

LE NUOVE DIRETTIVE EUROPEE SUGLI APPALTI PUBBLICI

La Commissione europea presenta tre proposte legislative finalizzate a rivedere la disciplina sugli appalti pubblici nell'auspicio di rendere le commesse pubbliche più efficaci, a fronte dell'attuale contesto di restrizioni di bilancio e di ristrettezze economiche, e di ammodernare la normativa in vigore, perché sia più idonea alla costante evoluzione del contesto politico, sociale ed economico.

Si muove dalla considerazione che l'ammontare di risorse che le pubbliche amministrazioni dedicano ogni anno a beni, servizi e lavori costituisce ben il 18 per cento del PIL europeo. Si ritiene, dunque, fondamentale assicurare un impiego ottimale di tali fondi, potenziale leva per realizzare un mercato unico che promuova una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva (strategia "Europa 2020").

La messa in opera di un quadro normativo rivisto e ammodernato in materia di appalti pubblici, che rendesse più flessibile la procedura di aggiudicazione dei contratti e utilizzasse questi ultimi a sostegno di altre politiche, era stata del resto già indicata dalla Commissione europea tra le dodici azioni chiave prioritarie da adottare entro la fine del 2012 (Comunicazione "L'atto per il mercato unico: dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia", [COM \(2011\) 206 def.](#)).

1) Oggetto delle proposte

Il pacchetto consiste di tre documenti distinti:

- 1) la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali ([COM \(2011\) 895 def.](#));
- 2) la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici ([COM \(2011\) 896 def.](#));
- 3) la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione ([COM \(2011\) 897 def.](#)).

2) Consultazioni

I testi in esame sono stati predisposti a seguito di:

- 1) per i COM (2011) 895 def. e COM(2011) 896 def.:
 - una consultazione pubblica lanciata dal "Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti" ([COM \(2011\) 15 def.](#))¹, svoltasi tra il 27 gennaio ed il 18 aprile 2011. E' stata caratterizzata da un alto livello di partecipazione (623 risposte), sintetizzate dalla Commissione europea in un [rapporto](#), disponibile in lingua inglese. I [contributi](#) autorizzati alla pubblicazione sono anch'essi disponibili su Internet. Tra i numerosi partecipanti italiani raggruppati nella categoria "Autorità pubbliche" si

¹ In merito al COM(2011) 15 la 8^a Commissione permanente del Senato della Repubblica ha svolto un'indagine conoscitiva tra il marzo ed il giugno 2011; ha inoltre organizzato, il 19 luglio 2011, un incontro-seminario dal titolo "Libro verde, bianco, rosso" - Riflessioni sulla disciplina nazionale degli appalti pubblici".

segnalano l'VIII Commissione permanente della [Camera dei deputati](#), il [Dipartimento per le politiche comunitarie](#) della Presidenza del Consiglio dei ministri, [l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici](#), [l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato](#), le regioni [Veneto](#), [Friuli Venezia Giulia](#), [Marche](#) e [Piemonte](#); la [Conferenza delle regioni e province autonome](#);

- una conferenza pubblica, tenutasi il 30 giugno 2011, in cui sono stati discussi e presentati i risultati della consultazione medesima;
- una valutazione globale dell'impatto e dell'efficacia della normativa UE in vigore sugli appalti pubblici, sulla base di una ricerca indipendente. Ne è emerso che l'attività legislativa per liberalizzare l'accesso ai settori di pubblica utilità non si è ancora tradotta in una pressione concorrenziale efficace e sostenuta sugli operatori già attivi sul mercato.

2) per le concessioni (COM (2011) 897 def.):

- due consultazioni: la prima, aperta al grande pubblico, svoltasi tra il 12 maggio ed il 9 luglio 2010, e la seconda, destinata agli ambienti imprenditoriali, alle parti sociali ed agli enti aggiudicatori, tra il 5 agosto ed il 30 settembre 2010. In questo caso i partecipanti italiani sono stati esponenti del settore privato, tra cui [l'AISCAT](#) (Associazione italiana delle società concessionarie di autostrade e trafori). Sul sito della Commissione europea sono anche pubblicati alcuni [studi](#);
- alcuni incontri bilaterali con i rappresentanti degli Stati membri, delle imprese operanti nei settori interessati e delle associazioni degli industriali.

3) Base giuridica

La base giuridica proposta è triplice ed è la medesima per i tre atti:

- 1) art. 53, par. 1, del [Trattato sul funzionamento dell'Unione europea](#), ai sensi del quale: "*Al fine di agevolare l'accesso alle attività autonome e l'esercizio di queste, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono direttive intese (...) al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività autonome e all'esercizio di queste*";
- 2) art. 62 del [TFUE](#), secondo il quale il sopra citato art. 53, par. 1, è applicabile anche alla materia dei servizi;
- 3) art. 114 del [TFUE](#): "*Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno*".

4) Principi di sussidiarietà e proporzionalità

La Commissione europea argomenta il rispetto del *principio di sussidiarietà*:

- 1) in termini di necessità dell'intervento dell'Unione in quanto l'azione dei singoli Stati membri comporterebbe l'istituzione di requisiti disomogenei, se non di regimi procedurali tra loro contrastanti, che aumenterebbero la complessità della regolamentazione e creerebbero ostacoli ingiustificati per le attività transfrontaliere;
- 2) con riferimento al valore aggiunto per l'Unione in termini dell'aumentata trasparenza ed obiettività delle gare, con conseguenti notevoli risparmi e migliori risultati, a vantaggio dei gestori dei servizi, dei loro clienti e, in ultima analisi, del contribuente europeo.

Per quanto concerne il principio di *proporzionalità*, la proposta appare congrua agli obiettivi che si intende perseguire.

Il termine per l'espressione dei pareri motivati sul rispetto del principio di sussidiarietà è fissato all'8 marzo 2012 per i COM (2011) 895 def. e COM (2011) 896 def.; al 7 marzo 2012 per il COM (2011) 897 def..

5) Atti delegati

Tutti i testi in esame prevedono il conferimento alla Commissione europea di deleghe *ex art.* 290 del TFUE (cfr. art. 98 del COM (2011) 895 def., art. 89 del COM (2011) 896 def. e art. 46 del COM (2011) 897 def.). Si propongono deleghe a tempo indeterminato che, ove se ne ravvisi la necessità, possono essere adottate secondo la procedura d'urgenza (art. 99 COM (2011) 895 def., art. 90 COM (2011) 896 def. e art. 47 COM (2011) 897 def.) per entrare immediatamente in vigore.

Per l'adozione di atti di esecuzione *ex art.* 291 del TFUE, si prevede che la Commissione si avvalga della collaborazione del Comitato consultivo per gli appalti di lavori pubblici (art. 100 COM (2011) 895 def., art. 91 COM (2011) 896 def., art. 48 COM (2011) 897 def.), in sede consultiva *ex art.* 4, [regolamento \(UE\) n. 182/2011](#).

6) Valutazione d'impatto

I testi in esame sono accompagnati dai seguenti documenti, che ne costituiscono la valutazione d'impatto:

- 1) per i COM (2011) 895 def. e COM(2011) 896 def.: [SEC \(2011\) 1585 def.](#), in lingua inglese, e [SEC \(2011\) 1586 def.](#), sintesi del precedente, disponibile anche in italiano;
- 2) per il COM (2011) 897 def.: [SEC \(2011\) 1588 def.](#), in lingua inglese, e [SEC \(2011\) 1589 def.](#), sintesi del precedente, disponibile anche in italiano;

7) Disciplina proposta

I due documenti sugli appalti hanno una struttura simile, per quanto la disciplina concreta differisca, come è ovvio, in relazione alla specificità degli appalti di cui al COM(2011) 895. Per questi ultimi, infatti, da un lato "*le autorità nazionali continuano a essere in grado di influenzare il comportamento d(egli) enti, anche attraverso la partecipazione al loro capitale sociale o l'inserimento di propri rappresentanti nei loro organi amministrativi, direttivi o di vigilanza*"; dall'altro si deve considerare "*la natura chiusa dei mercati in cui agiscono gli operatori, data l'esistenza di diritti speciali o esclusivi concessi dagli Stati membri in materia di alimentazione, fornitura o gestione delle reti per erogare il servizio pertinente*" (punto n. 1) delle Premesse al COM (2011) 895 def.).

a) Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali ([COM \(2011\) 895 def.](#)) e Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici ([COM \(2011\) 896 def.](#))²

In estrema sintesi, la *ratio* soggiacente alle prime due proposte di direttiva può essere così sintetizzata:

- 1) semplificazione e maggiore flessibilità delle procedure di appalto: si punta a ridurre gli oneri amministrativi connessi allo svolgimento della procedura sia per gli enti aggiudicatori sia per gli operatori economici. In quest'ottica vanno interpretati, tra l'altro:
 - il crescente ricorso all'autocertificazione (si veda, ad esempio, l'art. 57 del COM (2011) 896 def.);
 - la predisposizione, a favore degli Stati membri, di un'ampia gamma di opzioni e strumenti, tali da assicurare la flessibilità necessaria ad adeguare le procedure e gli strumenti alla situazione specifica di ognuno (cd. "*toolbox approach*"). Così, sono

² I due documenti in oggetto sostituiscono integralmente le due direttive oggi vigenti in materia, la direttiva [2004/17/CE](#) e la direttiva n. [2004/18/CE](#), in merito alle quali si veda oltre, par. 8).

previsti due tipi di procedura di base: quella aperta e quella ristretta, a cui si affiancheranno, a determinate condizioni:

- per il COM (2011) 895 def. la procedura negoziata (con o senza indizione di gara) o il nuovo partenariato per l'innovazione (titolo II, capo I, artt. 38-44);
- per il COM (2011) 896 def. la procedura competitiva con negoziato, la procedura negoziata senza pubblicazione preventiva, il dialogo competitivo o il partenariato per l'innovazione (titolo II, capo I, artt. 23-30),

A loro volta, le amministrazioni aggiudicatrici avranno a disposizione sei specifici strumenti e tecniche d'appalto: accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione, aste elettroniche, cataloghi elettronici, centrali di committenza e appalti comuni (titolo II, capo II, COM (2011) 895 def., artt. 45-52; titolo II, capo II, COM (2011) 896 def., artt. 31-38);

- la promozione degli appalti elettronici, in grado di generare importanti risparmi e migliorare i risultati delle procedure, riducendo contemporaneamente sprechi ed errori. In questo senso si veda, ad esempio, l'art. 34 del COM (2011) 895 def., in virtù del quale "*Gli Stati membri provvedono affinché entro due anni (...) tutte le procedure di aggiudicazione degli appalti (...) siano eseguite utilizzando mezzi di comunicazione elettronici*", purché la strumentazione necessaria sia comunemente disponibile in tutti gli Stati membri;
 - la modernizzazione delle procedure, tramite ad esempio l'abbreviazione di termini o la distinzione tra criteri di selezione degli offerenti e di aggiudicazione dell'appalto (si vedano in questo senso, gli artt. 70-79 del COM (2011) 895 def. e 54-69 del COM (2011) 896 def.);
 - l'uso strategico degli appalti pubblici tramite ciò che la Commissione europea definisce un "approccio attivo", che fornisce agli enti appaltatori gli strumenti necessari per contribuire a raggiungere gli obiettivi della strategia "Europa 2020" (crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva). Gli enti utilizzeranno così il loro potere di acquisto per ottenere merci e servizi che promuovano l'innovazione, rispettino l'ambiente e contrastino il cambiamento climatico, migliorando l'occupazione, la salute pubblica e le condizioni sociali. Si vedano, ad esempio, l'art. 17 del COM (2011) 896 def. e l'art. 31 del COM (2011) 895 def., ai sensi dei quali "*gli Stati membri possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto a laboratori protetti e ad operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale dei lavoratori con disabilità e lavoratori svantaggiati*";
- 2) miglioramento dell'accesso al mercato delle piccole e medie imprese e delle imprese in fase di avviamento, tramite ad esempio la semplificazione degli obblighi di informazione, la maggiore accessibilità agli accordi-quadro conclusi nei settori di pubblica utilità e la possibilità di pagamento diretto dei subappaltatori;
- 3) vigilanza della correttezza delle procedure, arginando le possibilità di conflitti di interessi, favoritismi e corruzione. In questo senso sono stati pensati, tra gli altri, gli artt. 36 e 37 del COM (2011) 895 def. e 21 e 22 del COM (2011) 896 def., recanti rispettivamente "*Conflitti di interesse*" e "*Comportamento illecito*", miranti ad una moralizzazione dei comportamenti, rispettivamente, di enti aggiudicatori e candidati;
- 4) misure in materia di governance, tra l'altro tramite:
- gli organi nazionali di vigilanza, con l'individuazione di un'autorità unica incaricata del monitoraggio, dell'attuazione e della vigilanza in materia di appalti pubblici (si vedano gli artt. 93 e seguenti del COM (2011) 895 def., 84 e segg. del COM (2011) 896 def.)
 - centri di conoscenza: strutture di sostegno, fornite dagli Stati membri, che offrano agli enti aggiudicatori che ne abbiano bisogno consulenza, orientamenti, formazione e assistenza, di tipo legale ma anche pratico, nella preparazione e nello svolgimento

delle procedure di appalto (art. 96 del COM (2011) 895 def. e art. 87 del COM (2011) 896 def.);

- cooperazione amministrativa che consenta agli organi nazionali di vigilanza di scambiare informazioni e buone prassi, collaborando mediante l'istituendo sistema di informazione del mercato interno (IMI, si veda la proposta di regolamento [COM \(2011\) 522 def.](#)). Si esprimono in questo senso gli artt. 97 del COM (2011) 895 def. e 88 del COM (2011) 896 def.

b) Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione ([COM \(2011\) 897 def.](#))

In estrema sintesi, le principali novità introdotte dal testo sono le seguenti:

- 1) la definizione di un chiaro quadro giuridico in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione, al fine di ovviare alla situazione di incertezza giuridica determinata dall'assenza di una precisa normativa a livello europeo. La Commissione europea propone di disciplinare non solo l'aggiudicazione delle concessioni di lavori, attualmente regolate da un numero limitato di disposizioni di diritto derivato, ma anche l'aggiudicazione delle concessioni di servizi, allo stato attuale esclusivamente disciplinate dai principi generali del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Rimangono esclusi dalla piena applicazione della direttiva i c.d. servizi alla persona, quali ad esempio taluni servizi sociali, sanitari e nel settore dell'istruzione, in ragione della loro limitata dimensione transfrontaliera e del fatto che tali servizi vengono forniti in un contesto particolare, che varia sensibilmente da uno Stato membro all'altro a causa delle differenti tradizioni culturali (considerando n. 21);
- 2) l'applicazione della normativa proposta alle concessioni di servizi e di lavori il cui valore stimato sia uguale o superiore a 5 000 000 di euro (titolo I, capo I, sezione I: artt. 1 e 5, par. 1);
- 3) l'introduzione di una definizione più precisa dei contratti di concessione, in particolare con riferimento al concetto di "rischio operativo sostanziale". Ai sensi dell'art. 2, le concessioni sono contratti a titolo oneroso conclusi tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori o la prestazione di servizi, ove il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo (titolo I, capo I, sezione I: art. 2, par. 1, punti 1), 2), 4) 7)). Il diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto del contratto comporta il trasferimento al concessionario del c.d. rischio operativo sostanziale; ciò avviene "nel caso in cui non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dell'opera o dei servizi" (titolo I, capo I, sezione I: art. 2, par. 2);
- 4) la precisazione dei casi in cui i contratti di concessione stipulati tra amministrazioni pubbliche non sono soggetti all'applicazione delle norme sull'aggiudicazione delle concessioni (titolo I, capo I, sezione II: art. 15). Tale aspetto rientra nel cosiddetto "*in house providing*" e codifica i principi fissati dalla Corte di giustizia;
- 5) la previsione di requisiti concreti e più dettagliati applicabili alle diverse fasi del processo di aggiudicazione delle concessioni, sulla base dei principi previsti dal Trattato, nell'interpretazione offerta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Si annoverano al riguardo:
 - l'obbligo di pubblicare nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, precedentemente alla loro aggiudicazione, i bandi relativi ai contratti di concessione (Titolo II, capo I: art. 26). Tale obbligo è introdotto al fine di garantire la trasparenza e la parità di trattamento di tutti gli operatori economici. L'allegato IV contiene una lista, non esaustiva, delle informazioni da inserire nei bandi di concessione. Ai sensi dell'art. 27, inoltre, "entro 48 giorni dall'aggiudicazione di una concessione, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblicano un avviso

contenente i risultati della procedura di aggiudicazione". Siffatta previsione si applica anche alle concessioni di servizi il cui valore stimato sia uguale o superiore a 2.500.000 euro, con l'eccezione dei servizi sociali e di altri servizi specifici (artt. 5, par. 2, e 27, par. 2);

- una serie di garanzie procedurali da applicare all'aggiudicazione delle concessioni, in particolare durante la fase delle negoziazioni (titolo II, capo II, sezione II, art. 35). Le norme proposte, pur lasciando alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori ampio margine di manovra quanto all'organizzazione delle procedure di aggiudicazione - non contemplano, infatti, un elenco prefissato di procedure - stabiliscono determinati requisiti al fine di rendere l'intero processo più equo e trasparente;
 - gli obblighi attinenti ai criteri di selezione che devono essere applicati in sede di valutazione qualitativa dei candidati (titolo II, capo II, sezione II, art. 36). Tali criteri devono essere indicati nel bando di concessione e devono riguardare soltanto la capacità economica, finanziaria e tecnica dell'offerente;
 - il termine minimo di 52 giorni dalla data di spedizione del bando (uguale a quello attualmente vigente per le concessioni di lavori pubblici) per la presentazione delle domande di partecipazione alla concessione (titolo II, capo II, sezione II, art. 38). Tale limite può essere ridotto di 5 giorni laddove l'autorità aggiudicatrice/ente aggiudicatore ammetta la presentazione delle offerte tramite modalità elettronica (art. 38, par. 2);
 - i criteri di aggiudicazione delle concessioni (titolo II, capo II, sezione II, articolo 39). La proposta prevede l'obbligo di applicare criteri obiettivi connessi all'oggetto della concessione e tali da garantire il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento e la possibilità di una concorrenza effettiva. Ai sensi dell'art. 39, par. 4, "gli Stati membri possono prevedere la possibilità che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori basino l'aggiudicazione delle concessioni sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa". Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che decidano di aggiudicare una concessione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sono tenuti a stabilire i criteri economici e qualitativi in base ai quali decideranno quale offerta presenti il miglior rapporto qualità/prezzo (art. 39, par. 5);
- 6) la previsione di una disposizione specifica concernente la modifica delle concessioni in vigenza delle stesse (titolo III, art. 42). Tale disposizione - che riprende nella sostanza le soluzioni elaborate dalla pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea - stabilisce che, qualora vi siano "modifiche sostanziali" delle disposizioni della concessione iniziale, sia avviata una procedura di aggiudicazione *ex novo*. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori non sono, invece, tenuti a ricorrere a una nuova procedura in presenza di circostanze esterne che non potevano essere previste al momento dell'aggiudicazione della concessione (art. 42, par. 6, lett. d));
- 7) l'estensione dell'ambito di applicazione delle norme relative ai mezzi di ricorso nel settore degli appalti pubblici (direttiva 89/665/CEE del Consiglio, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, e direttiva 92/13/CEE del Consiglio, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni) anche alle concessioni di cui alla presente proposta di direttiva (titolo IV: Modifiche delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE).

8) Recepimento

Per tutte le proposte di direttiva il termine per il recepimento è fissato al 30 giugno 2014 (art. 101, COM (2011) 895 def., art. 92, COM (2011) 896 def. e art. 49, COM (2011) 897 def.). Dalla medesima data del 30 giugno 2014 si propone l'abrogazione delle direttive 2004/17/CE (art. 102, COM (2011) 895 def.) e 2004/18/CE (art. 93, COM (2011) 896 def.), attualmente in vigore, in materia di appalti pubblici.

Contemporaneamente alla pubblicazione dei provvedimenti di recepimento - specificano le relazioni introduttive - gli Stati dovrebbero rendere pubblici "*documenti che riguardano il rapporto tra le varie sezioni dell(e) direttiv(e) e le corrispondenti sezioni dei provvedimenti di recepimento nazionale*"³. Si raccomanda lo strumento operativo delle tavole di concordanza. Questo ulteriore adempimento è necessario in virtù dell'ampiezza e complessità del settore degli appalti pubblici e posto che le disposizioni nazionali di attuazione possono avere varia natura (nazionali/federali, regionali o locali, legislativa o amministrativa), rendendo complessa la ricostruzione puntuale della normativa applicabile.

Dossier n. 90/DN del 13 febbraio 2012

A cura di Laura Lo Prato e Simona Lazzaro

Per informazioni: Ufficio dei rapporti con le istituzioni dell'Unione europea (roci01a@senato.it)

³ Si ricorda che le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE sono state recepite con decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006, "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE". Successivamente è stato emanato il regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.