

LE NUOVE DIRETTIVE APPALTI E L'ACCESSO DELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE AL MERCATO DEGLI APPALTI PUBBLICI (PRIMA PARTE)

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La riforma delle regole europee sui contratti pubblici - 2.1. I lavori preliminari alla formulazione delle nuove direttive - 2.2. L'iter normativo e lo stato dell'arte - 2.3. Tratti caratterizzanti la riforma europea - 2.4. Favor per le PMI e accesso agli appalti pubblici - 2.5. (segue): Europa 2020 e il programma REFIT - 3. Le soluzioni elaborate dal legislatore europeo

1. Premessa. La relazione riguarda il tema della partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) al mercato degli appalti pubblici. Sono oggetto di trattazione, in particolare: (1) gli orientamenti del legislatore europeo diretti a favorire un cambiamento culturale delle amministrazioni aggiudicatrici, che *“dovrebbero essere consapevoli della situazione specifica delle PMI, sfruttare le possibilità offerte dalle nuove direttive UE e approntare procedure idonee a tutelare la par condicio delle PMI”*; (2) le soluzioni giuridiche in discussione a Bruxelles nell'ambito della riforma delle direttive europee sugli appalti pubblici e l'impatto atteso sull'ordinamento nazionale.

Il tema viene analizzato assumendo quale punto di partenza il contesto europeo: da là sono giunte, nel corso degli ultimi dieci anni, le principali sollecitazioni a riformare le regole riguardanti le PMI nel settore degli appalti pubblici e non solo. L'attenzione dell'UE per le PMI non sorprende: il ruolo che svolgono nell'economia europea è stato ripetutamente riconosciuto ai più alti livelli politici e l'intero tessuto economico europeo poggia su un sistema diffuso di PMI, che costituisce la risorsa più rilevante in termini di occupazione e sviluppo. Nell'UE, 20,7 milioni di PMI

impiegano il 67% dei posti di lavoro nel settore privato e nel periodo 2002 - 2010 l'85% dei nuovi posti di lavoro è stato creato dalle PMI.



COM/2013/122 def., del 7 marzo 2013 - Legiferare con intelligenza. Rispondere alle esigenze delle piccole e medie imprese

COM/2011/78 def., del 23 febbraio 2011 - Riesame dello "Small Business Act" per l'Europa

COM/2009/680 def., del 15 dicembre 2009 - Relazione sull'attuazione dello Small Business Act

COM/2008/394 def., del 25 giugno 2008 - Una corsia preferenziale per la piccola impresa. Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (uno "Small Business Act" per l'Europa)

SEC/2008/2193, del 25 giugno 2008 - Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici

L'azione politica dell'Unione europea a favore delle PMI non è rimasta del tutto disattesa. Parziali risultati erano già riscontrabili in alcuni Stati membri (Austria, Francia, Germania, Irlanda, Polonia, Portogallo, Regno Unito e Svezia), i quali avevano attuato specifici programmi recanti misure giuridiche ed economiche a sostegno delle PMI.

Negli ultimi anni la quasi totalità degli Stati dell'Unione ha adottato misure per la valorizzazione del potenziale di crescita, di produttività e di innovazione delle PMI, nonché misure specifiche riguardanti l'accesso delle PMI agli appalti pubblici. Il prolungarsi della crisi economica ha contribuito indubbiamente alla diffusione negli ordinamenti nazionali di politiche e strumenti a sostegno delle PMI.

Nel caso dell'Italia, fra gli atti più significativi, si segnala lo "Statuto delle imprese" di cui alla legge 180/2011 (*infra* § 3).



LEGGE 11 novembre 2011, n. 180, Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese, pubblicata nella Gazz. Uff. 14 novembre 2011, n. 265

In generale, le soluzioni più frequentemente adottate per favorire l'accesso delle PMI al mercato degli appalti pubblici hanno ad oggetto:

- la riduzione delle garanzie per la partecipazione alle gare;
- l'adeguamento (verso il basso) dei requisiti, specie di tipo finanziario e tecnico-operativo, per la partecipazione alle gare;
- il pagamento diretto dei subappaltatori;
- l'utilizzo delle tecnologie ICT soprattutto per la gestione delle procedure di aggiudicazione (dalla pubblicazione del bando alla stipulazione del contratto);
- la predisposizione di documenti-tipo;
- l'imposizione di formule aggregative nell'organizzazione della domanda pubblica;
- l'istituzione di strutture centralizzate per la vigilanza e il controllo.

Con queste coordinate di riferimento - *appalti pubblici, accesso delle PMI, regole europee* - la relazione sviluppa tre argomenti:

- la riforma delle regole europee sui contratti pubblici;
- le soluzioni giuridiche proposte dal legislatore europeo e la valenza (più o meno) innovativa rispetto a strumenti e prassi presenti nell'ordinamento nazionale;
- le prospettive nella prossima fase di recepimento delle regole europee.

2. La riforma delle regole europee sui contratti pubblici. Nel dicembre 2011 la Commissione ha presentato al Parlamento europeo e al Consiglio una serie di proposte di nuove direttive in materia di appalti pubblici e concessioni.



COM/2011/895 def., del 20 dicembre 2011 - Proposta di nuova direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali che sostituirà la direttiva 2004/17/CE

COM/2011/896 def., del 20 dicembre 2011 - Proposta di nuova direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici che sostituirà la direttiva 2004/18/CE

COM/2011/897 def., del 20 dicembre 2011 - Proposta di nuova direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle concessioni

La presentazione delle proposte ha segnato l'avvio dell'*iter* legislativo per la riforma delle attuali direttive europee sugli appalti del 2004; queste ultime erano state presentate il 10 maggio 2000 dalla Commissione al Parlamento e al Consiglio dell'Unione e la procedura legislativa si era conclusa il 9 dicembre 2003 con l'approvazione definitiva e con la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 30 aprile 2004.



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 G.U.U.E. L 134 del 30 aprile 2004

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 G.U.U.E. L 134 del 30 aprile 2004

Le proposte del 2011 delineano una nuova generazione di direttive; il legislatore comune intende marcare un deciso cambio di impostazione favorendo:

- l'informatizzazione dei sistemi di contrattazione (*e-procurement*);
- la circolazione transfrontaliera degli operatori (apertura del mercato);
- la riduzione dei costi amministrativi (efficienza);
- il controllo sull'attuazione e il funzionamento delle regole (*governance*);
- le soluzioni per contrastare favoritismi, frodi e corruzioni;
- l'utilizzo dei contratti pubblici come strumento di politica industriale, sociale, ambientale e di innovazione (uso strategico, accesso PMI).

Le proposte sono orientate, dunque, verso priorità di modernizzazione, speditezza, trasparenza, crescita sostenibile e semplificazione oggi rese urgenti anche dal contesto economico in cui si trovano molti Stati dell'Unione. Emerge, inoltre, l'intento del legislatore di superare logiche di armonizzazione rafforzata e di uniformazione delle regole dei sistemi nazionali, (logiche) finora perseguite mediante regole europee ritenute eccessivamente rigide e invasive delle prerogative degli Stati, a favore, invece, di regole dotate di minor grado di dettaglio, procedure meno costose e strumenti negoziali che facilitano la discrezionalità e la flessibilità dei committenti pubblici.

2.1. I lavori preliminari alla formulazione delle nuove direttive. Le proposte presentate nel dicembre 2011 sono il risultato di un prolungato confronto sul tema della modernizzazione delle regole europee dei contratti pubblici avviato nel 2010 dalla Commissione, al quale hanno preso parte Istituzioni e operatori di tutti gli Stati dell'Unione.

I principali atti che hanno scandito l'evoluzione di questo processo, nel periodo 2010 - 2012, sono stati:

- la Comunicazione della Commissione, *“Europa2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”*, COM/2010/2020 del 3 marzo 2010, che impegna l'UE sul fronte del mercato unico, degli strumenti finanziari e della politica esterna;
- il Rapporto Monti, *“Una nuova strategia per il Mercato unico”* del maggio 2010, che indica nel completamento/rafforzamento del mercato unico una delle principali priorità della politica europea e sottolinea l'esigenza della riforma del *public procurement* europeo;
- 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”*, COM/2010/608 del 27 ottobre 2010, nella quale viene espresso l'intendimento di intervenire con disposizioni ad hoc sulla legislazione europea degli appalti pubblici e delle concessioni;
- il Libro Verde della Commissione *“Sull'estensione dell'uso degli appalti elettronici nell'UE”*, COM/2010/571 del 18 ottobre 2010;
- le consultazioni della Commissione *“Su un'iniziativa legislativa dell'Unione europea in tema di concessioni”* rispettivamente a maggio e settembre 2010;
- il Libro Verde della Commissione *“Sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti”*, COM/2011/15 del 15 gennaio 2011;
- la Risoluzione del Parlamento europeo dell'ottobre 2011 *“Sulla modernizzazione degli appalti pubblici”* (2011/2048/INI - T7-0454/2011).

Il 30 giugno 2011 a Bruxelles si è svolta una conferenza per la presentazione dei risultati delle consultazioni sui Libri verdi nonché degli studi realizzati dalla Commissione sulla valutazione d'impatto delle regole europee nell'ambito degli appalti pubblici.



SEC/2011/853 final, del 27 giugno 2011, Part 1 - Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation

SEC/2011/853 final, del 27 giugno 2011, Part 2 - Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation

Link alla pagina web della Commissione europea - DG Mercato interno ove sono disponibili gli studi sulla valutazione d'impatto delle regole europee

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm

Nel Libro Verde del 2011 sulla modernizzazione del mercato degli appalti la Commissione esplicita l'obiettivo di riformare la politica e le regole europee del settore e pone una serie articolatissima di questioni sull'intero arco di vita degli appalti (dalla fase della programmazione a quella dell'esecuzione). Il Libro verde mette in discussione l'impianto complessivo delle direttive del 2004 e propone soluzioni talvolta profondamente innovative rispetto alle regole in vigore. Ad esempio, viene proposto di superare l'attuale divisione degli appalti in tre settori - lavori, servizi e forniture - con la previsione di due sole categorie: forniture e servizi. Gli appalti di lavori verrebbero perciò considerati come un servizio, precisamente come "appalti di servizi del settore delle costruzioni". Secondo le indicazioni della Commissione, inoltre, si potrebbe disciplinare in maniera unitaria tutte le tipologie di appalti pubblici, salvo stabilire minimi adattamenti/varianti laddove necessarie con riferimento alle soglie e/o all'oggetto etc. Gli esempi potrebbero continuare, posto che gli oltre 110 quesiti formulati nel Libro verde incidono sull'intera disciplina europea del settore.



COM/2011/15 del 15 gennaio 2011 - Libro Verde della Commissione europea Sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti

Le questioni proposte nel Libro Verde sono articolate in sei aree tematiche:

1. ambiti di applicazione e aspetti definitivi;
2. procedure negoziali;
3. accessibilità del mercato europeo;
4. uso degli appalti pubblici per perseguire gli obiettivi della strategia Europa 2020;
5. garanzie di trasparenza delle procedure;
6. accesso di operatori provenienti da Stati terzi.

La Commissione interviene anche su questioni solitamente marginali quali, ad esempio, gli obblighi imposti dagli accordi internazionali CEE-WTO-GPA e dagli accordi bilaterali sottoscritti dall'UE nonché le relazioni fra regole dei contratti pubblici e regole antitrust.

Il processo di consultazione avviato in sede europea appare vasto e per certi versi senza precedenti. Tra Libri Verdi e consultazioni la Commissione ha ricevuto oltre un migliaio di risposte da parte di operatori, autorità governative, enti di ricerca e organizzazioni della società civile. Il dato è significativo soprattutto se confrontato con quello relativo al processo di consultazione avviato dalla Commissione nel 2000 per la predisposizione del pacchetto legislativo che portò alle direttive del 2004. In quell'occasione le risposte giunte alla Commissione dai vari settori economici e istituzionali furono quasi 300.

I riscontri ottenuti nella fase consultiva confermano la necessità di riformare le regole e di predisporre soluzioni giuridiche meno elaborate ed onerose, meno incisive delle prerogative nazionali. Vengono richieste, come già ricordato, regole dotate di minor

grado di dettaglio e procedure che permettano maggiore discrezionalità e flessibilità negoziale per i committenti pubblici.



2011/2048/INI - P7 TA/2011/0454 del 25 ottobre 2011 - Risoluzione del Parlamento europeo sulla modernizzazione degli appalti pubblici

2. - ... sebbene la revisione delle direttive dell'UE sugli appalti pubblici del 2004 abbia comportato un positivo sviluppo del mercato unico degli appalti pubblici, a distanza di alcuni anni dal recepimento nella legislazione nazionale delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE occorre valutare se sia necessario ottimizzare e apportare chiarimenti alle direttive ... numerosi portatori di interesse considerano le norme in materia di appalti pubblici altamente complesse, il che comporta procedure amministrative costose e laboriose per ottemperarvi ... alla Commissione è richiesto di proporre una vasta opera di semplificazione ...

26. - ... le direttive risultano spesso troppo dettagliate e si fanno sempre più tecniche e complesse, aumentando al contempo in misura notevole il rischio legale di inadempienza per le amministrazioni aggiudicatrici e i fornitori; ... il timore ... porta a un'avversione al rischio che soffoca l'innovazione e lo sviluppo sostenibile, sfociando troppo spesso nella scelta del prezzo più basso anziché dell'offerta di miglior valore da parte delle stazioni appaltanti...;

28. - ... in vista del riesame della normativa europea in materia di appalti pubblici, si segnala 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; ... necessaria pertanto una maggiore adesione ai principi generali di trasparenza, pari trattamento e non discriminazione; ... la semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici permette la riduzione dei rischi di errore rispondendo meglio alle esigenze delle piccole stazioni appaltanti...



PARERE del Comitato Economico e Sociale Europeo in merito al "Libro verde sulla modernizzazione della Politica dell'UE in materia di appalti pubblici - Per un maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti". Pubblicato nella GUUE C 318 del 29 ottobre 2011.

1.4. - Occorre ridurre gli oneri burocratici inutili per conseguire i migliori risultati nell'interesse generale. È inoltre necessario evitare una legislazione complessa e una diffusa sovraregolamentazione (il cosiddetto gold-plating) nei singoli Stati membri, spesso dovuta ad un recepimento non corretto della direttiva. La strategia Europa 2020 conferisce alla Commissione un ruolo più incisivo di monitoraggio in questo campo.



PARERE del Comitato delle Regioni in merito al “Libro verde sulla modernizzazione della Politica dell’UE in materia di appalti pubblici - Per un maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti”. Pubblicato nella G.U.U.E. C 192 del 1° luglio 2011.

2. - Reputa che la direttiva 2004/18/CE sia eccessivamente dettagliata riguardo a taluni aspetti e raccomanda quindi alla Commissione di semplificarla laddove possibile;

6. - Raccomanda di ridurre al minimo gli oneri che le imprese devono sostenere per poter partecipare a un appalto pubblico ...

11. - Raccomanda maggiore flessibilità nel quadro delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici;

12. - ... il diritto degli appalti pubblici è complesso, e le possibilità per gli offerenti di colmare una lacuna in una loro offerta sono limitate. Ciò dipende soprattutto dalla giurisprudenza (nazionale) e dalle scelte operate dalle amministrazioni aggiudicatrici nei bandi di gara d'appalto. Il Comitato raccomanda dunque di precisare, nella nuova direttiva o nella nota esplicativa che accompagna la relativa proposta, quali lacune possono essere colmate dagli offerenti e quali integrazioni o modifiche sono permesse;

Unanime, inoltre, è la richiesta di semplificazione.

Non vengono negati i benefici economici derivanti dall’applicazione dei principi e delle regole europee - quantificati in 20 miliardi di euro annui su un volume totale annuo di 420 miliardi di euro (2011) - ma viene lamentata l’eccessiva onerosità delle procedure conformi a queste regole, i cui costi associati si aggirano sui 5,6 miliardi di euro.

Gli studi della Commissione mostrano che una tipica procedura d’appalto costa mediamente 28mila euro, con un costo (medio) per le amministrazioni aggiudicatrici di 5500 euro e di 3800 euro per ogni impresa partecipante (la media di partecipazione è di 5,9 imprese per ogni gara europea); tenuto conto che la soglia minima delle gare europee è pari a euro 125mila, si tratta di costi che valgono in media il 18-29% del valore di ogni contratto.



SEC/2011/1586 def., del 20 dicembre 2011, pt. 1-3 - Sintesi della relazione sulla valutazione dell'impatto che accompagna la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di appalti pubblici

I tratti caratterizzanti le istanze di rinnovamento emerse dalle consultazioni della Commissione sono stati così efficacemente riassunti:

- rivalutazione di alcune esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici, esigenze che, fino ad ora, sono state accantonate per non dire sacrificate in nome di una rigida ed esasperata tutela della concorrenza;
- ricerca di maggior efficienza nella fase di scelta del contraente e dunque valorizzazione delle procedure negoziali e maggiori spazi all'azione negoziale tra amministrazioni e operatori;
- introduzione di alcune fattispecie - in gran parte di tipo procedurale - che costituiscono vere e proprie deroghe o limitazioni al principio della libera concorrenza;
- attenzione a criteri di aggiudicazione diversi dal semplice minor prezzo dell'offerta, allo scopo di premiare imprese che possono vantare professionalità, capacità organizzativa, impegno su fronti rilevanti come quello sociale, ambientale e dell'innovazione.



BENACCHIO G.A., *Verso le direttive di quarta generazione*, in BENACCHIO G.A. - COZZIO M. (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, EGEA, Milano, 2012, p. 3-28

2.2. *L'iter normativo e lo stato dell'arte.* L'iter normativo per l'adozione delle nuove direttive si è da poco concluso: il 15 gennaio 2014, con l'approvazione della propria posizione in prima lettura, il Parlamento europeo ha segnato l'ultimo atto della procedura. Dopo gli accordi raggiunti nell'estate 2013 - tra Parlamento europeo, Consiglio e Commissione -, l'accorta azione politica condotta dai relatori delle proposte (Marc Tarabella e Philippe Juvin) ha permesso di concludere rapidamente e con esito positivo (circostanza per nulla scontata) l'iter normativo. Al riguardo è interessante svolgere alcune considerazioni con riferimento alla procedura, al contesto e ai contenuti.

La procedura legislativa per l'approvazione delle direttive è quella "ordinaria" (art. 294 TFUE). Sulle proposte trasmesse dalla Commissione spetta al Parlamento adottare la propria "posizione in prima lettura" e trasmetterla, eventualmente con modifiche, al Consiglio. Se quest'ultimo condivide la posizione del Parlamento, l'atto viene adottato anche se la formulazione si discosta da quella iniziale della Commissione.

Nella procedura ordinaria, dunque, Parlamento e Consiglio sono equiparati risultando indispensabile per il buon esito "la volontà concorde di ambedue". Il Parlamento europeo ha discusso in seduta plenaria e approvato nei giorni 14 e 15 gennaio 2014 la propria "posizione in prima lettura" sulle proposte di direttive presentate dalla Commissione nel 2011.



TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

Articolo 114

1. ...Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria..., adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato unico.

Articolo 294 - [commi 1-6, Prima lettura]

1. Quando nei Trattati si fa riferimento alla procedura legislativa ordinaria per l'adozione di un atto, si applica la procedura che segue.
2. La Commissione presenta una proposta al Parlamento europeo e al Consiglio.
3. Il Parlamento europeo adotta la sua posizione in prima lettura e la trasmette al Consiglio.
4. Se il Consiglio approva la posizione del Parlamento europeo, l'atto in questione è adottato nella formulazione che corrisponde alla posizione del Parlamento europeo.
5. Se il Consiglio non approva la posizione del Parlamento europeo, esso adotta la sua posizione in prima lettura e la trasmette al Parlamento europeo.
6. Il Consiglio informa esaurientemente il Parlamento europeo dei motivi che l'hanno indotto ad adottare la sua posizione in prima lettura. La Commissione informa esaurientemente il Parlamento europeo della sua posizione...

Non vanno sottaciute alcune circostanze che, con riferimento alle nuove direttive, prospettavano la conclusione delle procedure normative in tempi brevi.

Innanzitutto, l'approvazione delle direttive rientra tra:

- le priorità individuate dalla Commissione nelle Comunicazioni sulla realizzazione e la crescita del mercato unico (Atti per il Mercato Unico I e II);
- le linee guida stabilite dallo *Small Business Act for Europe*, recentemente riconfermate dalla Commissione;
- gli obiettivi di semplificazione perseguiti nell'ambito dell'iniziativa *Legiferare con intelligenza*.

La riforma delle regole europee sugli appalti pubblici, in altri termini, costituisce e concorre agli obiettivi generali dell'Unione, condivisi dalla Commissione, dal Consiglio e dal Parlamento.



COM/2012/573, del 3 ottobre 2012 - Atto per il mercato unico II. Insieme per una nuova crescita

COM/2011/206 def., del 13 aprile 2011 - Atto per il mercato unico. Dodici

leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. Insieme per una nuova crescita

COM/2008/394 def., del 25 giugno 2008 - Una corsia preferenziale per la piccola impresa. Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (uno "Small Business Act" per l'Europa)

COM/2011/78 def., del 23 febbraio 2011 - Riesame dello "Small Business Act" per l'Europa

COM/2010/543 def., dell'8 ottobre 2010 - Legiferare con intelligenza nell'Unione europea

La mancata approvazione delle direttive, indipendentemente dalle cause, avrebbe significato quindi il fallimento di un obiettivo politico dell'Unione e, al contempo, avrebbe offerto argomentazioni a supporto di "quella stanchezza da mercato interno", descritta nel Rapporto Monti del 2010, contro la quale le Istituzioni europee si stanno sfrozando di reagire. Si sarebbe registrato, in altri termini, un fallimento politico proprio quando "il conseguimento di un mercato efficiente e di vasta portata costituisce un fattore chiave in grado di incidere sulle prestazioni macro economiche globali dell'UE e degli Stati membri".



Rapporto di Mario Monti al Presidente della Commissione europea, 9 maggio 2010 - Una nuova strategia per il Mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea.

Altra circostanza che faceva propendere per l'approvazione delle direttive appalti rinvia al contesto politico - istituzionale. A maggio 2014, infatti, si conclude la VII legislatura del Parlamento europeo e a seguito delle nuove elezioni, con il rinnovamento dei parlamentari e delle rappresentanze politiche, si sarebbe corso il rischio di ridiscutere *ex novo* i contenuti delle proposte.

Altra circostanza ancora, rimanda all'attivazione, durante l'*iter* normativo, della procedura denominata *trilogo* - letteralmente 'dialogo a tre' - tra rappresentanti del Consiglio, della Commissione e del Parlamento. L'obiettivo dei triloghi è quello di facilitare attraverso incontri informali la condivisione dei contenuti delle proposte prima dell'adozione formale da parte delle Istituzioni.

Con riferimento alle proposte sugli appalti il trilogo ha riguardato l'intero pacchetto di riforme (direttiva appalti classici, direttiva settori speciali e direttiva concessioni) e si è svolto tra gennaio e giugno 2013. Nel corso degli incontri i partecipanti hanno potuto confrontarsi cercando soluzioni condivise.

L'obiettivo del trilogo è stato conseguito. A fine giugno 2013, infatti, è stato raggiunto un accordo provvisorio sul testo delle proposte, in seguito confermato (17 luglio 2013) dal Comitato dei rappresentanti permanenti degli Stati membri a Bruxelles (COREPER), organo che costituisce al contempo sede di dialogo tecnico e di controllo politico e che svolge un ruolo centrale nel sistema decisionale dell'Unione.

Per effetto di questo accordo il Consiglio ha anticipato al Parlamento europeo che se il Parlamento approverà (ed è ciò che è avvenuto lo scorso 15 gennaio) le proposte con le modifiche apportate e concordate durante il trilogo, esso le riterrà definitive. In altri termini, sui principali nodi problematici posti dalla riforma europea gli Stati membri hanno raggiunto un accordo politico. Rimaneva da verificare se tale accordo avrebbe retto al voto del Parlamento.

Nonostante queste circostanze favorevoli, sarebbe stato incauto prevedere *sic et simpliciter* l'approvazione delle nuove direttive: non mancavano, infatti, criticità e orientamenti contrastanti tra le Istituzioni.

Faccio riferimento, da un lato, alla posizione del Parlamento europeo che, pur accogliendo con favore le proposte di direttive della Commissione (“stabiliscono interessanti nuovi principi e idee”, “rispondono a colmare l’attuale vuoto giuridico a livello europeo”, etc.) ha effettuato profonde revisioni ai testi delle proposte. Attraverso l’attività delle proprie Commissioni (per il mercato interno e la protezione dei consumatori, per il commercio internazionale, per l’occupazione e gli affari sociali, per l’ambiente, la sanità pubblica e la sicurezza alimentare, per l’industria, la ricerca e l’energia, per i trasporti e il turismo, per lo sviluppo regionale), e sulla base dei pareri del Comitato economico e sociale europeo (pubblicato in G.U.U.E. C 191 del 29 giugno 2012) e del Comitato delle Regioni (pubblicato in G.U.U.E. C 391 del 18 dicembre 2012 e G.U.U.E. C 277 del 13 settembre 2012) sono stati presentati oltre 2.500 emendamenti.

Dall’altro lato occorre considerare la posizione del Consiglio (sessione Competitività), il quale, pur condividendo gli obiettivi generali delle proposte della Commissione, non ha mancato di evidenziare la necessità di modificare alcuni punti, con riferimento ad esempio alla flessibilità delle procedure, alla semplificazione per alcune categorie di servizi (sociali, culturali, sanitari, etc.), all’utilizzo degli strumenti elettronici, alla supervisione e al monitoraggio delle procedure.

Su alcuni argomenti, inoltre, Parlamento e Consiglio hanno espresso posizioni divergenti; in tal senso, come anticipato, non v’era certezza che l’accordo politico raggiunto nell’ambito del trilatero sarebbe stato confermato dal Parlamento.

Tra i temi oggetto di divergenze ricordo quello relativo al “passaporto europeo per gli appalti pubblici”; strumento che avrebbe dovuto agevolare le imprese nella dimostrazione dei certificati e degli altri documenti richiesti per la partecipazione alle gare.

Nell'ambito della consultazione avviata con il *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici* la soluzione del passaporto europeo era stata accolta con favore da numerose Istituzioni sia europee che nazionali.



PARERE del Comitato delle Regioni in merito al "Libro verde sulla modernizzazione della Politica dell'UE in materia di appalti pubblici - Per un maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti". Pubblicato nella G.U.U.E. C 192 del 1° luglio 2011.

7. - Raccomanda alla Commissione di incoraggiare il ricorso, da parte degli offerenti a livello nazionale, a un «passaporto per gli appalti pubblici» (preferibilmente nella forma di un sistema di registrazione elettronico), di cui essa dovrebbe uniformare il contenuto e le condizioni d'uso. Tale passaporto proverebbe che un operatore è in possesso delle dichiarazioni e dei documenti giustificativi spesso richiesti dalle amministrazioni aggiudicatrici nel quadro degli appalti pubblici. Grazie al passaporto, l'operatore eviterebbe di dover fornire ogni volta le stesse dichiarazioni e gli stessi documenti: ciò consentirebbe un notevole risparmio di tempo e risorse per gli operatori che partecipano spesso alle procedure di aggiudicazione di tali appalti. Dato che i certificati necessari per ottenere il passaporto hanno un termine di validità, anche il passaporto sarebbe valido per una durata determinata, il che ne accrescerebbe l'affidabilità. Questo sistema è già in uso a livello locale in determinati paesi, dove ha dato luogo a esperienze positive. Il passaporto per gli appalti pubblici non dovrebbe, per sua stessa natura, comportare costi elevati.

Nel testo delle proposte il passaporto si configurava come documento dal contenuto "uniforme" in tutti gli Stati membri, valevole come mezzo di prova del rispetto delle condizioni di partecipazione e accettato dalle amministrazioni di tutta l'UE. Per le informazioni contenute nel passaporto era prevista una presunzione di veridicità che "non può essere contestata senza giustificazione".



COM/2011/896 def., del 20 dicembre 2011 - Proposta di nuova direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici che sostituirà la direttiva 2004/18/CE

Articolo 59 - Passaporto europeo per gli appalti pubblici

1. Le autorità nazionali rilasciano, su richiesta di un operatore economico stabilito nello Stato membro in questione e che soddisfa le condizioni necessarie, un passaporto europeo per gli appalti pubblici. Il passaporto europeo per gli appalti pubblici ... è redatto sulla base di un modello uniforme...

4. L'autorità che rilascia il passaporto deve richiedere le informazioni pertinenti direttamente dalle autorità competenti, salvo se ciò sia vietato dalla normativa nazionale in materia di protezione dei dati personali.

5. Il passaporto europeo per gli appalti pubblici è riconosciuto da tutte le amministrazioni aggiudicatrici come prova del rispetto delle condizioni di partecipazione in esso previste e non può essere contestato senza giustificazione. Tale giustificazione può essere correlata al fatto che il passaporto è stato emesso in data anteriore a sei mesi.

6. Gli Stati membri mettono a disposizione degli altri Stati membri, su richiesta, ogni informazione concernente l'autenticità e il contenuto del passaporto europeo per gli appalti pubblici...

Nel corso dell'*iter* normativo il Parlamento ha più volte confermato l'utilità e l'importanza del passaporto, in quanto riduce i costi amministrativi di partecipazione agli appalti pubblici soprattutto per le piccole e medie imprese; il Consiglio, invece, ne ha chiesto la cancellazione in quanto gli strumenti di autodichiarazione già previsti dalle proposte sarebbero sufficienti a garantire il rispetto degli obiettivi di semplificazione perseguiti.

Sul punto l'accordo politico confermato dalla votazione del Parlamento del 15 gennaio 2014 ha portato al superamento del passaporto a favore dell'attuazione di un sistema comunitario di autodichiarazione denominato "Documento di gara unico europeo".



COM/2011/896 def., del 20 dicembre 2011 - Testo della direttiva del

Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici che sostituirà la direttiva 2004/18/CE - Testo su cui il Parlamento europeo ha votato la propria posizione in prima lettura nel gennaio 2014

Articolo 59 - Documento di gara unico europeo

1. Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le amministrazioni aggiudicatrici accettano il documento di gara unico europeo (DGUE) quale autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico in questione soddisfa le seguenti condizioni:

a) non si trova in una delle situazioni ... in cui gli operatori economici devono o possono essere esclusi,

b) soddisfa i criteri di selezione ...;

c) se del caso, soddisfa le norme e i criteri oggettivi fissati dall'articolo che permette la riduzione del numero di candidati qualificati da invitare

Se l'operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti ... nel DGUE sono comprese anche le informazioni di cui ai punti a, b, e c in relazione a tali soggetti.

Il DGUE consiste in una dichiarazione formale da parte dell'operatore economico, in cui si attesta che il motivo di esclusione non si applica e/o che il criterio di selezione è soddisfatto, e fornisce le informazioni rilevanti come richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice. Il DGUE indica inoltre l'autorità pubblica o il terzo responsabile che rilascia il documento complementare e include una dichiarazione formale secondo cui l'operatore economico sarà in grado, su richiesta e senza indugio, di fornire tali documenti complementari.

Se l'amministrazione aggiudicatrice può ottenere i documenti complementari direttamente accedendo a una banca dati ... il DGUE riporta altresì le informazioni richieste a tale scopo, quali l'indirizzo Internet della banca dati, eventuali dati di individuazione e, se del caso, la necessaria dichiarazione di consenso.

Gli operatori economici possono riutilizzare il DGUE utilizzato in una procedura d'appalto precedente purché confermino che le informazioni ivi contenute sono tuttora valide.

2. Il DGUE è elaborato sulla base di un modello uniforme. La Commissione stabilisce tale modello mediante atti d'esecuzione...

Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica.

3. ... la Commissione riesamina l'applicazione pratica del DGUE tenendo conto degli sviluppi tecnici delle banche dati negli Stati membri e riferisce in materia al Parlamento europeo e al Consiglio entro tre anni ...

Se del caso, la Commissione formula proposte per soluzioni volte a

ottimizzare l'accesso transfrontaliero a tali banche dati e l'utilizzo di certificati e attestati nel mercato interno.

4. L'amministrazione aggiudicatrice può chiedere a offerenti e candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura.

Prima dell'aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice richiede all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto ... di presentare documenti complementari aggiornati conformemente ... L'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati ricevuti ...

5. ... agli operatori economici non è richiesto di presentare documenti complementari o altre prove documentali qualora e sempre che l'amministrazione aggiudicatrice abbia la possibilità di ottenere i certificati e le informazioni pertinenti direttamente accedendo a una banca dati nazionale che sia disponibile gratuitamente in un qualunque Stato membro, come un registro nazionale degli appalti, un fascicolo d'impresa virtuale (Virtual Company Dossier), un sistema elettronico di archiviazione dei documenti o un sistema di preselezione.

... agli operatori economici non è richiesto di presentare documenti complementari qualora l'amministrazione aggiudicatrice, avendo aggiudicato l'appalto o concluso l'accordo quadro, possieda già tali documenti.

... gli Stati membri garantiscono che le banche dati contenenti informazioni pertinenti sugli operatori economici e che possono essere consultate dalle rispettive amministrazioni aggiudicatrici possano essere consultate altresì, alle medesime condizioni, dalle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri.

6. Gli Stati membri mettono a disposizione e aggiornano su e-Certis un elenco completo di banche dati contenenti informazioni pertinenti sugli operatori economici che possono essere consultate dalle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri. Su richiesta, gli Stati membri comunicano agli altri Stati membri le informazioni relative alle banche dati di cui al presente articolo

L'accordo raggiunto salvaguarda le esigenze di semplificazione e speditezza già alla base della proposta del passaporto europeo ma preferisce la soluzione - più semplice, economica e di più rapida attuazione - delle autodichiarazioni. In questi termini si esprime il legislatore europeo nei considerando introduttivi delle direttive.



COM/2011/896 def., del 20 dicembre 2011 - Testo della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici che sostituirà la direttiva 2004/18/CE - Testo su cui il Parlamento europeo ha votato la propria posizione in prima lettura nel gennaio 2014

Considerando 84 - Molti operatori economici, non da ultimo le PMI, ritengono che un ostacolo principale alla loro partecipazione agli appalti pubblici consista negli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o altri documenti relativi ai criteri di esclusione e di selezione. Limitare tali requisiti, ad esempio mediante l'uso di un documento di gara unico europeo (DGUE) consistente in un'autodichiarazione aggiornata, potrebbe comportare una notevole semplificazione a vantaggio sia delle amministrazioni aggiudicatrici che degli operatori economici.

L'offerente al quale è stato deciso di aggiudicare l'appalto dovrebbe tuttavia essere tenuto a fornire le prove pertinenti e le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero concludere appalti con offerenti che non sono in grado di produrre le suddette prove. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche avere la facoltà di richiedere in qualsiasi momento tutti i documenti complementari o parte di essi se ritengono che ciò sia necessario per il buon andamento della procedura. (...) L'obbligo di presentare i documenti complementari al momento della selezione dei candidati da invitare potrebbe essere giustificato per evitare che le amministrazioni aggiudicatrici invitino candidati che poi non risultino in grado di presentare i documenti complementari nella fase di aggiudicazione, impedendo la partecipazione di candidati altrimenti qualificati.

Occorre stabilire esplicitamente che il DGUE dovrebbe fornire altresì le pertinenti informazioni sui soggetti alle cui capacità si affida un operatore economico, in modo che la verifica delle informazioni relative a tali soggetti possa essere effettuata contestualmente alla verifica relativa all'operatore economico principale e alle medesime condizioni.

La soluzione del *documento di gara unico europeo* allinea la disciplina europea degli appalti pubblici alle regole in tema di semplificazione e riconoscimento dei documenti fra gli Stati membri già stabilite dalla Direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno. Quest'ultima, però, escludeva dal proprio ambito

di applicazione gli appalti pubblici; ora la deroga risulta superata dalle disposizioni delle nuove direttive in tema di appalti.



DIRETTIVA 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 - Relativa ai servizi nel mercato interno

Considerando 47 - Ai fini della semplificazione amministrativa, è opportuno evitare di imporre in maniera generale requisiti formali, quali la presentazione di documenti originali, di copie autenticate o di una traduzione autenticata, tranne qualora ciò sia giustificato obiettivamente da un motivo imperativo di interesse generale, come la tutela dei lavoratori, la sanità pubblica, la protezione dell'ambiente o la protezione dei consumatori...

Articolo 5 - Semplificazione delle procedure

3. Gli Stati membri che chiedono ad un prestatore o ad un destinatario di fornire un certificato, un attestato o qualsiasi altro documento comprovante il rispetto di un particolare requisito, accettano i documenti rilasciati da un altro Stato membro che abbiano finalità equivalenti o dai quali risulti che il requisito in questione è rispettato. Essi non impongono la presentazione di documenti rilasciati da un altro Stato membro sotto forma di originale, di copia conforme o di traduzione autenticata salvo i casi previsti da altre norme comunitarie o salvo le eccezioni giustificate da motivi imperativi d'interesse generale, fra cui l'ordine pubblico e la sicurezza.

Il primo comma non pregiudica il diritto degli Stati membri di richiedere traduzioni non autenticate di documenti in una delle loro lingue ufficiali.

4. Il paragrafo 3 non si applica ai documenti cui fanno riferimento ... gli articoli 45, paragrafo 3, 46, 49 e 50 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi...

Altro esempio di posizioni divergenti fra Parlamento europeo e Consiglio riguardava la “suddivisione degli appalti in lotti”, pratica per la quale la proposta di direttiva non introduceva alcun obbligo bensì un *favor* sostanziale (“gli appalti possono essere suddivisi in lotti omogenei o eterogenei”). Nella proposta veniva stabilito che le

amministrazioni, qualora non ritenessero di applicare la suddivisione in lotti, fossero tenute a fornire specifica motivazione nei documenti di gara.



COM/2011/896 def., del 20 dicembre 2011 - Proposta di nuova direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici che sostituirà la direttiva 2004/18/CE

Articolo 44 - Suddivisione degli appalti in lotti

1. Gli appalti possono essere suddivisi in lotti omogenei o eterogenei. Per gli appalti di valore pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 4 ma non inferiori a 500.000 euro, ... se l'amministrazione aggiudicatrice non ritiene appropriato suddividerli in lotti, essa fornisce nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse un chiarimento specifico delle sue ragioni.

Le amministrazioni aggiudicatrici precisano, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, se le offerte devono essere limitate a uno o più lotti.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici possono, anche ove sia indicata la possibilità di presentare offerte per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un offerente a condizione che il loro numero massimo sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse...

3. Nei casi in cui al medesimo offerente possa essere aggiudicato più di un lotto, le amministrazioni aggiudicatrici possono disporre che venga aggiudicato o un appalto per ciascun lotto oppure uno o più appalti che interessano diversi lotti o la loro totalità.

Le amministrazioni aggiudicatrici precisano nei documenti di gara se esse si riservano il diritto di operare questa scelta e, in tal caso, quali lotti possono essere raggruppati in un unico appalto.

Le amministrazioni aggiudicatrici determinano come prima cosa le offerte che rispondono al meglio ai criteri di aggiudicazione ... Esse possono aggiudicare un contratto per più di un lotto ad un offerente che non figuri al primo posto per tutti i singoli lotti coperti da questo contratto, a condizione che i criteri di aggiudicazione ... siano soddisfatti in misura maggiore per tutti i lotti che rientrano in tale contratto. Le amministrazioni aggiudicatrici specificano nei documenti di gara i metodi che intendono usare per tale confronto. Tali metodi sono trasparenti, oggettivi e non discriminatori.

4. Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che tutti gli imprenditori coordinino le loro attività sotto la direzione dell'operatore economico al quale è stato aggiudicato il lotto che implica il coordinamento dell'intero progetto o parti rilevanti di tale lotto.

A seguito della presentazione delle proposte il Parlamento confermava l'utilità dello strumento e ne chiedeva l'estensione a tutti gli appalti, affermando esplicitamente che in questo modo si sarebbe favorito l'accesso delle PMI; diversamente il Consiglio esprimeva una posizione più prudentiale, riservando l'applicazione della norma solo agli appalti con valore superiore ai 500.000 euro.

L'accordo raggiunto va nel senso del maggior *favor* per la suddivisione degli appalti in lotti. Nel testo approvato non vengono stabilite soglie specifiche oltre le quali sussiste l'obbligo per le amministrazioni di motivare la decisione di non suddivisione dell'appalto in lotti. Più semplicemente le amministrazioni possono sempre decidere la lotizzazione dell'appalto e, fatti salvi determinati casi, devono sempre motivare l'eventuale scelta della mancata lotizzazione.



COM/2011/896 def., del 20 dicembre 2011 - Testo della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici che sostituirà la direttiva 2004/18/CE - Testo su cui il Parlamento europeo ha votato la propria posizione in prima lettura nel gennaio 2014

Articolo 46 - Suddivisione degli appalti in lotti

1. Le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l'oggetto di tali lotti.

Tranne che per gli appalti la cui suddivisione sia stata resa obbligatoria a norma del paragrafo 4 del presente articolo, le amministrazioni aggiudicatrici indicano i motivi principali della loro decisione di non suddividere in lotti ...

2. Le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono, anche ove esista la possibilità di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ...

[...]

4. Gli Stati membri possono attuare il secondo comma del paragrafo 1 rendendo obbligatorio aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati a condizioni da definire conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione ...

L'accordo raggiunto, inoltre, rimette agli Stati membri la facoltà di rendere obbligatoria la suddivisione in lotti, "in conformità con la legislazione nazionale". Al riguardo il legislatore europeo tiene conto non solo della diversità delle regolamentazioni dell'istituto negli Stati membri (circostanza che avrebbe reso difficile l'approvazione di una regola comune dettagliata) ma anche della richiesta (emersa in sede di consultazione) di predisporre soluzioni giuridiche meno invasive e compatibili con maggiori spazi di intervento dei legislatori nazionali.

Solo alcuni Stati dell'Unione, infatti, disciplinano la possibilità per le stazioni appaltanti di operare per *lots séparée* (ad esempio Germania, Olanda e Belgio). Nel sistema francese, per altro, questa facoltà costituisce principio generale esplicitato nel *Code des marchés publics* (2006), il quale stabilisce un obbligo universale di "spezzettamento" per gli appalti sopra e sottosoglia UE relativi ai settori classici e speciali.

Altro esempio di orientamenti difformi tra le Istituzioni impegnate nel processo legislativo ha riguardato gli appalti tra enti, i cd. appalti *in house*. Per questa tipologia di appalti la disciplina europea aveva origine e fino ad ora si è basata sulla giurisprudenza della Corte di giustizia enucleata dal caso *Teckal* (1999) in poi.

Le nuove direttive, perseguendo obiettivi di certezza giuridica, codificano i principi e le regole giurisprudenziali stratificatesi negli anni. Le conseguenze sono molteplici. In primo luogo, l'azione

legislativa segna ora il superamento di una disciplina rimessa alle sole regole giurisprudenziali, oggetto frequentemente di interpretazioni divergenti da parte dei giudici e delle amministrazioni aggiudicatrici negli Stati membri. In secondo luogo, per effetto del riconoscimento normativo l'*in house*, nelle sue varie forme di cooperazione verticale e orizzontale, da fattispecie giurisprudenziale di natura eccezionale e derogatoria si legittima come modello organizzativo tipizzato per la collaborazione fra le amministrazioni.

La scelta di definire normativamente l'ambito di applicazione degli affidamenti *in house* ha incontrato numerose resistenze.

Da una parte si è contestata la scelta di adottare una disciplina europea *ad hoc* a fronte di regolamentazioni nazionali anche molto differenti. I sostenitori di questa posizione, preferendo una minor ingerenza del legislatore europeo, avrebbero confermato lo *status quo* basato sui precedenti della Corte di giustizia.

Dall'altra parte s'è paventato il rischio di favorire distorsioni della concorrenza: il riconoscimento dell'*in house*, quale formula organizzativa tipizzata e non di natura eccezionale, potrebbe arrecare indubbi vantaggi concorrenziali al settore pubblico a scapito di quello privato; al contempo, l'applicazione delle regole riguardanti l'*in house* potrebbe garantire agli operatori privati (fornitori *in house*) una situazione privilegiata rispetto ad altri concorrenti.

Sul tema, Parlamento e Consiglio hanno espresso orientamenti difformi, soprattutto con riferimento alle condizioni di ammissibilità degli affidamenti *in house*; più precisamente, sul punto della partecipazione (o no) di privati nel capitale delle organizzazioni *in house*, oppure della percentuale di attività che le organizzazioni *in house* devono svolgere a favore dell'amministrazione aggiudicatrice. Di tali difformità e dell'accordo raggiunto durante la

procedura del trilogio abbiamo conferma confrontando i testi delle proposte di direttive (2011) con quelli delle direttive approvate (2014).

Nelle proposte del 2011 le condizioni richieste per qualificare l'affidamento *in house* erano le seguenti:

- che l'amministrazione eserciti sull'aggiudicatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- che l'aggiudicatario realizzi almeno il 90% delle attività a favore dell'amministrazione aggiudicatrice;
- che nella persona giuridica controllata (*l'aggiudicatario in house*) non vi sia alcuna partecipazione privata.

Dal testo delle direttive approvate traspaiono alcuni correttivi. In particolare, la percentuale delle attività che l'aggiudicatario *in house* deve svolgere a favore dell'amministrazione aggiudicatrice passa dal 90% all'80%, inoltre il divieto di partecipazione dei privati al capitale dell'aggiudicatario *in house* non è (più) assoluto.



COM/2011/896 def., del 20 dicembre 2011 - Testo della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici che sostituirà la direttiva 2004/18/CE - Testo su cui il Parlamento europeo ha votato la propria posizione in prima lettura nel gennaio 2014

Articolo 12 - Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico

1. Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;*
- b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e*
- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di*

capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Nelle nuove direttive hanno trovato accoglimento soprattutto le istanze del Parlamento, che aveva richiesto l'attenuazione del divieto di partecipazione dei privati al capitale del soggetto *in house*. Il Consiglio, invece, aveva espresso una posizione più rigorosa e conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Secondo i giudici europei, infatti, "la sola presenza di un terzo privato, benché in forma di partecipazione minoritaria senza diritto di veto, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice l'esercizio di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi". La pubblica amministrazione, infatti, non potrebbe non tenere in considerazione gli interessi economici del *partner* privato che, altrimenti, non avrebbe motivo di entrare in società con l'amministrazione e mettere a disposizione *know-how* e risorse finanziarie.



CORTE GIUSTIZIA, 17 luglio 2008, causa C-371/05, Sez. Seconda, pres. C.W.A. Timmermans, Avv. gen. M. Poiares Maduro, Commissione / Repubblica italiana

Tanto l'orientamento giurisprudenziale menzionato quanto il testo delle proposte sono ora superati dalle nuove direttive.

Altre considerazioni di carattere generale, infine, suggerivano di mantenere un atteggiamento prudentiale sull'esito della votazione delle direttive in Parlamento.

Ci si riferisce, in particolare, alle complessità sottese alla riforma di un settore - quello dei contratti pubblici europei - caratterizzato da numerose diversità tra gli ordinamenti nazionali, che riguardano tanto aspetti consolidati, di sistema, quanto profili meno radicali ma non per questo meno impattanti. Spesso tali complessità rinviano agli impatti politico-economici delle soluzioni prospettate: ad esempio, quando viene intercettato il tema dello spazio che deve essere occupato dallo Stato nell'assetto economico complessivo emerge la contrapposizione tra una visione che privilegia un intervento (pubblico) leggero di tipo regolatore e quella che, invece, considera legittimo e perfino opportuno che l'organizzazione pubblica si strutturi anche in termini di autoproduzione di determinati servizi e prestazioni; è il caso, come anticipato, della prevista formalizzazione dell'*in house* o degli accordi di partenariato pubblico-pubblico.

2.3. Tratti caratterizzanti la riforma europea. Nell'elaborazione delle nuove regole il legislatore europeo è attento non solo a intervenire *verticalmente* innovando le disposizioni del settore ma anche a orientare l'intero sistema degli appalti pubblici al raggiungimento di obiettivi e priorità delle (altre) politiche generali dell'Unione. Nella scrittura delle nuove direttive, in altri termini, diviene preminente la costruzione di un sistema giuridico osmotico e dialogante con gli altri (altrettanto importanti) obiettivi delle iniziative politico-legislative europee.

Il cambiamento che questa prospettiva impone è particolarmente evidente se confrontato, ad esempio, con quello adottato per la formulazione delle direttive appalti del 2004. In quell'occasione l'azione legislativa si è caratterizzata soprattutto per la valorizzazione degli aspetti sociali e ambientali.

Le direttive 2004/18 e 2004/17 hanno disciplinato, per la prima volta, la facoltà di utilizzare aspetti sociali e ambientali nelle

procedure di aggiudicazione: viene permesso di riservare determinate categorie di appalti a specifiche tipologie di operatori oppure di escludere dalle gare imprese che non rispettino normative di carattere ambientale / sociale oppure di individuare specifiche tecniche riguardanti aspetti ambientali dei prodotti etc. Si tratta di soluzioni innovative, la cui formulazione deriva dall'accettazione e dal consolidamento delle tematiche ambientali e sociali nelle politiche dell'Unione, anche per effetto della giurisprudenza della Corte di giustizia. Con le direttive del 2004 il legislatore europeo ha perseguito, dunque, obiettivi di valorizzazione sociale e ambientale nel settore degli appalti. Possiamo qualificare l'azione legislativa del 2004 sugli appalti pubblici come:

- ➔ *verticale/settoriale* (nuove disposizioni vengono adottate nel settore degli appalti) e
- ➔ *unidirezionale* (nuovi obiettivi, perseguiti prioritariamente da altre politiche europee, vengono recepiti nel settore degli appalti pubblici).

Al riguardo sono significative le Comunicazioni della Commissione adottate nel periodo tra la presentazione delle proposte (2000) e l'approvazione delle direttive (2004).



COM/2001/566 def., del 15 ottobre 2001 - Comunicazione interpretativa "sulle possibilità di integrare gli aspetti sociali negli appalti pubblici"

COM/2001/274 def., del 4 luglio 2001 - Comunicazione interpretativa "sulle possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici"

Le nuove direttive non mancano di predisporre soluzioni giuridiche (originali e innovative) in risposta a obiettivi strategici (modernizzazione, speditezza, semplificazione); si tratta di

soluzioni che possiamo qualificare di tipo verticale/settoriale. Tuttavia, l'azione legislativa, diversamente da quella del 2004, assume ora più marcati profili *multidirezionali*.

Le nuove regole, infatti, sono formulate in modo da:

- (sia) receperire nel settore degli appalti pubblici obiettivi di altre iniziative politiche dell'Unione, specie in tema di tutela dell'ambiente e della coesione sociale, diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, semplificazione e miglioramento della legislazione, tutela delle piccole e medie imprese;
- (sia) facilitare, mediante la rinnovata disciplina degli appalti, il perseguimento di priorità e obiettivi riconducibili ad altre iniziative dell'Unione, ad esempio in tema di efficienza ambientale, innovazione, inclusione sociale, etc.

Nei *considerando* iniziali delle direttive e nelle relazioni di accompagnamento delle proposte si fa riferimento in modo esplicito "all'uso strategico degli appalti pubblici in risposta alle nuove sfide".

"Le proposte", come viene precisato, "si fondano su un *approccio attivo* che offre alle amministrazioni aggiudicatrici strumenti e soluzioni per il raggiungimento degli obiettivi della strategia Europa 2020". Il potere d'acquisto delle amministrazioni aggiudicatrici, in altri termini, viene finalizzato non solo all'ottenimento di beni e servizi ma anche a garantire l'uso più efficiente delle risorse pubbliche, promuovere l'innovazione, tutelare le risorse ambientali, contrastare il cambiamento climatico, favorire l'occupazione, la salute pubblica e garantire il rispetto di condizioni essenziali per i lavoratori, etc.



COM/2011/896 def., del 20 dicembre 2011 - Testo della direttiva del

Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici che sostituirà la direttiva 2004/18/CE - Testo su cui il Parlamento europeo ha votato la propria posizione in prima lettura nel gennaio 2014

Considerando 2 - Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020 ... in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva pur garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente dei finanziamenti pubblici. A tal fine, l'attuale normativa sugli appalti (direttiva 2004/17/CE e direttiva 2004/18/CE) ... deve essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle PMI agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di fare un miglior uso di questi ultimi per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale...

Siffatta impostazione “multidirezionale” ha caratterizzato da subito il processo di riscrittura delle regole europee: già nel Libro Verde *sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti* la Commissione rubricava un intero capitolo “L'uso strategico degli appalti pubblici in risposta alle nuove sfide”.



ROLFSTAM M., *Public Procurement And Innovation. The Role of Institutions*, Edward Elgar Publishing Ltd., UK, 2013

RISVIG HANSEN C. - TVARNØ C. - ØLYKKE G.S. (eds.), *EU Public Procurement. Modernisation, Growth and Innovation. Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement Directives*, Djøf Publishing, 2012

Quanto detto ci fa capire perché nell'elaborazione delle nuove direttive convergono strategie, obiettivi e soluzioni proprie di altre iniziative politico - legislative dell'Unione, specie in tema di:

- ➔ tutela dell'ambiente (Green Public Procurement, Energy 2020);
- ➔ tutela dell'uguaglianza e della coesione sociale (Buying social, New skills for new jobs);

- diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (Digital Agenda for Europe, e-Procurement);
- innovazione (Innovation Union);
- semplificazione e miglioramento della legislazione (Better Regulation Strategy);
- tutela delle piccole e medie imprese (Small Business Act).

Le innovazioni che derivano dalle menzionate politiche europee e dagli strumenti giuridici predisposti per perseguirne gli obiettivi sono numerose, caratterizzano le nuove direttive e non mancheranno di impattare sui sistemi di contrattazione pubblica di tutti gli Stati membri.

Si passa, ad esempio, dal criterio di aggiudicazione del *prezzo* più basso a quello del *costo* più basso, basato non solo sull'elemento del prezzo ma anche su elementi ulteriori di tipo costo/efficacia, come ad esempio il costo del ciclo di vita del prodotto. In questo modo, tra l'altro, la dimensione ambientale diviene possibile criterio di aggiudicazione non solo negli appalti aggiudicati con l'offerta economicamente più vantaggiosa ma anche per quelli aggiudicati con il costo più basso. Si impongono alle amministrazioni comunicazioni per via elettronica con effetti immediati sui costi, la certezza del recepimento e la decorrenza dei termini, si prospettano piattaforme elettroniche per gli acquisti, meno sensibili alle limitazioni frontaliere, come pure sistemi informatizzati di certificazione dei requisiti delle imprese. Si vietano limitazioni all'accesso alle gare che ostacolano le PMI e le imprese in fase di avviamento (start-up).

Non vanno sottaciute altre conseguenze.

Le nuove regole, formulate (anche) in ragione degli obiettivi di altre politiche dell'UE, possono innescare reazioni che finiscono col favorire ulteriori obiettivi e politiche dell'Unione. Ad esempio, le

misure in tema di semplificazione delle gare possono facilitare la partecipazione delle PMI, che, in molti settori, dispongono di elevata capacità di innovazione. In questo modo le soluzioni giuridiche adottate per semplificare le procedure nel settore degli appalti pubblici facilitano l'accesso delle PMI e permettono, inoltre, di acquistare beni (più) innovativi e, talvolta, a minore impatto ambientale, etc.

2.4. Favor per le PMI e accesso agli appalti pubblici. Crescita e competitività delle PMI rappresentano, da oltre un ventennio, una delle componenti più importanti della politica industriale europea. Il Trattato di Maastricht (1992) ha sancito, per la prima volta, l'obiettivo del *rafforzamento della competitività dell'industria* (art. 3, lett. m, Trattato CE) la cui attuazione è condivisa dall'Unione con gli Stati membri e gli operatori. Il Trattato configura, in altri termini, una forma di *sussidiarietà partecipativa* articolata su tre livelli (Unione, Stati, operatori) ciascuno dei quali concorre al perseguimento dell'obiettivo; tale impostazione è rimasta immutata con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.



TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

Articolo 173 (ex articolo 157 del TCE)

1. L'Unione e gli Stati membri provvedono affinché siano assicurate le condizioni necessarie alla competitività dell'industria dell'Unione. A tal fine, e, nell'ambito di un sistema di mercati aperti e concorrenziali, la loro azione è intesa:

- *ad accelerare l'adattamento dell'industria alle trasformazioni strutturali,*
- *a promuovere un ambiente favorevole all'iniziativa e allo sviluppo delle imprese di tutta l'Unione, segnatamente delle piccole e medie imprese,*
- *a promuovere un ambiente favorevole alla cooperazione tra imprese,*
- *a favorire un migliore sfruttamento del potenziale industriale delle politiche d'innovazione, di ricerca e di sviluppo tecnologico.*

2. Gli Stati membri si consultano reciprocamente in collegamento con la Commissione e, per quanto è necessario, coordinano le loro azioni. La Commissione può prendere ogni iniziativa utile a promuovere detto

coordinamento, in particolare iniziative finalizzate alla definizione di orientamenti e indicatori, all'organizzazione di scambi di migliori pratiche e alla preparazione di elementi necessari per il controllo e la valutazione periodici...

Una tappa importante nel 'crescendo' europeo delle iniziative a favore delle PMI è rappresentata dalla *Carta europea per le piccole e medie imprese*. La Carta è stata adottata dal Consiglio (sessione Affari generali) il 13 giugno 2000 e riconfermata dal Consiglio europeo di Feira del 19-20 giugno 2000. La Carta invita gli Stati membri e la Commissione a predisporre azioni di sostegno per le piccole e medie imprese in dieci settori chiave.



Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Santa Maria da Feira del 19-20 giugno 2000, Allegato III - Carta europea per le piccole e medie imprese

Linee di azione

1. *Educazione e formazione all'imprenditorialità*
2. *Avviamento meno costoso e più veloce*
3. *Migliore legislazione e regolamentazione*
4. *Fornire competenze*
5. *Migliorare l'accesso in linea*
6. *Maggiori benefici dal mercato interno*
7. *Tassazione e questioni finanziarie*
8. *Potenziare la capacità tecnologica delle piccole imprese*
9. *Modelli d'imprenditoria elettronica di successo e sostegno alle piccole imprese*
10. *Rappresentanza più forte e più efficace degli interessi delle piccole imprese, a livello dell'Unione e a livello nazionale*

>>> http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/charter/docs/charter_it.pdf

Tra i settori indicati dalla Carta di Feira per interventi a favore delle PMI, uno rinvia espressamente alla valorizzazione delle possibilità offerte dal mercato unico e, in quest'ambito, si fa riferimento anche agli appalti pubblici.



Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Santa Maria da Feira del 19-20 giugno 2000, Allegato III - Carta europea per le piccole e medie imprese

6. Maggiori benefici dal mercato interno

Le piccole imprese sentono i benefici delle riforme attuali dell'economia europea. La Commissione e gli Stati membri devono quindi continuare sulla strada delle riforme mirando al completamento di un vero mercato interno dell'Unione, di facile approccio per le piccole imprese, in settori cruciali per il loro sviluppo tra cui il commercio elettronico, le telecomunicazioni, i pubblici servizi, gli appalti pubblici e i sistemi di pagamento transfrontalieri.

Allo stesso tempo le norme europee e nazionali in tema di concorrenza andrebbero applicate in modo rigoroso per garantire che le piccole imprese abbiano tutte le possibilità per entrare in nuovi mercati e competere in condizioni di equità

Nel febbraio 2005 la Commissione, rilanciando la strategia di Lisbona, indica tra le proprie priorità gli obiettivi della crescita economica e dell'occupazione e assegna un ruolo di primo piano alle PMI. Per la prima volta, quindi, viene istituito un quadro politico specifico per le iniziative riferite alle PMI e il principio *pensare anzitutto in piccolo - think small first* viene applicato a tutte le politiche dell'Unione. Da allora le esigenze delle PMI risulteranno (saldamente) abbinata alle iniziative per la realizzazione della strategia di Lisbona.



COM/2005/24 def., del 2 febbraio 2005 - Lavorare insieme per la crescita e l'occupazione. Il rilancio della strategia di Lisbona. Comunicazione del presidente Barroso d'intesa con il vicepresidente Verheugen

Raccomandazione del Consiglio 2005/601/CE, del 12 luglio 2005, relativa agli indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e della Comunità (2005- 2008) - Gazzetta ufficiale L 205 del 6 agosto 2005

COM/2005/330 def., del 20 luglio 2005 - Azioni comuni per la crescita e l'occupazione. Il programma comunitario di Lisbona

COM/2005/551 def., del 10 novembre 2005 - Attuare il programma comunitario di Lisbona. Una politica moderna a favore delle PMI per la crescita e l'occupazione

La tappa successiva è rappresentata dall'approvazione dello *Small Business Act for Europe - SBA* (2008). Il documento consolida il principio *think small first* la cui applicazione viene ora estesa non solo alle fasi di revisione delle norme esistenti ma anche all'elaborazione di quelle nuove.

Lo *Small Business Act* delinea la strategia europea per il rafforzamento delle PMI basata su dieci principi ai quali i legislatori (nazionali ed europeo) dovrebbero fare riferimento nella formulazione delle proprie politiche e proposte normative. Il nome simbolico "Act", come precisa la Commissione, sottolinea la volontà di riconoscere "*il ruolo centrale delle PMI nell'economia europea e attivare un quadro politico articolato a livello UE e di singolo Stato membro*".



COM/2008/394 def., del 25 giugno 2008 - Una corsia preferenziale per la piccola impresa. Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (Small Business Act per l'Europa - SBA)

Principi guida

1. *Dar vita a un contesto in cui imprenditori e imprese familiari possano prosperare e che sia gratificante per lo spirito imprenditoriale*
2. *Far sì che imprenditori onesti, che abbiano sperimentato l'insolvenza, ottengano rapidamente una seconda possibilità*
3. *Formulare regole conformi al principio "Pensare anzitutto in piccolo"*
4. *Rendere le pubbliche amministrazioni permeabili alle esigenze delle PMI*
5. *Adeguare l'intervento politico pubblico alle esigenze delle PMI: facilitare la partecipazione agli appalti pubblici e usare meglio le possibilità date dagli aiuti di Stato*
6. *Agevolare l'accesso delle PMI al credito e sviluppare un contesto giuridico ed economico che favorisca la puntualità dei pagamenti nelle transazioni commerciali*
7. *Aiutare le PMI a beneficiare delle opportunità offerte dal mercato unico*

8. *Promuovere l'aggiornamento delle competenze nelle PMI e ogni forma di innovazione*
9. *Permettere alle PMI di trasformare le sfide ambientali in opportunità*
10. *Incoraggiare e sostenere le PMI perché beneficino della crescita dei mercati*

Nei dieci anni di evoluzione delle politiche europee sulle PMI (2000 - 2010) la questione dell'accesso al mercato degli appalti pubblici va assumendo progressivamente rilievo. Negli anni Duemila, infatti, il tema rientrava tra le voci costituenti i "benefici del mercato interno" stigmatizzati nella Carta di Feira, nel 2008 lo stesso tema costituisce uno dei principi guida dello *Small Business Act* (principio 5).

Contestualmente all'adozione dello SBA la Commissione pubblica il *Codice europeo delle buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici* (2008). Il documento ha l'obiettivo di:

- indicare agli Stati membri e alle amministrazioni aggiudicatrici nazionali orientamenti generali sulle modalità di applicazione del quadro legislativo comunitario per favorire la partecipazione delle PMI alle procedure degli appalti;
- rendere disponibili in un testo unico norme e buone pratiche, in uso negli Stati membri, per l'accesso delle PMI al mercato degli appalti pubblici.

Il *Codice* diventa, in altri termini, lo strumento operativo che la Commissione mette a disposizione degli Stati membri per l'elaborazione di strategie, programmi e piani d'azione diretti a facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici. La Commissione lo elabora sulla base delle difficoltà espresse dalle PMI europee e dalle loro organizzazioni rappresentative.

Nelle consultazioni preliminari alla formulazione del Codice gli ostacoli più frequentemente segnalati dalle PMI alla Commissione sono i seguenti:

- mancanza di informazioni sulle procedure;
- mancanza di conoscenza delle procedure;
- oneri amministrativi eccessivi;
- entità eccessive degli appalti;
- esiguità del tempo disponibile per la preparazione dei documenti;
- elevati costi di partecipazione;
- livelli di capacità e requisiti di certificazione sproporzionati;
- requisiti eccessivi in termini di garanzie finanziarie;
- discriminazioni verso offerenti di altri Stati membri e favoritismi verso imprese locali o nazionali;
- difficoltà nell'individuare partner all'estero con cui cooperare;
- pagamenti tardivi da parte delle autorità aggiudicatrici.

Il *Codice* elenca e descrive una serie di soluzioni e buone pratiche articolate in otto categorie. Si presenta, dunque, come guida operativa rivolta anzitutto ai legislatori degli Stati membri.



SEC/2008/2193, del 25 giugno 2008 - Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici

1. SUPERARE LE DIFFICOLTÀ CONNESSE ALL'ENTITÀ DEGLI APPALTI
 - suddivisione dei contratti in lotti
 - sfruttare la possibilità offerta agli operatori economici di raggrupparsi e di fare affidamento sulle capacità economiche e finanziarie e sulle competenze tecniche congiunte
 - sfruttare la possibilità di concludere accordi quadro con diversi operatori economici e non solo con un singolo fornitore
 - pubblicizzare meglio le opportunità di subappalto e garantire pari condizioni ai subappaltatori
2. GARANTIRE L'ACCESSO ALLE INFORMAZIONI PERTINENTI
 - vantaggi offerti dalle procedure di appalto elettroniche (*e-procurement*)

- centri di informazione
 - *feedback* agli offerenti
3. MIGLIORARE LA QUALITÀ E LA COMPrensIONE DELLE INFORMAZIONI FORNITE
 - formazione e orientamento per le autorità aggiudicatrici
 - formazione e orientamento delle PMI nella redazione delle offerte
 4. FISSARE LIVELLI DI CAPACITÀ E REQUISITI FINANZIARI PROPORZIONATI
 - fissare criteri di selezione proporzionati
 - sfruttare la possibilità offerta agli operatori economici e ai raggruppamenti di operatori economici di provare congiuntamente le loro capacità economiche e finanziarie e le loro competenze tecniche
 - richiedere solo garanzie finanziarie proporzionate
 5. ALLEGGERIRE GLI ONERI AMMINISTRATIVI
 6. PRESTARE ATTENZIONE AL RAPPORTO QUALITÀ/PREZZO PIUTTOSTO CHE AL SOLO PREZZO
 - favorire soluzioni qualitative grazie alla possibilità di aggiudicare appalti sulla base dell'offerta più economicamente vantaggiosa
 - favorire soluzioni innovative grazie alla possibilità di definire le specifiche tecniche in termini di prestazioni o di requisiti funzionali
 7. FORNIRE TEMPO SUFFICIENTE PER REDIGERE LE OFFERTE
 8. GARANTIRE CHE I PAGAMENTI SIANO EFFETTUATI PUNTUALMENTE

Il *Codice* non ha solo finalità operative. Per favorire l'accesso delle PMI, infatti, non è sufficiente proporre modifiche legislative o buone pratiche ma è necessario anche sensibilizzare un cambiamento culturale della pubblica amministrazione. A quest'ultima viene richiesta "un'impostazione più aperta alla partecipazione delle PMI" e una più rigorosa "applicazione delle soluzioni favorevoli alle PMI già presenti nelle regole europee". Il tema appare nella parte introduttiva del *Codice* e verrà ribadito durante le consultazioni preliminari alla formulazione delle nuove direttive.



PARERE del Comitato Economico e Sociale Europeo in merito al “Libro verde sulla modernizzazione della Politica dell’UE in materia di appalti pubblici - Per un maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti”. Pubblicato nella GUUE C 318 del 29 ottobre 2011.

4.2.2. - Va detto inoltre che il settore degli appalti pubblici ha bisogno di una «rivoluzione culturale»: l'aggiudicazione degli appalti non è un puro e semplice lavoro impiegatizio, ma deve coinvolgere - a seconda del tipo di appalto - tutti i livelli e i dipartimenti dirigenziali, come infatti avviene in molte imprese commerciali. Il successo può essere garantito solo se l'amministrazione pubblica si impegna, a partire dalla dirigenza fino all'ultimo impiegato, ad applicare pratiche moderne in materia di appalti, con particolare riguardo alla gestione dei rischi. Le prassi adottate nel settore dei servizi di pubblica utilità possono fornire validi esempi e modelli.

4.2.3 È necessario promuovere la professionalizzazione della funzione di aggiudicazione degli appalti nel settore pubblico tramite lo sviluppo di competenze interne e l'assunzione di professionisti, rafforzando così il ruolo e il profilo di questo tipo di mansioni. Due soluzioni hanno dato buoni risultati in più di un'occasione: l'assunzione di dirigenti esperti negli acquisti provenienti da altri settori e la creazione di agenzie per gli acquisti incaricate di offrire consulenza all'amministrazione aggiudicatrice per l'intera durata della procedura di gara d'appalto.

2.5. (segue): *Europa 2020 e il programma REFIT*. L’azione politica a favore delle PMI, avviata nel 2000 con la Carta di Feira e confluita nella strategia di Lisbona, nello *Small Business Act* e nel *Codice* (2008), prosegue oggi nel contesto della strategia Europa 2020. Soluzioni legislative ed altre misure di dettaglio vengono menzionate nei documenti più recenti sulla *Revisione dello Small Business Act* (2011) e sugli *Atti per il Mercato Unico* (I e II) (2011, 2012).



COM/2013/785 def., del 13 novembre 2013 - Un mercato Unico per la crescita e l'occupazione: analisi dei progressi compiuti e degli ostacoli ancora esistenti negli Stati membri. Contributo all'analisi annuale della crescita 2014.

COM/2012/573 def., del 3 ottobre 2012 - L'Atto per il mercato unico (II).

Insieme per una nuova crescita

COM/2011/206 def., del 13 aprile 2011 - L'Atto per il mercato unico (I). Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia - Insieme per una nuova crescita

COM/2011/78 def., del 23 febbraio 2011 - Riesame dello "Small Business Act" per l'Europa

COM/2010/2020 del 2 marzo 2010 - Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva

COM/2009/680 def., del 15 dicembre 2009 - Relazione sull'attuazione dello Small Business Act

Fra le priorità dell'azione politico-normativa a favore delle PMI v'è (sempre) la semplificazione. Con riferimento agli appalti pubblici l'obiettivo specifico è quello di *“ridurre complessità e durata delle procedure degli appalti, aumentare la concorrenza anche grazie a una maggiore trasparenza e all'aumento del livello di pubblicazione dei bandi, investire nella professionalizzazione dei funzionari che dovrebbero prevenire attivamente le irregolarità e migliorare la governance del settore”*.

Se ne può dedurre che la richiesta di semplificazione del contesto amministrativo e giuridico espressa nel corso degli anni dalle PMI è rimasta insoddisfatta. Ne abbiamo riscontro, in particolare, dai risultati della consultazione promossa dalla Commissione sui “10 atti legislativi più gravosi per le PMI”.

Alla consultazione, condotta tra il 1° ottobre e il 21 dicembre 2012 mediante un questionario *online*, hanno partecipato oltre mille PMI e organizzazioni di categoria di tutti gli Stati membri. Ne è emerso che le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui alla direttiva 2004/18/CE sono ai primi posti tra gli atti legislativi dell'UE ritenuti più gravosi per le PMI.



Piccole e medie imprese (PMI) - Consultazione *Quali sono i 10 atti legislativi più gravosi per le PMI?*

Secondo le PMI i 10 atti legislativi dell'UE più gravosi sono: le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (appalti pubblici di lavori, forniture e servizi); il regolamento REACH (il regolamento sulla registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche); la normativa in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA); il pacchetto legislativo sulla sicurezza generale dei prodotti e la vigilanza del mercato; il riconoscimento delle qualifiche professionali; la normativa quadro sui rifiuti: spedizione di rifiuti, elenco dei rifiuti e dei rifiuti pericolosi; la normativa in materia di mercato del lavoro; la protezione dei dati; l'orario di lavoro; l'apparecchio di controllo nel settore dei trasporti su strada (per i periodi di guida e di riposo); il codice doganale aggiornato.

>>> http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/public-consultation-new/index_it.htm



COM/2013/446 def., del 18 giugno 2013 - Seguito dato dalla Commissione alla consultazione delle PMI ("TOP 10") sugli atti legislativi dell'UE

COM/2013/122 def., del 7 marzo 2013 - Legiferare con intelligenza. Rispondere alle esigenze delle piccole e medie imprese

COM/2011/803 def., del 23 novembre 2011 - Ridurre al minimo indispensabile gli oneri normativi che gravano sulle PMI. Adeguare la normativa dell'UE alle esigenze delle microimprese

La semplificazione del contesto giuridico rientra anche fra gli obiettivi della *strategia di miglioramento della legislazione dell'Unione europea* avviata dalla Commissione fin dai primi anni del Duemila (*Better Regulation Strategy*).



COM/2012/746 def., del 12 dicembre 2012 - Adeguatezza della regolamentazione dell'Unione europea

COM/2010/543 def., dell'8 ottobre 2010 - Legiferare con intelligenza nell'Unione europea

COM/2001/428 def., del 5 agosto 2001 - La *governance* europea. Un Libro Bianco

Le difficoltà derivanti da cattiva regolamentazione determinano ostacoli, inefficienze e oneri economici particolarmente gravosi per le PMI. Al riguardo gli obiettivi di semplificazione perseguiti dall'Unione si dispiegano trasversalmente in numerosi settori.

Ciò spiega, ad esempio, i numerosi provvedimenti in parte già adottati (2007-2012) e in parte ancora in preparazione nel campo del diritto societario europeo, (provvedimenti) sollecitati anche dallo sviluppo delle tecnologie dell'informazione che stanno modificando non solo il modo in cui vengono conservate e divulgate le informazioni sulle società, ma soprattutto le modalità di esercizio dei poteri gestionali (si consideri, ad esempio, l'esercizio per via informatica del diritto di voto).



DIRETTIVA 2012/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2012 - in materia di interconnessione dei registri centrali, commerciali e delle imprese [in GUUE L 156 del 16 giugno 2012]

Considerando 5 - Nella comunicazione della Commissione sull'Atto per il mercato unico, l'interconnessione dei registri centrali, commerciali e delle imprese è presentata come una delle soluzioni necessarie per creare un ambiente giuridico e fiscale più favorevole alle imprese. Essa dovrebbe contribuire a rafforzare la competitività delle imprese europee riducendo gli oneri amministrativi e rafforzando la certezza del diritto, favorendo così l'uscita dalla crisi globale economica e finanziaria, che è una delle priorità dell'agenda Europa 2020. Facendo uso delle innovazioni nell'ambito delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, essa dovrebbe inoltre migliorare la comunicazione transfrontaliera tra i registri delle imprese.

Considerando 6 - Le conclusioni del Consiglio del 25 maggio 2010 sull'interconnessione dei registri delle imprese hanno confermato che un migliore accesso a informazioni aggiornate e attendibili sulle imprese potrebbe generare maggiore fiducia nei mercati, aiutare la ripresa, e accrescere la competitività delle imprese europee.

Semplificazione e miglioramento della legislazione vengono oggi perseguiti applicando in modo sistematico l'analisi d'impatto della regolazione: non solo nella fase di preparazione delle proposte legislative (*ex ante*), ma anche durante l'attuazione (*in itinere*) e, infine, *ex post* onde verificare il conseguimento dei risultati.

È recente l'adozione a livello europeo di un programma di controllo su l'adeguatezza e l'efficacia della regolamentazione (*Regulatory Fitness and Performance Programme - REFIT*). L'applicazione di REFIT dovrebbe permettere l'individuazione delle aree ove intervenire semplificando e riducendo i costi superflui, anche con riferimento alle PMI e all'accesso al mercato degli appalti. In particolare REFIT dovrebbe permettere di agire sul sistema legislativo segnalando "gli oneri eccessivi, le incongruenze, le lacune, le misure inefficaci e gli effetti di cumulo".



COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT - SWD/2013/401 def., del 1° agosto 2013 - Regulatory Fitness and Performance Programme (REFIT): Initial Results of the Mapping of the Acquis

Nell'ambito del programma REFIT la Commissione va proseguendo l'iniziativa per la riduzione dei costi amministrativi (*Administrative Burden Reduction Programme - ABR*) iniziata nel 2007 con l'obiettivo di ridurre del 25%, entro il 2012, gli oneri gravanti sulle imprese a causa della legislazione europea.



COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT - SWD/2012/422 def., del 4 dicembre 2012 - Relazione di accompagnamento alla Comunicazione sull'Adeguatezza della regolamentazione dell'Unione europea

COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT - SWD/2012/423 def., del 12 dicembre 2012 - Relazione di accompagnamento alla Comunicazione sull'Adeguatezza della regolamentazione dell'Unione europea

COM/2007/23 def., del 24 gennaio 2007 - Programma d'azione per la riduzione degli oneri amministrativi nell'Unione europea

Link alla pagina web del Segretariato Generale della Commissione ove sono disponibili i reports annuali sull'iniziativa ABR

http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/admin_burden/result_burden/result_burden_en.htm

Il tema è noto a livello nazionale dove si segnala l'attivazione, in sede accademica, dell'Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione (2009) che si occupa, fra l'altro, della metodologia di analisi di impatto della regolazione.

Nel 2010, inoltre, il Dipartimento per gli Affari Giuridici e Legislativi presso la Presidenza del Consiglio ha avviato una serie di iniziative finalizzate all'elaborazione delle metodologie in materia di analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR). Il portale è stato presentato durante il convegno su *Qualità della normazione: analisi e buone pratiche in ambito europeo e internazionale* a Roma, il 9 maggio 2011.



BENACCHIO G.A. - COZZIO M., *La misurazione dei sistemi di contrattazione pubblica negli Stati dell'Unione europea. Metodo e strumenti*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 317-354

3. Le soluzioni elaborate dal legislatore europeo. Molte disposizioni delle nuove direttive hanno ad oggetto le piccole e medie imprese e stabiliscono misure per favorire la loro partecipazione alle gare pubbliche. Già i *considerando* introduttivi precisano che le nuove regole sono funzionali al perseguimento

degli obiettivi della strategia Europa 2020 e, in particolare, al rafforzamento delle PMI. In generale, il legislatore delle direttive mostra di far proprie le indicazioni del *Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici*, i principi definiti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia nonché molte delle prassi e dei modelli presenti negli Stati membri.

Il prolungarsi della crisi economica ha rafforzato indubbiamente la richiesta di nuove soluzioni a favore delle PMI. Con riferimento agli appalti pubblici nel volgere di pochi anni l'attenzione sul tema specifico dell'accesso delle PMI è mutata, diventando vasta e capillare in tutti gli Stati membri. Tale intensificazione ha influenzato anche il processo di approvazione delle nuove direttive appalti. I testi approvati il 15 gennaio 2014 riservano alle PMI, sia nei *considerando* iniziali sia nell'articolato, molta più attenzione di quella dedicata nelle proposte del dicembre 2011.

Non vengono introdotte soluzioni giuridiche completamente nuove o diverse: vengono confermate, semmai integrate (anche a seguito degli accordi raggiunti nel corso del trilogio) le disposizioni iniziali delle proposte di direttive, tuttavia è macroscopico il nuovo rilievo assegnato alle PMI. Ne abbiamo dimostrazione confrontando il testo delle proposte (2011) con quello delle direttive approvate (2014).

Nello schema che segue il raffronto è operato sul *considerando* riguardante la ripartizione in lotti degli appalti.

COM/2011/896 def., del 20 dicembre 2011 - Proposta di nuova direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici che sostituirà la direttiva 2004/18/CE

Testo presentato dalla Commissione al Parlamento e al Consiglio nel dicembre

COM/2011/896 def., del 20 dicembre 2011 - Proposta di nuova direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici che sostituirà la direttiva 2004/18/CE

Testo su cui il Parlamento ha votato la propria posizione in prima lettura nel

2011.

Considerando 30 - Per favorire l'accesso delle piccole e medie imprese (PMI) nel mercato degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a suddividere gli appalti in lotti ed essere obbligate a fornire motivazioni nel caso in cui non procedano in tal senso. Se l'appalto è suddiviso in lotti, le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un'offerta, ad esempio allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire la sicurezza dell'approvvigionamento; esse possono altresì limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a uno stesso offerente.

gennaio 2014.

Considerando 78 - È opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate ad avvalersi del Codice europeo di buone pratiche, di cui al documento di lavoro dei servizi della Commissione del 25 giugno 2008, dal titolo "Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici", che fornisce orientamenti sul modo in cui dette amministrazioni possono applicare la normativa sugli appalti pubblici in modo tale da agevolare la partecipazione delle PMI. A tal fine e per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. Tale suddivisione potrebbe essere effettuata su base quantitativa, facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI, o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI o in conformità alle diverse fasi successive del progetto.

L'entità e l'oggetto dei lotti dovrebbero essere determinati liberamente dall'amministrazione aggiudicatrice che, in conformità delle pertinenti norme sul calcolo del valore stimato dell'appalto, dovrebbe anche avere la facoltà di aggiudicare alcuni dei lotti senza applicare le procedure previste dalla presente direttiva. L'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe avere il dovere di esaminare se sia appropriato suddividere gli

appalti in lotti mantenendo la facoltà di decidere autonomamente sulla base di qualsiasi motivo ritenga rilevante, senza essere soggetta a supervisione amministrativa o giudiziaria. Se l'amministrazione aggiudicatrice decide che non è appropriato suddividere l'appalto in lotti, la relazione individuale o i documenti di gara dovrebbero contenere un'indicazione dei principali motivi della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice. Tali motivi potrebbero, per esempio, consistere nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che tale suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, ovvero che l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto .

Gli Stati membri dovrebbero mantenere la facoltà di andare oltre nei loro sforzi intesi a facilitare la partecipazione delle PMI al mercato degli appalti pubblici estendendo agli appalti di entità minore la portata dell'obbligo di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti per appalti di entità minore, obbligando le amministrazioni aggiudicatrici a fornire una motivazione della decisione di non suddividere in lotti o rendendo la suddivisione in lotti obbligatoria in determinate condizioni. Allo stesso fine, gli Stati membri dovrebbero anche avere la facoltà di creare meccanismi per il pagamento diretto ai subappaltatori.

L'enfasi riservata alle PMI emerge 'a colpo d'occhio'.

Nel *considerando 78* trovano ora spazio il rinvio esplicito al *Codice europeo delle buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici* e lo strumento della suddivisione degli appalti in lotti, di cui si anticipa, forse in modo fin troppo dettagliato, la regolamentazione riportata nell'art. 46 (rubricato "*Suddivisione degli appalti in lotti*").

La suddivisione in lotti viene sollecitata non solo con riferimento ai *grandi* appalti ma anche per quelli di *minore entità*. Il legislatore europeo, in questo modo, non interviene direttamente sugli appalti sotto - soglia (non potrebbe), tuttavia non esita a raccomandare che la suddivisione in lotti venga utilizzata anche per i piccoli appalti, non rilevando che, a causa di ciò, alcuni lotti potrebbero essere aggiudicati senza dover applicare le procedure ordinarie. L'obiettivo di "*facilitare la partecipazione delle PMI*" diviene a tal punto prevalente che "*il dovere*" delle amministrazioni aggiudicatrici "*di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti*" viene affermato insieme alla (loro) "*facoltà di decidere autonomamente ...sulla base di qualsiasi motivo ritenuto rilevante ... senza essere soggette a supervisione amministrativa o giudiziaria*".

Altro esempio del rilievo assunto dalle PMI emerge dal tema dei requisiti economico e finanziari per la partecipazione alle gare, oggetto del *considerando* sul quale svolgiamo il prossimo raffronto.

COM/2011/896 def., del 20 dicembre 2011 - Proposta di nuova direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici che sostituirà la direttiva 2004/18/CE

Testo presentato dalla Commissione al Parlamento e al Consiglio nel

COM/2011/896 def., del 20 dicembre 2011 - Proposta di nuova direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici che sostituirà la direttiva 2004/18/CE

Testo su cui il Parlamento ha votato la propria posizione in prima lettura nel

dicembre 2011.

Considerando 31 - Requisiti eccessivamente severi relativi alla capacità economica e finanziaria spesso costituiscono un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici. Le amministrazioni aggiudicatrici non devono pertanto essere autorizzate a esigere che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo superiore a tre volte il valore stimato dell'appalto. Tuttavia, in circostanze debitamente giustificate, potrebbero essere applicati requisiti più rigorosi. Tali circostanze possono riguardare gli elevati rischi connessi alla esecuzione del contratto o il fatto che la tempestiva e corretta realizzazione è di fondamentale importanza, ad esempio in quanto costituisce un presupposto necessario per l'esecuzione di altri contratti.

gennaio 2014.

Considerando 83 - Requisiti eccessivamente severi relativi alla capacità economica e finanziaria spesso costituiscono un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici. Eventuali requisiti dovrebbero essere attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto. In particolare, le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero essere autorizzate a esigere che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo che sia sproporzionato rispetto all'oggetto dell'appalto; il requisito non dovrebbe di norma superare, al massimo, il doppio del valore stimato dell'appalto. Tuttavia, in circostanze debitamente giustificate, dovrebbe essere possibile applicare requisiti più rigorosi. Tali circostanze potrebbero riguardare gli alti rischi connessi alla esecuzione dell'appalto o il fatto che la sua tempestiva e corretta realizzazione è di fondamentale importanza, ad esempio in quanto costituisce un presupposto necessario per l'esecuzione di altri appalti.

Nei suddetti casi debitamente giustificati le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero mantenere la facoltà di decidere autonomamente se sia opportuno e pertinente stabilire requisiti di fatturato minimo più elevati senza essere soggette a supervisione amministrativa o giudiziaria. Qualora si dovessero applicare requisiti di fatturato minimo più elevati, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero mantenere la facoltà di stabilirne il livello a condizione che sia collegato e proporzionato all'oggetto dell'appalto. Se l'amministrazione aggiudicatrice decide che il requisito del fatturato minimo debba essere fissato a un livello superiore al doppio

del valore stimato dell'appalto, la relazione unica o i documenti di gara dovrebbero contenere un'indicazione relativa ai principali motivi della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice.

Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero poter inoltre richiedere informazioni sui rapporti, ad esempio, tra attività e passività nei conti annuali. Un rapporto positivo che mostri livelli di attività più elevati rispetto a quelli delle passività potrebbe fornire ulteriori prove del fatto che la capacità finanziaria degli operatori economici è sufficiente.

Anche in questo caso la rafforzata attenzione per le PMI traspare con immediatezza. La scelta non sorprende, posto che il tema dei requisiti di partecipazione e, tra questi quelli economici e finanziari, storicamente si pone a cavaliere tra le opposte esigenze: da un lato di progressiva apertura e *favor* per la partecipazione al mercato degli appalti pubblici e, dall'altro lato, di selezione degli operatori che vi possono accedere, attraverso la definizione di criteri (necessariamente) restrittivi.

La determinazione dei criteri di qualificazione (economici e non solo), in altri termini, è operazione i cui effetti trascendono la mera delimitazione dei potenziali partecipanti e diviene espressione tangibile della discrezionalità con la quale il legislatore e/o le amministrazioni aggiudicatrici decidono "come" acquistare beni e servizi e quale area di mercato 'mettere in gioco'. Di qui la complessità della definizione dei limiti entro i quali esercitare detta discrezionalità, limiti "di importanza vitale per le PMI giacché la fissazione di livelli di capacità e competenza eccessivamente elevati escludono un'alta percentuale di PMI dalla partecipazione alle gare d'appalto". Non a caso il *considerando* della direttiva esordisce con un *caveat*: "Requisiti eccessivamente severi relativi

alla capacità economica e finanziaria spesso costituiscono un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici”.

Nella versione definitiva il *considerando* 83 si occupa soprattutto di riequilibrare la maggiore ‘libertà’ che la direttiva riserva alle amministrazioni aggiudicatrici nella scelta dei requisiti a garanzia della capacità economica e finanziaria degli operatori (art. 58 “*Criteri di selezione*”). Si passa, infatti, dall’elenco quasi tipizzante della direttiva 2004/18/CE (art. 47), a mente del quale la capacità economica può essere provata “in linea di massima ... mediante una o più delle seguenti referenze: a) idonee dichiarazioni bancarie..., b) bilanci o stratti di bilanci ..., c) una dichiarazione concernente il fatturato globale”, alla regola generica per la quale “le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano la capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l’appalto” (art. 58, par. 3, nuova direttiva). Di qui l’esigenza di delimitare la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici che “non dovrebbero essere autorizzate a esigere che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo che sia sproporzionato rispetto all’oggetto dell’appalto” e, in particolare, “tale requisito non dovrebbe di norma superare, al massimo, il doppio del valore stimato dell’appalto”.

Nella direttiva approvata trova quindi parziale accoglimento la proposta del Parlamento europeo che sul punto aveva chiesto, diversamente dal Consiglio e dalla Commissione, di ridurre il requisito del fatturato minimo dal triplo al doppio del valore stimato dell’appalto.

Con riferimento ai requisiti per la garanzia della capacità economica e finanziaria degli operatori non va sottaciuto, infine, che il *favor* europeo per le PMI si realizza attraverso una maggiore precisazione del requisito esigibile, identificato non solo attraverso

il rinvio ai principi dell'adeguatezza, proporzionalità e attinenza all'oggetto dell'appalto ma anche, in modo più obiettivo, con un riferimento quantitativo. Traspare da questa scelta lo sforzo del legislatore europeo di ridurre la genericità che sovente accompagna la formulazione (e l'applicazione) dei propri principi.



ITALIA V., *Gli ingranaggi delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 39-77

“La discrezionalità che nasce dalle formulazioni dei principi comunitari troppo sintetiche dovrebbe essere ridotta e ciò può avvenire soltanto con una maggiore precisazione delle formulazioni, delle finalità e dei vincoli”.

In effetti se osservassimo come il requisito del fatturato, richiesto a comprova della capacità economica e finanziaria delle imprese, sia stato applicato (e interpretato) nell'ordinamento italiano, rileveremmo non poche criticità / discontinuità; ad esempio si è ritenuta:

- immotivata la fissazione, nell'ambito di un appalto di servizi, del fatturato per un importo nove volte superiore al valore dell'appalto (AVCP, deliberazione n. 20 del 24 gennaio 2007);
- illegittima la clausola con cui si richiedeva un fatturato superiore al doppio del corrispettivo presunto dell'appalto (Consiglio di Stato, sez. V, 1 ottobre 2003, n. 5684);
- non incongrua né limitativa dell'accesso la richiesta di un fatturato, nel triennio pregresso, sino al doppio dell'importo posto a base di gara (Consiglio di Stato, Sez. V, 31 gennaio 2006 n. 348);
- irrazionale, eccessiva e sproporzionata, la richiesta di un importo eccedente di circa sette volte l'oggetto dei contratto (Consiglio di Stato, Sez. V, 23 gennaio 2006 n. 206);
- illegittima la clausola del bando di gara che ha previsto un fatturato nell'ultimo triennio che si attesti su una soglia minima pari a più di quindici volte l'ammontare dell'importo posto a base dell'appalto (T.A.R. Lecce, sez. II, 2 gennaio 2008, n. 1);

- incongrua la richiesta di un fatturato dell'ultimo triennio pari a tre volte l'importo a base d'asta (TAR Lazio, Roma, sez. II, 8 marzo 2006, n. 1775);
- congrua la richiesta di un fatturato conseguito in servizi analoghi nel triennio precedente in misura poco più che tripla rispetto alla base d'asta (T.A.R. Abruzzo, Sez. I, 20 ottobre 2010, n. 710);
- sproorzionata la dimostrazione di un fatturato pregresso pari al triplo di quello posto a base di gara (T.R.G.A. Trento, 8 febbraio 2012, n. 42);
- proporzionata la richiesta di un fatturato nell'ultimo triennio almeno pari al valore complessivo dei lotti in gara (T.A.R. Lazio, Sez. Prima *ter*, 2 marzo 2011, n. 1931);
- illegittimo richiedere senza congrua motivazione una soglia minima di fatturato aziendale pari o superiore a cinque milioni di euro pari a circa i 2/3 dell'importo totale della gara (contratto del valore di sette milioni per la durata di cinque anni) (T.A.R. Umbria, Sez. Prima, 23 dicembre 2013, n. 568);
- sproorzionato il possesso di un requisito di capacità economico-finanziaria pari a oltre 3 volte il valore complessivo dell'appalto (T.A.R. Marche, Sez. Prima, 7 gennaio 2014, n. 8).

Sul tema, per altro, le soluzioni più recenti adottate dal legislatore italiano e avallate dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici sono orientato a favorire la partecipazione delle PMI.



DETERMINAZIONE AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012 - BANDO-TIPO.
Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4- bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici

2.2.1. Per quanto riguarda i requisiti di capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi, ai sensi dell'articolo 41 del Codice, le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti ed i valori minimi degli stessi che devono essere posseduti dai concorrenti; in ragione della novella introdotta dall'art. 1, comma 2-bis, lett. b) del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (nel

testo integrato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135) sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale. Di conseguenza, la clausola del bando che introduce il fatturato aziendale/globale come requisito di partecipazione deve essere motivata in relazione, ad esempio, alla entità, alla complessità oppure alla specificità dell'appalto, rispettando il principio di proporzionalità.

Sia il considerando 83, sia l'articolo 58 della nuova direttiva lasciano comunque impregiudicata la facoltà per le amministrazioni aggiudicatrici di applicare requisiti più rigorosi se ritenuti necessari per la corretta e tempestiva esecuzione dell'appalto. In questi casi, inoltre, la scelta dell'amministrazione non dovrebbe "essere soggetta a supervisione amministrativa o giudiziaria" risultando vincolata all'obbligo di fornire i motivi principali della scelta nei documenti di gara.

La 'liberalizzazione' operata dal legislatore europeo con riferimento alla scelta dei requisiti per la capacità economica e finanziaria degli operatori emerge anche dalla possibilità di utilizzare indicatori diversi dal fatturato. A titolo esemplificativo viene menzionato quello riguardante le "informazioni sui rapporti tra attività e passività nei conti annuali" (considerando 83 e articolo 58): si tratta del cd. *indice di indipendenza finanziaria*. In questo caso i concorrenti per essere ammessi alla gara devono dimostrare che i dati riguardanti il proprio bilancio raggiungono una determinata soglia rappresentativa del rapporto minimo richiesto tra capitale proprio e capitale di terzi, collegato dunque al passivo dello stato patrimoniale. L'indicatore, in altri termini, permette di accertare l'esistenza di ottimali rapporti tra capitale proprio e capitale di terzi (dunque la sufficiente capitalizzazione dell'azienda) nonché se e in che misura l'impresa abbia investito risorse proprie nella propria organizzazione / attività.

L'*indice di indipendenza finanziaria* introduce una valutazione "qualitativa" della situazione patrimoniale dei concorrenti e

attribuisce alle amministrazioni aggiudicatrici ampi margini di discrezionalità. Anche per queste ragioni il legislatore europeo richiede che l'utilizzo dell'indicatore sia accompagnato dalla specificazione nei documenti di gara del metodo e dei criteri - trasparenti, oggettivi e non discriminatori - per la sua applicazione.

L'indice di indipendenza finanziaria non è utilizzato frequentemente in Italia tuttavia non mancano recenti indicazioni sul suo impiego.



PARERE DI PRECONTENZIOSO AVCP n. 128 del 25 luglio 2012 - rif. PREC 77/12/S

Il requisito dell'indice di indipendenza funzionale, vale a dire il rapporto tra capitale proprio e capitale di terzi, previsto per l'ammissione alla gara è finalizzato a verificare l'effettiva autonomia patrimoniale dell'impresa a garanzia della stazione appaltante. Pertanto il requisito dell'indice di indipendenza finanziaria posto dalla stazione appaltante nel Disciplinare di gara è legittimo ai sensi dell'art. 41 comma 2 D.Lgs. 163/2006 e non viziato da eccesso di potere, essendo stata la discrezionalità amministrativa contenuta nei parametri della logicità, proporzionalità e adeguatezza.

[Omissis]