

## **7. Le nuove Direttive europee in materia di appalti e concessioni: obiettivi europei, prospettive di recepimento, attività di supporto della Commissione europea – Seminario del 7 febbraio 2014, Roma.**

*Intervento di Paola Zanetti<sup>1</sup>.*

Il Seminario di oggi si articolerà nelle seguenti parti: la presentazione delle nuove direttive, il percorso legislativo dei testi e l'attuale situazione, gli obiettivi e le finalità delle direttive. Ci soffermeremo poi, più in dettaglio, sulle parti per le quali è richiesto o è possibile un intervento degli Stati membri e farò anche un accenno all'attività della Commissione europea di assistenza agli Stati membri nell'attività di trasposizione.

Il processo di revisione delle direttive è iniziato nel 2011 con la pubblicazione di un Libro verde, la parallela valutazione dei testi esistenti delle direttive appalti ed una consultazione pubblica. Il tutto è culminato in una conferenza e le proposte sono state adottate dalla Commissione europea alla fine del 2011. Si tratta di un pacchetto di tre proposte di direttive: la direttiva appalti, la direttiva appalti nei “settori speciali”, la direttiva in materia di concessioni. Le prime due sostituiscono le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, mentre la direttiva sulle concessioni è una direttiva del tutto nuova che riunisce in un'unica direttiva le precedenti norme in materia di concessioni di lavori, già regolamentate in seno alla direttiva 2004/18, con le nuove norme sulle concessioni di servizi. Il processo legislativo è iniziato nel gennaio 2012, con l'adozione della posizione comune del Consiglio alla fine del 2012, la presentazione degli emendamenti da parte del Parlamento europeo e la relazione del relatore. Successivamente, i negoziati di “trilogo”, iniziati a marzo del 2013, si sono conclusi a luglio. I negoziati sono stati intensi e si sono svolti in un arco di tempo complessivamente ridotto, come conseguenza del fatto che la riforma delle direttive appalti è stata voluta dall'Atto per il mercato unico e che le direttive appalti erano una delle dodici leve di rilancio della crescita dell'economia europea. Fin dall'inizio, pertanto, era previsto un calendario molto ambizioso. A luglio è stato raggiunto l'accordo politico sui testi, da luglio a gennaio il periodo di revisione linguistica giuridica e di traduzione, a febbraio l'adozione finale del testo da parte del Consiglio. Le direttive entreranno in vigore il ventesimo giorno dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'UE (marzo 2014) e il termine di trasposizione per gli Stati membri è di due anni dalla loro entrata in vigore.

Gli obiettivi iniziali, all'epoca della presentazione delle proposte da parte della Commissione europea, erano tanti e di uguale importanza. In particolare, la semplificazione, l'accessibilità e l'utilizzo strategico degli appalti. Le difficoltà nella redazione e nella negoziazione del testo erano soprattutto riconducibili allo sforzo di mantenere un equilibrio tra questi obiettivi principali. Il primo obiettivo era quello di avere procedure più semplici e di fornire all'amministrazione aggiudicatrice più flessibilità, vale a dire, avere una serie di strumenti a disposizione e un maggior ambito di discrezionalità in modo da potersi meglio adattare alla realtà locale. L'altro grande obiettivo, che proviene da atti come la Strategia Europa 2020, era l'utilizzo strategico degli appalti pubblici. Si può notare che proprio in questi due ambiti – semplificazione e utilizzo strategico degli

---

<sup>1</sup> Vice Capo Unità Public Procurement Legislation II, DG MARKT, Commissione europea. Il testo è stato tratto dall'intervento svolto al Seminario ed è stato successivamente rivisto dalla relatrice. Le opinioni espresse sono quelle personali della relatrice e non costituiscono una presa di posizione ufficiale della Commissione europea, né sono per essa vincolanti.

appalti pubblici – si sono fatti importanti passi in avanti superando alcuni grandi tabù preesistenti. Di certo c'è ora uno spazio più ampio per la negoziazione, vedremo infatti che è più facile accedere alla “procedura negoziata con previa pubblicazione” ora chiamata “procedura competitiva con negoziazione” e che sono state introdotte nuove procedure che prevedono fasi importanti di negoziazione. Altro grande passo in avanti è stato fatto nel riconoscere il valore dell'appalto in quanto strumento di politica, in particolare verso l'inclusione di considerazioni di tipo ambientale, sociale e di sostegno all'innovazione. Altri obiettivi della riforma sono quello di migliorare l'accesso, in particolare delle PMI, e di migliorare l'accesso transfrontaliero agli appalti che, al momento, è ancora molto ridotto. Inoltre, una particolare attenzione è posta sulla legalità delle procedure insieme al rafforzamento della lotta alla corruzione e alla frode. Tutto ciò è sotteso da un grande obiettivo della Commissione europea: migliorare la governance dell'applicazione di queste norme. Si tratta di un obiettivo che è stato un po' ridotto dal Consiglio e dal Parlamento europeo, rimanendo però molto importante per la fase successiva di trasposizione e di applicazione quotidiana da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, considerato che le norme in sé non permettono il raggiungimento degli obiettivi senza un'adeguata professionalità di chi le applica. Tutto ciò richiede uno sforzo congiunto da parte della Commissione europea e degli Stati membri. Va aggiunto inoltre che questo quadro legislativo interviene all'interno di una disciplina internazionale che pone dei limiti. Vi sono accordi internazionali, in particolare l'accordo plurilaterale sugli appalti pubblici nell'ambito dell'OMC, e una serie di accordi bilaterali, che pongono limiti al legislatore europeo su questo tema.

Passiamo ora in rassegna i singoli obiettivi.

Il primo obiettivo è quello della semplificazione e, in primo luogo, dare maggiore spazio alla negoziazione. A questo proposito, le nuove norme prevedono due nuove procedure: una è l'attuale procedura negoziata con previa negoziazione - “procedura competitiva con negoziazione” - che, rispetto alla procedura attuale, da un lato, è molto più inquadrata e, dall'altro, vi sono nuovi casi in cui è possibile ricorrervi. Pur non essendo equiparata alla “procedura aperta” e alla “procedura ristretta”, i casi in cui si può ricorrere a questa procedura sono stati notevolmente ampliati. In particolare, è possibile ricorrere a questa procedura ogni qual volta siano necessari adattamenti alle soluzioni già esistenti. In cambio di questa apertura verso l'utilizzo della procedura, essa è più regolamentata. Le norme intervengono più nel dettaglio di quanto facciano attualmente, prevedendo quali sono i passaggi, gli aspetti che non possono essere negoziati, i criteri di aggiudicazione, i requisiti minimi, ecc. Accanto a questa, vi è la procedura di “dialogo competitivo” (già presente ma ora migliorata e semplificata) che è accessibile alle stesse condizioni a cui è accessibile la prima, con la differenza, tra le due, che nella prima si sa già quello che si intende acquistare, mentre nel caso del dialogo competitivo si deve ancora determinare l'oggetto, e la procedura serve a dialogare per arrivare insieme ad una soluzione. Accanto a queste due, vi è una terza procedura che prevede la negoziazione: si tratta del “partenariato per l'innovazione”, una procedura nuova che mette insieme la fase pre-commerciale, di ricerca, e la fase commerciale. Questa procedura si utilizza quando si intendono acquistare beni e servizi che non esistono ancora sul mercato. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie uno o più partner con cui svilupperà la fase di ricerca, ci saranno delle fasi intermedie in cui l'amministrazione sarà sempre abilitata a risolvere i contratti esistenti, perché i risultati non sono soddisfacenti o non sono stati raggiunti. Lo stimolo all'innovazione viene dalla garanzia che il prodotto finale verrà acquistato. Gli altri aspetti rilevanti riguardano alcuni elementi

di semplificazione garantiti alle amministrazioni sub-centrali, come le Regioni o gli Enti locali, che potranno pubblicare un avviso di pre-informazione senza pubblicare i bandi ogni volta. Saranno gli Stati membri ad accordare o meno questa possibilità. Sono stati utilizzati tutti gli ambiti di azione ammessi dall'accordo OMC, tra cui la possibilità di fissare i termini di comune accordo con gli offerenti nelle procedure ristrette e negoziate, e quindi la possibilità di termini più brevi. Un altro elemento di semplificazione è dato dall'obbligatorietà degli acquisti elettronici. Per questo aspetto, è previsto un calendario un po' più lungo rispetto a quello di trasposizione della direttiva. Per le centrali di acquisto l'obbligo di passare interamente all'elettronica è previsto per il 2017, mentre nel 2018 questa sarà obbligatoria per tutte le amministrazioni aggiudicatrici. Si noti che, parlando di acquisti elettronici, ci si riferisce non solo alla pubblicazione e alla messa a disposizione di documenti, ma anche alla presentazione delle offerte elettroniche. Ciò significa, pertanto, che ogni tipo di comunicazione dovrà essere fatto per via elettronica. Questo è uno degli elementi su cui la Commissione ha insistito di più, perché è stato stimato che il passaggio interamente all'elettronica comporta un'economia di 100 miliardi l'anno a livello europeo. Un altro elemento di semplificazione si incentra sulla riduzione delle formalità e riguarda sia l'amministrazione aggiudicatrice che gli operatori economici che partecipano alla procedura. Il principio è che si partecipa alle gare unicamente sulla base delle autocertificazioni, quindi tutta la documentazione viene presentata esclusivamente dell'impresa che risulta aggiudicataria dell'appalto. Inoltre, per facilitare l'utilizzo delle autocertificazioni ci sarà un documento, il “documento di gara unico europeo”, un formulario standard disponibile in tutte le lingue, in versione unicamente elettronica. Sulla base di questo documento si potrà partecipare agli appalti, avverrà la selezione qualitativa e la valutazione delle offerte, infine l'impresa vincitrice sarà chiamata a presentare i documenti di supporto. In certi Stati membri sono già disponibili banche dati in cui i dati relativi ai criteri di selezione e ai motivi di esclusione sono disponibili direttamente. A questo proposito, con le nuove direttive viene introdotto il principio per cui se un'amministrazione aggiudicatrice può accedere direttamente a questi dati mediante l'utilizzo di una banca dati, non deve richiedere i documenti all'impresa. Ci vorrà un po' di tempo perché ciò possa avvenire in tutti gli Stati membri. Si tratta di un processo che sarà fatto via autorizzazione ad accedere alle banche dati, accompagnato da norme che garantiscano l'accesso da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di uno Stato membro alle banche dati di un altro Stato membro, alle stesse condizioni, senza oneri finanziari e direttamente. Per assistere lo sviluppo di questo collegamento on line è previsto l'utilizzo di IMI - Internal Market Information system - che collega le amministrazioni basandosi su domande e risposte pre-tradotte, facilitando così lo scambio di informazioni tra le amministrazioni stesse. L'IMI, come è noto, è uno strumento di carattere orizzontale, già utilizzato in varie aree, tra cui le professioni regolamentate e la direttiva servizi.

Sempre rispetto all'obiettivo generale di semplificazione, sono stati effettuati interventi volti a chiarire meglio dal punto di vista giuridico il campo di applicazione delle direttive. Il primo grande intervento si rinviene nel campo dei servizi. Attualmente vi è la lista A (servizi “prioritari”, per l'aggiudicazione dei quali si applicano tutte le norme delle direttive), e la lista B (servizi “non prioritari”, per i quali si applicano solo due articoli delle direttive). Nella lista dei servizi B vi è una categoria residuale indicata come “altri servizi”. Ciò significa che, nel sistema attuale, quando si intende aggiudicare un appalto di servizi, o il tipo di servizio rientra nell'elenco dei servizi A, e quindi si applica tutto il regime delle direttive, oppure è sufficiente pubblicare un avviso di pre-informazione e rispettare le specifiche tecniche. La valutazione delle direttive attuali ha mostrato

che, nell’ambito di questi servizi di tipo B, alcuni presentavano un interesse transfrontaliero anche maggiore rispetto ad alcuni servizi della lista A. L’intervento della Commissione, pertanto, è stato quello di cambiare completamente il sistema: non esistono più né la lista A né la lista B e, soprattutto, non esiste più una categoria residuale. Per l’aggiudicazione di servizi, in linea di massima, si applicano tutte le disposizioni delle direttive, tranne che per alcuni servizi particolari indicati in un elenco tassativo, inizialmente previsti dalla Commissione nell’elenco dei servizi sociali, culturali e ricreativi, riconoscendo per queste tipologie di servizi la necessità di prevedere norme più leggere e di lasciare agli Stati membri più libertà su come regolare l’aggiudicazione. In esito ai negoziati, accanto a questi servizi - sociali, culturali, sanitari e ricreativi – sono stati ricompresi altri servizi, come alcuni servizi di tipo giuridico-legale, alberghieri e di ristorazione. In ogni caso, l’obiettivo di portare la maggior parte dei servizi nell’ambito dell’applicazione piena della direttiva è stato raggiunto. Quindi non è più prevista quella categoria residuale che lasciava spazio all’incertezza giuridica e all’interpretazione residuale. Con le nuove disposizioni, o il servizio è elencato nel nuovo allegato XVI, oppure per aggiudicarlo bisogna applicare tutte le norme della direttiva. Un altro importante ambito di intervento chiarificativo è stato quello delle norme sulle relazioni Pubblico-Pubblico, un’area non regolata dai testi attuali, in cui vi era solo la giurisprudenza che, peraltro, non ne individuava esattamente tutti i contorni. L’obiettivo è stato quello di assicurare un appropriato equilibrio tra la legittima facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici di organizzarsi tra loro per fornire servizi, e la necessità di evitare distorsioni del mercato. Partendo dall’aspetto di PPP verticale, la base di riferimento è stata la giurisprudenza della Corte di Giustizia (cd. “*in house*”, giurisprudenza “Teckal” e seguente). Un intervento più “creativo”, invece, è stato fatto nell’ambito della cooperazione orizzontale, perché in questo ambito la giurisprudenza era meno presente (sentenza “Amburgo”). Nel corso dell’iter legislativo sono intervenute due nuove sentenze (sentenza “ASL Lecce” e sentenza “Piepenbrock”) che hanno permesso di avere una guida ulteriore. Per quanto riguarda l’*“in-house”* - quindi il “controllo” da parte dell’amministrazione aggiudicatrice di un’entità, come fosse un proprio servizio - sono state introdotte cifre precise su cosa si intende per necessità che l’entità eserciti la maggior parte delle sue attività nei confronti dell’amministrazione che esercita il controllo (minimo 80%) e il divieto di partecipazione privata “diretta” al capitale, con l’eccezione che la partecipazione al capitale dell’impresa controllata sia richiesta dalla legge e non conferisca poteri di controllo o diritto di veto sull’attività dell’organizzazione. Vi è poi l’ipotesi del controllo congiunto. Ancora più rilevante è il caso della cooperazione orizzontale, che avviene unicamente tra amministrazioni aggiudicatrici per l’esecuzione di un servizio pubblico finalizzato a obiettivi comuni. L’obiettivo, in questo caso, è quello di garantire che le amministrazioni aggiudicatrici possano mettere insieme mezzi e strutture in modo da poter fornire servizi pubblici. Perché vi sia una cooperazione orizzontale, esentata quindi dall’applicazione delle direttive, è richiesto che questa cooperazione sia improntata all’interesse pubblico e, parallelamente a quanto definito nell’*“in house”*, che svolga meno del 20% di attività sul mercato libero, dunque che l’80% della sua attività sia dedicata alla cooperazione orizzontale in quanto tale.

Il secondo obiettivo è quello dell’utilizzo strategico. Si tratta chiaramente di un obiettivo che comporta meno semplificazione, vale a dire che la possibilità riconosciuta all’amministrazione aggiudicatrice di utilizzare gli appalti per raggiungere obiettivi ambientali, sociali o di stimolo all’innovazione, renderà più complesso il procedimento, dunque per quest’area ci sarà bisogno di linee guida e di assistenza più mirata. L’utilizzo strategico era uno dei grandi temi che poneva il

Libro verde nell’ambito del processo di consultazione. La risposta che è arrivata è stata univoca, nessuno voleva norme che incidessero sulla libertà di definire cosa comprare (*what to buy*), questo aspetto viene demandato alle legislazioni settoriali eventuali. La legislazione orizzontale sugli appalti, infatti, detta norme su “come” acquistare (*how to buy*), non su “cosa”. Altro elemento chiave da tenere a mente è che permane il principio del legame con l’oggetto del contratto, vale a dire che non si possono chiedere elementi che non sono collegati a ciò che si intende acquistare. Questo principio, peraltro, ha subito un’evoluzione notevole grazie all’introduzione del concetto del “processo di produzione”. Si superano quindi una serie di incertezze e di ostacoli, in alcuni casi, legati al fatto che si possono inserire clausole che riguardano il processo di produzione del bene o del servizio, anche se non si riflettono nella sua sostanza, cioè non sono tangibili o visibili nel prodotto acquistato (ad esempio l’utilizzo di sostanze non nocive nel processo di produzione). In questo caso il prodotto finale è lo stesso ma, nel processo di produzione, vi è un qualcosa che è rilevante per l’amministrazione aggiudicatrice. Vi è inoltre l’introduzione del “costo del ciclo di vita”. In quest’ambito si possono anche prendere in considerazione costi esterni, purché monetizzabili, che non sono sopportati dall’amministrazione ma dalla collettività (tipicamente, l’impronta CO2 del bene o del servizio). Inoltre, vi è una facilitazione dell’uso delle etichette (*labels*). Queste si possono richiedere tali e quali se i criteri che ne permettono l’ottenimento sono legati all’oggetto del contratto, diventa così possibile utilizzare l’etichetta in quanto tale. Naturalmente deve sempre essere possibile per un operatore presentare un’etichetta equivalente, anche se non è quella richiesta, e deve sempre essere possibile presentare una documentazione sostitutiva qualora non ci sia stato il tempo di ottenere l’etichetta in questione.

Per quanto riguarda i criteri ambientali e sociali c’è un grande elemento di novità rispetto alla proposta iniziale della Commissione. Infatti, sulla base di una “clausola orizzontale” che rientra tra i principi generali degli appalti - e che ritorna nel corso del testo, con riferimenti in vari ambiti - per un’amministrazione aggiudicatrice sarà ora possibile decidere di non aggiudicare l’appalto all’impresa che risulterebbe aggiudicataria a seguito della valutazione, se essa constata che l’offerta non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale o di diritto del lavoro, Si tratta di una possibilità, vale a dire che lo Stato potrà renderlo obbligatorio. E’ inoltre previsto un nuovo criterio di esclusione, specifico per il non rispetto di questo obbligo. Anche in questo caso si tratta di un criterio facoltativo, ma ancora una volta lo Stato membro potrà renderlo obbligatorio. Quindi l’operatore economico potrà essere escluso qualora in passato abbia violato queste norme, oppure, qualora le violi nel corso della procedura, oppure l’amministrazione si renda conto nel corso della procedura che le abbia violate. Molto importante è l’applicazione che viene fatta nel caso delle offerte anormalmente basse. In questo caso, qualora l’anormalità dell’offerta sia dovuta al mancato rispetto di obblighi sociali, ambientali e del lavoro, si prevede l’obbligo per l’amministrazione aggiudicatrice di rifiutare l’offerta. E poi ci sono delle applicazioni nel campo del subappalto. Questo è probabilmente uno degli aspetti più difficili e attualmente più controversi, dietro al quale si trova la problematica del costo del lavoro che, in determinati Stati membri è più basso che in altri Stati membri, vi è inoltre la problematica dei paesi terzi e, quindi, come si può ben immaginare è una clausola che può avere effetti dirompenti. Come anticipavo, il processo di produzione è un concetto chiave, quindi tutto quello che avviene durante tutto il ciclo di vita del prodotto o del servizio - produzione, utilizzo e anche dismissione - può rilevare ai fini dell’aggiudicazione dell’appalto. Il limite è la politica generale dell’impresa, cioè tutti questi elementi devono riferirsi al bene o servizio da acquistare e non possono essere dei requisiti a livello di impresa in generale.

Il costo del ciclo di vita rappresenta un incoraggiamento all'utilizzo delle considerazioni aggiuntive al prezzo che si paga al momento dell'acquisto.

In materia sociale ci sono altri due importi interventi. I contratti riservati: attualmente c'è una possibilità di contratti riservati per quelle organizzazioni che hanno al loro interno personale disabile nella misura del 50%. Si è intervenuti su questa disposizione per ampliarla e si è introdotta un'apertura molto marcata nei confronti delle imprese sociali: qualsiasi tipo di impresa e di organizzazioni il cui obiettivo sia quello di reinserimento sociale di determinate categorie - non più solo disabili, ma persone svantaggiate e pubblico vulnerabile - mentre la percentuale di queste persone svantaggiate scende dal 50% al 30%. Si tratta della possibilità di riservare ogni tipo di appalto (lavori, servizi, forniture). Inoltre ci sono alcune disposizioni, che si trovano in un titolo apposito della direttiva che parla del regime “light” speciale per i servizi sociali, culturali e ricreativi per i quali si stabilisce un regime con una soglia più elevata (750.000 €). Al di sotto di questa soglia, si considera che non c'è interesse transfrontaliero a meno che non vi sia una chiara indicazione in contrario. Se non c'è interesse transfrontaliero, non si applicano le direttive e i principi generali del Trattato. E' bene tenere presente, però, la necessità che siano assenti chiari elementi che indicano un interesse transfrontaliero. Ad esempio, i fondi strutturali sono un chiaro indice di interesse transfrontaliero (vd. considerando della direttiva), quindi si applicano i principi del Trattato, innanzitutto il principio di trasparenza. Al di sopra dei 750.000 € c'è l'obbligo di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. A fronte di questo, per quanto riguarda le norme di aggiudicazione di questi servizi interviene il legislatore nazionale, restando libero lo Stato membro di definire la procedure per l'aggiudicazione di questi servizi e facendo salva la libertà di organizzazione e di formazione delle norme più confacenti alla realtà di ogni paese.

Uno dei grandi obiettivi della riforma è quello di stimolare l'innovazione a livello europeo. E' nell'ambito di questo obiettivo, quindi, che l'esenzione della fase pre-commerciale dall'applicazione delle direttive viene salvaguardata. Inoltre, è prevista una nuova procedura, il “partenariato per l'innovazione”, una procedura da utilizzare ogni qual volta l'intenzione è quella di sviluppare qualcosa che non esiste. Attualmente stiamo discutendo se la “non esistenza del bene o servizio sul mercato” si riferisce al mercato mondiale o a quello europeo. Stiamo propendendo per il mercato europeo, altrimenti l'obiettivo di stimolare l'innovazione e la ricerca a livello europeo non verrebbe raggiunto. Ma siamo in fase di elaborazione di linee guida. Naturalmente, lo spazio che viene lasciato al dialogo tra operatore economico e amministrazione aggiudicatrice rientra nell'obiettivo di stimolare l'innovazione. Vi sono inoltre disposizioni sugli acquisti comuni transfrontalieri. In particolare, norme su qual è la norma applicabile, che sono specifiche per l'innovazione ma non solo. In genere, per i prodotti innovativi è cruciale raggiungere una massa critica di domanda, per poter consentire lo sviluppo di questi prodotti, perciò è possibile per l'amministrazione aggiudicatrice procedere ad acquisti congiunti. Si tratta di una possibilità che è prevista anche adesso, ma nelle nuove direttive le norme determinano meglio quali norme sono applicabili, di quale Stato e di quale territorio.

Il terzo obiettivo delle direttive riguarda le PMI. Vi sono tre elementi essenziali. 1) Innanzitutto viene incoraggiata la divisione in lotti, che non è obbligatoria ma è considerata come il metodo naturale e, qualora non si divida in lotti, bisogna indicare quali sono le ragioni principali. Non si tratta di un obbligo di motivazione sanzionabile in sede giurisdizionale, tanto che queste ragioni possono essere indicate a monte nel bando di gara ma anche *ex post* nella relazione riguardante lo

svolgimento della procedura di appalto. Si tratta quindi di un incitamento all'amministrazione aggiudicatrice a considerare prima la divisione in lotti e, solo qualora questa si ritenga troppo complessa, a propendere invece per l'aggiudicazione in un lotto unico. 2) Vi è poi un limite al fatturato esigibile: non si può chiedere più di due volte il valore dell'appalto in termini di fatturato. In caso di esigenze specifiche, vi sono possibilità di andare al di là di questo limite. 3) Viene inoltre prevista la possibilità di pagamento diretto ai subappaltatori, con un ambito di intervento per lo Stato membro per definire esattamente come organizzare questa possibilità.

Per quanto riguarda il quarto obiettivo della riforma, ovvero la legalità delle procedure, si introduce la prima definizione a livello europeo di “conflitto di interesse” e l'obbligo per gli Stati membri di prevenire, identificare e correggere questi conflitti di interesse. Si prevede un ampliamento dei criteri di esclusione per le intese e i cartelli, per le imprese che siano state coinvolte precedentemente, qualora non sia possibile utilizzare un sistema meno drastico per evitare distorsioni della concorrenza. Come vi accennavo prima, la disciplina dell'“offerta anormalmente bassa” è stata cambiata rispetto alla proposta iniziale della Commissione. In esito ai negoziati, non vi è più una definizione di offerta anormalmente bassa. Detto ciò, qualora l'offerta sia considerata anormalmente bassa è previsto l'obbligo di chiedere le motivazioni, sia che si intenda escludere l'offerta oppure accettarla, le motivazioni vanno richieste in ogni caso e, qualora da questa verifica risultino violazioni di disposizioni sociali, ambientali o del lavoro applicabili, è stabilito l'obbligo di rifiutare l'offerta in questione. Vi è anche una nuova disciplina dedicata alle modifiche dei contratti. Anche in questo caso, la Commissione ha inteso fare chiarezza in un'area in cui non sono previste norme specifiche ma esiste molta giurisprudenza, anche contraddittoria a volte. Quindi è stata fatta una codificazione della giurisprudenza europea. E' importante notare che viene introdotta una soglia *de minimis*. Di conseguenza, le varie categorie di modificazione sostanziale e non sostanziale che vengono illustrate e specificate, rilevano in un secondo tempo, qualora si constati che l'offerta supera la soglia *de minimis*. La soglia che consente di effettuare una modifica senza pubblicare un nuovo bando è pari al 10% per i servizi e al 15% per i lavori, combinata con il valore delle soglie di applicazione delle direttive. Ciò significa che la modifica non deve essere superiore al 10% o al 15% e che questi importi non devono essere superiori alla soglia di applicazione delle direttive. Se siamo in questo ambito si può modificare il contratto, senza necessità di pubblicare un nuovo bando e senza bisogno di analizzare se la modifica è sostanziale o non sostanziale.

Un breve accenno ora alla *governance*. La Commissione aveva inizialmente proposto la creazione di un'Autorità unica di sorveglianza. Si trattava di un obiettivo molto ambizioso che non ha incontrato il favore di molti Stati membri. La discussione si è quindi spostata dalle strutture ai compiti e, pur non essendo rimasto molto della proposta iniziale, sono state stabilite una serie di relazioni e informazioni che devono essere trasmesse dagli Stati membri verso la Commissione.

Tornando al tema della definizione di “conflitto di interesse”, è richiesto su questo punto un intervento del legislatore nazionale. La norma dice che: *“Gli Stati membri provvedono affinché le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure adeguate per prevenire, identificare e porre rimedio in modo efficace a conflitti di interesse [...]”*. L'intervento statale su questo punto deve coprire almeno i casi in cui il personale, tanto di un'amministrazione aggiudicatrice quanto di un prestatore di servizi che per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura, può influenzare il risultato della procedura e ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario o economico o altro interesse personale, che può essere percepito come una

minaccia alla sua imparzialità o indipendenza, nel contesto della procedura di appalto. E' la prima volta che nel contesto della legislazione europea si trova una simile definizione. Quindi la stessa definizione sarà probabilmente utilizzata successivamente anche nell'ambito dei fondi strutturali e della lotta alla frode negli interessi finanziari dell'UE. Come dicevamo poco fa, su questo punto gli Stati membri devono adottare delle misure. Si tratta in particolare degli Stati membri che non hanno disposizioni sul conflitto di interesse, mentre gli Stati che già hanno legiferato su questo aspetto, invece, dovranno assicurarsi che le loro disposizioni coprano almeno questi casi e siano conformi a queste norme. Le disposizioni per identificare, prevenire e correggere, sono a scelta della legislazione nazionale. Di certo la Commissione europea svilupperà linee guida, sul tema della prevenzione delle frodi e dell'anticorruzione vi è già un tavolo aperto con la DG Affari interni, l'ufficio di prevenzione delle frodi e la DG Regio, e verrà sviluppata una politica anticorruzione a livello europeo. A questo proposito, può essere interessante leggere il recente rapporto anticorruzione pubblicato qualche giorno fa. Tutti questi temi sono parte del nostro lavoro futuro. In ogni caso, l'obiettivo della norma era quello di stabilire un nucleo essenziale di situazioni e poi lasciare agli Stati membri la possibilità di intervenire identificando quali sono le misure più appropriate.

Per tornare agli ambiti in cui la legislazione degli Stati membri dovrà intervenire, sicuramente vi sono i seguenti: la clausola orizzontale, il conflitto di interessi, l'ambito del *self-cleaning* in tema di motivi di esclusione. Quest'ultimo è un istituto di creazione anglosassone. Il tema è: se un operatore economico riporta una condanna e viene escluso dagli appalti sulla base di questa, per quanto tempo dovrà pesare questa condanna? La direttiva prevede la possibilità per l'operatore economico di provare che, nonostante la condanna, egli abbia posto in essere una serie di misure volte a rimediare. Ad esempio, aver cooperato con le autorità investigative, aver rimosso le persone che avevano provocato le situazioni sanzionate, aver adottato una nuova organizzazione. Queste misure devono essere valutate dall'amministrazione aggiudicatrice o eventualmente da una struttura creata a livello nazionale e l'amministrazione aggiudicatrice può considerarle sufficienti o meno per consentire l'ammissione dell'operatore economico alla procedura anche se nel casellario giudiziario vi è traccia di uno dei motivi di esclusione. La direttiva stabilisce che gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione di questo istituto. Il legislatore nazionale, ad esempio, dovrà indicare la durata della conseguenza di esclusione dagli appalti. Nel caso in cui l'esclusione venga pronunciata dal giudice come, ad esempio, per il caso di una pena accessoria ad una condanna penale, essendo la durata dell'esclusione stabilita dal giudice, non c'è possibilità di effettuare il *self-cleaning*. Qualora invece la durata non sia stabilita dal giudice, allora il legislatore dovrebbe intervenire per indicare la durata. Nel caso in cui la durata non sia indicata, la direttiva parla di cinque anni per i casi di esclusione obbligatoria, di tre anni per esclusione non obbligatoria. Un altro ambito di intervento degli Stati membri è quello della risoluzione dei contratti. Vi sono casi, in alcuni Stati membri, in cui pur in presenza di una sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia che stabilisce che il contratto è stato concluso in violazione grave del diritto UE, non esiste nessuno strumento di diritto interno per porre fine al contratto e questo continua a produrre i suoi effetti nonostante la sentenza. Su questo punto interviene la direttiva, stabilendo che gli Stati membri devono prevedere i casi di risoluzione, i quali devono coprire almeno determinate ipotesi, e una di queste ipotesi è proprio il caso di violazioni gravi alle norme dell'UE. L'altro ambito di intervento obbligatorio degli Stati membri è quello del regime “light”, per determinare quali sono le procedure di aggiudicazione degli appalti di questi servizi. Poi vi sono gli ambiti di intervento possibile, ma



non obbligatorio. Per esempio, la possibilità di riservare gli appalti alle imprese sociali. A questo proposito, nell’ambito del regime “light” per i servizi sociali, si prevede che in caso di aggiudicazione di servizi sociali, di educazione e formazione, si possano riservare appalti ad imprese di tipo sociale - ma non solo - con contratti che non possono essere superiori a tre anni e che non si possono aggiudicare ad imprese che siano risultate aggiudicatrici nei tre anni precedenti. Gli Stati membri possono decidere se utilizzare o meno questa possibilità, ma non sono obbligati.

Nell’ambito delle centrali di committenza, è possibile imporre allo Stato membro di passare per una centrale di acquisto, con la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di utilizzare le centrali di committenza di un altro Stato membro. Ciò significa che uno Stato membro non può vietare di acquistare per il tramite di un altro Stato membro, a parte l’utilizzo di un certo tipo di centrale di committenza. A questo proposito, si tenga presente che le centrali di committenza possono avere due tipi di funzionamento: il primo tipo si ha quando la centrale di committenza agisce come grossista, quindi acquista grandi quantitativi e poi rivende, mentre l’altro si ha quando la centrale di committenza utilizza accordi-quadro e sistemi dinamici di acquisto, acquistando per conto di amministrazioni che fanno parte di queste. Quindi per le centrali di committenza estere, lo Stato membro può decidere di limitare l’utilizzo ad un solo tipo di centrale di committenza, ma non può vietare l’utilizzo di una centrale di committenza situata in un altro Stato membro. Lo Stato membro inoltre può rendere obbligatorio il raggruppamento in lotti. Un altro intervento importante, è la possibilità per lo Stato membro di vietare l’uso del solo prezzo o del solo costo. Per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, testualmente la norma sembra molto diversa da quella attuale. Adesso si parla di “offerta economicamente più vantaggiosa” per comprendere tutti i criteri di aggiudicazione: il “miglior rapporto qualità prezzo” (nuova dicitura), il “prezzo più basso” e una nuova possibilità - il “costo più basso”. Si prevede che si possano prendere in considerazione elementi ambientali e sociali. Con riferimento a questi articoli, le direttive presentano molti considerando, con esempi su elementi sociali che si possono prendere in considerazione - personale svantaggiato, persone vulnerabili, utilizzo di disoccupati di lunga durata nell’equipe che eseguirà il contratto, pari opportunità uomo-donna, possibilità di formazione del personale impiegato nell’esecuzione dell’appalto. Gli esempi non nominano mai la questione del salario. Su questo punto va ricordato che esiste la direttiva “distacco dei lavoratori” e l’interpretazione che viene data dalla giurisprudenza prevede che in tema di salario, orario di lavoro e altri elementi essenziali in materia di condizioni di lavoro, il lavoratore deve poter beneficiare di condizioni migliori nello Stato in cui si troverà ad effettuare il lavoro, se queste condizioni sono fissate da una legge o da un accordo collettivo di portata generale nel proprio Stato di appartenenza. Per quanto riguarda il caso dei servizi resi a distanza, per la prestazione dei quali i lavoratori non vengono distaccati, ma lavorano per un’amministrazione aggiudicatrice rimanendo nello Stato di appartenenza<sup>2</sup>, la domanda è: può uno Stato membro imporre l’obbligo di pagare un salario più alto di quello minimo, anche ad un’impresa che intende eseguire l’appalto nel proprio territorio? E’ il problema delle differenze salariali tra Stati membri. Le direttive appalti non intervengono in questo ambito, ma non c’è nulla nella direttiva che vieta ad un’amministrazione aggiudicatrice di decidere che, ad esempio per motivi sociali, si richieda all’operatore economico di utilizzare personale pagato proporzionalmente

---

<sup>2</sup> Attualmente è pendente una causa di rinvio pregiudiziale, che nasce da un caso di un’amministrazione aggiudicatrice tedesca che richiede ai suoi offerenti di pagare i propri lavoratori con un salario di poco superiore al minimo sindacale. Il problema che si pone in questo caso è dato dal fatto che all’appalto partecipò un ente pubblico tedesco, che voleva eseguire un appalto tramite un sub appaltatore in Polonia.

un po' di più rispetto all'obbligo legale, e che questo obbligo si applichi ugualmente anche per Stati membri diversi, ad esempio, facendo riferimento ad una determinata percentuale rispetto al salario nazionale. Si tratta comunque di un aspetto in divenire, ma l'accordo politico e il risultato della norma lascia aperte possibilità che, al momento, non sono ancora chiare e ben definite. Da un punto di vista pratico, pari opportunità, inserimento di lavoratori socialmente svantaggiati, possibilità di formazione e così via, possono essere inserite e non creano difficoltà verso altri atti di diritto UE o di diritto internazionale. Invece, tutto ciò che va al di là e che incide in particolare sulle condizioni di lavoro dei lavoratori, rischia di essere soggetto a sindacato giurisdizionale, non tanto rispetto alle direttive appalti pubblici, quanto piuttosto per ciò che riguarda più propriamente la politica sociale, le condizioni di lavoro e la concorrenza nell'ambito dell'Unione europea e della scena internazionale.

Per quanto riguarda la *direttiva sulle concessioni*, questa è una direttiva “essenziale”, nel senso che, intervenendo su una materia che non aveva una precedente disciplina legislativa, essa contiene essenzialmente norme di base. I grandi principi e obiettivi illustrati per la parte sugli appalti, quindi, sono validi anche per le concessioni. Per quanto riguarda le norme procedurali, non sono fissati i tipi di procedure per l'aggiudicazione delle concessioni, ma sono fissati solo dei requisiti minimi (pubblicazione dei criteri di aggiudicazione, ad esempio) che servono a garantire la parità di trattamento degli operatori economici. Sostanzialmente, si tratta della direttiva appalti alleggerita e priva di normativa relativa agli aspetti procedurali. I criteri sociali, ambientali ecc. riguardano anche le concessioni, perché fanno parte di una visione globale dell'acquisto pubblico. Inoltre, vi si trova una disciplina complessa riguardante le esclusioni, oggetto di dibattito molto intenso in esito al quale sono stati esclusi alcuni settori (ad esempio quello dell'acqua). La direttiva concessioni si applica ogni qual volta si voglia ricorrere all'istituto della concessione, con l'esternalizzazione del servizio nei confronti di un privato operatore economico. Altri metodi di gestione dei servizi pubblici non sono messi in questione né impediti dall'adozione della direttiva. Molto importante è la definizione di “concessione” e del “rischio operativo” come elemento di distinzione della concessione dall'appalto. Si tratta del nucleo forse più importante della direttiva e su questo adotteremo linee guida. La direttiva però, come dicevo, si limita a fissare i grandi principi di base e non si spinge nel dettaglio. Sarà eventualmente una scelta del legislatore nazionale quanto aggiungere in termini di obblighi procedurali e di formalità da espletare.

Passiamo ora all'ultima parte della presentazione e vediamo cosa intende fare la Commissione europea per aiutare la trasposizione negli Stati membri.

Si tratta di un'attività nuova, che non aveva riguardato le direttive precedenti e che deriva da una serie di impegni assunti dalla Commissione verso gli Stati membri con una Comunicazione sulla governance nel mercato interno. La Commissione ha richiesto agli Stati membri quali erano le tematiche, le aree e gli argomenti su cui avevano più bisogno di sostegno, aiuti e chiarimenti e, sulla base di queste indicazioni, è stato definito un programma di lavoro. Nell'ambito del comitato consultivo degli appalti pubblici in cui siedono tutti i rappresentanti degli Stati membri avremo delle riunioni in cui toccheremo i punti che gli Stati ci hanno segnalato come i più complessi, sulla base di domande ed esempi pratici. Per alcuni aspetti probabilmente interverremo con documenti scritti, anche se vere e proprie linee guida ufficiali non saranno adottate nel corso del 2014. Si profilano inoltre dei documenti in materia sociale, ambientale e di sostegno all'innovazione, che probabilmente avranno natura di *policy papers* contenenti chiarimenti e indirizzi. Per quanto

riguarda l'Italia, so che si sta organizzando un tavolo di lavoro per il recepimento e, allo stesso tempo, la Commissione resta disponibile per incontri bilaterali con gli Stati che lo richiedono. L'intenzione è quella di proporre agli Stati membri un discorso più generale e di incitare a cogliere l'occasione del recepimento delle direttive per dare uno sguardo di insieme a tutto l'ordinamento, soprattutto dal punto di vista dell'applicazione. E' proprio al livello dell'applicazione pratica delle norme che agire risulta più difficile. Va tenuto presente, infatti, che la Commissione agisce essenzialmente a seguito di segnalazioni da parte di privati – operatori economici e cittadini - di situazioni che possono essere le più differenziate tra di loro. Tra l'altro, questo non ci permette sempre di avere una visione complessiva della situazione. Per questo motivo l'intenzione è quella di lavorare meno a livello reattivo e più in modo coordinato con gli Stati membri, incitando la riflessione organica su quali sono i nodi strutturali e i problemi di base che si pongono nell'applicazione delle norme, per trovare insieme le soluzioni, facilitare e migliorare l'applicazione, ridurre il tasso di errore che, ad esempio, risulta molto elevato nell'ambito dei fondi strutturali e, in questo ambito, migliorare la capacità di spesa e l'utilizzo reale dei fondi. Questo sarà un discorso che faremo individualmente con ogni Stato membro e credo quindi che le Regioni italiane saranno coinvolte in questa riflessione dal livello centrale. L'obiettivo ora è quello di assicurare una trasposizione adeguata, corretta, nei termini e di ottenere un miglioramento nell'applicazione delle regole dell'acquisto pubblico negli Stati dell'Unione europea.