

APPALTI PUBBLICI E UNIONE EUROPEA: QUALCOSA STA CAMBIANDO? PIÙ FLESSIBILITÀ, SEMPLIFICAZIONE E CERTEZZA DELLE REGOLE: LE PRINCIPALI RICHIESTE DELL'EUROPARLAMENTO PER LA MODERNIZZAZIONE DEL SETTORE¹

MICHELE COZZIO, Ph.D in Comparative Private Law, Assistant Professor, Department of Legal Sciences, University of Trento, Research interests: EU and national public procurement systems; Quality rating of public procurement systems; Comparative Methodology.

* * *

1. I principali atti delle Istituzioni dell'UE che stanno scandendo il processo di modernizzazione della politica europea sugli appalti pubblici sono:

- il Rapporto Monti alla Commissione europea recante *Una nuova strategia per il Mercato unico* (maggio 2010);
- la Comunicazione della Commissione *Verso un atto per il mercato unico - Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva - 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato* (ottobre 2010)² nella quale viene dichiarato l'intendimento di intervenire con disposizioni *ad hoc* sulla legislazione europea degli appalti pubblici con l'obiettivo di: (i) aggiornare le procedure di aggiudicazione, (ii) migliorare le politiche di sviluppo;
- il Libro Verde della Commissione *Sull'estensione dell'uso degli appalti elettronici nell'UE* (ottobre 2010)³;
- del Libro Verde della Commissione *Sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti* (gennaio 2011)⁴.

Più recentemente va segnalata la conferenza organizzata a Bruxelles il 30 giugno 2011 per presentare i risultati della consultazione promossa

¹ Osservazioni in merito alla Risoluzione del Parlamento europeo *Sulla modernizzazione degli appalti pubblici* adottata il 25 ottobre 2011, rel. Heide Rühle della Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori [P7 TA/2011/0454 - 2011/2048/INI].

² COM/2010/608 def., del 27 ottobre 2010.

³ COM/2010/571 def., del 18 ottobre 2010.

⁴ COM/2011/15 def., del 15 gennaio 2011.

con il Libro Verde *sulla modernizzazione degli appalti*⁵ e la Risoluzione del Parlamento Europeo sempre in tema di modernizzazione degli appalti pubblici approvata il 25 ottobre 2011 sulla proposta presentata dalla tedesca H. Rühle (*Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori*).

Le Risoluzioni del PE concorrono alla formazione degli atti legislativi europei oppure possono anticipare la presentazione di una proposta legislative da parte della Commissione. La Risoluzione del 25 ottobre in tema di appalti pubblici è di particolare d'interesse perché riporta gli orientamenti del Parlamento europeo che potranno trovare conferma nelle prossime proposte legislative della Commissione.

2. Vi sono anche altre ragioni che richiamano l'attenzione sulla Risoluzione, il cui contenuto sembra annunciare un cambio di marcia della futura politica europea del settore. Come spesso avviene i segnali di cambiamento si avvertono solo volgendo lo sguardo al passato e ripercorrendo le fasi evolutive che hanno portato all'oggi.

Nel settore degli appalti pubblici possiamo rilevare che nell'arco di quarant'anni (1971-2011) la politica comunitaria ha perseguito inizialmente obiettivi di *armonizzazione minima*. In particolare le direttive di *prima generazione* hanno portato gli Stati membri ad adottare procedure di aggiudicazione nelle quali è presente una minima parte di regole comuni, essenziali affinché non si creino mercati territoriali favorevoli per alcune imprese a svantaggio di altre⁶. L'intento è ben descritto nei considerando iniziali della direttiva 71/305/CEE⁷, secondo i quali *“la realizzazione simultanea della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici (...) richiede, parallelamente*

⁵ La videoregistrazione della conferenza è disponibile all'indirizzo internet: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/conferences/index_en.htm.

⁶ Sull'armonizzazione minima si veda BENACCHIO G., *Diritto privato della Comunità europea. Fonti modelli e regole*, 2004, Padova, 212, il quale osserva, da una prospettiva più ampia di quella degli appalti pubblici, che la politica di armonizzazione minima può costituire un segnale di difficoltà in cui versa il programma di armonizzazione comunitario e, allo stesso tempo, implica la possibilità per gli Stati di adottare o mantenere misure più severe. Circostanza quest'ultima, osserva l'autore, che potrebbe penalizzare le imprese di quel determinato Stato nel loro rapporto concorrenziale con le società degli altri ordinamenti, in quanto misure troppo severe potrebbero far dirottare gli investimenti in Paesi dotati di regole meno rigorose. Si veda anche BALLBÉ M., PADRÓS C., *Estado competitivo y Armonización Europea: los modelos norteamericano y europeo de integración*, 1997, Ed. Ariel.

⁷ Direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che *coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*, pubblicata nella GU L185 del 16 agosto 1971.

all'eliminazione delle restrizioni, il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti" e tale coordinamento "deve rispettare per quanto possibile le procedure e le prassi in vigore in ognuno degli Stati membri".

Nella fase successiva (anni '80 e '90 del secolo scorso) le direttive sugli appalti pubblici (di *seconda generazione*) segnano il superamento della politica dell'*armonizzazione minima*: il quadro normativo è integrato con disposizioni dettagliate, le quali, non solo riducono sensibilmente i margini di differenziazione e discrezionalità degli Stati membri ma, in ragione di questa loro formulazione, acquisiscono talvolta natura auto-applicativa divenendo direttamente efficaci negli ordinamenti nazionali decorso il termine per il recepimento (cd. direttive *self-executing*).

L'efficacia diretta delle direttive sufficientemente precise e incondizionate non significa soltanto che la Pubblica Amministrazione e ciascun funzionario, amministratore e soggetto preposto a un organo pubblico devono essere in grado di: (i) conoscere le disposizioni delle direttive non attuate e (ii) considerarle, laddove ve ne siano i presupposti, alla stregua delle altre fonti di diritto una volta superato il termine per la formale attuazione. Significa, anche, che tali soggetti devono avere la capacità di riconoscere se le disposizioni di una direttiva possiedono o meno quei caratteri tali da renderle direttamente applicabili. E più ancora devono essere in grado di valutare se l'eventuale norma nazionale che dà attuazione ad una direttiva dotata di quelle caratteristiche sia corretta, con tutto quel che ne deriva in termini di criticità sul piano della certezza del diritto⁸.

La terza fase dell'evoluzione del diritto comunitario, tutt'ora in corso, coincide con la 'codificazione' delle regole sugli appalti pubblici⁹, alla quale si giunge nel 2004 con le direttive unificate 2004/18/CE¹⁰ e 2004/17/CE¹¹ (cd. direttive di terza generazione). Gli obiettivi

⁸ Vd. ANTONIOLLI L. – BENACCHIO G.A. – LAJOLO DI COSSANO F., *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, cit., 98 secondo i quali i problemi connessi alla conoscenza delle norme comunitarie dotate del carattere di efficacia diretta e alla legittimità di un provvedimento amministrativo conforme alla legge ma non alle direttive, sono tra i principali nodi posti dal processo di comunitarizzazione.

⁹ Cfr. Proposta di direttiva presentata dalla Commissione europea, relativa al *coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, servizi e di lavori*, del 10 maggio 2000, COM/2000/275 def.

¹⁰ Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al *coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, pubblicata nella GUUE L134 del 30 aprile 2004.

¹¹ Direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004 che *coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali*, pubblicata nella GUUE L134 del 30 aprile 2004.

perseguiti vanno oltre, per così dire, quelli dell'armonizzazione rafforzata e coincidono con un'inerziale spinta verso l'uniformazione e l'unificazione alla quale concorre massicciamente l'azione interpretativa della Corte di Giustizia¹².

Orbene la Risoluzione del 25 ottobre sembra pre-annunciare la conclusione di questa terza fase. Lo dimostrerebbe, in particolare, la volontà di superare logiche di uniformazione (eccessivamente rigide e invasive delle prerogative degli Stati membri) a favore di obiettivi di maggiore semplificazione e certezza delle regole, obiettivi da perseguire con strumenti flessibili e disposizioni con minor grado di dettaglio.

Si tratta, per altro, di una situazione già riscontrata in altri settori del diritto europeo, ad esempio nel diritto societario, laddove prevale nella fase più recente l'orientamento secondo il quale il mercato interno soffre per l'eccessiva regolamentazione dell'Unione europea¹³. Quest'ultima dovrebbe anzi occupare uno spazio minore e limitarsi alla definizione di *standard* comuni¹⁴ privilegiando strumenti quali gli accordi su base volontaria (come i codici di autoregolamentazione e le "buone pratiche")¹⁵, le raccomandazioni ed altri atti di *soft law*¹⁶.

¹² Sul tema, da una prospettiva più ampia di quella degli appalti pubblici, vedi BENACCHIO G.A., *La Corte di Giustizia tra armonizzazione e unificazione del Diritto europeo dei contratti*, in *Rivista di Diritto Civile*, Padova, 2006, 6.

¹³ Sul tema vedi BENACCHIO G., *Diritto privato della Comunità europea. Fonti modelli e regole*, 2010, Padova, 213.

¹⁴ Nel caso del diritto societario tali *standard* sono predisposti nell'ambito del *Forum europeo sul governo societario* (istituito con decisione 2004/706/EC del 15 ottobre 2004) e/o suggeriti dal *gruppo di esperti non governativi in materia di governo societario e diritto delle società* creato con decisione del 28 aprile 2005. Sempre più frequente, inoltre, è il ricorso a procedure pubbliche o ad altri strumenti di consultazione che permettono, sia agli organi istituzionali che agli operatori, di esprimere valutazioni sulle iniziative in corso.

¹⁵ A questo proposito TORINO R. (*Diritto comunitario e diritto europeo delle società*, cit.) parla di "armonizzazione condivisa (fra Comunità, Stati membri e imprese societarie) diretta a stimolare mediante la proposizione di modelli sempre più marcatamente opzionali ... una spontanea evoluzione delle regolamentazioni nazionali e della condotta delle società verso obiettivi di convergenza". Vedi anche CORAPI D. - DE DONNO B., *Le società*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, in TIZZANO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE M., 2006, tomo II, 1290.

¹⁶ Vedi la relazione finale dell'*Hig Level Group* istituito dalla Commissione, *Un quadro normativo moderno per il diritto delle società in Europa* del 4 novembre 2002 ed il successivo piano d'azione sulle società e la *corporate governance* nella Comunicazione del 21 maggio 2003, *Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'UE - Un piano per progredire*, COM (2003) 284 def.

Dal testo della Risoluzione del 25 ottobre emerge che il diritto europeo in materia di appalti pubblici è ormai assunto in Europa a prassi ordinaria, di conseguenza se inizialmente erano necessarie procedure rigidamente formalizzate per creare una certa omogeneità nella prassi e per abituare le amministrazioni aggiudicatrici a conformarsi ai principi di trasparenza, non discriminazione e concorrenza, tutto questo nel frattempo è diventato la normalità. Dunque si tratta ora di semplificare nuovamente la regolamentazione sugli appalti riportandola alla sua autentica essenza ovvero a garantire aspetti quali la trasparenza, la non discriminazione e la sicurezza della concorrenza¹⁷.

Di quanto fin qui detto troviamo riscontro in più punti della Risoluzione, specie laddove:

- *“sostiene (...) l’opportunità di norme chiare, semplici, flessibili e meno analitiche, che rendano le procedure di appalto più snelle, meno macchinose, più economiche, più aperte verso le PMI e in grado di stimolare gli investimenti; considera necessaria pertanto una maggiore adesione ai principi generali di trasparenza, pari trattamento e non discriminazione; ritiene che la semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici permetta la riduzione dei rischi di errore rispondendo meglio alle esigenze delle piccole stazioni appaltanti”* (pt. 28, Risoluzione);

- *“sottolinea che le direttive in materia di appalti pubblici sono diventate oltremodo complesse ed eccessivamente dettagliate, il che comporta procedure amministrative costose e laboriose; raccomanda per quanto possibile di mirare alla semplificazione, con chiarimenti laddove necessario; rileva che anche il maggiore ricorso alla tecnologia dell’informazione sarà un elemento incisivo nella riduzione dell’amministrazione e dei costi e che le iniziative europee sugli appalti elettronici devono pertanto essere allineate alla riforma delle norme in materia”* (pt. 26, Risoluzione)¹⁸;

¹⁷ Sul punto il testo della relazione al Parlamento è *tranchant*: *“quote o obiettivi obbligatori nell’elaborazione degli appalti intralciano l’obiettivo dichiarato di semplificazione e applicazione di una maggiore certezza giuridica, contribuendo ad aumentare la burocrazia e l’aspetto normativo in senso negativo”*.

¹⁸ Con riferimento a questo punto della Risoluzione va ribadita la similarità con quanto osservato nel settore del diritto societario già oggetto di una serie di interventi di semplificazione attivati dalla Commissione a partire dal 2005. In quel caso gli studi condotti hanno dimostrato che gli oneri amministrativi del settore fossero fonte di obblighi non più giustificabili (*“superati”*) o eccessivi e causa di inefficienze. La scelta è stata di ridurli al minimo necessario, attraverso interventi di abrogazione e codificazione, anche mediante procedure accelerate. Ciò spiega i numerosi interventi di semplificazione sulle direttive nel campo societario, in parte già adottati (2007 - 2010) e in parte ancora in discussione, spesso favoriti dallo sviluppo delle tecnologie

- *“sottolinea (...) l’opportunità di ottimizzare e apportare chiarimenti alle direttive per colmare le lacune emerse nella pratica; invita la Commissione a proporre una vasta opera di semplificazione e consolidamento della normativa”* (pt. 2, Risoluzione).

3. La Risoluzione interviene sui temi specifici oggetto di discussione nell’ambito della consultazione avviata con i Libri Verdi della Commissione sulla modernizzazione degli appalti pubblici e sull’uso degli strumenti elettronici. L’attenzione dell’osservatore è catturata dal tono innovativo (rispetto all’attuale assetto normativo) delle posizioni del Parlamento europeo sui singoli argomenti.

Così nel caso dei criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici (offerta più bassa o offerta economicamente più vantaggiosa) l’indicazione proposta nella Risoluzione è quella di adottare quale criterio generale quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa al fine di sviluppare la piena potenzialità degli appalti pubblici, stimolare l’innovazione e gli sforzi per ottenere la massima qualità e il massimo valore¹⁹. Il criterio dell’offerta più bassa rimarrebbe dunque *“criterio decisivo in caso di beni o servizi altamente standardizzati”*. Per altro il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa risulta particolarmente importante *“per le commesse che hanno un impatto sulla salute dei consumatori e quelle in cui la qualità e i metodi produttivi svolgono un ruolo importante, come il settore alimentare”* (pt. 13, Risoluzione).

Nella scelta dei fornitori non manca l’indicazione a una maggiore attenzione per l’impatto su ambiente e clima di prodotti e attività oggetto degli appalti. Tuttavia dal testo della Risoluzione approvato sparisce il riferimento esplicito *“alla possibilità di favorire i fornitori locali valutando in quale misura le norme in materia di mercato interno consentano tale scelta”* (pt. 11, nella proposta di Risoluzione). Nel testo della relazione presentato al Parlamento si poneva in modo esplicito l’opportunità *“di verificare in quale misura le amministrazioni aggiudicatrici, per esempio gli ospedali, possano ricorrere a prodotti regionali ai fini dell’approvvigionamento di generi alimentari, onde evitare di arrecare inutili danni*

dell’informazione che stanno influenzando non solo il modo in cui vengono conservate e divulgate le informazioni sulle società, ma anche l’esercizio stesso dei poteri gestionali, ad esempio attraverso l’esercizio informatico del diritto di voto.

¹⁹ Sul punto il testo della Risoluzione approvata esprime una posizione più temperata rispetto al testo della proposta. Nella proposta infatti veniva detto che *“occorrerebbe eliminare il criterio del prezzo inferiore e, in linea di principio, dovrebbe essere prevista soltanto un’opzione per l’aggiudicazione di appalti* (pt. 9, proposta di Risoluzione).

all'ambiente". Nel testo approvato della Risoluzione il riferimento ai prodotti locali è meno esplicito e viene sempre ricondotto all'utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ad esempio viene ribadito che la normativa in materia di appalti pubblici *"dovrebbe essere sufficientemente flessibile da assicurare che i consumatori passivi, per esempio in ospedali, case di riposo, scuole e asili, abbiano accesso ad alimenti salutari e con un buon rapporto qualità/prezzo e non solo all'opzione meno costosa disponibile"* (pt. 13, Risoluzione). Inoltre viene precisato che se un prodotto o un servizio sono il risultato di un processo sostenibile, detta caratteristica può essere usata come criterio per operare un confronto con prodotti o servizi realizzati in modo non sostenibile (pt. 18, Risoluzione).

Sempre sul tema della scelta dei fornitori la Risoluzione ribadisce che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la possibilità di tener conto della precedente esperienza con un'impresa sulla base di relazioni ufficiali di valutazione, raccomandando altresì che per le esclusioni venga stabilito un limite massimo di tempo in modo da garantire trasparenza e obiettività (pt. 34, Risoluzione). Sul punto, per altro, è già in fase di predisposizione un'ipotesi applicativa da parte del legislatore nazionale. Ci si riferisce alla *"patente a punti obbligatoria"* per le imprese nel settore dell'edilizia, decurtata in caso di accertate violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro. La patente potrebbe costituire, nelle intenzioni dei proponenti, elemento preferenziale per l'aggiudicazione di appalti e subappalti pubblici²⁰.

Non meno innovativa, per l'esperienza italiana, è la possibilità di prevedere l'introduzione di un passaporto alle imprese che operano negli appalti standardizzato a livello europeo, strutturato come un registro nel quale vengono memorizzati i corrispondenti certificati. Una sorta di *"passaporto elettronico appalti accettato da tutti gli Stati membri che comprovi che l'operatore soddisfa le condizioni richieste dalla legislazione UE in materia di appalti pubblici"*. Per il Parlamento un sistema siffatto di prequalificazione rappresenterebbe uno strumento utile, se semplice, economico e di facile accesso per le PMI (pt. 41, Risoluzione).

Altro punto della Risoluzione riguarda *"l'esclusione delle concessioni di servizi dal campo di applicazione delle norme europee in materia di appalti"* (pt. 7, Risoluzione). Il Parlamento europeo ritiene che la disciplina delle concessioni di servizi non dia luogo a distorsioni del mercato interno tali da richiedere un intervento legislativo. Viene richiesto di mantenere anche l'attuale classificazione di servizi A e B, in quanto disposizioni più leggere per i servizi di tipo B sono

²⁰ D'ALESSIO S., *Edilizia, arriva la patente a punti*, in *Italia Oggi*, 28 ottobre 2011.

giustificate nelle loro caratteristiche, trattandosi prevalentemente di servizi prestati a livello locale o regionale (pt. 8, Risoluzione). Nel testo emerge, infine, una inequivocabile presa di posizione a favore delle procedure negoziate quali possibili procedure standard, previa pubblicazione. Per altro nella Risoluzione viene precisato che *“qualora fosse esteso il campo di applicazione della procedura negoziata, occorrerebbe introdurre ulteriori tutele contro gli abusi”* (pt. 29, Risoluzione).

4. Gli orientamenti approvati dal Parlamento europeo con la risoluzione del 25 ottobre sembrano delineare, come anticipato, una fase di cambiamento, che coincide con un’inversione di tendenza rispetto a quello che è stato (ed è tuttora) uno degli aspetti più caratterizzanti della politica europea sugli appalti pubblici: la tutela della concorrenza. In effetti, negli ultimi dieci anni con l’avvento delle direttive di seconda e terza generazione *“la finalità, l’intera logica della disciplina degli appalti pubblici si è trasformata, in adesione ai principi europei, passando dalla tutela primaria dell’interesse dell’amministrazione a quello della libera circolazione e della concorrenza”*, al punto che, come è stato osservato *“l’interesse alla tutela della concorrenza appare prevalente rispetto al quello della tutela dell’amministrazione”*²¹.

Quest’aria di novità può sintetizzarsi nei seguenti punti:

- la *rivalutazione di alcune esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici*, esigenze che, fino ad ora, erano state accantonate per non dire sacrificate in nome di una rigida ed esasperata tutela della concorrenza;
- la ricerca di maggior efficienza nella fase di scelta del contraente che si riflette nella valorizzazione delle procedure negoziali e soprattutto nel lasciar spazio ad una migliore comunicazione fra le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori;
- l’introduzione di alcune fattispecie che costituiscono vere e proprie deroghe o *limitazioni al principio della libera concorrenza*;
- la previsione di valorizzare criteri di aggiudicazione diversi dal semplice minor costo dell’offerta e, quindi, permettere una più efficiente gestione dei contratti pubblici e un vantaggio per quelle imprese che possono vantare professionalità, capacità organizzativa, impegno su fronti rilevanti come quello sociale, ambientale e dell’innovazione.

²¹ Vedi parere del Consiglio di Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, rel. CARBONE L.