 del Codice dei Contratti.



Aldilà del recepimento delle novità emergenti dalla nuova direttiva (l'estensione alle imprese sociali e la riduzione della percentuale minima di lavoratori svantaggiati occupati), inoltre, è auspicabile che l'occasione sia sfruttata per dotare l'ordinamento interno di una normativa generale sugli appalti riservati più chiara e puntuale.

Tale adempimento, fra l'altro, consentirebbe di superare i dubbi di legittimità che frequentemente sono stati sollevati nelle ipotesi in cui le stazioni appaltanti optano per "riservare" l'appalto. Detti dubbi, generalmente, riguardano il rispetto dei principi basilari di concorrenza e massima partecipazione.

Che l'appalto "riservato" costituisca astrattamente una deroga al principio della concorrenza è certo. Peraltro, non può escludersi – anzi le nuove norme delle direttive 2014 lo confermano chiaramente – che talune deroghe siano ammissibili in nome di un interesse metagiuridico di eguale rango quale, appunto, l'interesse sociale.

Un altro aspetto che merita di essere evidenziato con riguardo alle novità introdotte dalla direttiva Appalti 2014 concerne la maggiore attenzione rivolta al rispetto delle norme di gestione ambientale.

La disciplina previgente era contenuta all'art. 50 della direttiva 2004/18/CE che consentiva alle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere agli operatori economici di documentare, fra i requisiti di accesso alla gara, il rispetto delle norme di gestione ambientale avvalendosi di certificazioni conformi al sistema comunitario di ecogestione e *audit* (EMAS)<sup>13</sup>.

La norma è stata recepita in Italia, senza significative integrazioni, dall'art. 44 del Codice dei Contratti che chiarisce altresì che le stazioni appaltanti "*riconoscono i certificati equivalenti in materia rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri*" ed "*accettano parimenti altre prove relative a misure equivalenti in materia di gestione ambientale*". Come osservato in dottrina<sup>14</sup>, in materia di gestione ambientale, sia nella disciplina comunitaria che in quella interna, era prevalsa la convinzione che una normativa oltremodo restrittiva (che, per esempio escludesse la facoltà per gli operatori

---

<sup>13</sup> *Eco-Management and Audit Scheme (EMAS)* è uno strumento creato dalla [Comunità europea](#) nell'ambito del V Programma d'azione a favore dell'ambiente; ad esso possono aderire volontariamente le organizzazioni (aziende, enti pubblici, ecc.) per valutare e migliorare le proprie prestazioni ambientali e fornire al pubblico e ad altri soggetti interessati informazioni sulla propria gestione ambientale. Scopo prioritario dell'EMAS è contribuire alla realizzazione di uno sviluppo economico sostenibile, ponendo in rilievo il ruolo e le responsabilità delle imprese. La seconda versione di EMAS (*EMAS II*) è stata pubblicata dall'Unione europea con il reg. 761/2001, modificato successivamente dal reg. 196/2006. La terza versione (*EMAS III*) è stata pubblicata il 22 dicembre 2009 con il reg. 1221/2009 che abroga e sostituisce le precedenti disposizioni. Sull'argomento M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in R. GAROFOLI - M.A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 663 ss.

<sup>14</sup> M. OCCHIENA, *op. ult. cit.*, p. 665.



economici di documentare il rispetto delle norme ambientali attraverso certificazioni “equivalenti”) avrebbe probabilmente ingessato eccessivamente le procedure di gara e soprattutto non avrebbe favorito il consolidarsi di *best practices* ispirate al dialogo ed alla leale collaborazione fra appaltatore e imprese finalizzate alla effettiva attuazione di misure di tutela dell’ambiente.

La nuova direttiva Appalti 2014, all’art. 62 paragrafi secondo e terzo, ripropone la disciplina previgente in materia di rispetto delle norme di gestione ambientale solo in parte. Difatti, mentre il secondo paragrafo dell’art. 62 richiama, nuovamente, i sistemi di ecogestione e *audit* EMAS, il terzo paragrafo pone dei limiti più stringenti – rispetto al passato – alla facoltà delle stazioni appaltanti di accettare prove documentali “equivalenti” sul rispetto dei parametri ambientali. La norma, infatti, vincola l’esercizio di questa facoltà alla circostanza che gli operatori economici dimostrino di non potere conseguire le certificazioni ordinarie nei termini richiesti per motivi ad essi non imputabili.

Se, per un verso, dunque, la direttiva circoscrive la possibilità per le stazioni appaltanti di accettare prove documentali “equivalenti”, per altro verso, la disposizione in esame responsabilizza le amministrazioni che saranno chiamate a valutare, fornendo adeguata motivazione, la legittimità delle giustificazioni addotte dalle imprese in ordine alla mancata acquisizione delle certificazioni ambientali ordinarie.

Il legislatore interno, in fase di recepimento, dovrà necessariamente adeguare la disposizione del Codice dei Contratti (art. 44) alla nuova disciplina comunitaria modificando l’attuale regime di attestazione dei requisiti di rispetto delle norme di gestione ambientale. In questa occasione, sarebbe opportuno che venisse rafforzato il tenore della disposizione interna che – ad oggi pare – limitarsi a riproporre il testo della precedente norma comunitaria, peraltro poco incisiva.

## 7. Conclusioni

Il percorso di recepimento delle direttive già avviato<sup>15</sup>, consente di formulare soltanto brevi e, necessariamente provvisorie, considerazioni conclusive.

Il primo dato che emerge in maniera netta dalla lettura sistematica delle norme europee è il ruolo delicato che l’UE affida agli Stati membri, riconoscendo loro un’ampia discrezionalità in sede di

---

<sup>15</sup> Il 29 agosto 2014 il Governo ha approvato il disegno di legge delega per l’approvazione, entro febbraio 2016, di un decreto legislativo che approvi un nuovo corpus normativo denominato “*Codice dei contratti e delle concessioni pubbliche*”. Ad oggi il d.d.l. (S.1678) è all’esame dell’ottava commissione del Senato. Si segnala che, parallelamente a tale iniziativa governativa, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, il 16.4.2014, ha istituito con proprio decreto un tavolo tecnico aperto a diverse rappresentanze del mondo istituzionale ed economico con l’obiettivo di individuare delle linee guida il più possibile condivise che tengano conto delle reali esigenze avvertite dagli operatori.



adeguamento delle norme interne sui contratti pubblici. Come osservato in precedenza sono numerosi gli ambiti nei quali agli Stati è richiesto non un “adeguamento” in senso stretto quanto piuttosto l’esercizio di una potestà legislativa piena. La sfida, dunque, che si pone in capo alle istituzioni governative dei diversi stati è di non poco conto.

Per quanto concerne il nostro Paese, l’impegno che attende il legislatore può costituire davvero l’occasione, forse l’ultima occasione, per fare ordine e sistema nella disciplina interna degli appalti. La codificazione del 2006, difatti, rispecchia solo in parte le caratteristiche tipiche di un corpo sistematico e organico di norme confluendo al suo interno molte disposizioni di elevata complessità che non favoriscono gli obiettivi di certezza e trasparenza cui dovrebbe tendere il sistema nella sua interezza.

In particolare, il recepimento delle nuove direttive europee potrà finalmente consentire un reale recupero degli appalti nel sistema economico nazionale assicurando efficienza delle procedure, promozione della concorrenza e competitività del mercato e soprattutto la semplificazione dell’attuale quadro normativo in relazione alla partecipazione alle gare dando prevalenza alla valutazione sostanziale delle offerte anziché agli adempimenti formali. Il legislatore interno, con coraggio, potrà procedere ad una revisione delle regole sulle cause di esclusione definendo modelli omogenei da utilizzare preferibilmente in modalità elettronica a supporto dell’*e-procurement*.

Un altro settore che mostra nell’attuale disciplina del Codice dei Contratti forti criticità e che dovrà essere oggetto di riordino è il sistema dei controlli sui requisiti di partecipazione autodichiarati dalle imprese (art. 38 del Codice) favorendo il ricorso a meccanismi di silenzio assenso, attualmente previsti limitatamente alle certificazioni sulla regolarità delle posizioni nei confronti degli enti previdenziali. In questa prospettiva potrà essere migliorato il funzionamento del sistema di accertamento attraverso la Bdncp (art. 6 *bis* del Codice) che attualmente si risolve in un paradossale aggravamento procedimentale essendo di fatto uno strumento di mera intermediazione fra le stazioni appaltanti e gli enti certificatori.

E’ auspicabile, dunque, che in occasione del recepimento delle direttive 2014, per un verso, si stabiliscano termini più brevi per la conclusione dei procedimenti di verifica dei requisiti da parte delle amministrazioni certificanti e, per altro verso, si favorisca la semplificazione e razionalizzazione dei sistemi di controllo del possesso dei requisiti per la partecipazione alle gare in modo che non costituiscano un aggravio procedurale bensì un’opportunità per garantire efficienza ed efficacia delle procedure.



Questi obiettivi potranno essere raggiunti soltanto se l'approccio del legislatore italiano sarà ambizioso, teso cioè ad una riforma radicale del Codice dei Contratti e non ad un mero aggiornamento dello stesso alle novità della legislazione europea. E ciò, soprattutto, se si tiene conto che le tre direttive 2014 si compongono complessivamente di 259 articoli che stanno in relazione con non più della metà degli attuali 257 articoli del Codice dei Contratti. Il rischio connesso ad un mera cosmesi ed aggiornamento del Codice è quello di creare un *monstrum* giuridico frutto di una stratificazione ed iperfetazione normativa totalmente priva di organicità e sistematicità.

La sfida che attende il nostro legislatore è unica anche per il momento storico in cui si pone; se si considera che, stando ai dati forniti dalla Commissione europea nel 2014<sup>16</sup>, l'Italia spende più del 15% del suo PIL negli appalti pubblici si converrà che una buona ed efficace normativa in materia di appalti ha un valore non soltanto tecnico-giuridico ma politico e sociale in quanto è in grado di assumere un significato determinante in una fase di crisi economica come quella che il Paese sta attraversando.

---

<sup>16</sup> *Relazione dell'U.E. sulla lotta alla corruzione* del 3.2.2014 COM(2014) 38.