



CONFINDUSTRIA

DELEGAZIONE DI BRUXELLES

PROPOSTE DI DIRETTIVE SUGLI APPALTI PUBBLICI E SUI CONTRATTI DI CONCESSIONE DI SERVIZI E LAVORI PUBBLICI

Serie *La lente sull'Ue*

n°15

Nota di presentazione del documento pubblicato dalla Commissione europea il 20 dicembre 2011

Gennaio 2012



PROPOSTE DI DIRETTIVE SUGLI APPALTI PUBBLICI E SUI CONTRATTI DI CONCESSIONE DI SERVIZI E LAVORI PUBBLICI

PRESENTAZIONE

Il 20 dicembre scorso, la Commissione europea ha approvato un pacchetto di misure che comprende due proposte di revisione delle cd “Direttive appalti” (Direttiva 2004/17/CE e Direttiva 2004/18/CE) e una proposta di Direttiva sulle concessioni di contratti di servizi e lavori pubblici.

Il pacchetto avrebbe dovuto comprendere anche una proposta legislativa volta a stabilire un mercato degli appalti più equo ed equilibrato nei confronti dei Paesi terzi, la cui approvazione è stata posticipata al 2012.

PROPOSTE DI REVISIONE DELLE CD “DIRETTIVE APPALTI”

Secondo la Commissione, l’iniziativa è volta, in primo luogo, ad aumentare l’efficienza della spesa pubblica, in modo che le procedure per la concessione di appalti garantiscano il miglior risultato possibile in termini di rapporto qualità prezzo. A tal fine vengono proposte delle misure volte a rendere più flessibili e semplici le misure esistenti. La Commissione ritiene che tale semplificazione possa produrre dei benefici per tutti gli operatori economici e, in particolare, una maggiore partecipazione delle Pmi agli appalti pubblici.

Sempre secondo la Commissione, un secondo obiettivo, complementare al primo, è quello di promuovere un uso migliore dei mercati pubblici che favorisca il raggiungimento di obiettivi sociali comuni, quali la protezione dell’ambiente, l’efficienza energetica, la lotta ai cambiamenti climatici, l’innovazione, l’occupazione e l’inclusione sociale, etc.

Tra le novità proposte figurano una significativa semplificazione amministrativa, attraverso l’obbligo, per le stazioni appaltanti, di accettare un ampio ricorso all’autocertificazione e di richiedere i certificati originali solo all’azienda che avrà vinto l’appalto, e non a tutte quelle che partecipano al bando. Inoltre, viene introdotto il divieto di richiedere un certificato già prodotto alla stessa amministrazione ed ancora valido, se presentato nei quattro anni precedenti.

Inoltre, viene ampliato il quadro delle tipologie di contratti per i quali si potrà procedere con la c.d. “Procedura negoziata”. All’interno di tale procedura, gli operatori economici selezionati sono invitati dall’autorità aggiudicatrice a presentare un’offerta scritta che costituisce la base per le negoziazioni successive. In seguito, le autorità aggiudicatrici negoziano le offerte con i *bidders* in modo da renderle maggiormente corrispondenti ai criteri di aggiudicazione, e non rivelano ai partecipanti le soluzioni proposte dalle imprese



concorrenti. Tale procedura avviene in fasi successive, al fine di ridurre il numero delle offerte attraverso l'applicazione dei criteri di aggiudicazione specificati nel bando. Tali criteri non possono essere cambiati una volta iniziata la procedura.

In aggiunta, viene dato particolare impulso all'*e-procurement*, attraverso una serie di procedure concepite per gli appalti elettronici: gli accordi quadro, i sistemi dinamici di acquisizione, le aste elettroniche e i cataloghi elettronici. Tali strumenti sono stati migliorati e resi più chiari per facilitare la presentazione di offerte in forma elettronica. Sempre riguardo l'*e-procurement*, la proposta prevede la trasmissione obbligatoria di avvisi in forma elettronica, la disponibilità on-line dei documenti di appalto e l'invio per via elettronica delle candidature.

Alcune misure non saranno obbligatorie, ma opzionali. Tra queste figura la possibilità di prendere in considerazione il costo ambientale di tutto il ciclo di vita di un prodotto, e non solo del prodotto stesso. Il ciclo di vita comprende tutte le fasi dell'esistenza del prodotto, del lavoro o della prestazione di servizi, dall'acquisizione delle materie prime o della produzione delle risorse fino alla loro eliminazione. I costi da prendere in considerazione non includono solo le spese dirette, ma anche i costi ambientali esterni, nel caso in cui questi possono essere monetizzati e verificati. Laddove esista un metodo comune a livello Ue per il calcolo del costo del ciclo di vita, le stazioni appaltanti saranno obbligati ad utilizzarlo.

Si propone, inoltre, che le autorità aggiudicatrici possano far riferimento ai fattori direttamente collegati al processo di produzione nei requisiti tecnici dei criteri di aggiudicazione, sempre che questi facciano riferimento ad aspetti del processo produttivo che siano strettamente collegati alla produzione del bene o servizio acquistato. Ciò esclude requisiti come la responsabilità sociale.

Secondo la proposta di Direttiva, l'autorità aggiudicatrice può escludere gli operatori economici da una procedura, se identifica delle violazioni di obblighi previsti dalla legislazione UE nel campo sociale, lavorativo o ambientale. Per quanto concerne i servizi sociali, si ritiene che essi abbiano raramente una natura transnazionale. Di conseguenza, la Commissione prevede un regime speciale per gli stessi e una soglia pari a 500.000 EUR (valore stimato dell'appalto, IVA esclusa) per l'applicazione della Direttiva.

Per favorire l'innovazione e la ricerca, che giocano un ruolo importante nella strategia Europa 2020, la proposta prevede la c.d. "*innovation partnership*", vale a dire una procedura speciale per lo sviluppo e l'acquisto successivo di prodotti e servizi innovativi. Nell'ambito di tale procedura, gli operatori economici partecipanti devono costruire un partenariato per lo sviluppo di un prodotto o servizio innovativo.

Un aspetto, che mira a garantire una maggiore protezione degli interessi delle PMI, riguarda la possibilità per le stazioni appaltanti di pagare direttamente i sub-fornitori. Secondo la proposta, inoltre, le autorità aggiudicatrici dovrebbero essere invitate a dividere gli appalti in lotti, omogenei o non, in modo da rendere più facile l'accesso alle Pmi. Nel caso in cui decidano di non farlo, le autorità dovranno giustificare la loro scelta.



La proposta non tocca il livello delle soglie per l'obbligo di pubblicazione europea, che la Commissione propone di lasciare invariate.

CONTRATTI DI CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI E SERVIZI

La proposta mira a colmare la fondamentale disomogeneità delle procedure di concessione previste a livello nazionale nei diversi Paesi dell'Ue. Le concessioni di servizi in particolare – a differenza di quelle di lavori pubblici – sono tuttora disciplinate esclusivamente da norme generali del Trattato (TFUE) con l'effetto di non poterne garantire un'applicazione omogenea a livello degli Stati membri.

L'accesso al mercato unico ed alla libera circolazione dei servizi all'interno dell'Unione ne risultano ostacolati e questo si traduce in un aumento dei costi da sostenere e in frequenti pregiudiziali legali concernenti la possibilità di investire oltreconfine.

La Commissione dunque – anche sulla scorta di due successive Consultazioni pubbliche svolte nel corso del 2011 - si propone di creare un quadro normativo uniforme a cui le legislazioni nazionali debbano richiamarsi per l'adozione delle normative sulle procedure di assegnazione di concessione di servizi, in modo tale da eliminare alla base il rischio di distorsioni e discriminazioni nell'accesso ad investimenti in servizi ed infrastrutture.

Importante novità della Direttiva consiste nel fatto che la Commissione stabilisce l'estensione al settore dei servizi della maggior parte delle norme che attualmente si applicano alle concessioni di lavori pubblici. Contemporaneamente, inoltre, estende l'applicazione di queste norme all'ambito dei servizi di pubblico interesse (acqua, energia, trasporti e servizi postali) ed anche per questi ultimi dispone l'obbligo di pubblicazione dei contratti di concessione per un valore minimo pari alla soglia di 5.000.000 di euro.

Sebbene la Direttiva non disponga criteri qualitativi od obblighi specifici riguardo le modalità con cui gli Stati membri debbano operare le scelte relative all'assegnazione di concessioni essa individua alcuni obblighi di tipo legale e procedurale a cui devono essere sottoposti tutti quegli ambiti che riflettano un profilo ed una portata potenzialmente intranazionale. Per questo motivo sono escluse dalla Direttiva tutte quelle fattispecie di servizi definiti «della persona» i quali hanno natura ristretta e localizzata all'interno degli Stati Membri, essendo parte del retaggio tradizionale e culturale dell'ambito territoriale a cui appartengono.

Preliminarmente nel testo si sottolinea la portata ed il senso della nozione di *concessione* per come intesa dalla direttiva. Tramite questa soggetti pubblici o privati a carattere pubblico assegnano ad operatori economici privati il diritto di compiere e fornire lavori pubblici e servizi. Ciò che distingue la concessione dalla nozione generica di appalto è il concetto di *rischio operativo sostanziale*. Questo, con la concessione, viene ceduto dall'ente/autorità aggiudicatore ad un operatore economico senza che dall'aggiudicatore stesso provenga



alcuna garanzia di restituire eventuali perdite legate ad investimenti su beni od infrastrutture a vantaggio del concessionario.

✓ **Portata ed esclusioni**

Le norme della direttiva si applicano a tutte le concessioni di valore uguale o superiore alla soglia minima di 5.000.000 di euro e comunque sono disposti obblighi di pubblicazione di avvisi di aggiudicazione anche per concessioni di servizi di valore compreso tra i 2.500.000 ed i 5.000.000 di euro. Il valore della concessione deve essere stabilito dalle autorità/enti aggiudicatrici sulla base dell'importo totale da pagare (o dell'importo corrispondente al totale dei servizi da fornire) per tutto il periodo previsto della concessione al netto dell'IVA.

Per ciò che riguarda le esclusioni dalla portata della direttiva esse sono rivolte nei riguardi di soggetti che condividono una parte societaria con gli aggiudicatori ed in tutti quei settori che sono generalmente esposti alla libera concorrenza. Nello specifico, le esclusioni riguardano:

- Concessioni assegnate ad altri enti/autorità aggiudicatrici o associazioni tra questi sulla base di diritti esclusivi previsti da norme amministrative e compatibili con i trattati,
- Concessioni assegnate ad imprese affiliate o da *joint venture* di cui l'ente aggiudicatore sia parte, in cui il l'affiliata pesi in termini di quote per più del 20% nella media degli ultimi tre anni,
- Imprese controllate o sottoposte nelle finalità agli enti/autorità aggiudicatrici,
- Gestione di reti infrastrutturali sottoposte a specifiche legislazioni assegnate ad operatori che al momento dell'entrata in vigore della direttiva godano di diritti esclusivi o speciali,
- Concessioni che uno Stato tramite enti/autorità aggiudicatrici deve assegnare obbligatoriamente sulla base di accordi internazionali o militari,
- Attività di noleggio di terre o proprietà immobiliari,
- Attività di trasmissione e distribuzione di radiodiffusioni e telecomunicazioni pubbliche e private,
- Servizi di arbitrato e conciliazione,
- Servizi di intermediazione finanziaria,
- Contratti d'impiego,
- Trasporti aerei,
- Servizi che si intende svolgere in un paese esterno all'Unione europea senza che il territorio di alcun paese membro ne risulti direttamente coinvolto.

✓ **Pubblicazione e trasparenza**

Obblighi specifici vengono stabiliti a carico delle autorità/enti aggiudicatrici in merito al trattamento dei dati forniti da offerenti e candidati ed alla comunicazione e pubblicazione dei dati inerenti ciascuna aggiudicazione.



Per ciò che riguarda il trattamento dei dati è esplicitamente previsto l'obbligo di garantire la dovuta riservatezza ai documenti forniti dalle imprese, mentre per quanto riguarda gli obblighi relativi alla comunicazione la Direttiva presenta in allegato (IV) una lista dettagliata recante tutte le informazioni che devono andare a comporre il preavviso di concessione, che deve essere pubblicato obbligatoriamente nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

È importante notare che viene previsto il divieto di pubblicare il preavviso della concessione a livello nazionale prima della pubblicazione nella gazzetta ufficiale dell'Unione europea e naturalmente il bando pubblicato a livello nazionale non può contenere alcuna informazione aggiuntiva rispetto a quello pubblicato in Gazzetta.

Per la fase successiva alla decisione di assegnazione di una concessione la direttiva dispone l'obbligo di informare ciascun candidato sull'esito della decisione e sulle motivazioni che l'hanno condizionato. Ciò vale anche i candidati che hanno visto scartata la propria proposta.

✓ **Procedure congiunte tra Stati membri**

La Direttiva prevede una definizione dettagliata delle norme in base alle quali è possibile individuare una procedura di assegnazione di concessione congiunta tra più Stati membri. Queste consistono in indicazioni riguardo le modalità di scelta del regime legale nazionale di riferimento per la concessione ed in indicazioni organizzative riguardanti gestione della procedura e suddivisione di oneri e responsabilità.

✓ **Criteri di assegnazione e garanzie procedurali**

Anche le tipologie di requisiti e caratteristiche tecniche che i documenti di assegnazione devono contenere sono specificamente e dettagliatamente previsti dalla Direttiva sia per il comparto dei lavori pubblici sia per il comparto dei servizi in maniera distinta.

Le linee guida ed i principi di massima che devono orientare le autorità/enti aggiudicatrici nella stesura dei requisiti per l'aggiudicazione di concessioni prevedono:

- Le prerogative tecniche richieste non siano eccessivamente restrittive o discriminatorie, ma si garantisca in ogni caso accesso equo e concorrenziale,
- La formulazione di requisiti funzionali sufficientemente chiari (ambientali, *standard* tecnici o entrambe),
- Obbligo di concedere l'assunzione di impegni con standard «equivalenti» rispetto a quelli espressamente richiesti per non escludere in partenza dalla gara chi non dispone dei requisiti specifici, ma può comunque fornire dotazioni soddisfacenti in relazione all'obiettivo-oggetto della concessione,
- Siano richieste etichettature specifiche se espressamente correlate all'oggetto della concessione, ma siano altresì ammesse anche etichettature «equivalenti» o prove tecniche alternative per non restringere l'accessibilità da parte di altre imprese,



- È ammessa la possibilità di richiedere che siano presentate prove tecniche a sostegno della conformità di quanto riportato nell'offerta del candidato effettuate da autorità competenti
- Affinché non si verifichino discriminazioni o esclusioni implicite nei riguardi di piccole o medie imprese nelle procedure di ammissione e candidatura, la direttiva prevede che imprese che necessitino di contributi tecnici o finanziari specifici, possano godere del supporto di altre entità atte a fornirgli assistenza affinché possano incontrare i criteri richiesti dall'autorità/ente aggiudicatore, quale che sia il legame giuridico che legghi i due attori.
- La direttiva non pregiudica la possibilità di subappaltare la concessione ottenuta dal candidato, procedura per il quale spesso gli Stati possono richiedere all'offerente di fornire informazioni a riguardo nel documento col quale si richiede l'aggiudicazione della concessione.

✓ **Aggiudicazione della concessione**

Malgrado la discrezionalità con cui è possibile individuare gli obiettivi preposti all'assegnazione delle concessioni e dunque i criteri in base al quale concedere le assegnazioni, è indispensabile che gli enti/autorità aggiudicatori individuino obiettivi che siano specifici in termini di *performance* o prerogative tecniche condizionali, ma comunque non arbitrari e tali da escludere potenziali concorrenti per motivi estranei rispetto allo specifico obiettivo in oggetto. Riconoscendo complessità e lunghezza come caratteristiche tipiche delle procedure di assegnazione delle concessioni, la direttiva dichiara per enti/autorità aggiudicatrici la necessità di adottare un comportamento flessibile ed ammette la possibilità di negoziare il contenuto dei criteri richiesti con i candidati. Tutto ciò purché gli oggetti della negoziazione siano resi adeguatamente noti alla totalità dei partecipanti nella maniera più ampia e trasparente possibile.

È espresso il divieto di stabilire criteri di selezione che restringano il campo della selezione degli eventuali candidati. Tali criteri devono essere rigorosamente conformati ai principi di « trasparenza, non discriminazione ed equo trattamento » e soprattutto devono essere strettamente correlati allo scopo a cui è preposta la concessione. Questi, inoltre, devono essere specificati nei bandi concessione o appalto in termini di proporzioni assegnate a ciascun criterio o in modo che appaiano soppesati o in elenco in ordine discendente. L'autorità/ente aggiudicatrice può individuare come criterio di selezione di un candidato il maggior risparmio. Tuttavia, nel caso in cui il maggior risparmio sia elevato a criterio devono essere resi noti anche i criteri qualitativi ed economici in base al quale esso stesso viene valutato. Oltre a costi e prezzi le assegnazioni potrebbero essere subordinate alla soddisfazione di una serie di prerogative basate su criteri diversi, i quali peraltro la direttiva espone dettagliatamente (qualità, design, impatto ambientale, professionalità dello *staff* impiegato, servizi post-vendita, rapidità della consegna, condizioni contrattuali dei lavoratori, uguaglianza di genere nell'ambiente di lavoro, etc.)



✓ **Limiti temporali**

Per ciò che riguarda l'individuazione di limiti temporali entro cui è possibile presentare una domanda di aggiudicazione della concessione la direttiva dispone che autorità/enti aggiudicatrici abbiano un comportamento flessibile in relazione alla complessità della concessione in oggetto. Tuttavia, è disposto l'obbligo di non imporre un limite temporale per la presentazione di una domanda di aggiudicazione inferiore ad un minimo di 52 giorni a partire dalla data di emissione dell'avviso di concessione. Tale limite può essere ridotto di 5 giorni laddove l'autorità/ente aggiudicatrice ammetta la presentazione della domanda tramite modalità elettroniche.

✓ **Modifica della procedura di assegnazione**

La direttiva prevede che nel caso in cui l'ente/autorità aggiudicatrice individui la necessità di modificare sostanzialmente i criteri dell'assegnazione della concessione una volta che la procedura sia stata già avviata, una procedura di assegnazione debba essere obbligatoriamente avviata *ex novo*. Unica eccezione conferente maggior flessibilità è prevista nel caso in cui, malgrado un'accurata preparazione della procedura di assegnazione, si presentino circostanze impreviste che impongono all'aggiudicatore una revisione delle condizioni iniziali, purché non nei criteri sostanziali della concessione (necessaria sostituzione di lavori o servizi).

La sostituzione di un operatore che abbia avuto successo nella presentazione della proposta può avvenire (soltanto nel caso in cui l'operatore venga meno ai suoi obblighi per intervenute insolvenza o acquisizione o scorporo della struttura societaria) osservando una clausola espressa e nota nel bando di assegnazione fin dall'inizio, garantendo il rispetto dei dovuti criteri di equo trattamento e trasparenza. In casi diversi è necessario che sia riavviata una nuova procedura di assegnazione alla concorrenza.