

Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione

di Chiara Lacava

Il legislatore comunitario ha trovato un migliore equilibrio tra due differenti esigenze. Da un lato, la necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di rivolgersi al mercato con una maggiore flessibilità e libertà di azione, attraverso strumenti organizzativi e negoziali innovativi per costruire contratti più adeguati sia ai propri bisogni, sia alle soluzioni che il mercato stesso può offrire, ed accrescere così l'efficienza della spesa. In tale ambito, si inseriscono le nuove procedure negoziate, gli istituti di aggregazione della domanda ed il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basato su un approccio costo/efficacia. Dall'altro, la necessità che tale più ampia libertà di azione si svolga nel rispetto dei principi fondamentali di pari trattamento, trasparenza, non discriminazione, che devono comunque guidare l'amministrazione aggiudicatrice nella scelta del contraente. In tal senso si colloca la disciplina più completa e dettagliata delle cause di esclusione e dei requisiti di partecipazione. Gli obiettivi fondamentali di flessibilità, libertà di azione ed efficienza della spesa non devono venir compromessi in sede di recepimento da una legislazione statale che preveda un livello di regolazione superiore a quello minimo richiesto dalle direttive.

(35) In proposito, si veda *L'Analisi d'impatto della regolazione*, a cura di A. Natalini, F. Sarpi e G. Vesperini, Carrocci, 2013, nonché le pubblicazioni e i dati dell'Osservatorio dell'analisi d'impatto della regolazione-Air (www.osservatorioair.it).

(36) In base alla normativa generale (art. 31, c. 1, l. n. 234/2012), il termine di adozione del decreto attuativo della delega è fissato a due mesi antecedenti a quello di recepimento indicato nelle direttive europee.

Premessa

Sono di seguito esaminate le novità principali introdotte dal legislatore comunitario in ordine a tre profili della disciplina degli appalti: le procedure di scelta del contraente, l'individuazione dei requisiti di partecipazione, la scelta dei criteri di aggiudicazione. Per quanto riguarda il primo, l'analisi si incentra sulle nuove procedure - competitiva con negoziazione e partenariati per l'innovazione - fortemente improntate alla flessibilità. Il cambio di passo è rappresentato dall'orientamento nettamente favorevole alle negoziazioni, in particolare negli appalti complessi e innovativi. Si esaminano anche gli istituti rivisti e ampliati - centralizzazione delle committenze, appalti congiunti e appalti transfrontalieri - volti a rafforzare l'aggregazione della domanda. Per quanto riguarda il secondo profilo, si passano in rassegna la disciplina più completa e dettagliata delle cause di esclusione e l'introduzione di misure correttive per gli operatori economici. Per quanto concerne l'ultimo profilo, l'analisi si sofferma su tre novità: la prevalenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sul prezzo più basso; la nozione di costo del ciclo di vita; la previsione della qualità dell'offerente tra i criteri di aggiudicazione. Comuni ai diversi profili sono poi le scelte di fondo del legislatore: la ricerca di un migliore bilanciamento tra due esigenze differenti - apertura del mercato ed efficienza della spesa pubblica - con una maggiore attenzione a quest'ultima; la più ampia flessibilità, che apre la strada non solo ad un'attuazione differenziata a livello nazionale, ma soprattutto a scelte demandate alle singole amministrazioni, che rivestono ora un ruolo di componente fondamentale del mercato. In tale ambito si cerca, infine, di esaminare l'impatto della nuova disciplina nel nostro ordinamento.

Le nuove procedure negoziate

Tra le novità più interessanti vi è l'introduzione, accanto alle procedure già in essere - aperta, ristretta, negoziata senza pubblicazione di un bando di gara e dialogo competitivo - di due nuove proce-

EDURE concorrenziali basate sul negoziato: la procedura competitiva con negoziazione che affianca il dialogo competitivo e i partenariati per l'innovazione (1). Di fatto, la procedura competitiva con negoziazione sostituisce la procedura negoziata con pubblicazione del bando di gara (2), ma ne amplia considerevolmente il campo di applicazione e ne accentua la flessibilità. L'*iter* è assimilabile ad una procedura ristretta con negoziazione. I partenariati per l'innovazione si basano sulle norme della procedura competitiva e rappresentano una procedura specifica mirata ad istituire un partenariato pubblico-privato a lungo termine per lo sviluppo ed il successivo acquisto di prodotti innovativi. Il legislatore muove dal presupposto che negli appalti complessi e innovativi è indispensabile che le amministrazioni dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione (3). La direttiva a tal fine rafforza il ruolo delle amministrazioni (*empowering administration*), in quanto impone agli Stati di prevedere la possibilità per le autorità appaltanti di ricorrere alle procedure flessibili (4). Rispetto alla direttiva n. 18, che contemplava accanto alle procedure "ordinarie" (aperta e ristretta) quelle negoziate ed il dialogo competitivo come procedure "eccezionali", il cui utilizzo era ancorato a presupposti e condizioni (5), il cambiamento è notevole. Manca, tuttavia, quella procedura negoziata "generale", prospettata dalla Commissione nel Libro verde e nel Rapporto Monti (6). La disciplina dei settori speciali, dal canto suo, conferma la preesistente libertà di utilizzo della procedura negoziata competitiva, aggiungendovi il più ampio ricorso al dialogo competitivo e la previsione dei partenariati per l'innovazione (7).

La procedura competitiva con negoziazione (art. 29) ha natura di procedura ristretta, come il dialogo competitivo, con selezione qualitativa degli invitati sulla base di un bando (8), in cui l'amministrazione aggiudicatrice stabilisce l'oggetto dell'appalto, individuando esclusivamente le proprie esigenze e le caratteristiche richieste e specificando i criteri di aggiudicazione, nonché i requisiti minimi

(1) Cfr. J. Davey, *Procedures involving in the new Public Procurement Directive: key reforms to the ground for user and the procedural rules*, in *P.P.L.R.*, n. 3/2014.

(2) Art. 30 della D. 18, tipologia specifica che di conseguenza scompare dalla disciplina dei settori ordinari.

(3) Considerando 42 e 43, dove si ritrova anche una definizione generale di appalti complessi e innovativi.

(4) Art. 26, par. 3 e 4. Per la procedura negoziata senza bando, l'art. 32 resta invece nella sua impostazione originaria.

(5) Cfr. L. Fiorentino e C. Lacava (a cura di), *Le nuove direttive*

europree sugli appalti pubblici, Quaderni, n. 9, Milano, 2004.

(6) 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; Rapporto di Mario Monti, Una nuova strategia per il mercato unico, 9 maggio 2010.

(7) Artt. 47 (procedura negoziata), 48 (dialogo competitivo) e 49 (partenariati), D. 25/2014.

(8) E per alcune amministrazioni di un semplice avviso di pre-informazione (art. 26, par. 5).

che tutti gli offerenti devono soddisfare. Su tali indicazioni preliminari fornite dall'amministrazione gli invitati presentano l'offerta iniziale che costituisce la base per le successive (eventuali) negoziazioni. Esse possono riguardare (previa specificazione nel bando) unicamente l'offerta iniziale (che diviene così definitiva) oppure anche altre offerte a seguire, dato che la procedura può svolgersi (come nel dialogo competitivo) per successive fasi tese a ridurre il numero dei partecipanti (9).

Il campo di applicazione della procedura, pur tassativo, è più esteso e alle amministrazioni è riconosciuto un ampio margine di discrezionalità (art. 26) (10). Questa parziale "liberalizzazione" della negoziazione ha, tuttavia, come contropartita, regole procedurali più dettagliate rispetto alla precedente procedura negoziata con pubblicità, volte a rafforzare il rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento, senza sacrificare in ogni caso la flessibilità. Il legislatore sembra aver posto maggiore enfasi sul *come si usa* la procedura rispetto al *quando si usa* la procedura (11).

In particolare, la norma stabilisce la *disclosure* di una serie di informazioni specifiche prima della domanda di partecipazione in modo da garantire uguali condizioni di partenza. Altre garanzie di trasparenza e di parità di condizioni sono assicurate nel corso della procedura attraverso la chiara individuazione dell'oggetto delle successive negoziazioni e della conseguente modificabilità delle offerte, nonché delle informazioni che possono essere comunicate ai concorrenti pur nel rispetto del segreto commerciale, fino all'ultima fase concorrenziale. Finalità delle fasi successive di negoziazioni è quella di migliorare le offerte in modo da permettere alle amministrazioni di acquistare lavori, forniture e servizi adeguati alle esigenze specifiche. Le negoziazioni possono riguardare tutte le caratteristiche dei lavori, delle forniture e dei servizi (qualità, quantità, clausole commerciali, aspetti sociali e ambientali). Sulle procedure si impone però il divieto generale per le amministrazioni di negoziare i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione. Questi devono mantenersi stabili lungo l'intera procedura e rappresentano pertanto il nucleo immodifi-

cabile delle esigenze dell'amministrazione nel perseguire l'interesse pubblico all'affidamento (12). Quanto al dialogo competitivo, la disciplina resta invariata nella sostanza rispetto alla direttiva n. 18 ma con un ampliamento dell'ambito di applicazione.

Le tre procedure - competitiva con negoziazione, dialogo competitivo e partenariati per l'innovazione - prevedono tutte una fase di preselezione, in esito alla quale solo gli operatori invitati dalle amministrazioni possono partecipare alle negoziazioni. La differenza è che nella procedura competitiva e nei partenariati l'offerta iniziale costituisce la base delle successive fasi di negoziazione volte a migliorare le offerte fino a quelle finali; mentre, nel dialogo competitivo la negoziazione con gli offerenti precede la prima offerta e serve proprio per individuare la soluzione ed i mezzi più idonei a soddisfare le necessità delle amministrazioni. Soltanto al termine del dialogo gli operatori sono invitati a presentare le loro offerte. Inoltre, nel dialogo competitivo, come nei partenariati, data la complessità dell'appalto, l'unico criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a differenza della procedura competitiva.

I partenariati per l'innovazione, a loro volta, si sviluppano, come detto, secondo regole molto simili a quelle della procedura competitiva ma si differenziano da questa per la peculiarità dell'oggetto dell'appalto, basato sul presupposto che i prodotti non siano disponibili sul mercato. La negoziazione è quindi volta proprio ad individuare il *partner* (o più *partner*) con il quale stabilire un rapporto contrattuale a lungo termine per lo sviluppo delle attività di ricerca fino alla produzione di prototipi, alla messa sul mercato ed al successivo acquisto da parte dell'amministrazione di prodotti, servizi o lavori innovativi, senza la necessità di una procedura distinta (13). La necessità di una apposita procedura nasce, nell'idea del legislatore, dalla mancanza nelle direttive precedenti di un istituto specifico ed è strumento di attuazione della strategia Europa 2020 e della Comunicazione sugli appalti pre-commerciali (14). Inoltre, per la durata relativamente lunga di collaborazione tra il *partner* pubblico e

(9) Art. 29, par. 3 e 4; e art. 65, par. 2. Sulla nuova procedura si rinvia a Velia M. Leone, *La procedura competitiva con negoziazione*, Convegno IGI, Roma, 6 maggio 2014.

(10) Art. 26, par. 1. Considerando 23, 43, 44. La norma risulta, infatti, sempre applicabile agli appalti di lavori, forniture e servizi e non solo a singole categorie di appalti come in precedenza. Un ampliamento dell'ambito di applicabilità è previsto anche nella procedura negoziata senza bando (art. 32, par. 5). Tuttavia spetta agli Stati limitare o meno la scelta di ricorso

a tale procedura da parte delle amministrazioni aggiudicatrici

(11) J. Davey, *Procedures involving in the new Public Procurement Directive: key reforms to the ground for user and the procedural rules*, cit.

(12) Considerando 45.

(13) A condizione che siano rispettati i livelli di prestazione e i costi concordati. Considerando 48.

(14) Comunicazione del 14 dicembre 2007 e Considerando 47.

quello privato intorno alla realizzazione di un progetto, i partenariati rientrano nella più ampia categoria della *partnership* pubblico-privato (PPI) (15).

In particolare, i partenariati presentano rispetto alla procedura competitiva ed al dialogo competitivo, un ambito di applicazione ancora più esteso, non prevedendo la direttiva casistiche di applicazione. La procedura si fonda, mediante fasi negoziali successive, sul confronto con gli offerenti chiamati a proporre, in una logica di attività di ricerca e sviluppo, proprie specifiche soluzioni. Gli elementi fondamentali sono quelli delle altre procedure flessibili, ma con alcune peculiarità (art. 31): identificazione già nel bando delle esigenze di prodotti o servizi non disponibili sul mercato; criteri di selezione relativi alle capacità dei candidati nel settore della ricerca e dello sviluppo; definizione nel bando del regime applicabile ai diritti di proprietà intellettuale e della autorizzazione a presentare varianti per stimolare la ricerca; aggiudicazione degli appalti unicamente sulla base del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo; possibilità di instaurare il partenariato con uno o più *partner*; partenariato strutturato in fasi successive secondo la sequenza del processo di ricerca, fissazione di obiettivi intermedi remunerati.

Impatto

Le due visioni della disciplina degli appalti pubblici - quella nazionale che sconta ancora il retaggio delle norme antiche di contabilità ed è caratterizzata da rigidismi, formalismi e complicazioni procedurali e quella comunitaria improntata allo sviluppo della concorrenza e del buon funzionamento del mercato - non riescono nel nostro ordinamento a trovare ancora un punto di equilibrio (16). Prova ne è il recepimento delle direttive precedenti attraverso una regolamentazione alluvionale, spesso contraddittoria, con conseguenti enormi difficoltà ad operare sia delle amministrazioni sia delle imprese, a detrimento degli obiettivi di efficienza della spesa pubblica e di rafforzamento del mercato.

Entrando nel merito delle procedure, la normativa interna e soprattutto una prassi incentrate sul controllo degli amministratori pubblici, a presidio dell'imparzialità e della trasparenza delle decisioni di spesa, hanno tradizionalmente favorito una limitata classe di modelli concorsuali. Si tratta di soluzioni decisamente distanti dalla negoziazione competitiva e inclini piuttosto al massimo abbattimento della discrezionalità amministrativa, tramite una rigida omologazione dei procedimenti a criteri formali di segretezza, immutabilità delle offerte, automatismo dei confronti (17) (si pensi allo scarso utilizzo in Italia dell'istituto del dialogo competitivo (18)). Malgrado esista una fiorente letteratura che dimostra che la povertà e la rigidità dei modelli concorsuali sono in genere fonte di inefficienza e che solo procedure flessibili e negoziate possono rispondere alle esigenze di contratti complessi e di lungo periodo (19). E malgrado, come noto, il formalismo e la rigidità non abbiano neanche conseguito l'obiettivo dell'imparzialità e della trasparenza, stante la persistenza dei fenomeni di corruzione.

Rispetto ad un legislatore europeo che, riconoscendo che alcuni elementi di rigidità e di appiattimento procedurale si sono dimostrati un ostacolo anziché uno stimolo allo sviluppo del mercato comune, ha previsto le nuove procedure fortemente improntate alla flessibilità, il nostro ordinamento si trova di fronte ad una sfida, o forse ad un'ultima occasione, stante la grave situazione di crisi economica, per introdurre una maggiore efficienza nel sistema. Per questo motivo, si ritiene che scelte nazionali assunte all'insegna di un inasprimento superfluo dei vincoli europei possano rivelarsi erronee e negative e che di conseguenza il recepimento delle nuove procedure nel nostro ordinamento debba essere tale e quale.

Questo però deve implicare un cambiamento più generale, che si spinga dal versante delle procedure a quello strutturale dell'organizzazione e delle competenze, in quanto le nuove misure attribuiscono un ruolo nuovo alle amministrazioni: quello non di

(15) Cfr. Libro verde della Commissione relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni - COM (2004) 327.

(16) M. Cafagno, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Il diritto degli appalti pubblici all'alba delle nuove direttive comunitarie*, Convegno, Camera dei deputati, 15 novembre 2013; AA.VV., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), Milano, 2013, AA.VV., *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, G.D. Comporti (a cura di), Ed. Scientifica, 2011; F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV. *Studi*

in onore di Antonio Amorth, Vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, 317.

(17) F. Ledda, cit.

(18) La banca dati del servizio TED (Tenders Electronic Daily) dell'Ue, segnala che, a fine 2013, sono stati nel complesso svolti 8994 procedimenti di dialogo; di questi, 85 in Italia, a fronte dei 3425 della Francia e dei 2806 del Regno Unito.

(19) Per tutti, K. M. Shmidt e M. Schnitzer, *Methods of Privatization: Auction, Bargaining and Give Aways*, in H. Giersch (ed.), *Privatization at the End of the Century*, Berlino 1997; AA.VV., *The Economic Theory of Auctions*, Klemperer, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 1999.

meri acquirenti, bensì di componenti fondamentali del mercato nella spinta verso l'innovazione. Ciò presuppone un regime di fiducia e di stima verso le amministrazioni stesse. A tal fine, se non si cambia la prassi ed in particolare il sistema della responsabilità amministrativa, affiancando al peso del rischio erariale un adeguato sistema d'incentivazione secondo la qualità dei risultati conseguiti, non si riuscirà mai a superare la realtà del funzionario che, sotto il peso del rischio, dove si trovi arbitro della selezione del modello concorsuale, non scelga per eccesso di cautela quello capace di ridurre il numero delle scelte e la variabilità degli esiti e quindi quello più rigido e formale, che tuttavia è spesso quello meno efficiente e meno desiderabile dal punto di vista sociale ed economico (20).

L'aggregazione della domanda

I vantaggi che discendono dalla aggregazione della domanda - economie di scala, aumento della concorrenza, maggiore professionalità della committenza pubblica - sono noti e ampiamente ribaditi nella nuova direttiva (21), che rispetto alla precedente disciplina arricchisce però il quadro regolamentare. Infatti accanto all'attività di centralizzazione delle committenze il legislatore comunitario introduce due nuovi istituti: gli appalti congiunti occasionali e gli appalti transfrontalieri (22).

Per quanto riguarda le attività di centralizzazione delle committenze (23), la disciplina è analoga a quella della direttiva n. 18 e cioè: previsione di due modelli organizzativi principali - strutture che agiscono direttamente come acquirenti e strutture che svolgono una funzione di intermediazione, assistenza e supporto alle amministrazioni nelle procedure di aggiudicazione di appalti, conclusione di accordi quadro e gestione dei sistemi dinamici di acquisizione - e regime di responsabilità, in base al quale l'obbligo di svolgere procedure conformi alla direttiva ricade "a monte" sulla centrale di committenza. Mentre, nessun obbligo particolare grava sulle amministrazioni aggiudicatrici che a quest'ultima si rivolgono a fini di approvvigionamento, salvo l'adempimento di obblighi specifici. Si amplia

però la nozione di attività di centralizzazione; essa viene ora a comprendere anche le "attività di committenza ausiliarie" consistenti in prestazioni di supporto che si articolano in diverse forme (24), ma si sostanziano sempre in attività di intermediazione. Gli appalti congiunti occasionali e gli appalti transfrontalieri rientrano nell'ambito della più generale attività di cooperazione orizzontale tra le amministrazioni appartenenti ad uno Stato membro o a diversi Stati membri. Il fine è accrescere i vantaggi del mercato interno creando, soprattutto nel caso di appalti transfrontalieri, opportunità commerciali. Si tratta di strumenti di acquisizione meno sistematici che possono assumere forme diverse e flessibili, alle quali corrispondono livelli diversi di responsabilità (25). Anche in questo caso il legislatore introduce quindi una maggiore flessibilità, istituzionalizzando la prassi comune agli Stati nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, dell'agire per accordi.

L'insieme di questi strumenti vanno nella direzione di incentivare l'aggregazione della domanda, attraverso la costituzione di grandi acquirenti che abbiano, in virtù della dimensione e del volume degli acquisti, maggiore capacità di garantire la qualità della spesa pubblica. Rimane tuttavia il limite di fondo, già previsto nella precedente direttiva, vale a dire la scelta rimessa agli Stati se adottare o meno questi strumenti. Tale limite riduce notevolmente la carica innovativa della disciplina.

Impatto

Il nostro ordinamento ha in parte anticipato quello comunitario sul tema dell'aggregazione della domanda e degli appalti elettronici. All'inizio del secondo millennio, infatti, è istituito un apposito organismo - Consip (26) - con il compito di svolgere attività di intermediazione negli acquisti, tramite procedure di aggiudicazione di appalti e convenzioni quadro alle quali le amministrazioni accedono per l'acquisto di beni, servizi e lavori. Viene altresì realizzato il mercato elettronico per gli appalti sotto soglia. Altrettanto noti, sono tuttavia, da un lato, il mancato decollo dello sviluppo di centrali di committenza a livello regionale e locale, rimanen-

(20) P. Trimarchi, *La responsabilità del giudice*, in *Quadrimestre*, 1985, p. 367. M. Cafagno, *Responsabilità amministrativa nascente dalla violazione delle norme di gara ed evoluzione della disciplina dell'evidenza pubblica*, in AA.VV. *Negoziazioni pubbliche*, cit.

(21) Considerando 59, 69-73.

(22) Artt. 37, 38 e 39. *Idem* artt. 55, 56 e 57 della D. 25/2014.

(23) C. Risving Hamer, *Regular purchases and aggregated*

procurement: the changes in the new Public Procurement Directive regarding framework agreements, dynamic purchasing systems and central purchasing bodies, in *P.P.L.R.*, n. 4/2014.

(24) Art. 2, par. 15.

(25) Art. 38, par. 2 e art. 39, par. 3 e 4. Considerando 71.

(26) Cfr. L. Fiorentino, *Razionalizzazione delle pubbliche amministrazioni e contenimento dei costi di funzionamento*, in questa *Rivista*, 2007, 3; ID., *Il "modello Consip" e le politiche di razionalizzazione della spesa*, in questa *Rivista*, 2006, 3, 253.

do sporadiche le esperienze; dall'altro, le continue oscillazioni del legislatore - stretto tra obbligatorietà o meno per le amministrazioni di aderire alle convenzioni - e le difficoltà che spesso incontrano le amministrazioni, soprattutto locali, nel rivolgersi a questo sistema, non sempre soddisfacente in termini di efficacia e qualità.

Il problema di fondo è quello delle relazioni tra i diversi livelli di governo - centrale, regionale e locale -, ovvero le strategie di accentramento o decentramento. I modelli centralistici permettono il raggiungimento di livelli quantitativi tali da intaccare la "massa critica" per ottenere, quindi, economie di scala. Essi possono tuttavia presentare aspetti negativi in termini di diseconomie gestionali e di deresponsabilizzazione. I modelli decentrati, invece, mentre enfatizzano la logica di autonomia e responsabilità degli enti, frazionano la spesa e, quindi, incidono sui prezzi che le amministrazioni pagano e sull'aumento della spesa pubblica. Nel recepimento delle norme sulla centralizzazione, il legislatore deve pertanto trovare un punto di equilibrio per evitare i rischi di un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto, pur nel perseguimento dell'obiettivo della aggregazione della domanda e della riduzione della spesa, come d'altra parte suggerito dalla stessa direttiva (27).

Di interesse altresì il recepimento delle norme sull'appalto congiunto, modalità più flessibile e meno vincolante. A livello locale, l'istituto trova un fondamento normativo nella gestione associata delle funzioni tra gli enti territoriali (28). I vantaggi dell'aggregazione di enti locali per l'acquisto congiunto di beni e servizi sono in termini di economicità, semplificazione e risparmio. Il modello operativo deve comunque prevedere un equo bilanciamento tra coordinamento della spesa e autonomia delle singole amministrazioni e quindi una chiara definizione dei rapporti e delle relative responsabilità tra ente capofila e altri enti e tra questi ed i fornitori attraverso idonei strumenti (convenzioni, accordi).

Si segnala al riguardo che il legislatore ha in parte anticipato il recepimento con il decreto legge 24 aprile 2014, n. 66 (29) che prevede diverse misure volte ad incentivare e rafforzare l'acquisizione di beni e servizi attraverso soggetti aggregatori e prezzi di riferimento. Il perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica rappresenta in tal caso l'esclusivo parametro di riferimento: in particolare, sono stabiliti obblighi e vincoli molto stringenti a carico delle regioni e degli enti locali e misure deterrenti (30), nonché la fissazione di un numero - non superiore a trentacinque - di soggetti aggregatori presenti sul territorio nazionale. Obiettivo quest'ultimo di non facile realizzazione, tenuto conto della realtà attuale di circa trentaduemila stazioni appaltanti.

I criteri di aggiudicazione. L'approccio costo/efficacia

La nuova direttiva (31) contiene elementi molto innovativi anche sul piano concettuale (32). Mentre prima si prevedevano due criteri di aggiudicazione - offerta economicamente più vantaggiosa e prezzo più basso - a libera scelta dell'amministrazione in relazione all'oggetto dell'appalto, la nuova direttiva privilegia nettamente il primo che diventa la regola. Il prezzo più basso rappresenta, invece, l'eccezione, dal momento che le amministrazioni possono ricorrervi solo se contemplato da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative. Prevale così la posizione del Parlamento rispetto a quella della Commissione (33). L'offerta economicamente più vantaggiosa viene inoltre radicalmente riformulata, perché basata su un approccio costo/efficacia, che può includere il miglior rapporto qualità/prezzo (*best price quality ratio*), valutato sulla base di criteri qualitativi, ambientali e/o sociali collegati all'oggetto dell'appalto, di cui viene fornito un elenco non tassativo (34).

Altra novità è la definizione del concetto di costo, quale "costo del ciclo di vita". Tale concetto (*life-cycle costing*) (35), di derivazione anglosassone

(27) Considerando 59.

(28) Artt. 30-35, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

(29) Art. 9, decreto legge n. 66/2014 recante "Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale", convertito con modificazioni dalla legge 23 giugno 2014, n. 89.

(30) A partire dalla previsione del mancato rilascio da parte dell'AVCP (ora Autorità nazionale anticorruzione) del codice identificativo gara (CIG) alle stazioni appaltanti che operino in violazione degli adempimenti previsti.

(31) Art. 67 ed analogamente art. 82, D. 25/2014.

(32) P. Bordalo Faustino, *Award criteria in the new EU Directive on public procurement*, in *P.P.L.R.*, n. 3/2014.

(33) Cfr. R. Caranta e C. Dragos, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb e app*, 20014, 5, 493.

(34) Art. 67, par. 2; Considerando 89 e 92.

(35) Art. 68. L'amministrazione deve evidenziare negli atti di gara il metodo valutativo che seguirà nel determinare il costo del ciclo di vita: nel caso dei costi ambientali esterni sono prefissati limiti e condizioni (come oggettività, verificabilità, ragionevolezza, proporzionalità, accessibilità), o dovrà essere fatto riferimento a metodi approvati ufficialmente nell'Unione (par. 2°, 2° parte e par. 3), oppure all'elenco di atti legislativi fissati nell'allegato XIII. In modo analogo l'art. 83, D. 25/2014.

(*cost-plus*), conferisce alla concezione di prezzo, oltre la dimensione dell'articolazione dei diversi oneri, soprattutto quella "temporale", vale a dire il costo determinato da oneri successivi all'acquisizione in sé, purché "il loro valore monetario possa essere determinato e verificato". Tali oneri sono distinti, in un elenco non tassativo, in due categorie: a) "costi interni", sostenuti dall'amministrazione, quali i costi relativi all'acquisizione, all'uso dell'energia, alla manutenzione ed ai costi di fine vita (raccolta e riciclo); b) costi relativi alle esternalità ambientali, quali i costi delle emissioni e di mitigazione ambientale. Il legislatore recepisce così l'orientamento della Corte di giustizia, che ha sancito la legittimità della considerazione nei criteri di aggiudicazione di aspetti del ciclo di vita, quali i processi di produzione ed il costo ambientale (36).

La novità dei criteri e la centralità del tema ambientale rientrano nella finalità più generale dell'utilizzo strategico degli appalti pubblici, che muove dalla clausola orizzontale (art. 18, par. 2) e arricchisce in più parti la tassonomia delle norme a contenuto ambientale, da quella sui *labels* specifici che possono essere richiesti dalle amministrazioni se legati all'oggetto del contratto; ai *labels* equivalenti che devono essere accettati; a quella che prevede la possibilità di non aggiudicare il contratto quando l'offerta presentata non sia conforme alle obbligazioni europee sui profili ambientali; fino alla possibilità di escludere un operatore in caso di violazione delle medesime obbligazioni, o ancora, in tema di offerte anormalmente basse (37). La direttiva non si è spinta, tuttavia, ad ammettere alcune proposte iniziali, come la previsione di requisiti obbligatori generali per gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione (mantenendo quindi il principio di libertà su *what to buy*); o il superamento del principio del necessario collegamento dei requisiti ambientali o sociali con l'oggetto del contratto, che resta dunque confermato.

Impatto

La direttiva lascia liberi gli Stati di negare il ricorso soltanto al criterio del prezzo o del costo o di limitarne l'uso a determinate categorie di ammini-

strazioni aggiudicatrici o tipi di appalto. Come si vede, la logica del massimo ribasso non è abolita formalmente, ma esce drasticamente ridimensionata dalla riforma. Se all'enfaticizzazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del correlato principio della qualità si aggiunge l'incentivo alle autorità appaltanti a considerare l'intero ciclo di vita dei prodotti o servizi e la possibilità di monetizzare le esternalità, è chiaro come molto forte sia l'impatto sull'ordinamento interno. Si ricorda, in proposito, che soltanto a seguito della censura della Corte di giustizia (38), si è provveduto, non senza una certa riluttanza, ad adeguare l'ordinamento nazionale a quello comunitario. In conseguenza, è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione la scelta del criterio di aggiudicazione, secondo i principi comunitari di esclusività, specificità e pubblicità.

Il legislatore nazionale ha quindi accolto il principio di parità tra i due criteri abbandonando la preferenza verso il criterio del prezzo più basso, anche se la prassi è molto più difficile da scardinare. L'individuazione dei criteri e sub-criteri di aggiudicazione nell'offerta economicamente più vantaggiosa e soprattutto l'attribuzione di punteggi, non solo attribuisce un'alea di rischio agli amministratori pubblici, ma soprattutto richiede competenze tecniche che spesso non sono presenti, con la conseguenza che le amministrazioni preferiscono il criterio del prezzo più basso, che limita l'ambito di discrezionalità del committente. Anche in questo caso, tuttavia, il ricorso prevalente al prezzo più basso e quindi a modelli rigidi non ha frenato il fenomeno della corruzione, ma anzi lo ha in parte incentivato (offerte anormalmente basse).

Ora il recepimento di un concetto molto più ampio ed articolato di offerta economicamente più vantaggiosa, basato sul rapporto qualità/prezzo e sul costo del ciclo di vita, non è banale, ma può rappresentare nel nostro ordinamento una spinta a favorire il graduale abbandono della valutazione del mero prezzo, all'origine di non poche distorsioni negli appalti pubblici. Al tempo stesso, occorre comunque evitare di incorrere nel rischio opposto di una eccessiva discrezionalità amministrativa (39).

(36) Corte di giustizia Ue, 10 maggio 2012, in causa C-368/10, Commissione/Paesi Bassi. Su questi profili, si rinvia a M. Clarich, G. Fidone, *La considerazione di variabili ambientali nella scelta del contraente (i cd. appalti verdi)*, in *Il diritto degli appalti pubblici all'alba delle nuove direttive*, cit.

(37) Artt. 54 e 55. Art. 69, par. 3, lett. d).

(38) La Corte di giustizia (C-247/02) aveva censurato l'art. 21, c. 1, dell'ormai abrogata Legge Merloni nella parte in cui decretava una preferenza per il criterio del prezzo più basso.

(39) Un approccio questo tipico del Regno Unito, dove dalla fine degli anni '90 per gli affidamenti degli enti locali è stato abolito il massimo ribasso mentre quelli infrastrutturali maggiori sono attribuiti con prevalenza (a volte quasi totalizzante) di punteggio agli aspetti qualitativi. A proposito, il Considerando 90 specifica che «il criterio raccomandato del price-quality ratio dovrebbe sempre includere un elemento di prezzo o di costo», proprio per limitare all'ambito dell'eccezionalità una tendenza, come nel Regno Unito, agli affidamenti dei maggiori

La selezione dei partecipanti e l'aggiudicazione

Due sono le novità più rilevanti, volte a rafforzare la flessibilità: la previsione della qualità dell'offerente tra i criteri di aggiudicazione e la possibilità di inversione dell'ordine di valutazione dei criteri di selezione rispetto a quelli di aggiudicazione. Nella direttiva n. 18, la scelta dell'aggiudicatario si sviluppava in due fasi ben distinte: la fase della selezione dei partecipanti, nella quale l'amministrazione doveva esaminare i requisiti di partecipazione e quella di aggiudicazione nella quale l'offerta doveva essere valutata in base a criteri strettamente attinenti all'oggetto e che ne misuravano il valore; quindi, anche nell'ipotesi dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione doveva riguardare unicamente la qualità dell'offerta e non dell'offerente. Questa disciplina è stata confermata più volte dalla stessa Corte di giustizia (40) che ha sostenuto il principio generale della distinzione tra i criteri di qualificazione e i criteri di valutazione. Dietro impulso degli *stakeholders* favorevoli ad un approccio più flessibile, secondo un orientamento condiviso dalla Commissione e coerente con una più recente giurisprudenza (41), la direttiva (42) include ora tra i criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche "l'organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto". Tale scelta è motivata dalla convinzione che la qualità del personale addetto possa incidere sulla qualità dell'esecuzione dell'appalto e, di conseguenza, sul valore economico dell'offerta. Rispetto al testo originario, il legislatore ha trovato un giusto equilibrio, da un lato estendendo tale criterio a tutti i tipi di appalto (non solo servizi, ma anche lavori e forniture), dall'altro, aggiungendo, al fine di evitare abusi, la condizione della "influenza significativa" della qualità del personale incaricato sul livello di esecuzione dell'appalto. Si previene così il rischio di un eccessivo "soggettivismo" nella fase di aggiudicazione, imponendo il principio di proporzionalità e quindi garantendo l'oggettività della scelta e la parità di trattamento.

La seconda novità consiste nella possibilità per le amministrazioni di decidere in quale ordine esa-

minare i criteri, e più precisamente di valutare le offerte anche prima di verificare l'assenza dei motivi di esclusione ed il rispetto dei criteri di selezione (43). La finalità è quella di rendere più flessibile l'ordine di valutazione, consentendo alle amministrazioni di verificare i criteri di selezione soltanto per l'aggiudicatario, con un conseguente risparmio di tempi e costi. Il legislatore mitiga tuttavia questa disposizione con tre elementi: la limitazione di tale possibilità alle sole procedure aperte, in quanto l'inversione dell'ordine di valutazione è incompatibile con le procedure ristrette o negoziate; l'obbligo per le amministrazioni che effettuano tale inversione di garantire che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in modo imparziale e trasparente; la concessione agli Stati di un ampio margine di scelta, nell'escludere o limitare l'uso del nuovo sistema per determinati tipi di appalto.

Impatto

Per quanto riguarda la prima novità, il nostro ordinamento ha in parte già anticipato questa tendenza, attraverso una giurisprudenza che, da una iniziale posizione rigida (44), è approdata ad una più flessibile. Più precisamente, pur riconoscendo come principio generale delle gare pubbliche il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta, tale orientamento ha evidenziato come spesso sussista una commistione inestricabile tra il canone oggettivo di valutazione dell'offerta ed il requisito soggettivo del competitore. Questa commistione, che rende in concreto non pertinente il generale divieto, viene in rilievo ogni qual volta la *lex specialis* valorizzi non già i requisiti soggettivi in sé intesi, bensì quei profili soggettivi incidenti in modo specifico sull'espletamento dell'attività appaltata (45), pienamente in linea, quindi, con il nuovo approccio delle direttive. Anche con riguardo all'inversione dell'ordine di valutazione, il recepimento nel nostro ordinamento non dovrebbe creare particolari difficoltà. Il Codice dei contratti già prevede, infatti, al di là del controllo a campione, che la verifica del possesso dei requisiti sia

interventi con la formula del design & build (D&B) - secondo la modalità dell'early involvement contractor (EIC), che si sostanzia in una gara dove il prezzo indicato nel bando è fisso e la competizione è sulle sole varianti qualitative: modalità che, peraltro, ormai pare avvalorata dal 2° par, 2° comma dell'art. 67 riformato.

(40) Per tutti Corte di giustizia 20 settembre 1988, *Beentjes c/ Etat*, e 24 gennaio 2008, *Lianakis e.a.*, C-532/06.

(41) Tribunale 3 marzo 2011, *Evropaiki Dynamiki c/ Commission*, T-589/08.

(42) Art. 67, par. 2, lett. b). Considerando 94.

(43) Art. 56, par. 2. Analogamente l'art. 76, D. 25.

(44) Consiglio di Stato, sez. V, 7 aprile 2009, n. 2147.

(45) Consiglio di Stato, sez. V, 21 maggio 2010, n. 3208. Id, sez. V. 23 gennaio 2012, n. 266. Id, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191.

svolta nei confronti dell'aggiudicatario provvisorio, e dunque dopo la valutazione delle offerte. L'esito di tale verifica da parte dell'amministrazione rappresenta, a sua volta, condizione di efficacia dell'aggiudicazione definitiva (46). Ciò non toglie che sussista nella prassi il rischio che le amministrazioni, una volta scelta l'offerta migliore, possano essere meno motivate a verificare con la dovuta attenzione i motivi di esclusione ed i requisiti di partecipazione.

I motivi di esclusione e i requisiti di partecipazione

I requisiti di partecipazione si distinguono in due categorie: requisiti "generali" che attengono alla situazione personale del soggetto, in particolare alla sua affidabilità morale e professionale, requisiti "speciali", tecnico-organizzativi ed economico-finanziari, che attengono alle caratteristiche soggettive sotto il profilo delle attività espletate e della sua organizzazione. Per quanto riguarda la prima categoria, l'art. 57 (47) prevede una *toolbox* più completo e dettagliato del precedente. Il quadro regolamentare dei criteri di esclusione dei partecipanti privi dei requisiti di ordine generale risulta, pertanto, più incisivo ed esaustivo in modo da selezionare un operatore economico affidabile (48). La norma stabilisce infatti maggiore severità nell'esclusione, con motivi rafforzati o nuovi (49), mantenendo però al tempo stesso la distinzione tra cause di esclusione obbligatorie e facoltative, nonché il principio di proporzionalità e di parità di trattamento. Inoltre, contempla l'estensione a tutte le fasi della procedura della possibilità per le amministrazioni di escludere l'operatore economico qualora questi si trovi, a causa di atti compiuti o omessi, in una delle fattispecie contemplate.

Molto innovativa è la possibilità concessa agli operatori economici che siano ricaduti in una causa di esclusione, ed in particolare nei casi di violazione delle disposizioni fiscali e di politica sociale,

di adottare misure correttive (*self-cleaning measures*) (50), che dovranno essere vagliate ed eventualmente accolte dalle amministrazioni (51).

Infine, è attribuita agli Stati una notevole discrezionalità: dalla possibilità di prevedere in via eccezionale una deroga alle esclusioni obbligatorie per esigenze imperative connesse ad un interesse generale, quali la salute pubblica e la tutela dell'ambiente (52); alla determinazione di un periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore non adotti alcuna misura per dimostrare la sua affidabilità; fino alla possibilità di esigere o prevedere che le amministrazioni non escludano un operatore purché in grado di eseguire il contratto. Si determina però così il rischio di una frammentazione della regolamentazione. Per quanto riguarda i requisiti "speciali", invece, la nuova disciplina non si discosta nella sostanza da quella precedente, ribadendo che tali criteri devono essere attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto (53). L'unica novità è rappresentata dall'introduzione di un *plafond* in ordine ai requisiti finanziari. Le amministrazioni possono esigere un determinato fatturato minimo annuo, compreso un fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto (54). La norma stabilisce il vincolo che tale fatturato minimo richiesto non possa superare il doppio del valore minimo stimato dell'appalto, ma consente comunque alle amministrazioni di derogare.

Impatto

Il rafforzamento della disciplina dei motivi di esclusione va nella direzione già intrapresa dal nostro legislatore, che quindi ha anticipato quello comunitario. Il Codice dei contratti (55) ha adottato, infatti, criteri più restrittivi della direttiva n. 18, raggruppando tutte le cause di esclusione in un'unica categoria, senza distinzione tra cause di esclusione obbligatorie e facoltative. Esso rinvia poi alle normative speciali che hanno ulteriormente rafforzato il sistema di garanzie: dalla normativa antimafia (56) a quella sull'anticorruzione (57).

(46) Art. 48 e art. 11, c. 8.

(47) Ed in modo analogo l'art. 38 della D. 2014/23.

(48) Considerando 100-101.

(49) Es. per reati terroristici e lavoro minorile o per violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali.

(50) Art. 57, c. 6, fornendo l'operatore prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità.

(51) Per un'analisi approfondita si rinvia a H.J. Priess, *The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive*, in *P.P.L.R.*, n. 3/2014. S

(52) In senso critico, V. Capuzza, *I requisiti di ordine generale*

nelle nuove Direttive europee sui contratti pubblici, Convegno IGI, Roma 6 maggio 2014.

(53) Art. 58 che prevede tre categorie principali: abilitazione all'esercizio dell'attività professionale; capacità economica e finanziaria e capacità tecniche e professionali.

(54) Considerando 83 e art. 58, par. 3.

(55) Art. 38. Per una dettagliata descrizione di tali requisiti si rinvia alla determinazione AVCP n. 1/2010.

(56) Art. 3, legge 13 agosto 2010, n. 136/2010, decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; legge 18 ottobre 2001, n. 383.

(57) Legge 6/11/2012, n. 190, d.lgs. n. 33/2013, d.l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114.

Normativa

Contratti pubblici

L'impatto dovrebbe quindi essere di facile assorbimento (58). Si deve comunque tenere conto delle tendenze normative e giurisprudenziali che hanno stabilito un asse costituito da bando di gara-requisiti di partecipazione-cause di esclusione, imperniato sempre più sulla limitazione della discrezionalità della stazione appaltante e sull'orientamento sostanzialistico volto a superare aggravamenti inutili per i partecipanti, attraverso la tipizzazione delle cause di esclusione. Finalità è quella dell'allargamento della partecipazione degli operatori privati alle procedure di gara. Il riferimento è, da un lato, alla previsione di bandi-tipo (59) e all'introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione; dall'altro alla giurisprudenza che ha confermato l'orientamento volto a rafforzare il principio del cd. "dovere di soccorso" della stazione appaltante nei confronti delle domande

di partecipazione deficitarie in alcuni elementi e della relativa limitazione di forme di automatismo nelle decisioni di esclusione (60). Occorrerà quindi trovare anche in tal caso un equo bilanciamento tra esigenze di garanzia di affidabilità e di moralità dell'operatore economico ed esigenze di soddisfazione dell'interesse pubblico connesso all'esecuzione del contratto.

Per quanto riguarda infine l'introduzione di un *plafond* massimo in ordine ai requisiti finanziari, questa sembra andare in direzione opposta rispetto al nostro ordinamento. Il Codice infatti prevede l'illegittimità dei criteri che fissano senza congrua motivazione limiti di accesso connessi al fatturato (61). E d'altra parte, l'introduzione del requisito del fatturato, non sembra del tutto coerente con il *favor* verso le PMI, in quanto può rappresentare una barriera all'accesso al mercato.